

CONTRATOS CIVILES

MIGUEL ÁNGEL ZAMORA Y VALENCIA

CATEDRÁTICO TITULAR POR OPOSICIÓN DE LOS CURSOS PRIMERO Y
TERCERO (CONTRATOS) DE DERECHO CIVIL DE LA FACULTAD DE DERECHO
DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO Y NOTARIO PÚBLICO
DEL DISTRITO FEDERAL

CONTRATOS CIVILES

*Décimotercera edición
Actualizada*



EDITORIAL PORRÚA
AV. REPÚBLICA ARGENTINA 15
MÉXICO, 2012

Primera edición, 1981

Copyright © 2012
MIGUEL ÁNGEL ZAMORA Y VALENCIA
Colima 242, col. Roma, 06700, México, DF

Esta edición y sus características son propiedad de
EDITORIAL PORRÚA, SA de CV 6
Av. República Argentina 15 altos, col. Centro, 06020, México, DF
www.porrúa.com

Queda hecho el depósito que marca la ley

Derechos reservados

ISBN 978-607-09-1037-1

IMPRESO EN MÉXICO
PRINTED IN MEXICO

DEDICATORIA

*A todos mis alumnos universitarios
con cariño*

*Pacta est duorum pluriumve in
idem placitum consensus*

El contrato es el consentimiento de dos
o más personas sobre una misma cosa.

DIGESTO. Libro II, título XIV
Ley 1a., parte 2a.

NOTA PRELIMINAR

La motivación principal para escribir este libro fue el deseo sincero de que los estudiantes de Derecho aprovechen la experiencia y conocimientos adquiridos a través de muchos años de docencia.

Un libro como éste debe servir de apoyo a los estudiantes para que, suprimiendo o aminorando el afán de tomar desesperadamente notas en clase que siempre son incompletas y a menudo inentendibles, puedan tener una mayor participación activa en la cátedra.

Se trató de sistematizar a todos los contratos dentro de moldes similares, para que su estudio fuera ágil y ordenado.

Desde estas líneas se envía un sincero agradecimiento a todas aquellas personas que con su instigación y estímulo hicieron posible la publicación de este estudio.

Si el libro llega a ser de utilidad a los estudiantes universitarios de las diversas facultades o escuelas de derecho, aunque no a los profesionales que por su experiencia y capacidad lo consideren elemental, el propósito de escribirlo habrá quedado satisfecho, ya que tal fue la intención al redactarlo.

PRÓLOGO

Los dos principios básicos que fundamentan el actual sistema político-jurídico de los Estados Unidos Mexicanos, son la libertad individual y la propiedad privada.

Todas las ideas, principios e instituciones que se mantienen inmutables, tienden a desaparecer, porque la vida y la actividad del hombre, en un continuo devenir, los hace quedar obsoletos y parecer que degeneran. La vida y su actividad no perdonan a las actitudes que quieren o pretenden permanecer estáticas; o se transforman y se enrollan para coordinarse a su movimiento, o se aniquilan.

Es por lo anterior que esos principios básicos de libertad individual y de propiedad privada no tienen, hoy, el mismo contenido que en décadas o siglos pasados. Tanto la libertad como la propiedad, se proyectan ahora y cada vez más acusadamente, al servicio de *todas* las clases socio-culturales. Si antes se permitía atesorar la propiedad para la sola satisfacción de intereses egoístas de un grupo, o ejercitar un derecho con el solo propósito de causar un daño, sin utilidad para el titular, ahora la ley encausa esas actividades por los senderos que impone el interés colectivo y la seguridad y la paz sociales.

Los contratos civiles son la actualización y la puesta en práctica vigorizante y efectiva de los principios de la libertad individual y de la propiedad privada. El ejercicio efectivo de esos dos principios que la Constitución Política consagra en sus primeros veintinueve artículos como garantías individuales o derechos públicos subjetivos, se hace cotidianamente a través de la utilización de los contratos civiles. El contrato es el medio más ágil y efectivo para constatar la existencia de esos valores de libertad y propiedad; y además, es el medio más seguro, serio y usual para lograr la satisfacción de la mayor parte de las necesidades domésticas y cotidianas.

Así como las ideologías, las posturas y las instituciones nacionales cambian y se amoldan a las actuales necesidades del pueblo, los contratos también lo hacen no porque los juristas y maestros les proporcionen ese impulso de cambio, sino porque la vida y las circunstancias así lo requieren y porque, podría válidamente decirse, que es el cambio de la actividad contractual cotidiano uno de los estímulos para el desarrollo de las ideas. Así, no se sabe qué es primero o cuál es la causa y cuál el efecto, si las circuns-

tancias que repercuten en la actividad contractual, o la actividad contractual que repercute en la actividad contractual, o la actividad contractual que repercute sobre las circunstancias que originan el cambio y el cambio y el progreso de los pueblos.

Los contratos civiles son factor de cambio social, son parte de ese cambio, están integrados a él y juntos marcan el rumbo de las colectividades. El hombre en lo individual y la colectividad, se desarrollan dentro de una maraña contractual; las relaciones sociales están entrelazadas en el universo con la actividad contractual. Se nace con la ayuda de profesionales que prestan sus servicios como una consecuencia de actividad contractual; se vive aprovechándose cotidianamente del contrato y se muere con frecuencia con un contrato al lado.

La figura del contrato permite satisfacer toda clase de necesidades, tanto meramente materiales, como espirituales y culturales. Es un medio para lograr la movilidad social tanto vertical como horizontal y la doctrina contractual permite una mejor comprensión de los problemas políticos y económicos.

Los contratos civiles no sólo no están en decadencia, sino que muy por el contrario, su doctrina y su utilización se fortalecen día a día y acordes con las nuevas necesidades sociales, se ponen al servicio de la población moldeándose y ajustándose según lo requieren las circunstancias actuales.

No es posible comprender ni imaginar una sociedad moderna que no cica dentro de un gran marco contractual. Si en un momento dado nadie celebrara un contrato civil, se haría un caos más impactante que el que produjo la multiplicación de las lenguas; y si un día, no se cumpliera ninguna obligación emanada de los contratos civiles, el daño social sería peor que la explosión de una bomba de neutrones. Los alimentos, la vivienda, los medicamentos y la mayor parte de los servicios calificados, se proporcionan a los consumidores a través de los contratos civiles.

Por otra parte, el Derecho Civil provee de los conceptos y los mecanismos fundamentales a las demás ramas del derecho. En el derecho civil se encuentra reglamentado el derecho de propiedad, que regulan y manejan muchos ordenamientos como la Ley de inversión Extranjera, la Ley de Expropiación, la Ley de Asentamientos Humanos, etc. El derecho civil estudia y reglamenta los atributos de las personas físicas y morales y estructura a la familia; conceptos que se utilizan en todos los demás ordenamientos jurídicos. Y precisamente, en el campo contractual, es en donde cobran vida y vigor todos estos conceptos. La mayor parte de las obligaciones se generan a través del contrato. De ahí que puede considerarse que la Teoría General del Contrato, es la parte activa del Derecho Civil; en donde la humanidad encuentra el mecanismo para hacer efectivos, en la práctica, sus anhelos de superación y de satisfacción de sus necesidades cotidianas.

Hace muchos años se decía "dime cuánto tienes y te diré cuánto vales"; con el desarrollo del crédito, cambió la frase por la siguiente: "dime cuánto

debes y te diré cuánto vales”, y ahora, es válido decir: “*dime cuántos contratos civiles celebras y te diré cuánto vales*”.

Si una persona puede llegara celebrar cientos de contratos de prestación de servicios profesionales, ya sea como profesor o como cliente, sin lugar a dudas vale y es útil socialmente hablando, ya que si lo hace como profesor, significa que es una persona calificada que está dando seguridad y tranquilidad a la población; multiplica los satisfactores de necesidades colectivas y hace circular la riqueza, además de las ventajas fiscales que su labor origina; si lo hace como cliente, significa que tiene muchos negocios o una gran diversidad de ocupaciones, lo que también promueve el desarrollo social. Si una persona llegare a celebrar muchos contratos de sociedad civil, significaría que está creando fuentes de trabajo. Esto es sólo para poner unos ejemplos que muestran claramente las ventajas de la celebración de contratos, y no se diga ya de otros, como al compraventa o la permuta, en los que la bondad del sistema es mayor o más claro. Aún en los contratos gratuitos, como la donación o el comodato, se encuentran provechos manifiestos.

Puede ser que sea mejor buen deseo para un amigo, no tanto el que tenga muchos bienes, sino el que tenga la posibilidad de celebrar muchos contratos. La primera ventaja es que los celebra; y la segunda y ulteriores, son los beneficios que puede obtener de celebrarlos y la derrama social de ventajas para la colectividad. Por lo tanto, se desea al lector con simpatía y sinceridad: ¡Que hoy celebre usted muchos contratos!

Alguien podría pensar que es un poco pesado tanta alabanza a los contratos civiles, ¿pero qué viejo no alaba su bordón? ¿Y por qué el autor de este libro no ha de alabar a los contratos civiles, si ellos le dieron la oportunidad de escribir este libro, si de ellos hace un ejercicio profesional como Notario, y si además, alguna ventaja obtendrá de que usted, amable lector, adquiera este volumen de “Contratos Civiles”?

Este libro está destinado a los estudiantes de derecho y su finalidad es mostrarles, desde esta etapa de su preparación la importancia jurídica, económica y profesional que tiene el estudio de los contratos civiles. Si aprenden y aplican correctamente la teoría contractual, podrán dar un apoyo efectivo y útil a sus clientes, familiares y amigos, tanto para la elaboración como para la interpretación de los contratos en que intervengan. Podrán apreciar mejor las repercusiones económicas en las relaciones humanas, como cuando se estipulan réditos en un contrato de mutuo, o se celebra un contrato de permuta, en vez de una compraventa, en una época inflacionaria; o para aconsejar correctamente, si se pretende celebrar un contrato de sociedad o uno de asociación civiles. Existen también ventajas adicionales: si el estudiante aprende a redactar contratos, podrá redactar cualquier documento y la importancia que esto tiene es capital, si se toma en cuenta que todos los procedimientos judiciales importantes son

escritos; y si capta las repercusiones fiscales de los contratos, tendrá frente a sí un panorama más despejado en otras ramas de la actividad legal.

El autor pretende que este libro motive a los estudiantes a superarse en su formación profesional; que le sirva de apoyo en su aprendizaje de las normas y principios que rigen la doctrina de los contratos; que los motive a perfeccionar la redacción de sus escritos y que los instruya a relacionar las disposiciones legales, con la práctica ofensiva y viva de los contratos civiles.

El afán de perfeccionamiento y actualización se proyecta en cada nueva edición de un libro. Nunca se ve colmado mientras el autor tenga la posibilidad de releerlo y en busca de una mayor claridad y adecuación con las circunstancias que le son contemporáneas, se ve enriquecido con nuevos temas o con diferentes y actuales formas de presentarlos y con modificaciones que lo adecuen con los cambios del momento.

Las experiencias actuales, las lecturas novedosas, los consejos oportunos y las enseñanzas de la cátedra tienden a plasmarse en sus páginas para motivación del estudioso y consulta de quien busca una respuesta a determinadas interrogantes, y si en ellas encuentra algún alivio a sus inquietudes, puede decirse que el libro ha cumplido o está cumpliendo su misión.

La buena acogida a esta obra motiva a su autor para seguir puliéndola, en ofrenda primaria a sus alumnos.

Desde la aparición de la cuarta edición en junio de 1992 a la fecha, se han promulgado diversos Decretos que han reformado más de seis veces la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en más de cuarenta artículos, el Código Civil vigente en el Distrito Federal y otros que han modificado la reglamentación del contrato de arrendamiento; además se han promulgado nuevas leyes de turismo, de Asociaciones Religiosas, de Navegación, de Inversión Extranjera, de Nacionalidad y de Protección al Consumidor, y se han reformado otras muchas, lo que obliga a hacer una revisión de las materias contenidas en esta obra, que se han visto afectadas, para actualizarlas.

Las leyes, incluyendo la Constitución Política, sufren continuamente reformas y se promulgan y publican nuevas leyes con mucha frecuencia, lo que hace indispensable la actualización de los libros jurídicos.

En los años de 1992 a 2000, se publicaron varios decretos que modificaron la reglamentación de los contratos de arrendamiento en general y los destinados a casa habitación en particular; con posterioridad se han reformado la Ley del Notariado para el Distrito Federal, la Ley General de Correduría Pública, el Código de Comercio y muchas otras leyes y reglamentos, lo que obliga a realizar ajustes en varias partes de este libro y además se ha hecho necesario incorporarle varios apéndices de materias relacionadas en forma directa o indirecta con los contratos civiles.

Es pertinente y necesario hacer notar que en la actualidad ya existe un Código Civil Federal y otro diverso, Código Civil para el Distrito Federal y

ya no existe el antiguo “Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal”.

En el *Diario Oficial de la Federación* del día 22 de agosto de 1996, se publicó el Decreto por el cual se reformó, entre otros, el Artículo 122 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. El indicado artículo, en la materia civil que es parte de lo tratado en esta obra, establece:

ARTÍCULO 122. Definida por el artículo 44 de este ordenamiento la naturaleza jurídica del Distrito Federal, su gobierno está a cargo de los Poderes Federales y de los órganos Ejecutivo, Legislativo y Judicial de carácter local, en los términos de este artículo. Son autoridades locales del Distrito Federal, la Asamblea Legislativa, el Jefe de Gobierno del Distrito Federal y el Tribunal Superior de Justicia... La distribución de competencias entre los Poderes de la Unión y las autoridades locales del Distrito Federal se sujetará a las siguientes disposiciones: A. Corresponde al Congreso de la Unión: I. Legislar en lo relativo al Distrito Federal, con excepción de las materias expresamente conferidas a la Asamblea Legislativa; II. Expedir el Estatuto de Gobierno del Distrito Federal... C. El Estatuto de Gobierno del Distrito Federal se sujetará a las siguientes bases: Base Primera.—Respecto a la Asamblea Legislativa... V. La Asamblea Legislativa, en los términos del Estatuto de Gobierno, tendrá las siguientes facultades: a) Expedir su ley orgánica, la que será enviada al Jefe de Gobierno del Distrito Federal para el solo efecto de que ordene su publicación... h) Legislar en las materias civil y penal; normar el organismo protector de los derechos humanos, participación ciudadana, defensoría de oficio, notariado y registro público de la propiedad y de comercio... Artículos Transitorios... Décimo Primero. La norma que establece la facultad de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal para legislar en materias civil y penal para el Distrito Federal entrará en vigor el 1o. de enero de 1999... Décimo Tercero. Todos los ordenamientos que regulan hasta la fecha a los órganos locales en el Distrito Federal seguirán vigentes en tanto no se expidan por los órganos competentes aquellos que deban substituirlos conforme a las disposiciones y las bases señaladas en este Decreto...

Con base en las disposiciones constitucionales transcritas, se hizo indispensable promulgar un Código Civil para el Distrito Federal y también, sin fundamento, se promulgó un Código Civil Federal.

En el *Diario Oficial* del 29 de mayo del año 2000, se publicó el Decreto del Honorable Congreso de la Unión (de fecha 20 de abril de 2000) que modifica la denominación del “Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal” y se reforman los artículos 1803, 1805 y 1811 y se adiciona el artículo 1834 bis y establece que ese Código ahora será el “Código Civil Federal”.

En la *Gaceta Oficial del Distrito Federal* del 25 de mayo del año 2000 fue en donde se publicó el Decreto de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal (de fecha 28 de abril de 2000 en vigor a partir del 1 de junio) que

modifica la denominación del “Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal”, se reformaron más de 240 artículos, se derogaron otros y se adicionan otros más y establece que ese Código ahora será el “*Código Civil para el Distrito Federal*”.

Es importante hacer la distinción señalada de los Códigos Civiles ahora federal y local, porque no sólo sus ámbitos de aplicación material y territorial serán diferentes, sino porque el Código Civil Federal no tiene ninguna aplicación práctica, excepto en los casos en que las leyes federales lo señalan como de aplicación supletoria.

El Código Civil Federal no tiene fundamento constitucional.

Si se toma en consideración que conforme al artículo 124 de la Constitución Federal, las materias que no estén expresamente reservadas a las autoridades federales se entienden reservadas a los Estados, no existe ninguna disposición constitucional que permita al Congreso de la Unión legislar en materia civil y por ese motivo puede afirmarse que el Código Civil Federal es inconstitucional. Para que el Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos pueda legislar en cualquier materia, es indispensable que esté expresamente facultado en la Constitución para hacerlo. Si no existe esa facultad, es incuestionable que no debe hacerlo. En este caso, no hay disposición constitucional que le permita legislar en materia civil.

Por otra parte, no existe materia civil federal que pueda ser objeto de un Código Civil Federal. Si se recuerda el concepto de Derecho Civil proporcionado por el maestro D. Rafael Rojina Villegas como “la rama del derecho privado que tiene por objeto regular los atributos de las personas físicas y morales, organizar jurídicamente a la familia y al patrimonio, determinando las relaciones de orden económico entre los particulares, que no tengan un contenido mercantil, agrario u obrero”,¹ no se comprende cuál pueda ser una materia civil que tenga la pretensión de ser federal.

Así, si la Constitución no faculta al Congreso para legislar en materia civil y no existe materia civil federal, sale sobrando un Código Civil Federal. No obstante lo anterior, en la práctica y de hecho, ahí está el Código Civil Federal. ¿Cuándo y en qué situaciones o circunstancias se va a aplicar? ¡Nunca!

Por lo anterior, en esta obra de “Contratos Civiles”, sólo se tomará en consideración el Código Civil para el Distrito Federal, sin perjuicio de hacer, si alguna vez procede por la importancia del tema, alguna referencia al Código Civil Federal.

¹ *Derecho Civil Mexicano. Introducción y personas*. Tomo I, 2a. ed. Porrúa, México, 1995, p. 43.

PARTE PRIMERA
TEORÍA GENERAL

CAPÍTULO I

EL CONCEPTO DE CONTRATO

SUMARIO: I. Aspecto general.—II. El concepto de contrato en Derecho mexicano.—III. Diversas acepciones del término contrato: 1. El contrato como acto jurídico. 2. El contrato como norma jurídica. 3. El contrato como documento.

I. ASPECTO GENERAL.—La primera consideración que hay que hacer en este estudio, es que no es posible dar un concepto general del contrato con validez universal, ya que éste varía necesariamente de país en país y de época en época, de acuerdo con sus leyes y costumbres respectivas.

Así, la connotación que puede ser justamente aplicada en derecho argentino, puede no corresponder a la que se le dé en derecho español o en derecho mexicano.

Por otra parte, la influencia doctrinal que es determinante en la labor legislativa, puede orientar la conceptualización de este término hacia diversos sentidos; y si los autores de obras jurídicas tampoco están unificados para darle al contrato un significado uniforme, necesariamente éste variará en el aspecto legal, según sea la orientación doctrinal que haya motivado al autor de la ley.¹

En Argentina, conforme al artículo 1137 de su Código Civil. “Hay contrato cuando varias personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común, destinada a reglar sus derechos”.²

En el derecho español, conforme al artículo 1254 de su código civil, “El contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio.”³

¹ Sobre la dificultad de encontrar un significado estricto del término contrato y de localizar la expresión que corresponda exactamente a la idea de contrato para una aplicación general, consúltese: *Teoría de los contratos. Parte general* de Fernando J. López de Zavalía, Víctor P. de Zavalía, editor. 3a. ed., Buenos Aires, Argentina, 1984, pp. 9 a 33.

² Código Civil de la República Argentina con las anotaciones del Dr. Dalmacio Vélez Sarsfield. Edición bajo la supervisión del Dr. Roberto Ernesto Greco, Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1994.

³ Código Civil Español. Edición corregida y revisada por Francisco Vicente Bonet, Reus, Madrid, España, 1972.

En el campo de la doctrina y según sea el aspecto que cada autor desea hacer resaltar, existen múltiples acepciones del concepto contrato.

Para Colín y Capitant, "El contrato o convenio es un acuerdo de dos o varias voluntades en vista de producir efectos jurídicos. Contratando las partes pueden tener por fin, sea crear una relación de derecho; crear o transmitir un derecho real o dar nacimiento a obligaciones; sea modificar una relación preexistente; sea en fin extinguirla."⁴

Para los autores soviéticos V. Serebrovsky y R. Jálfina, el contrato es "el acuerdo de dos o más personas sobre el establecimiento, la modificación o la extinción de las relaciones jurídicas civiles."⁵

No obstante lo anterior, es preciso hacer varias consideraciones que sí tienen una aplicación general:

A. Los contratos se estudian y tienen su campo de actualización dentro del ámbito patrimonial; su estudio sólo tiene importancia práctica si se hace dentro de la teoría del patrimonio. Así, al pretender ampliar su órbita a otras materias civiles u otras disciplinas jurídicas, es violentar su naturaleza y función, lo que se traduce en una escasa o nula utilidad práctica o doctrinal. Discutir si el matrimonio, la adopción o la actuación del funcionario público (se dice que el presidente es el primer mandatario de la nación) son contratos, es distraer la atención sobre los aspectos verdaderamente importantes de esta figura. No se discute la importancia jurídica de las materias no patrimoniales que seguramente la tienen y aún mayor que las patrimoniales, sino que se pretende encuadrar la figura del contrato dentro de sus límites exactos que permitan obtener los máximos frutos.

B. Todo contrato necesariamente implica un acuerdo de voluntades pero no un acuerdo simple, sino la manifestación exteriorizada de dos voluntades por lo menos, en los términos en que lo disponga una norma vigente; y

C. Todo contrato debe ligar, enlazar a las personas que lo celebran estableciendo entre ellas un vínculo obligatorio de contenido patrimonial. Este aspecto es la razón de ser, es el objetivo principal y el motivo del contrato. Las personas en sus relaciones cotidianas tienen la necesidad de asegurar en alguna forma el cumplimiento de cierta actividad, y el instrumento idóneo para satisfacer esas necesidades es el contrato.

Es de máxima importancia tener presente siempre que el mundo jurídico difiere ampliamente del mundo físico material. En la esfera jurídica, lo importante es "el deber ser"; no lo que en la vida cotidiana es "el ser" o

⁴ Colín, A. y Capitant, H. *Cours Élémentaire de Droit Civil Française*. Librairie Dalloz, Tome II, núm. 8, Paris, 1921.

⁵ *Fundamentos del Derecho soviético*. Obra elaborada por diversos autores bajo la dirección de P. Romashkin. Capítulo IV: Derecho civil soviético, por V. Serebrovsky y R. Jálfina. Traducción de Echenique, ediciones en lenguas extranjeras, Moscú, 1962, p. 232.

“lo que es”, sino lo que “debe ser”. El ser o lo que es, es importante en el mundo físico o material; en el jurídico, lo trascendente, lo que hace a una disciplina ser jurídica es “el deber ser” y este deber ser se expresa en forma normativa y coercible. Al celebrarse un contrato, las partes buscan el “deber ser” y el medio para obtenerlo es precisamente el contrato. En una compraventa, el vendedor pretende el precio, esto es, se busca el deber ser del comprador de pagar el precio y éste busca el deber ser del vendedor de entregar la cosa y de garantizar su uso útil y pacífico.

Posiblemente no se consiga ese “deber ser”; pero ésa es la pretensión y si no se logra, hay que luchar para obtenerlo. En el mundo jurídico, lo importante son los fines y hay que precisar cuáles son los medios idóneos para lograrlos. En el mundo físico, las causas son determinantes de los efectos; si se da una causa se produce el efecto. En el mundo jurídico, se emplea un medio para tratar de conseguir un fin. Si no se logra, a través de la coercibilidad, hay que luchar para conseguirlo.

Tomando en consideración lo expuesto, es necesario proporcionar un concepto de contrato que debe tenerse en cuenta para la comprensión y aplicación práctica de los contratos en la segunda parte de este trabajo y también es necesario, como consecuencia de lo expuesto, precisar qué acepción le da al contrato el Código Civil mexicano.

II. EL CONCEPTO DE CONTRATO EN DERECHO MEXICANO.—En el Derecho positivo mexicano, existe una distinción entre el convenio y el contrato, considerando al primero como el género y al segundo como la especie, sin perder de vista que ambos son a la vez, especies de actos jurídicos.

El derecho positivo mexicano distingue al contrato del convenio y de los preceptos respectivos puede obtenerse la distinción entre convenio en un sentido amplio y convenio en un sentido restringido,⁶ aun cuando como especies de un mismo género, que es el de acto jurídico, todas las disposiciones jurídicas aplicables a los contratos también lo serán a los convenios.⁷

El convenio en sentido amplio es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones.

El contrato es el acuerdo de voluntades de dos o más personas para crear o transmitir derechos y obligaciones, y como ya se indicó con anterioridad, de contenido patrimonial.

⁶ Artículos 1792 y 1793 del Código Civil mexicano:

“Art. 1792. Convenio es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones.”

“Art. 1793. Los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre de contratos.”

⁷ “Art. 1859. Las disposiciones legales sobre contratos serán aplicables a todos los convenios y a otros actos jurídicos, en lo que no se opongan a la naturaleza de éstos o a disposiciones especiales de la Ley sobre los mismos.”

Como consecuencia del desprendimiento del contrato de su género, el convenio en sentido restringido, queda reducido al acuerdo de voluntades de dos o más personas para modificar o extinguir derechos y obligaciones.⁸

III. DIVERSAS ACEPCIONES DEL TÉRMINO CONTRATO.—La expresión “contrato” tiene en la práctica jurídica mexicana diversas significaciones: como acto jurídico, como norma individualizada y como documento en el cual se contienen los pactos o cláusulas convenidas por las partes, que crean o transmiten derechos y obligaciones.

1. *El contrato como acto jurídico.* Cualquier transformación en el ámbito de lo jurídico, cualquier situación que produzca una consecuencia a la que se califique como “jurídica”, necesariamente debe ser el resultado de una motivación a un “supuesto jurídico” y toda activación de un supuesto jurídico, forzosamente debe de obedecer a la actualización de un hecho jurídico.

Estos términos de “supuesto jurídico”, “consecuencias de derecho”, “sujetos de derecho” que son las personas a quienes se imputan las consecuencias⁹ y “objetos de derecho” que es el elemento material y objetivo que maneja la ciencia jurídica, reciben el nombre de “*conceptos jurídicos fundamentales*” sin los cuales, por lo tanto, no podría hablarse de situación o relación con la calificación de jurídica.¹⁰

⁸ El maestro D. Ramón Sánchez Meda, en su libro *De los contratos civiles* (11a. ed., Porrúa, México, 1991, p. 4) y en relación a la diferencia apuntada entre convenio y contrato, señala que: “...La mencionada distinción no es ya reconocida en la actualidad, pues el vigente Código Civil italiano la ha eliminado (Art. 1321) y nuestro mismo Código Civil hace desaparecer toda importancia de ella al establecer que los principios relativos a los contratos se aplican a todos los convenios (1859) lo cual hace que en realidad resulte ya bizantina la diferencia entre convenio y contrato.”

No obstante que en términos generales es acertada la apreciación del maestro Sánchez Meda, dentro del ámbito general del derecho mexicano se han encontrado algunas aplicaciones prácticas a esta distinción entre convenio y contrato. Antes de la reforma al Código Civil publicada en el *D. O.* del 06-01-94 que, entre otros aspectos, derogó los artículos 174 y 175, los cónyuges requerían autorización judicial para contratar entre ellos (excepto cuando el contrato fuera el de mandato para actos de administración o para pleitos y cobranzas) pero no para convenir, como sería el caso de rescindir un contrato previamente celebrado entre ellos; o cuando la derogada Ley del Timbre gravaba todos los contratos civiles excepto los que expresamente exentaba y no gravaba ningún convenio, sino los que expresamente se encontraban gravados en la tarifa (Arts. 1, 4 y 16 frac. IX de la Ley indicada).

⁹ “Los sujetos de derecho o personas jurídicas son los entes que sirven de centros de imputación de derechos subjetivos, deberes jurídicos, sanciones, actos y normas de derecho” (Rojina Villegas, Rafael. *Derecho civil mexicano*. Tomo Primero, Introducción y Personas, 4a. ed. Cárdenas editor y distribuidor. México, 1969, p. 118).

¹⁰ En relación con estos temas, consúltense entre otros autores a los siguientes: A) García Máynez, Eduardo. *Introducción al estudio del Derecho*, 15a. ed., Porrúa, México, 1968, pp. 169 y sigs. B) Terán Mata, Manuel. *Filosofía del Derecho*, 4a. ed., Porrúa, México, 1970, pp. 114 y sigs. C) Recaséns Siches, Luis. *Tratado general de filosofía del Derecho*, 2a. ed., Porrúa, México, 1961, pp. 12 y sigs.

Los supuestos jurídicos son las hipótesis normativas de cuya excitación depende el que se produzcan consecuencias de derecho.¹¹

Las consecuencias de derecho son las situaciones o relaciones que se originan como consecuencia de haberse activado uno o varios supuestos jurídicos.¹²

En un desenvolvimiento lógico de ideas, debe concluirse que, para que se produzcan consecuencias de derecho, se necesita excitar o actualizar un supuesto. Ahora bien, el motor, el impulso, el activador del supuesto recibe el nombre de hecho jurídico.

Existen acontecimientos que no producen consecuencias jurídicas por no activar ningún supuesto,¹³ pero en cambio existen otros que sí las producen y a estos últimos son a los que se les denomina hechos jurídicos.¹⁴

Los hechos jurídicos pueden clasificarse en hechos jurídicos en sentido estricto y en actos jurídicos, y en la teoría germano-italiana, en negocios jurídicos.¹⁵

Los hechos jurídicos en sentido estricto son los acontecimientos de la naturaleza o relacionados con el hombre en los que no interviene su voluntad o que aún interviniendo, ésta es irrelevante en la producción de las consecuencias y que por la excitación de un supuesto jurídico, se producen consecuencias de derecho.

El acto jurídico, es el acontecimiento del hombre en el cual interviene su voluntad en forma directa y que por la motivación que hace de un su-

¹¹ Rojina Villegas, Rafael. *Derecho Civil Mexicano*. Tomo quinto, Obligaciones, Vol. I. 3a. ed., Antigua Librería Robredo, México, 1960, pp. 99 y 100. "El supuesto jurídico lo hemos definido como la hipótesis normativa de cuya realización dependen las consecuencias de derecho."

¹² Rojina Villegas, Rafael. *Ob. cit.*... Introducción y Personas, p. 118. "Las consecuencias de derecho son, por lo tanto, aquellas situaciones jurídicas concretas que se presentan cuando se realizan uno o varios supuestos de derecho."

¹³ Borja Soriano, Manuel. *Teoría General de las Obligaciones*. Tomo primero, 6a. Porrúa, México, 1968, p. 97. "Hay hechos que no producen efecto de derecho, por ejemplo, leer un libro."

¹⁴ Mazeaud, Henri y León y Jean. *Lecciones de Derecho Civil*. Parte primera. vol. I. Introducción, Derecho objetivo, Derechos subjetivos. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, Argentina, 1959, pp. 396 y 397: "El hecho jurídico es un acontecimiento que crea, transmite o extingue un derecho sin que una persona haya querido ese resultado. El hecho jurídico es un hecho natural o un hecho del hombre. Sin duda, ese hecho del hombre puede resultar de la voluntad, pero de una voluntad que no ha tenido por objeto modificar la situación jurídica."

¹⁵ En relación al tema del negocio jurídico, consúltese: A) Ortiz Urquidi, Raúl. *Hechos, actos y negocios jurídicos*. Artículo publicado en la revista de la Facultad de Derecho de la UNAM, tomo IX, núms. 35 y 36, jul.-dic. 1959, México; y B) Domínguez Martínez, Jorge Alfredo. *El Fideicomiso ante la teoría general del negocio jurídico*. 1a. ed., Porrúa, México, 1972.

puesto jurídico, produce consecuencias de derecho;¹⁶ siendo la voluntad relevante para la producción de las consecuencias.

Si en la realización del acto jurídico interviene una sola voluntad, se dice que éste es monosubjetivo, y si intervienen dos o más voluntades, el acto será plurisubjetivo.¹⁷

Al referirse el acto jurídico a la materia civil y dentro de ésta a la regulación patrimonial que presupone la posibilidad de la obtención de bienes y servicios como medios de la circulación de la riqueza y además relacionando los conceptos anteriores con la posibilidad de crear y transmitir derechos y obligaciones (1793)¹⁸ se está ya en posibilidad de dar un concepto de contrato como acto jurídico:

*El contrato, como acto jurídico, es el acuerdo de voluntades de dos o más personas conforme a lo dispuesto por un supuesto para producir las consecuencias de derecho consistentes en crear o transmitir derechos y obligaciones de contenido patrimonial.*¹⁹

En este trabajo se manejará en términos generales al contrato como un acto jurídico, para estudiar sus elementos, presupuestos y clasificación, sin desentenderse de que además es una norma jurídica individualizada y debe tenerse presente también esa naturaleza para poder comprender el funcionamiento y utilidad de la figura.

2. *El contrato como norma jurídica.*²⁰ Al estudiar al contrato deben tenerse en cuenta dos aspectos fundamentales; el primero, el acto jurídico como acuerdo de voluntades que es el proceso creado del contrato, y el segundo, que es el resultado de ese proceso; y así como no deben confundirse los

¹⁶ Ver conceptos de acto jurídico, entre otros autores: A) Borja Soriano, Manuel. *Ob. cit.*, p. 98. B) Rojina Villegas, Rafael. *Ob. cit.*, introducción, p. 291. C) Mazeaud, Henri y León y Jean. *Ob. cit.*, p. 393; y D) Gutiérrez y González, Ernesto, *Derecho de las obligaciones*, 8a. ed., Porrúa, México, 1991, p. 123, núm. 83.

¹⁷ Se utiliza esta terminología, para no confundir los actos monosubjetivos con los unilaterales y los plurisubjetivos con los bilaterales. La clasificación de los actos en monosubjetivos y plurisubjetivos, obedece a que en su realización intervengan dos o más personas manifestando su voluntad; en cambio, en la clasificación de los actos jurídicos y en especial en los contratos, como se verá más adelante, en unilaterales y bilaterales, se toman en consideración las obligaciones que genera el acto ya sea para una sola de las partes o para todas las que intervienen en él; y así, un acto será unilateral si sólo genera obligaciones para una de las partes aunque intervengan dos en la realización del acto y será bilateral si genera obligaciones para las dos partes o para todas las personas que intervengan en el acto, siendo más de dos.

¹⁸ Los números entre paréntesis, si no se indica en forma expresa otra cosa, hacen referencia a los artículos del Código Civil para el Distrito Federal.

¹⁹ En relación con la patrimonialidad de la obligación, consúltese: A) Borja Soriano, Manuel. *Ob. cit.*, pp. 84 a 87. B) Rojina Villegas, Rafael. *Ob. cit.*... Obligaciones, pp. 36 y 56; y C) Gutiérrez y González, Ernesto. *Ob. cit.*, pp. 93 a 100, núms. 52 a 58.

²⁰ Este apartado del contrato como norma jurídica, está fundamentado en las siguientes obras: A) *El contrato y el tratado analizados desde el punto de vista de la teoría pura del Derecho*, del Dr. Hans Kelsen, Editora Nacional, México, 1974. B) *Principios del Derecho internacional público*, del Dr. Hans Kelsen, Librería "El Ateneo" Editorial, Buenos Aires, Argentina, 1965; y C) *Derecho civil mexicano*. Tomo quinto, Obligaciones, vol. I, del Dr. Rafael Rojina Villegas, *ob. cit.*

actos discursivos con el discurso mismo o el proceso de elaboración legislativa con la ley, tampoco deben confundirse el acto productor del contrato con el contrato mismo.²¹

El resultado del acto jurídico contractual puede considerarse como una norma de la cual emanan derechos u obligaciones para las partes que en él intervienen.

El fundamento de obligatoriedad del contrato es que en sí mismo es una norma jurídica, no general sino individualizada, que a su vez se apoya en una norma jurídica general (la contenida en el Código Civil) la que a su vez se apoya para fundar su obligatoriedad en una norma de carácter constitucional. Al estudiar la teoría general del contrato, una de las cuestiones de origen consiste en indagar cuál es el fundamento de su fuerza obligatoria. No hay duda de que las partes al celebrar un contrato pretenden comprometerse recíprocamente o comprometer a una de ellas a la realización de una cierta conducta, y suponiendo ese compromiso sienten tanto la necesidad de cumplirlo como la certeza de poder exigir al obligado su cumplimiento. A través del contrato se obtienen la mayor parte de los satisfactores de las necesidades de la población o la tranquilidad de poder obtener una compensación en caso de incumplimiento de la obligación de quien debe prestar ese satisfactor. Si no fuera así no tendría objeto o razón de celebrar el contrato. El contrato permite tomar decisiones para vivir lo mejor posible y crea un vínculo obligatorio. ¿Cuál es el fundamento de esa fuerza obligatoria? Decir que la ley obliga al cumplimiento del contrato, es prácticamente no decir nada respecto al fundamento de esa obligatoriedad. Los artículos 1796 y 1797 del Código Civil señalan que los contratos se perfeccionan, en principio, por el mero consentimiento y obligan no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias que, según su naturaleza, sean conforme a la buena fe, al uso o a la ley y que su validez y cumplimiento no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes. ¿Por qué la ley le da esa fuerza vinculante? Si se trata de justificar esa fuerza en las necesidades y exigencias de la vida en comunidad, puede pensarse que ese es un fundamento en términos generales, pero no explica en concreto la fuerza vinculante del contrato. Puede pensarse que esa fuerza se origina en la divinidad y en la naturaleza humana que nos impone la necesidad de no mentir, de ser veraces y que el incumplimiento del contrato sería una conducta contraria a esa exigencia. Kant, concluyó que el cumplimiento de la obligación es algo evidente, un imperativo categórico que no requiere de mayor justificación. Puede también fundarse esa fuerza en la utilidad que le reporta a las personas el

²¹ "Hay pues que distinguir cuidadosamente: 1o. El acto o el procedimiento de la convención; 2o. La norma o el orden convencional creados por aquélla en cuanto acto o procedimiento." Kelsen, Hans. *El contrato y el tratado. Ob. cit.*, p. 11.

cumplimiento de la palabra empeñada, aun cuando ése no puede ser un fundamento si se piensa que hay muchos casos en que mayor utilidad puede reportarle a un contratante no cumplir que cumplir. La tendencia más arraigada en el mundo occidental, es justificar esa fuerza vinculante en la manifestación de la voluntad que la hace depender del hecho de que los contratantes lo quieren.²²

Los temas principales que deben tratarse en el estudio del contrato como norma jurídica son: los ámbitos de validez material, temporal y personal, los conflictos originados por la celebración de contratos relacionados con los ámbitos indicados por una parte, y por la otra, sus consecuencias o efectos.

Como ya se indicó, no obstante la importancia que tiene este estudio, en el presente trabajo se dará preferencia al análisis del contrato como acto jurídico, por proporcionar a los estudiantes que se inicien en el aprendizaje de estas materias, una mejor comprensión de su elaboración y formación, sin desconocer que todo contrato es una norma jurídica y estudiar en cada caso las consecuencias o efectos que produce su celebración.

3. *El contrato como documento.* Esta acepción hace referencia al resultado material del proceso contractual que se plasma en un título, generalmente escrito, que contiene los signos sensibles que objetivizan la voluntad de los contratantes, que está destinado a perdurar y que tiene diversas finalidades, entre las que destaca la certeza de los pactos convenidos y su prueba a futuro. El contrato, en este sentido, es un instrumento histórico con la posibilidad de ser analizado y estudiado mucho tiempo después de su redacción.

Es tan importante el estudio y conocimiento de la integración, desde el punto de vista de sus elementos y presupuestos, del contrato, como la manera de redactarlo y precisar su contenido (declaraciones, antecedentes, cláusulas, certificaciones, etc.) y posteriormente su análisis y exploración. Posiblemente estos últimos aspectos tengan en la práctica una mayor relevancia, porque del estudio del documento contractual no nada más se conocerá el contenido del mismo para precisar sus alcances, sino las circunstancias personales, materiales y motivaciones que intervinieron en su celebración.

Además, el estudio del monumento (como objeto de utilidad para la historia) permite conocer no sólo la legislación vigente en el momento de su redacción, sino la cultura general del pueblo en que se instrumentó, al-

²² Sobre este tema consúltese: A) Recaséns Siches, Luis. *Panorama del pensamiento jurídico en el siglo XX*. 1a. ed., Porrúa, México, 1993 y en especial las pp. 23 a 240 y 426 a 431. B) López de Zavalía, Fernando J. *Teoría de los contratos*. Parte general. Capítulo VIII, Título Primero, "El fundamento de la Fuerza de los Contratos". *Ob. cit.*, pp. 297 a 302. Puig Peña, Federico. *Tratado de Derecho civil español*. Tomo IV, Obligaciones y contratos, pp. 14 a 18.

gunas de sus necesidades y la manera de satisfacerlas. Piénsese en el estudio de un contrato de compraventa de esclavos en las tierras de la América española del siglo XVII.²³

No obstante que el estudio de la técnica para la elaboración de los contratos es una materia que encaja precisamente en esta obra, su complejidad y sus tecnicismos, además de su amplitud, impiden su estudio en estas páginas y sólo se limitará su trato a la manera en general en que la ley dispone cómo debe manifestarse el consentimiento y su estudio se tratará en el capítulo del elemento “forma”, al analizar cada uno de los contratos que en particular reglamenta el Código Civil.

²³ Mi estimadísimo amigo y maestro universitario Dr. Don Ricardo Franco Guzmán me obsequió, con motivo de las fiestas decembrinas de 2006, la copia de un contrato de compraventa de esclavo celebrado en la Ciudad de la Purísima Concepción de Celaya el día 29 de marzo de 1780. Este documento, monumento cultural, por su rareza y su importancia histórica para comprender mejor los adelantos de la ciencia del derecho, se transcribe al final de esta obra, como apéndice número seis.

CAPÍTULO II

LOS ELEMENTOS DEL CONTRATO

SUMARIO: I. El consentimiento.—II. El objeto.—III. La forma.

En la determinación de las partes que necesariamente deben integrar un contrato, reina en la doctrina una gran anarquía.¹

La mayoría de los autores mexicanos, por no decir todos, siguiendo el criterio del Código Civil, clasifican a los elementos del contrato en esenciales y de validez.²

Para la doctrina mexicana son elementos de esencia el consentimiento y el objeto; y de validez, la capacidad, la ausencia de vicios en el consentimiento, la licitud en el objeto, motivo o fin y la forma.³

No obstante que el Código Civil y los autores mexicanos analizan al contrato respecto a sus elementos de esencia y validez, en este estudio no seguirá ese criterio por considerar que no debe confundirse el ámbito o campo de la formación del contrato, con el de sus efectos. Ciertos requisitos son indispensables para que el contrato exista y a éstos deben llamarse precisamente elementos, y otros son necesarios para que produzca efectos normales en los términos previstos por la norma.

Llámesese elemento la parte integrante de una cosa que si falta, esa cosa no existe como tal, aunque de hecho puede existir una diversa.⁴

Bajo esas bases, para realizar un análisis sistemático del contrato, deben distinguirse aquellas partes que efectivamente son indispensables para

¹ Castán Tobeñas, José. *Derecho civil español*. Tomo III, Reus, Madrid, España, 1958, p. 372.

² Rojina Villegas, Rafael. *Ob. cit.* T. quinto, vol. I, p. 339. Borja Soriano, Manuel. *Ob. cit.*, Tomo primero, p. 139. Sánchez Medal, Ramón. *Ob. cit.*, p. 10. El maestro Ernesto Gutiérrez y González los clasifica como elementos de esencia y requisitos (no elementos) de validez. Ver su *ob. cit.*, p. 163, núm. 151. Artículos 1794 y 1795 del Código Civil.

³ Doctrinalmente también se clasifican a los elementos del contrato en tres categorías: de esencia, de naturaleza o naturales y los que son puramente accidentales. Ver: Colín y Capitant (Henri Colín y Ambroise Capitant). *Curso elemental de derecho civil*, tomo III, pág. 609, Madrid, 1943; y Muñoz, Luis, *Teoría general del contrato*, 1a. ed., Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1973, p. 153.

⁴ Ejemplo: Un triángulo es la figura formada por tres líneas que se unen entre ellas de dos en dos; por lo tanto, los elementos del triángulo serán tres líneas, y si falta una de ellas o dos, no existirá triángulo, aun cuando pueda existir un ángulo o una línea.

que exista y se manifiesta este acto jurídico, de aquellas que deben de existir previamente a la formación del contrato; las primeras hacen referencia a la estructura del contrato y las últimas a las consecuencias del mismo.

Son elementos del contrato el consentimiento, el objeto y la forma, ya que sin éstos no existiría esta figura.

El consentimiento es el acuerdo de dos o más voluntades en los términos de una norma para la producción de las consecuencias previstas en la misma.

Como la voluntad es un elemento indispensable del acto jurídico y los contratos son una especie del género actos jurídicos, necesariamente se requerirá de esa voluntad en el contrato, pero como éste siempre es un acto plurisubjetivo, la unión acorde de las voluntades de los contratantes en los términos de un supuesto jurídico, toma el nombre de consentimiento.

Ahora bien, esas voluntades deben estar acordes respecto de un objeto de interés jurídico y en relación con la materia contractual, ese objeto es la conducta proyectada como una prestación o como una abstención, ya sea para dar cierta cosa, prestar un servicio o realizar una abstención.

Por último, el consentimiento respecto de tal conducta, necesaria y forzadamente debe manifestarse o exteriorizarse de alguna manera para que tenga existencia social y por ende jurídica.

La existencia de la persona o la existencia de tal persona con aptitud para ser titular de derechos y obligaciones, es un presupuesto necesario y elemental de todo acto jurídico, pero no es lógico expresar que es un elemento de tal acto, ya que el elemento no es el sujeto sino la voluntad, por lo que la capacidad que es esa aptitud, es un presupuesto del contrato y además es también presupuesto la falta de vicios en la voluntad del contratante, que si existen harán impresión sobre los efectos del contrato pero no sobre su existencia, ya que una persona puede querer presionada o equivocadamente, pero quiere.

En relación con la licitud, ésta significa que los contratantes regulan su conducta conforme a una norma jurídica o que no la contradigan, ya que si actúan en contravención de la misma, su conducta será ilícita y por lo tanto no sólo no existirá contrato, sino que no existirá acto jurídico (será un hecho jurídico en sentido estricto), porque es irrelevante esa voluntad contraria a la ley para producir las consecuencias previstas por ella. De donde se desprende que la existencia misma de la norma y por lo tanto la licitud, que debe ser acatada, es un presupuesto y no un elemento del contrato.

Si se toma en consideración al contrato como norma jurídica individualizada, sus elementos son: la forma o manera de exteriorizarse y el contenido, que son los pactos o cláusulas del mismo.

Por lo anterior, en la segunda parte de esta obra se estudiarán los elementos del contrato y a continuación los presupuestos.⁵

I. EL CONSENTIMIENTO COMO ELEMENTO DE EXISTENCIA.—La voluntad es la intención, ánimo o resolución de hacer una cosa⁶ y la voluntad desde el punto de vista jurídico es esa intención para realizar un acontecimiento referida a la obtención de efectos jurídicos previstos en la norma.

En los actos plurisubjetivos, la unión acorde de voluntades de los sujetos que intervienen, en los términos señalados en la norma o supuesto jurídico, se llama consentimiento.⁷

Por lo anterior, en el contrato, el consentimiento es la unión o conjunción acorde de voluntades de los sujetos contratantes, en los términos de la norma, para crear o transmitir derechos y obligaciones.

Si en un determinado supuesto no existiera esa unión o conjunción acorde de voluntades en los términos de la norma, podría existir o un hecho jurídico o uno o varios actos monosubjetivos que originarían consecuencias de derecho, pero no existiría un contrato, ya que es un elemento para la existencia de éste, el que se dé ese consentimiento con la acepción señalada.⁸

II. EL OBJETO COMO ELEMENTO DE EXISTENCIA.—El objeto del contrato, como el objeto del derecho en general, es la conducta (es innecesario recalcar que tal conducta debe ser humana, ya que el “derecho” sólo puede concebirse referido al hombre) y dicha conducta puede manifestarse como una prestación (situación activa, móvil, dinámica) o como una abstención (situación pasiva, inmóvil, estática). Si tal conducta se manifiesta o exterioriza como una prestación, puede encausarse como un hacer algo o como un dar cierta cosa, que al final no sería sino una modalidad de un hacer

⁵ La distinción entre elementos y presupuestos del contrato para aplicarla al Derecho mexicano y a esta obra en lo particular, fue sugerida fundamentalmente por los siguientes autores: A) Mosset Iturraspe, Jorge, *Teoría general del contrato*, Ediciones Jurídicas Obir, Rosario, Argentina, 1970, pp. 51 y sigs.; B) Muñoz, Luis, *ob. cit.*, pp. 153 y sigs. y 193 y sigs.; y C) López de Zavallía, Fernando J., *ob. cit.*, pp. 102 y sigs. y 193 y sigs.

⁶ Diccionario de la Lengua Castellana, por la Real Academia Española. Decimatercera edición, Imprenta de los señores Hernando y Compañía, Madrid, 1899, p. 1028.

⁷ Ver Gutiérrez y González, Ernesto. *ob. cit.*, p. 215, núm. 187, y Borja Soriano, Manuel, *ob. cit.*, tomo I, p. 141, núm. 108.

⁸ En virtud de que esta parte general sólo obedece a la pretensión de que sirva de ayuda al estudio de los contratos en especial que se tratan a continuación, no se analizarán aquí los temas relacionados con el consentimiento que tienen tanta trascendencia como el principio de la autonomía de la voluntad, la gestación y análisis del consentimiento, los problemas relacionados con la aceptación de una propuesta, la formación del contrato entre ausentes, el momento de la estructuración del contrato, la cooperación de funcionarios, la culpa “in contrahendo”, etc. Para todos estos temas consúltese además de los autores citados en la bibliografía general, a los siguientes: Muñoz, Luis, *ob. cit.*, pp. 233 y sigs.; López de Zavallía, Fernando J., *ob. cit.*, pp. 91 y sigs., y Mosset Iturraspe, Jorge, *ob. cit.*, pp. 101 a 173.

algo; y si la conducta se manifiesta o exterioriza como una abstención, puede encausarse como un no hacer algo.

Ahora bien, el contenido de la prestación “hacer algo” debe ser posible y lícito, ya sea que se proyecte hacia un “hecho” o hacia una “cosa”.

De lo anterior se puede deducir la clasificación del objeto como elemento de existencia del contrato, en objeto directo o en objeto indirecto.

Será objeto directo del contrato la conducta que puede manifestarse como una prestación —un dar o un hacer— o como una abstención —un no hacer—.

Será objeto indirecto del contrato: la cosa como contenido del dar (que debe ser posible); el hecho como contenido del hacer (que debe ser posible y lícito), y la abstención, como contenido del no hacer (que debe ser posible y lícita).

La creación y la transmisión (y en algunas legislaciones la modificación y la extinción) de derechos y obligaciones, no es, ni puede ser objeto del contrato, sino que esas situaciones son la consecuencia o resultado del propio contrato como acto jurídico que motivó o actualizó un supuesto de derecho.

Sin embargo, como tales consecuencias son precisamente la razón de ser de los contratos, el motivo que impulsa a las personas a vincularse jurídicamente, es por lo que se ha originado la confusión, considerando la creación y la transmisión de derechos y obligaciones como el objeto directo de los contratos.⁹ Además, el equívoco también puede tener su origen en los términos de objeto, que es la conducta y objetivos o finalidades del contrato que son los de producir las consecuencias consistentes en la creación o en la transmisión de derechos y obligaciones.

⁹ “...conforme a la definición legal del contrato (1793) el objeto directo e inmediato del contrato es la creación o la transmisión de obligaciones o derechos (sean éstos reales o personales); pero por una elipsis que viene desde el Código Napoleónico, se menciona como objeto del contrato lo que propiamente es el objeto de la obligación creada o transmitida por él. Este objeto indirecto o mediato del contrato, puede ser o la prestación de una cosa (2011) o la cosa misma (1824-I); o bien, la prestación de un hecho (2027 y 2028) o el hecho mismo (1824-II)”. Sánchez Medial, Ramón, *ob. cit.*, p. 17.

“El objeto en el contrato no es la cosa o el hecho. Éstos son los objetos indirectos de la obligación, pero como el contrato la crea y ésta tiene como objeto la cosa o el hecho, la terminología jurídica, por razones prácticas y de economía en el lenguaje, ha confundido, principalmente en los códigos, el objeto de la obligación con el objeto del contrato... Desde el punto de vista doctrinario se distingue el objeto directo, que es crear o transmitir obligaciones en los contratos, y el objeto indirecto, que es la cosa o el hecho que asimismo son el objeto de la obligación que engendra el contrato. A su vez, en la obligación el objeto directo es la conducta del deudor, y el indirecto la cosa o el hecho relacionado con dicha conducta.” Rojina Villegas, Rafael, *ob. cit.* T. quinto, Vol. I, p. 361.

En el mismo sentido: Treviño García, Ricardo, *Contratos civiles y sus generalidades*, 2ª ed., Librería Font, Guadalajara, Jal., México, 1975, p. 48; y Gutiérrez y González, Ernesto, *ob. cit.*, p. 228 y 229, núm. 216.

Por lo tanto, se insiste en que la creación y la transmisión de derechos y de obligaciones son las consecuencias del contrato, pero nunca su objeto.

Si en un supuesto o pretendido contrato no existe una conducta (humana) a regular, no puede hablarse jurídicamente de "contrato".

III. LA FORMA COMO ELEMENTO DE EXISTENCIA.—La forma, en términos generales es la manera de exteriorizarse el consentimiento en el contrato y comprende todos los signos sensibles que las partes convienen o la ley establece para lograr esa exteriorización.

Si la voluntad es la exteriorización de la intención o resolución de realizar un acontecimiento que actualice un supuesto jurídico, y las voluntades acordes de dos o más sujetos forman el consentimiento, si no existiese esa forma o manera de exteriorizarse no se podría hablar del acto contrato.¹⁰

En otro sentido, es necesario e imprescindible que se emplee alguna manera de proyectar o exteriorizar la voluntad y por lo tanto el consentimiento, y si esa manera de exteriorizarse es la forma, ésta por necesidad lógica será un elemento de existencia del contrato.

Se puede considerar válidamente que la forma es una parte integrante de la voluntad, por ser la manera de exteriorizarse o socializarse la intención para formar esa voluntad, y por lo tanto, también parte integrante del consentimiento, por ser éste la conjunción de voluntades. No obstante esa consideración, se prefiere conceptuar a la forma como un elemento por separado, por la importancia práctica y didáctica que tiene su estudio en el análisis de los contratos en particular.

Ya se ha indicado también que la forma, en ese sentido, debe ser estudiada como elemento (sin necesidad de calificarlo de esencial, porque ya se supone que todo elemento es imprescindible para la existencia del todo) del contrato como norma individualizada y al estudiar al contrato desde ese ángulo, se deberá analizar el continente o forma por una parte y el contenido o pactos o cláusulas contractuales y sus repercusiones en los ámbitos espacial, temporal y personal, por la otra.¹¹

El legislador sin desconocer la necesidad de satisfacer una forma

¹⁰ "...todo contrato tiene forma, ya que sin ella es inconcebible. La forma es la exterioridad, la visibilidad del acto, abstraída de su contenido y ningún acto tiene el carácter de voluntario sin un hecho exterior por el cual la voluntad se manifieste... En sentido genérico, con la palabra 'forma' se designa a cualquier manera exteriorizante de la voluntad. Es empleado el vocablo en esta acepción que afirmamos que todo contrato tiene forma". López de Zavalía, Fernando J., *ob. cit.*, p. 182.

¹¹ "La estructura del contrato como negocio jurídico bilateral comprende la forma y el contenido. La forma es su figuración exterior que le permite ser reconocido en la vida de relación; el contenido es su tipicidad interior, pues la voluntad humana sería mero fenómeno psíquico irrelevante para el derecho, si no fuera contenido de declaraciones y manifestaciones." Muñoz, Luis. *Ob. cit.*, p. 151, núm. 103.

—cualquiera que sea— para la formación y existencia del contrato, regula sin embargo, generalmente, tres situaciones diferentes:

Primera. En determinados contratos, la ley exige una —y no otra diferente— manera específica y determinada de exteriorizar el consentimiento, para que se produzcan ciertos y determinados efectos, los cuales no se producirán si no se cumple esa forma. Tal es el caso, en Derecho mexicano respecto de la prenda; si en la forma del contrato no consta la certeza de la fecha, no se genera el derecho real, por no surtir efectos en contra de terceros, por disposición expresa del artículo 2860. Igual situación se presenta en el llamado mutuo subrogatorio; si éste no consta en título auténtico y en él se declara expresamente que el dinero prestado fue para pagar una deuda, no produce el efecto de subrogar al mutuante por ministerio de la ley en los derechos del acreedor a quien se cubrió su crédito con la cantidad mutuada, por disponerlo así expresamente el artículo 2059.

Segunda. En otros casos, la ley exige una manera específica y determinada de exteriorización del consentimiento que pretende una mayor seguridad y prueba de las operaciones, pero que si no se cumple con esa exigencia, de todas maneras se producen los efectos previstos por la norma; aun cuando éstos podrían llegar a ser nulificados por la falta de esa formalidad.¹² Esta situación se presenta en derecho mexicano, por ejemplo, en el caso de que se celebre un contrato de compraventa de un bien inmueble con valor de avalúo mayor al equivalente a trescientas sesenta y cinco veces el salario mínimo general diario vigente en el Distrito Federal,¹³ en documento privado; no obstante que la forma exigida por la ley es la estructura pública, aun cuando ésta no se cumpla se producen los efectos traslativos de dominio y obligatorios del contrato.¹⁴

Tercera. Por último, la ley puede no exigir una determinada manera de exteriorizar el consentimiento, sino deja a la voluntad de las partes el que escojan libremente la forma del contrato y de cualquier manera se producirán los efectos previstos por la norma; pero en todo caso, deberá existir siempre una forma, cualquiera que ésta sea, para la existencia del contrato. Así sucede en derecho mexicano, entre otros, en los contratos de compraventa de bienes muebles (2316), de mutuo, de comodato, etcétera.

En la primera situación planteada, cuando la ley en un contrato específico impone la necesidad de exteriorizar el consentimiento cubriéndolo o rodeándolo de ciertos y determinados elementos visibles o sensibles para

¹² Si se da al contrato la forma omitida y cualquiera de las partes puede exigirla si la voluntad de ambas consta de manera fehaciente, se extingue la nulidad del contrato, conforme a lo dispuesto por los artículos 1833, 2231 y 2232.

¹³ Al inicio del año 2007 el salario mínimo general diario en el Distrito Federal era de \$50.57, por lo que 365 veces ese salario son \$18,458.05 equivalentes a 1,678 Dlls U.S.A. aproximadamente.

¹⁴ Ver artículos 2320 en relación con los 2317 y 2321 y los citados en la nota 12.

que puedan producirse las consecuencias de derecho previstas en la norma, se dice que el contrato es solemne.

Existen autores en derecho mexicano que indican que en el código civil, en la parte contractual, no se encuentra regulado ningún contrato solemne.¹⁵ Sin embargo, los artículos 2059 y 2860, entre otros, muestran dos supuestos en los cuales si no se manifiesta o exterioriza el consentimiento en una forma determinada e impuesta por la ley, no se producen las consecuencias previstas por la norma; pueden producirse y de hecho se producen otras consecuencias, pero no las previstas en esos supuestos y en tal virtud debe concluirse, acorde con lo expuesto, que sí regula a estos contratos como solemnes.

En la segunda situación, si la ley impone una cierta manera de exteriorizarse el consentimiento, no para que se produzcan los efectos previstos por la norma, sino sólo para la validez del acto, para que éste no pueda ser anulado por la falta de ese requisito, se dice que el acto o contrato es formal.

Por último, en la tercera situación, si la ley no regula la manera en que debe exteriorizarse ese consentimiento, sino que deja a la libertad de las partes la forma de exteriorización, esto es, si esa manera no es “impuesta” sino “libre”, se dice que el contrato es consensual.

Debe precisarse que la forma no es simplemente la manera de emplearse el lenguaje (que puede ser mímica, verbal o por escrito), sino todo conjunto de elementos sensibles que pueden comprender más; esto es, además del empleo del lenguaje, una cierta forma de expresarlo o determinadas menciones que deban hacerse, las personas o la actividad de ellas, ante quienes se debe expresar (testigos, juez, notario, registrador) y los archivos en que debe constar (por ejemplo, los volúmenes del protocolo del notario).¹⁶

¹⁵ Lozano Noriega, Francisco, *Cuarto curso de Derecho civil: contratos*. Asociación Nacional del Notariado Mexicano, México, 1970, p. 57.

¹⁶ En relación con la forma de los contratos, indicando que su criterio no coincide con el asentado en esta obra, consúltense los siguientes autores: A) Treviño García, Ricardo, *ob. cit.*, págs. 74 a 78; B) Rojina Villegas, Rafael, *ob. cit.* Tomo quinto, vol. I, pp. 423 a 457, y C) Sánchez Medal, Ramón, *ob. cit.*, pp. 40 a 43.

CAPÍTULO III

LOS PRESUPUESTOS DEL CONTRATO

SUMARIO: I. La capacidad.—II. La ausencia de vicios en el consentimiento: 1. El error.—2. El dolo.—3. La violencia.—4. La lesión.—III. La licitud en el objeto, motivo o fin.

Además del consentimiento, el objeto y la forma que son imprescindibles para que pueda hablarse de contrato, la ley exige otros requisitos que deben darse en la formación del contrato, para que éste produzca plenamente sus efectos y para que no pueda ser anulado; esto es, aspectos que deben estudiarse para determinar los efectos o consecuencias del contrato.

Tales requisitos deben darse y existir aun antes del contrato y coincidir en el momento de su perfeccionamiento y son la capacidad, la ausencia de vicios en el consentimiento y la licitud en el objeto, motivo o fin, que en este trabajo sólo se enunciarán para precisar su campo de aplicación en los contratos en particular.

I. LA CAPACIDAD COMO PRESUPUESTO DE VALIDEZ.—La capacidad es la aptitud de las personas para ser titulares de derechos y sujetos de obligaciones y para hacerlos valer por sí mismas en el caso de las personas físicas o por conducto de sus representantes en el caso de las personas morales.¹

Del concepto anterior se desprende la clasificación de la capacidad en:

Capacidad de goce, de derecho o jurídica; y

Capacidad de ejercicio, de hecho o de obrar.²

La capacidad de goce es la aptitud de las personas para ser titulares de derechos y de obligaciones.

La capacidad de ejercicio es la aptitud de las personas para hacer valer sus derechos y sus obligaciones, ya sea por sí mismas en el caso de las personas físicas o por conducto de sus representantes legales, en el caso de las personas morales.

¹ Ver Borja Soriano, Manuel. *Ob. cit.*, p. 274, Gutiérrez y González, Ernesto. *Ob. cit.*, pp. 327 y sigs. Y Rojina Villegas, Rafael. *Ob. cit.* T. quinto, vol. I, pp. 483 y sigs.

² En la doctrina mexicana sólo se utilizan las expresiones de capacidad de goce y de ejercicio, pero en el derecho extranjero también se designa a la capacidad de goce como capacidad de derecho o jurídica y a la de ejercicio como de hecho o de obrar. Ver López de Zavalía, Fernando J. *Ob. cit.*, pp. 195 y sigs.

Es importante hacer la distinción, porque la falta de capacidad ya sea de un tipo o de otro, puede acarrear consecuencias diversas.

En el derecho mexicano, que sigue una tendencia ideológica sustentada en la libertad humana, la capacidad tanto de un tipo como de otro (de hecho y de derecho) se presume.³ Lo que significa que toda persona es capaz mientras no exista una disposición normativa que le niegue esa capacidad.

Por otra parte, la ley puede imponer o establecer incapacidades de hecho, de ejercicio o de obrar en términos generales (como lo establece en el artículo 450), pero no podría señalar incapacidades de goce, de derecho o jurídicas generales sin atentar contra la dignidad humana o sin negar la personalidad jurídica.

Si en términos generales se dijera que determinada persona o grupo de personas no tienen aptitud para ser titulares de derechos, tales personas no serían sujetos jurídicos; esto es, se les estaría negando su personalidad jurídica.⁴

Por otra parte, aunque una persona no sea apta para hacer valer por sí misma sus derechos o para cumplir con sus obligaciones, no significa que no los tenga o que no pueda hacer ejercicio de los primeros o que no deba cumplir con las segundas, sino sólo que no puede hacer ejercicio de ellos por sí misma, y por lo tanto requerirá de otra persona para que en su representación lo haga; de ahí la necesidad jurídica de la representación, ya que sin ella sería lo mismo el tener o el no tener derechos, ya que si no se pueden hacer valer ni por sí ni por otro, desde un punto de vista lógico significa que no los tiene, y se volvería al punto de partida, al indicar que faltaría la personalidad jurídica de ese ente.

De lo anterior se desprende que no puede hablarse de una incapacidad sin ley.

Las incapacidades generales de ejercicio las establece el Código Civil en su artículo 450. Las personas señaladas en ese precepto pueden ser titulares de derechos, lo que no pueden es hacer valer sus derechos por sí mismas, sino que requerirán que otra persona, en su representación, los haga valer.

Respecto a las incapacidades de goce, acorde con lo expuesto, la ley no las establece en forma general, sino sólo señala en forma particular, quién o quiénes no tienen aptitud de ser titulares de ciertos derechos.

La ley establece incapacidades de goce en los siguientes tres casos:

³ ART 1798.—“Son hábiles para contratar todas las personas no exceptuadas por la Ley.” Art. 52 del código argentino: “las personas de existencia visible son capaces de adquirir derechos y contraer obligaciones. Se reputan tales todos los que en este código no están expresamente declarados incapaces”.

⁴ Colín y Capitant (Henri Colín y Ambroise Capitant), *Curso elemental de Derecho civil*. Reus, Madrid, España, 1952, tomo I, p. 188.

A. Los extranjeros no tienen aptitud de ser titulares de derechos de propiedad sobre bienes inmuebles cuando éstos están ubicados dentro del territorio nacional en la llamada "zona prohibida" (Art. 27 Constitucional).

B. Los tutores, mandatarios, albaceas, representantes del ausente y empleados públicos, no tienen aptitud para ser titulares del derecho de propiedad, como compradores, de los bienes de cuya venta o administración se hallen encargados (2280).⁵

C. Los ministros de los cultos, sus ascendientes, descendientes, hermanos y cónyuges, así como las asociaciones religiosas a que aquellos pertenezcan, no tienen aptitud de ser titulares de derechos hereditarios derivados de un testamento otorgado por aquellas personas a quienes los propios ministros hayan dirigido o auxiliado espiritualmente y no tengan parentesco dentro del cuarto grado (Art. 130 Constitucional, a partir de la reforma publicada en el *D. O.* del 28-01-92); pero esto no significa que no puedan tener aptitud para ser titulares, por ejemplo, de derechos de propiedad sobre bienes inmuebles, ya que tales derechos pueden adquirírselos por otro medio diferente al señalado.

Por otra parte se habla también de capacidad general y de capacidad especial y esta terminología se empleará en la segunda parte de este trabajo al estudiar los contratos en particular.⁶

Se entiende por capacidad general la aptitud para poder intervenir por sí en un contrato para poder adquirir la titularidad de los derechos que se originen como consecuencia de su otorgamiento, sin requerir que el sujeto tenga una calidad específica de tipo personal o en relación al bien que eventualmente puede constituir el contenido de su prestación de dar.

Por capacidad especial debe entenderse, además de la aptitud para poder intervenir por sí en un contrato y para poder adquirir la titularidad de los derechos que se originen como consecuencia de su otorgamiento, la ca-

⁵ No debe confundirse la limitación a la capacidad de goce, con el desconocimiento de la personalidad jurídica. La ley, al imponer una incapacidad de goce, presupone la existencia de la persona jurídica a quien se establece esa limitación. La personalidad jurídica es el reconocimiento que hace la ley a un individuo o a una corporación para ser centro de imputación de normas jurídicas, para que pueda actuar en el ámbito jurídico. La capacidad de goce y sus limitaciones hacen referencia a situaciones determinadas, singularizadas. Ejemp. Una persona (personalidad jurídica) puede tener o no la aptitud (capacidad de goce) para ser titular de derechos de propiedad de un bien inmueble rústico con fines agrícolas, ya que según la Constitución Política, las sociedades mercantiles por acciones sólo podrán ser propietarias de terrenos rústicos en la extensión estrictamente necesaria para el cumplimiento de su objeto. Las corporaciones religiosas tienen la misma limitación que las sociedades mercantiles por acciones. Antes del Decreto publicado en el *D. O.* del 28-I-92 que reformó el ARTÍCULO 27 Constitucional, las sociedades comerciales por acciones no podían adquirir predios rústicos con fines agrícolas y las corporaciones religiosas denominadas iglesias, no tenían personalidad jurídica y por ello no tenían aptitud de ser titulares de derechos o sujetos de obligaciones.

⁶ Estas expresiones son comunes en derecho mexicano. Ver: A) Sánchez Meda, Ramón. *Ob. cit.*, pp. 98, 113, 146 y otras. B) Lozano Noriega, Francisco. *Ob. cit.*, pp. 279, 342 y otras.

lidad o una calidad específica de tipo personal o una calidad específica relacionada con el bien como contenido de su prestación de dar.

Para clarificar los conceptos anteriores, se dan a continuación tres ejemplos:

1. En la celebración de un contrato de mutuo, el mutuuario sólo requiere la capacidad general, esto es, la aptitud para poder intervenir por sí en el contrato y para poder adquirir la titularidad de los derechos derivados del mismo; en cambio, el mutuante requerirá la capacidad especial o capacidad específica relacionada con el bien, objeto de su prestación de dar, de ser propietario, ya que este contrato, por ser traslativo de dominio, transferirá la propiedad de ese bien del mutuante al mutuuario, y si el mutuante no fuera propietario, si no tuviera esa calidad específica, no la podría transmitir a la otra parte.

2. En la celebración de un contrato de prestación de servicios profesionales, el profesor o profesional requerirá la calidad específica de tipo personal de ser profesional, además de la capacidad general; y el cliente sólo requerirá esta última capacidad indicada, pero no la especial, porque no necesita ninguna calidad específica para celebrar el contrato.

3. En la celebración de un contrato de arrendamiento, el arrendador, además de la capacidad general, requerirá la especial de poder transmitir el uso o goce temporal de la cosa sobre la que recaiga el contrato, ya que si no tiene esa calidad relacionada con el bien no podría conceder el uso o goce, como acontece con un nudo propietario o con un usuario o un habituario. En cambio, el arrendatario, por regla general, sólo requerirá la capacidad general.

Si se celebra un contrato por un incapaz con incapacidad de ejercicio, el contrato será anulable, estará viciado de una nulidad relativa, lo que origina que sólo él puede invocar esa incapacidad (Art. 2230); el contrato puede ser confirmado por sus representantes legales si tienen facultades para ese efecto o por el mismo incapaz cuando haya cesado su incapacidad (2233) y por el transcurso del tiempo prescribe la acción de nulidad (2226).

Por el contrario, si se celebra un contrato por un incapaz con incapacidad de goce, el contrato será nulo de pleno derecho,⁷ esto es, que estará

⁷ En la doctrina mexicana se equiparan los conceptos de nulidad absoluta con nulidad de pleno derecho, por una parte; y de nulidad relativa con anulabilidad, por otra (ver Borja Soriano, Manuel. *Ob. cit.*, tomo I, pp. 110 y 111) y con esa equivalencia de acepciones se emplea en esta obra.

En otros países se designa con el nombre del acto anulable cuando no es manifiesta la visibilidad del vicio y se les llama actos nulos cuando sí es manifiesta, y se distinguen estos términos de las nulidades absolutas y relativas. Una nulidad absoluta obedece al criterio que proporciona la noción del orden público, cuya violación origina la nulidad absoluta, en tanto

viciado de nulidad absoluta, lo que origina que de ella pueda prevalecerse todo interesado, inclusive el Ministerio Público y el vicio no desaparece por confirmación ni por prescripción.

Si se celebra un contrato de compraventa por el cual un menor de edad vende un bien inmueble el contrato está viciado de nulidad relativa y por lo tanto puede confirmarse por el interesado al llegar a su mayoría de edad o por quien ejerza sobre él la patria potestad, si obtiene previamente la autorización judicial (436); sólo el menor puede invocar la nulidad y la acción para hacerla valer puede prescribir.

Si se celebra un contrato de compraventa respecto de un bien ubicado en zona prohibida por un extranjero como comprador, el contrato estará viciado de nulidad absoluta, lo que origina que no pueda nunca confirmarse, la acción para pedir la nulidad nunca prescribirá y la puede hacer valer en todo momento cualquier interesado, inclusive el Ministerio Público.

Las incapacidades de ejercicio se establecen en protección de intereses individuales, ya sea de los menores o de las personas que por circunstancias personales no tienen una facultad normal de razonar (450 y 2230) y por eso la calificación de un contrato celebrado por ellas será la nulidad relativa.

En cambio, las incapacidades de goce, se establecen en protección de intereses de orden público, en normas de carácter imperativo o prohibitivas y por lo tanto su incumplimiento o violación se traducirá en un hecho ilícito y por ende la calificación de un contrato celebrado en contravención de tales disposiciones será la nulidad absoluta.

Por otra parte, si se celebra un contrato por una persona que requiera de una capacidad especial sin tenerla, el contrato podrá ser declarado por la ley como nulo, o no producirá los efectos previstos por las partes sino los que determine la ley y hará responsable al otorgante de los daños y perjuicios causados a la otra parte, y en ocasiones la ley sanciona en forma específica al sujeto.⁸

Como ejemplo de lo anterior se señalan:

1. Si se celebra un contrato de compraventa en el cual el vendedor no

que la nulidad relativa sólo se establece en beneficio de intereses particulares; y por lo tanto pueden existir actos nulos de nulidad relativa y actos nulos de nulidad absoluta por una parte, y actos anulables con nulidad absoluta y actos anulables con nulidad relativa, por otra. Ver: López de Zavalía, Fernando, J. *ob. cit.*, p. 350.

⁸ En términos generales, los requisitos específicos de tipo personal que exige la ley en la celebración de los contratos, es lo que constituye la capacidad especial y las normas que los señalan son imperativas. Sin embargo, cuando no se cumplen, pueden establecerse diversas sanciones que pueden consistir en la nulidad del contrato o en privarlo de ciertos y determinados efectos.

La capacidad especial también recibe el nombre de legitimación.

es el propietario de la cosa, esto es, que no tenga la capacidad especial de propietario, la ley lo reputa nulo (2270).

2. Si se celebra un contrato de arrendamiento por el titular de un derecho real de uso o de habitación como arrendador, que no tiene la capacidad especial para celebrar ese contrato, el mismo no producirá los efectos normales previstos por los contratantes, porque se perjudicarían los derechos de terceras personas, y hará responsable a ese usuario o habituario de los daños y perjuicios causados a su contratante.

3. Si se celebra un contrato de prestación de servicios profesionales de tipo jurídico por una persona que se diga abogado sin serlo, la ley lo sanciona al impedirle cobrar honorarios por los servicios prestados (2608).

II. LA AUSENCIA DE VICIOS EN EL CONSENTIMIENTO.—Los vicios del consentimiento son aquellas circunstancias particulares que sin suprimirlo, lo dañan.⁹ De lo anterior se desprende que, cuando uno de los llamados vicios no sólo daña al consentimiento, sino que lo suprime, deja de ser vicio, para constituir una falta de consentimiento.¹⁰

En los contratos se requiere que las personas como sujetos de derecho manifiesten un consentimiento exento de vicios, ya que tales circunstancias pueden invalidar y de hecho invalidan el contrato, lo que origina su nulidad, y la calificación de esa nulidad será la relativa.¹¹

Tradicionalmente se han considerado como vicios del consentimiento al error, al dolo, a la lesión y a la violencia.¹²

⁹ No obstante que este tema de los vicios de la voluntad y por lo tanto del consentimiento es tratado por casi todos los autores de temas jurídicos, no proporcionan un concepto general de vicio de la voluntad y existe entre ellos una gran diversidad de criterios en la enumeración de tales vicios. Ver: A) Rojina Villegas, Rafael. *Ob. cit.*, tomo primero, Introducción y Personas, 4a. ed. Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1969, pp. 349 a 378. B) Sánchez Meda, Ramón. *Ob. cit.*, p. 27. C) Treviño García, Ricardo. *Ob. cit.*, p. 55. D) Ibarrola, Antonio de. *Cosas y sucesiones*, 3a. ed., Porrúa, México, 1972, p. 597. E) López de Zavalía, Fernando J. *Ob. cit.*, pp. 155 y sigs.

El maestro Gutiérrez y González aun cuando no proporciona un concepto de vicio de la voluntad, sí lo señala de vicio, indicando que es "la realización incompleta o defectuosa de cualquiera de los elementos de esencia de una institución." Obra citada, pág. 286, núm. 298.

¹⁰ Situación que acontece, por ejemplo, en el error obstáculo o sobre la sustancia, también denominado error destructivo de la voluntad (ver: Borja Soriano, Manuel. *Ob. cit.*, tomo primero, p. 246, y Rojina Villegas, Rafael. *Ob. cit.*, tomo primero, p. 351) y en la llamada *vis absoluta* que es una violencia ejercida en tal forma que constituye una fuerza física irresistible (ver: Porte Petit, Celestino. *Dogmática sobre los Delitos contra la vida y la salud personal*. Jurídica Mexicana, México, 1966, p. 71; y Sánchez Meda, Ramón. *Ob. cit.*, p. 33.

¹¹ "De lo expuesto resulta, sin duda, que los vicios del consentimiento son causa de nulidad relativa de los contratos." Borja Soriano, Manuel. *Ob. cit.*, tomo primero, p. 257. Ver también Rojina Villegas, Rafael, *Ob. cit.*, tomo primero, p. 373.

¹² No existe unanimidad doctrinal en cuanto a la enumeración de los vicios de la voluntad. El maestro Borja Soriano, empleando la terminología del Art. 1109 del Código Napoleón, estudia como vicios al error, a la violencia y al dolo (*Ob. cit.*, tomo primero, p. 244). El maestro Gutiérrez y González enumera como vicios de la voluntad: el error, la violencia, la lesión y la reticencia (*Ob. cit.*, p. 272, núm. 281; y el maestro Treviño García enumera como vi-

1. *El error*. El error es el conocimiento equívoco de la realidad y no debe confundirse con la ignorancia, porque ésta es una falta de conocimiento.

También puede decirse que el error es el conocimiento inexacto de la realidad consistente en creer cierto lo que es falso, o falso lo que es cierto.¹³

Para que el error pueda considerarse como un vicio del consentimiento, y por lo tanto originar la nulidad del contrato, debe recaer sobre el motivo determinante de la voluntad de cualquiera de los que contratan (1813).

El error puede referirse a las calidades o composiciones físicas de la cosa (como contenido de las prestaciones de dar) considerada en sí misma; a las calidades o funcionalidad de la cosa referida al uso o utilización que desee darle el sujeto; o a la identidad de la persona del contratante en aquellos contratos que se celebren en atención a las cualidades del sujeto.¹⁴

Estas clases de error pueden ejemplificarse como sigue:

Se celebra una compraventa respecto de unos cubiertos en el entendido que deben ser de plata y resultan de otro material.

Se celebra una compraventa respecto de un automóvil en el entendido de que debe ser último modelo y resulta de un modelo anterior.

Se celebra un contrato de prestación de servicios profesionales, en el entendido de que el profesional es determinada persona y resulta que el que lo celebró es el hijo de aquél, con el mismo nombre que su padre.

Si la falta de concordancia entre la realidad y el motivo determinante de la voluntad del sujeto recae sobre la naturaleza del contrato o sobre la identidad misma de la cosa como objeto del contrato, técnicamente no puede ser considerada como un vicio, sino como una falta de consentimiento, ya que las voluntades no serían coincidentes en los términos previstos por la norma jurídica, para formar un consentimiento, y al faltar éste, por ser uno de sus elementos, no existiría el contrato.

Por otra parte existen errores que la ley no considera como causas de nulidad el contrato: son el que no recae sobre el motivo determinante de la voluntad y el error de cálculo que sólo da lugar a rectificación (1813 y 1814).¹⁵

2. *El dolo*. El concepto de dolo lo proporciona en derecho mexicano el artículo 1915, señalando que es cualquier sugestión o artificio que se em-

cios: el error, el dolo, la mala fe y la violencia, e indica que "algunos autores agregan la lesión". *Ob. cit.*, p. 55.

¹³ Diversos conceptos de error, pueden verse en: Sánchez Medial, Ramón. *Ob. cit.*, p. 27. Borja Soriano, Manuel, *Ob. cit.*, tomo primero, p. 245; y Gutiérrez y González, Ernesto, p. 273, núm. 283 de *ob. cit.*

¹⁴ Sobre este tema de los diferentes tipos de error, consúltese a los autores mencionados en las notas anteriores.

¹⁵ A esta clase específica de error se le llama "error indiferente". Ver: Borja Soriano, Manuel. *Ob. cit.*, tomo primero, p. 249.

plee para inducir a error o mantener en él a alguno de los contratantes. En términos generales puede decirse también que el dolo es el empleo de cualquier medio ilegal para inducir o provocar el error y así obtener la voluntad de una persona en la formación de un contrato.

Las sugerencias, los artificios o los medios ilegales, no constituyen prácticamente un vicio del consentimiento, sino que son los medios para obtener el resultado de inducir a error o mantener en él a una persona, y por lo tanto el vicio no es el dolo, sino el error.¹⁶ Sin embargo, el concepto es útil, en virtud de que puede ser más fácil probar la presencia de un dolo en el contrato por la materialización de los actos en las sugerencias o artificios, que probar el error y aún más cuando éste se desprende de circunstancias que no están declaradas en el contrato.

Este vicio es causa de nulidad relativa del contrato, si el error a que induce o que es mantenido por el mismo, recae sobre el motivo determinante de la voluntad del sujeto en su celebración.¹⁷

El dolo siempre supone una intención de dañar o engañar, por lo que el hecho de alabar las cualidades de una cosa para determinar a una persona a celebrar un contrato, si no hay esa intención de daño, tradicionalmente se ha llamado “dolo bueno” y no es una causa de nulidad del contrato (1821).¹⁸

3. *La violencia*. El artículo 1819 indica que “hay violencia cuando se emplea fuerza física o amenazas que importen peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud o una parte considerable de los bienes del contratante, de su cónyuge, de sus ascendientes, de sus descendientes o de sus parientes colaterales dentro del segundo grado” para determinar a una persona a celebrar un contrato.

La violencia cuando se convierte en una fuerza física irresistible, configura ya no un consentimiento viciado, sino una falta absoluta de él.¹⁹

La violencia en sí o el temor²⁰ que nace de ella, vicia la voluntad del sujeto y origina una causa de nulidad relativa del acto (2228).

¹⁶ En este sentido coinciden los autores que tratan estos temas. Ver: Borja Soriano, Manuel. *Ob. cit.*, tomo primero, p. 250. Gutiérrez y González, Ernesto. *Ob. cit.*, p. 299, núm. 315. Sánchez Meda, Ramón. *Ob. cit.*, p. 32. Mosset Iturraspe, Jorge. *Ob. cit.*, p. 181.

¹⁷ Rojina Villegas, Rafael. *Ob. cit.*, tomo primero, p. 373, y Borja Soriano, Manuel. *Ob. cit.*, tomo primero, p. 253.

¹⁸ “...Las ‘falsedades leves’ que Betti denomina ‘picardías’, no son dolo. Se vinculan al *dolus bonus*.” Mosset Iturraspe, Jorge. *Ob. cit.*, p. 181, nota 18.

“El tercer vicio posible en relación con el consentimiento es el dolo malo. El nombre sorprende, pero es que los romanos reconcían en determinadas circunstancias, la existencia del dolo bueno, la astucia comercial, los trucos acertados mercantiles, que para los mediterráneos son más bien actos de inteligencia e inclusive humorísticos, que actos inmorales.” Floris Margadant, Guillermo, “*El Derecho privado romano*”, 2a. Ed. Esfinge, México, 1965, p. 338, núm. 177.

¹⁹ Ver nota 10 de este capítulo.

²⁰ En derecho mexicano, los términos intimidación y violencia son prácticamente sinónimos. El Art. 1299 del Código Civil de 1884 hablaba de intimidación y el Art. 1819 del actual

Tradicionalmente²¹ se ha considerado que para que la violencia sea un vicio del consentimiento se requiere:

Que sea grave. En derecho mexicano se atiende en forma principal al daño mismo que se puede causar por el agente que infringe la violencia, al establecer que debe importar peligro de perder la vida, la salud o una parte considerable de los bienes del contratante o de una persona que la ley supone allegada a él.

Que sea actual, inminente. Aunque la ley no establezca esta característica, se desprende de la naturaleza misma del vicio.

Que sea injusta, es decir ilícita. Debe implicar un hecho contrario a las leyes o a las buenas costumbres, por lo que el temor reverencial no basta para viciar el consentimiento.²²

Que sea el motivo determinante de la voluntad del sujeto al contratar; y

Que provenga de una persona y no de un hecho dañoso, ya que en este caso se estaría en presencia de un estado de necesidad.

4. *La lesión*. La lesión es el perjuicio que sufre una persona de la cual se ha abusado por estar en un estado de suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria, en la celebración de un contrato, consistente en proporcionar al otro contratante un lucro excesivo en relación con lo que él por su parte se obliga. La ley da al perjudicado la acción de nulidad del contrato²³ por el plazo de un año, o de ser ésta posible, la reducción equitativa de la obligación (Art. 17).

No debe confundirse o equipararse a la lesión con el error, la violencia o el dolo; ya que por error se entiende el concepto equívoco o engañoso que se tiene de la realidad y por ignorancia la falta de conocimiento de los negocios y en general de las cosas prácticas que sólo se adquiere con el vi-

código habla de violencia y la distinción estriba en el ángulo de la relación que se contemple, ya sea como sujeto que la sufre o que la infringe.

Es tan importante el efecto del temor o miedo que produce la violencia, que el maestro Gutiérrez y González, indica que "La violencia es el medio originado por la amenaza..." Obra citada, p. 308, núm. 338. Sánchez Meda, Ramón. Obra citada, pp. 34 y 35.

²¹ Borja Soriano, Manuel. *Ob. cit.*, tomo primero, p. 255, núm. 357. Rojina Villegas Rafael. *Ob. cit.*, tomo primero, p. 371. Gutiérrez y González, Ernesto. *Ob. cit.*, p. 308, núm. 338. Sánchez Meda, Ramón. *Ob. cit.*, pp. 34 y 35.

²² Doménico Barbero indica que: "El temor reverencial, o el de los descendientes para con los ascendientes, el de la mujer para con el marido o el de los subordinados para con su superior, no es causa suficiente para anular los actos." Citado por Mosset Iturraspe, Jorge. *Ob. cit.*, p. 184. Ver Art. 1820 del código civil vigente.

²³ El artículo 17 del Código Civil indicaba que el perjudicado "...tiene el derecho de pedir la rescisión del contrato...". Técnicamente el acto está afectado de una nulidad relativa, en los términos de los artículos 2227 y 2230. A partir de la reforma al Código Civil contenida en el Decreto de 12 de diciembre de 1983, publicado en el *Diario Oficial* del 27 de diciembre del mismo mes y año y en vigor a partir del primero de octubre de 1984, el artículo 17 en su parte conducente señala: "...el perjudicado tiene derecho a elegir entre pedir la nulidad del contrato o la reducción equitativa de su obligación.

vir o con la práctica. La violencia es la coacción infringida a una persona para inducirla a celebrar un contrato o a realizar un acto y por un estado de necesidad, la aceptación a realizar un acto por encontrarse el individuo en un estado apremiante, y la lesión el perjuicio sufrido por un contratante como consecuencia de su ignorancia, inexperiencia o miseria. Por otra parte, el dolo implica por su naturaleza, la acción de una persona que por medio de maniobras fraudulentas hace caer en error a otra o la mantiene en él.

Además, en la lesión para que se considere como un vicio se requiere una desproporción entre las prestaciones. En los vicios del consentimiento no se requiere la existencia de esa desproporción para que proceda la nulidad del acto, y por último, en la lesión, al haber desproporción entre las prestaciones, en los actos en que no haya prestaciones recíprocas, no puede originarse, y sí en cambio, puede haber un vicio del consentimiento en los actos a título gratuito.

Al analizar los fines que persiguen por una parte la lesión y por la otra los vicios del consentimiento, se encuentran diferencias más profundas. Aquéllos tratan de proteger a una persona en forma individual y en una relación jurídica determinada. Ésta, debe ser un instituto social, esto es, un camino que conduzca a la protección del hombre productivo para hacer su existencia digna y el hecho de que la nulidad, en el derecho mexicano, sea la relativa para sancionar un acto lesivo, no indica sino que sólo se tomaron en consideración al regularla los casos aislados en que se puede presentar o en general una falta de meditación del legislador en la importancia social que esta figura reviste.²⁴

La mayor parte de los tratadistas, incluyendo a los mexicanos, ha considerado a la lesión como un vicio del consentimiento, esto es, se toma como una institución meramente individualista.²⁵

Es necesario que el instituto de la lesión se perfeccione en forma simultánea y acorde con otros que les haga sentir a los hombres productivos, la importancia que tienen en su comunidad, para que luchen por su superación y por la reivindicación de sus derechos.

Reglamentar la lesión como una institución social es uno de los medios de abolir las formas de explotación del hombre por el hombre y eliminar la desigualdad social, con vistas a realizar la fraternidad de todos los individuos.

²⁴ En aquellos casos en que la lesión en un contrato tipifique un delito de fraude conforme a lo prevenido en la fracción VIII del artículo 387 del Código Penal vigente en el Distrito Federal, debe considerarse que la nulidad de que está afectado el acto es la absoluta por ser las normas del Código Penal disposiciones de orden público.

²⁵ López de Zavalía, Fernando, *Ob. cit.*, pp. 388 y 397. Mosset Iturraspe, Jorge. *Ob. cit.*, pp. 186 a 192; y Rojina Villegas, Rafael. *Ob. cit.*, tomo quinto, vol. I, pp. 459 a 481.

En los códigos civiles mexicanos de 1870 y 1884 se reglamentó a la lesión como un vicio objetivo tomando en cuenta en forma primordial la desproporción en las prestaciones y se la consideró como una causa de rescisión y no de nulidad, aceptándose únicamente en la compraventa.²⁶ Esto último se deduce del hecho de que establecieron que sólo los contratos válidos son rescindibles²⁷ y al consignar la posibilidad en la compra-venta de que ésta es rescindible por lesión, no la consideran nula o anulable; es así que basta la desproporción matemática que la ley indica, para que exista lesión, aun en el caso de que no se abusara de la víctima por su estado de necesidad, ignorancia o inexperiencia.

El código civil actual, en su artículo 17 resiente en una forma clara y directa la influencia de los ordenamientos alemán y suizo, aceptando la teoría mixta de la lesión como un vicio objetivo y subjetivo a la vez.²⁸ Una diferencia notable además, en relación con los códigos anteriores, es la de que hace extensiva la institución a todos los contratos que según su naturaleza permitan que se presente y no únicamente en el de compraventa.

En relación con la lesión, el Código Civil anterior del estado de Morelos (expedido el 26 de septiembre de 1945 y publicado en el *Periódico Oficial* del estado el 24 de febrero de 1946 —su principal redactor fue el maestro D. Rafael Rojina Villegas—, ahora por desgracia ya abrogado por el nuevo código para ese estado publicado en el *Periódico Oficial* "Tierra y Libertad" el 13 de octubre de 1993) plasmaba principios netamente sociales, lo que lo hacía, entre otros muchos aspectos, destacarse de todos los ordenamientos civiles del mundo, como un código de derecho moderno,

²⁶ Artículos 1771, 1772, 3022 y 3023 del Código Civil de 1870: "1771.—Ninguna obligación se rescinde únicamente por lesión, salvo lo dispuesto en el artículo 3023." "1772.—Sólo hay lesión cuando la parte que adquiere, da dos tantos más, o la que enajena recibe dos tercios menos del justo precio o estimación de la cosa."

"3022.—El contrato de compraventa no podrá rescindirse en ningún caso a pretexto (*sic*) de lesión, siempre que la estimación de la cosa se haya hecho por peritos al tiempo de celebrarse el contrato."

"3023.—Si la cosa ha sido valuada por peritos con posterioridad a la celebración del contrato, podrá rescindirse éste, si del dictamen de aquéllos resulta que alguna de las partes ha sufrido lesión en los términos que establece el artículo 1772."

El Código Civil de 1884 reprodujo textualmente los artículos del código anterior, en los números 1657, 1658, 2889 y 2890.

²⁷ El artículo 1770 del código de 1870 que se reproduce en el Código Civil de 1884 con el número 1656 dice: "No pueden rescindirse más que las obligaciones que en sí mismas sean válidas."

²⁸ El artículo 138 del Código Civil alemán establece: "138.—Un negocio jurídico que atente contra las buenas costumbres es nulo. "Es en especial nulo un negocio jurídico por el cual alguien, explotando la necesidad, la ligereza o la inexperiencia de otro, se haga prometer o se procure para sí o para un tercero, a cambio de una prestación, unas ventajas patrimoniales que sobrepasen de tal forma el valor de la prestación, que según las circunstancias estén en manifiesta desproporción con dicha prestación." (Código Civil alemán BGB. Traducción de Carlos Melon Infante. Bosch, Casa Editorial, Barcelona, España, 1955, p. 27.

Ver también: Rojina Villegas, Rafael, Tomo quinto, Vol. I de la obra citada, pp. 474 a 481.

acorde con las necesidades actuales, haciendo de la lesión una institución social y dando al perjudicado y a todo interesado, una acción de nulidad absoluta del contrato. El art. 17 de ese código del estado de Morelos, expresaba:

“17.—Cuando alguno explotando o aprovechándose de la suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema necesidad de otro, obtenga un lucro excesivo que sea evidentemente desproporcionado a lo que él por su parte se obliga, el perjudicado tendrá derecho a obtener la declaración de nulidad del contrato y, de no ser posible, la reducción equitativa de su obligación.

”Cuando alguna persona jurídica, individual o colectiva haya llevado a cabo sistemáticas actividades por las que, explotando o aprovechándose de la suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema necesidad de otro, obtenga lucros excesivos evidentemente desproporcionados a sus inversiones, al grado de provocar o crear inicios de cualquier problema social, el Estado someterá a revisión los actos ejecutados y proveerá a la prevención o resolución del problema social originado o en génesis. El Estado podrá ejercer esta facultad en todo tiempo, siendo imprescriptible su derecho al respecto; pero siempre que medie compensación adecuada a las inversiones del empresario y a sus beneficios equitativos que se estimarán por la autoridad judicial...”

La nulidad de que habla este precepto es la absoluta, ya que conforme al artículo 75 del mismo código, “la lesión en los contratos origina la nulidad absoluta de los mismos y no será renunciable el derecho de pedir la nulidad”.

De lo anterior se desprende que la lesión debe establecerse como una protección efectiva a las clases productivas del país, en los diferentes contratos y en especial en los de compraventa (de bienes de consumo necesario o inmuebles para casas habitación), arrendamiento, mutuo y de garantía, en donde una persona puede sufrir más acusadamente el problema de su desigualdad, mediante normas específicas relacionadas directamente con esos contratos.

III. LA LICITUD EN EL OBJETO, MOTIVO O FIN.—El objeto, que es la conducta manifestada como prestación o como una abstención, debe ser lícita además de posible y asimismo el hecho, como contenido de la prestación, también debe ser lícito.

No es posible hablar de la licitud referida a la cosa como contenido de la prestación de dar, ya que las cosas en sí mismas no pueden ser lícitas o ilícitas sino que la conducta referida a esas cosas es la que puede ser lícita o no, según esté acorde o contradiga lo preceptuado por una norma imperativa.²⁹

²⁹ La conducta de los contratantes será lícita, si se establece conforme a lo dispuesto por una norma, o simplemente si no contraviene una disposición de carácter imperativo; y será ilícita si el pacto constituye una contravención a una norma de interés público.

Ahora bien, esa conducta debe ser lícita y en ese sentido debe entenderse el objeto lícito.

También los motivos y fines del contrato deben ser lícitos, es decir, que no estén en contradicción con una disposición normativa de carácter imperativo o prohibitivo.

Los motivos son las intenciones internas o subjetivas del sujeto relacionadas directamente con la cosa o el hecho que constituye el contenido de la prestación de otra parte.

Conforme a la terminología del Código Civil vigente, los motivos pueden clasificarse en dos grupos: el primero comprende a los que la ley denomina (1813) motivos determinantes de la voluntad; el segundo, a todos aquellos motivos que no sean en forma directa, determinantes de la voluntad del sujeto al contratar.

Los motivos que una persona puede tener para contratar, son móviles internos, personales de cada parte contratante y que a menudo son desconocidos, no sólo para los terceros sino que escapan aun al otro contratante y por ende, cuando éstos son ilícitos rara vez puede demostrarse esa circunstancia.

Los fines son las intenciones de destino último en que pretende utilizar el contratante la cosa o el hecho que constituye el contenido de la prestación de la otra parte.³⁰

Debido al elemento subjetivo que implican estas figuras, en la mayoría de los casos en que existe un motivo o un fin ilícito, es muy difícil lograr que se declare nulo el contrato.

Además, cuando la obligación es de dar, se restringe aún más su aplicación, debido al mismo interés de las partes en que subsista el acto y en su renuencia a devolverse las prestaciones al declararse el contrato nulo. En las obligaciones de hacer es más fácil percatarse de esta ilicitud y mediante la prevención judicial o administrativa, evitar la consumación del contrato.

El motivo determinante o los móviles, pueden, sin embargo, estar expresamente declarados en el contrato o conocerse fehacientemente por determinadas circunstancias o porque hagan una relación directa entre lo preceptuado por la norma y el contenido del contrato y, en este caso, es cuando por darse a conocer a terceros (inclusive al Ministerio Público) puede ser declarada fácilmente su nulidad.

³⁰ "Un par de personas concertan la venta de una casa. El motivo determinante de la voluntad del comprador, es la ubicación del inmueble frente a una playa; los móviles, su fácil acceso al lugar, su construcción sólida y el hecho de que, por la gran oferta que de ese tipo de mercancías existe en ese momento, el precio no es exorbitante, sino justo, pero el fin que lo determina a contratar, es el de instalar en dicha finca un prostíbulo. Por parte del vendedor, el motivo determinante y único de su voluntad, es el precio justo en que va a vender su propiedad y el fin, dedicar ese precio al contrabando de drogas." (Zamora y Valencia, Miguel Ángel, *Las proyecciones nuevas de la teoría general del contrato civil*. Tesis profesional, U.N.A.M., México, 1963, p. 43.

El motivo determinante y los móviles, aunque internos, deben estar directamente relacionados con el objeto como contenido de las prestaciones de las partes, para que su ilicitud pueda ser causa de nulidad del contrato y esta circunstancia es lo que distingue claramente al motivo de los fines.

Estos últimos, son asimismo móviles de la voluntad, pero no relacionados en forma inmediata con el objeto.

La ilicitud en el objeto, motivo o fin del contrato produce la nulidad absoluta del mismo, en vista de que tales actos serán ilícitos por contravenir una disposición de carácter imperativo o prohibitivo, y tales disposiciones sólo se establecen en vista de la protección del interés común, del orden público o de las buenas costumbres, según se desprende del contenido de los artículos 6, 8, 1830 y 1831 del Código Civil.³¹

La ilicitud en el objeto, motivo o fin del contrato origina la nulidad absoluta del mismo.

La nulidad absoluta es la sanción que la ley impone a las partes cuando realizan un acontecimiento contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres (1830) que origina su ilicitud (8)³² y tiene como característica el que produce provisionalmente sus efectos los que son destruidos retroactivamente cuando el juez pronuncie su nulidad (2226) esto es, que opera hacia el pasado; no puede ser confirmado, no prescribe la acción para hacerla valer y de ella puede prevalecerse todo interesado (2226).

Si la ilicitud pudiera producir la nulidad relativa, significaría que se deja a la voluntad de los particulares el acatar o no las disposiciones de orden público, ya sea mediante la confirmación del acto o simplemente no haciendo valer la sanción, lo que haría inútil tal norma de orden público, destruyendo así el valor y principio de seguridad que deben tutelar esas disposiciones.³³

³¹ Técnicamente puede decirse que un negocio (contrato) con objeto ilícito, no es un contrato, ya que éste por ser una especie de acto jurídico, supone la voluntad acorde de los sujetos conforme a lo dispuesto por un supuesto, para producir consecuencias de derecho y esta voluntad debe ser relevante para la obtención de los efectos previstos por la norma, por la realización consciente del acontecimiento que actualice al supuesto, y en el caso del negocio ilícito, esa voluntad no es relevante para la producción de los efectos, ya que éstos se producirán indefectiblemente como consecuencia de la violación de la norma, quiéranlos o no las partes; lo que constituye un hecho (en sentido estricto) ilícito y no un acto jurídico, y por ende tampoco un contrato.

³² Si todo hecho realizado en contravención a una disposición legal es ilícito, debe tener necesariamente una sanción, consistente en la nulidad, por lo que es un contrasentido el decir que un hecho es ilícito pero válido, o en otras palabras es una tontería decir, como señalaba el Art. 264 del Código Civil que “Es ilícito pero no nulo el matrimonio:...”, ahora derogado.

³³ El hecho de que el artículo 2225 disponga que “la ilicitud en el objeto, en el fin o en la condición del acto produce su nulidad, ya absoluta, ya relativa, según lo disponga la ley”, sólo puede obedecer a que el legislador quiere reservarse la posibilidad de proteger intereses privados en normas de carácter prohibitivo o imperativo y en ese supuesto un contrato que violare una de esas disposiciones, traería como consecuencia una nulidad relativa del acto.

CAPÍTULO IV

LA INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO

SUMARIO: I. El concepto de la interpretación.—II. La interpretación del contrato: 1. La interpretación para comprender las circunstancias en que se originó el contrato. 2. La interpretación como necesidad de comprender la intención de las partes en la celebración del contrato. 3. La interpretación para determinar el alcance y límites de las cláusulas contractuales. 4. La interpretación para indagar si el contrato se ajusta a las disposiciones legales y a los principios generales del derecho.—III. Las reglas para la interpretación de los contratos de Pothier.

I. EL CONCEPTO DE LA INTERPRETACIÓN.—A la palabra *interpretación* se le han dado muchos significados.

El Diccionario de la Real Academia Española¹ señala:

interpretar (del latín *interpretare*) tr. Explicar o declarar el sentido de una cosa, y principalmente el de textos faltos de claridad.

El Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia Mexicanas del Lic. Antonio de J. Lozano² indica: “interpretación. La explicación o declaración del sentido de alguna cosa que parece oscura o dudosa”.

El Diccionario de Derecho Privado de D. Ignacio de Casso y Romero y D. Francisco Cervera y Jiménez-Alfonso³ determina: “interpretación, voz derivada de la latina *interpretar*, de *interpreto*, derivada a su vez de *inter-proesum*: Estar presente o servir de mediador entre dos. Significa, pues, según su derivación etimológica y aceptación más corriente, la explicación o declaración o determinación del sentido de una ley, de un contrato o de una sentencia, cuando aparece oscura u ofrece alguna duda”.

El profesor Jorge Mosset Iturraspe⁴ apunta: “interpretar significa escrutar un hecho para reconocer su valor. Interpretar un contrato es observar las manifestaciones negociales, las cláusulas o estipulaciones para determinar su sentido y alcance”.

¹ Decimonovena edición, 1970.

² México, J. Balleca y Compañía, Sucesores, Editores, 1905.

³ Editorial Labor, España, Primera edición, 1950. Reimpresión, 1954.

⁴ *Ob. cit.*, p. 317.

La interpretación no es una prerrogativa exclusiva ni de la ley, del contrato o de los actos jurídicos, sino de toda expresión de voluntad en cualquier ámbito del conocimiento.

En una síntesis de los conceptos expuestos puede decirse que interpretar es desentrañar el sentido, significado o razón y el alcance y extensión de una declaración de voluntad y cuando se trata de un contrato, para conocer y comprender su contenido y consecuencias.

II. LA INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO.—Ya se ha dicho en capítulos anteriores que toda manifestación de voluntad y toda obra cultural requiere ser interpretada para determinar si la misma se ha exteriorizado o formulado siguiendo los principios que la animan o que la deben animar, si se ajusta a los postulados morales o culturales de un lugar y un tiempo determinado, o si contiene un mensaje digno de ser transmitido o no.

Cuando se trata de un contrato, su interpretación se impone para conocer su alcance, precisar si se celebró conforme lo dispone la ley y determinar sus efectos, cuáles son las obligaciones y los derechos de las partes y en su caso, si puede darse por terminado y cómo se haría. Además, es importante en el análisis de un contrato, precisar si se estudia como documento histórico o como una fuente actual de obligaciones. Así, no es lo mismo el análisis e interpretación de un contrato celebrado por ejemplo en el siglo XVII respecto de la compraventa de un esclavo o un contrato celebrado en el siglo XXI de compraventa de un departamento en condominio.

Tomando en cuenta lo anterior, puede decirse que interpretar un contrato significa:

A. La comprensión del medio (tiempo y lugar de su celebración) en que se celebró; de las palabras empleadas usadas en su momento y de los bienes que hayan sido su objeto. Este estudio hace referencia a las circunstancias en que se originó el contrato.

B. Desentrañar la voluntad de las partes en la celebración del contrato.

C. Precisar el alcance y límites de las cláusulas contractuales. Esto es, determinar cuáles son los derechos y obligaciones emanados del contrato o transmitidos por él.

D. Indagar si el contrato se ajusta a la ley y a los principios generales del derecho.

Todas estas cuestiones tienen una importancia capital y por ello se estudiarán por separado.

I. La interpretación para comprender las circunstancias en que se originó el contrato.

Este análisis se hace en forma preferente respecto a contratos celebrados con anterioridad y que no crean problemas de cumplimiento, sino de comprensión del ambiente en que se originó. Existen contratos que se ce-

lebran en atención a ciertas y determinadas circunstancias en una época y lugar determinado y que posteriormente ese escenario cambia y por ende dejan de celebrarse, sin perder de vista que pueden celebrarse en la actualidad y si no se estudia y se interpreta el contrato bajo aquellas condiciones, sería muy difícil su explicación actual.

Esto necesita ejemplos:

a) *Compraventa de esclavo*. Para no recurrir a ejemplos de situaciones muy antiguas, piénsese en un contrato de compraventa de esclavo celebrado en México, a finales del siglo XVIII. En los años de 1780 a 1800 era común la trata de esclavos en la provincia mexicana; en especial, los individuos de raza negra eran objeto de contratos traslativos de dominio y en especial de compraventa. Para identificar al objeto del contrato, se le marcaba y con frecuencia la marca era en la cara y se analizaba en el contrato si era joven o viejo y si estaba sano o no. Existía la indemnización por vicios y por reservas del vendedor respecto a la conducta o hábitos del sujeto.

En la interpretación de este tipo de contratos se analiza la clase y tipo de los sujetos que constituían su objeto y de ahí el estudio y clasificación de las castas. Existían además de españoles, indios y negros, mestizos que nacen de español e india; castizos que nacen de español y mestiza; mulatos que nacen de español y negra; moriscos que nacen de español y mulata; lobos que nacen de negro e india; coyotes que nacen de indio y mestiza; compamulatos que nacen de barzino e india; sambaigo que nacen de chamisso e india; tente en el aire que nacen de india y cambujo; albinos que nacen de español y morisca; negros torna atrás que nacen de español y albina, y albarazados que nacen de tente en el aire y mulata.⁵

La existencia de la esclavitud y por ende del contrato o de los contratos por los cuales se transmitía la propiedad de las personas o se concedía su uso o goce dio origen a medidas determinantes para evitar y proscribir esas costumbres.

Es notorio el contenido del documento que se conoce como Sentimientos de la Nación o 23 puntos dados por Morelos para la Constitución: en especial, para este aspecto el punto 15 que indica:

15o. Que la esclavitud se proscriba para siempre, y lo mismo la distinción de castas, quedando todos iguales, y sólo distinguirá a un americano de otro, el vicio y la virtud.⁶

⁵ Ver *México en el mundo de las colecciones de arte*. Nueva España, tomo 2. Dirección General de la Obra: María Luisa Sabau García. México, 1a. ed., 1994.

⁶ Ver "Sentimientos de la Nación", en el libro de Tena Ramírez, Felipe. *Leyes Fundamentales de México 1808-1979*, novena ed., Porrúa, México, 1980.

Éste es un claro antecedente del artículo primero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que señala "... Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán, por ese solo hecho, su libertad y la protección de las leyes".

A través del estudio e interpretación de esos contratos, podrían conocerse las condiciones de vida del pueblo y sus costumbres.

b) *Contrato de mohatra*. Se llamaba así al negocio que encubría un préstamo con interés pero se hacía pasar y ver como dos operaciones de compraventa.

En los siglos XVI y XVII en España, se prohibieron los contratos de usura y se veían con malos ojos, en general, los contratos de mutuo. Sin embargo, las necesidades de la población hacían necesario tanto la obtención como el otorgamiento de créditos y para evitar las sanciones de la prohibición recurrían a la mohatra.

La forma de operar es como sigue: A, vendedor y mutuante vende a B, comprador y mutuuario, un bien determinado en \$1,000.00 pesos y el comprador se obliga a pagar el precio dentro de los próximos doce meses. Acto continuo, B vende a A el mismo bien en \$600.00 quien paga el precio de contado en ese momento y en efectivo.

El resultado de esa operación es que A enajenó un bien en la primera operación y lo recupera de inmediato por la segunda; pero respecto del dinero, B tiene después de terminada la operación la cantidad de \$600.00 pero debe a un plazo de un año, la cantidad de \$1,000.00

Si se piensa desde el punto de vista de un mutuo con interés, A prestó a B la cantidad de \$600.00 y éste debe devolver en el plazo de un año, ese capital y \$400.00 de intereses.

Si alguien necesitaba cien pesos, para hacerlos ingresar a su patrimonio acudía con el prestamista a una ficción por medio de la cual desarrollaba dos contratos de compraventa sucesivos, así: vendía a quien solicitaba el dinero, una cierta cantidad de mercancía que le entregaba por un precio superior al real y que incluía no sólo el dinero que iba a prestar, sino sus intereses por el tiempo que demoraría la restitución y que éste quedaba debiendo, y después compraba por menor precio la misma mercancía que recibía materialmente de quien la había comprado, entregando al mutuuario como precio la diferencia, que era la cantidad que verdaderamente solicitaba en préstamo. De ese modo, dos compraventas sucesivas entre las mismas partes que actuaban directamente o mediante intermediarios, con la sola diferencia de precios en cada una de ellas, compraventas reales y verdaderas que dejaban satisfecha la moralidad de las partes, ocultaban un acto prohibido por la moral de la época como era el préstamo de dinero con interés, dejando sólo una deuda insoluble a cargo del mutuuario.⁷

⁷ Uribe Prada, José Antonio. *Don Quijote Abogado de la Mancha*. Temis. Bogotá, Colombia, 1978, p. 188.

Algo similar puede decirse de las operaciones que se acostumbran celebrar en México en el siglo XIX y principios del XX cuando un prestamista entregaba a una persona una cierta cantidad de dinero y el deudor, para garantizar la devolución, firmaba un contrato de compraventa respecto de un bien inmueble en donde el comprador era el prestamista, y éste prometía venderle el mismo inmueble en cierto precio que ya incluía los intereses en un tiempo determinado que era el plazo fijado para la devolución del capital mutuado.

Así, aparentemente existía un contrato de compraventa y un contrato de promesa de compraventa celebrado entre las mismas personas respecto del mismo inmueble.

Como el pacto comisorio (el convenio en un contrato de mutuo por virtud del cual el acreedor puede quedarse con la propiedad de la cosa dada en garantía preñdaria o hipotecaria ante el incumplimiento del deudor) estaba prohibido, los prestamistas idearon la operación mencionada de compraventa y de promesa que, en realidad, era no sólo un pacto comisorio prohibido para ejecutarse después de vencido el plazo del mutuo, sino la ejecución anticipada del pacto por la escrituración del inmueble al acreedor en el momento de otorgar el crédito.

La compraventa con pacto de retroventa también sirvió para encubrir operaciones de mutuo con interés con pacto comisorio ejecutado. El artículo 2901 del Código Civil de 1884 para el Distrito Federal y el Territorio de la Baja California establecía:

Se llama retroventa la venta hecha con la condición de que dentro de un plazo determinado se pueda rescindir el contrato, devolviéndose respectivamente el precio y la cosa.

El Capítulo IX del Título decimoctavo del Libro Tercero que trataba de la "Retroventa", fue derogado conforme al Decreto de 5 de abril de 1917 expedido por el jefe del Ejército Constitucionalista, encargado del Poder Ejecutivo de la Nación. Ya con fecha 2 del mismo mes, el mismo encargado del Poder Ejecutivo había expedido un decreto diverso que señalaba en sus artículos primero y primero transitorio lo siguiente:

Art. 1o. Queda abolido el contrato de compraventa con pacto de retroventa.

1o. Transitorio: "Para la efectividad de esta ley, los Gobiernos de los Estados procederán desde luego a hacer en las legislaciones respectivas, las reformas que aseguren su eficacia.

Por otra parte, el artículo segundo del Decreto ya mencionado del 5 de abril, adicionó el artículo 2819 del código con el siguiente párrafo:

La promesa de venta será nula cuando se haga sobre el bien raíz que haya sido objeto de compra-venta entre los mismos contratantes.

Éstos son los antecedentes del actual artículo 2302 del Código Civil.

Si no hubiera existido una interpretación con base en principios sociales y tomando en cuenta la realidad de la vida cotidiana del pueblo, no se hubieran percatado los encargados de hacer y promulgar la ley de las injusticias e iniquidades que originaban los negocios antes mencionados.

La interpretación doctrinal es la primera que pone al descubierto los mecanismos de presión a las personas que por su situación económica y social son más vulnerables. Los jueces al resolver un caso concreto ya llevan un cúmulo de conocimientos y principios que han captado precisamente en su preparación profesional, de los libros que han leído y en que han estudiado.

c) *Contratos de mutuo con interés e hipoteca entre particulares.* Hasta los años de 1980 era muy común la celebración de contratos de mutuo con interés e hipoteca entre particulares. A partir de ese año y posiblemente debido a una forma de pensar muy egoísta y avariciosa, como los prestamistas exigían unos intereses cada vez más altos y unas garantías cada vez más pesadas, las personas dejaron de solicitar créditos a los particulares y se refugiaron para esos efectos en las instituciones bancarias. Éstas otorgaban créditos con relativa facilidad en moneda nacional y con réditos accesibles, fijados en tablas de amortización a diez y quince años. A partir de entonces ya no se acostumbra celebrar contratos de mutuo entre particulares. El autor de este trabajo, en su carácter de notario no ha hecho en los últimos veinte años más de dos contratos de mutuo con interés e hipoteca entre particulares. Todos los contratos de crédito, desde entonces, se hacen normalmente con instituciones bancarias.

Por una parte, el abuso y el gran egoísmo de los prestamistas y por otra parte los gravámenes fiscales impuestos a los particulares (existía en las leyes de hacienda locales el impuesto llamado sobre productos de capitales y la materia federal el impuesto sobre la renta cedular a los intereses) originó que este tipo de contratos ya no se celebraran entre particulares.

Sin embargo, ahora la cosa resultó peor. Los bancos, ya de por sí instituciones de lucro, fueron administrados por personas que tenían el deseo de enriquecerse rápidamente y mataron a la gallina de los huevos de oro. Sí era negocio el otorgamiento de créditos garantizados con hipotecas, pero ese afán desmedido de lucro y de ganancia rápida sin importar los medios o mecanismos para conseguirla, llevó a las instituciones bancarias a la bancarrota porque los deudores se vieron con tantas cargas que fue imposible para ellos cumplir sus compromisos de pago.

Interpretar uno de los contratos de mutuo o de crédito bancario resulta prácticamente imposible. Los términos empleados, las fórmulas para determinar los intereses y la manera de garantizar la devolución del préstamo resultan imposibles de descifrar no ya a las personas comunes, sino a los técnicos en materia financiera y crediticia. Si *no es posible comprender el*

monto de una obligación, tampoco lo es cumplirla, y esta regla no la conocían los banqueros y por ello no la aplicaron y el resultado fue la quiebra de las instituciones bancarias del país.

d) *Operaciones de adquisición de inmuebles a través del fideicomiso.* Desde el año de 1931 en que se promulgó la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, hasta 1974 aproximadamente, la celebración de contratos de fideicomiso por virtud de los cuales el fideicomitente perdía el derecho de readquirir el inmueble, fueron muy comunes y ello obedecía a que las operaciones mercantiles no estaban gravadas por la Ley del Timbre. A partir de 1975 en que la nueva Ley del Timbre⁸ gravó a los fideicomisos sobre inmuebles, se suspendieron en la práctica esas operaciones. Aquí no es una cuestión de interpretación de los contratos, sino de interpretación previa a la ley fiscal para gravar o no ciertas operaciones, por el uso habitual o no que de ellas se haga por la población, pero en una forma u otra, el estudio doctrinal se proyecta hacia una toma de decisiones que afecta la celebración de los contratos.

e) *Permuta.* Los contratos de permuta ya no son operaciones normales en el Distrito Federal. Es muy raro que las personas celebren este contrato respecto de bienes inmuebles no obstante que en muchas ocasiones es el contrato normal y natural dados los antecedentes de las partes, sin embargo, en la práctica no se realiza.

Posiblemente la falta de utilización de este contrato respecto de bienes inmuebles, se deba al cambio en la legislación fiscal. La antigua Ley del Timbre equiparaba al contrato de permuta con el de compraventa y gravaba al contrato una sola vez, considerando a una de las prestaciones de cosa como si fuera contraprestación en dinero y para determinar el impuesto, sólo se gravaba una vez el contrato, tomando como base del tributo el valor más alto de los dos inmuebles permutados. Con posterioridad, se reformó esa ley, y expresamente se indicó que a la permuta se le gravaría como si fueran dos compraventas, y se impuso el impuesto por cada uno de los dos inmuebles. Así, para las personas que no entendían la diferencia en la reglamentación jurídica de la permuta respecto de la compraventa, perdió interés práctico celebrar contratos de permuta y como tal incomprensión también abarca a algunos notarios; éstos aconsejan inadecuadamente a sus clientes y por ello, les hacen saber que práctica y jurídicamente es igual celebrar dos contratos de compraventa que uno de permuta, y los interesados simulan dos contratos de compraventa, en vez de celebrar correctamente uno de permuta.⁹

⁸ Esa ley fue abrogada a partir del 1o. de enero de 1980.

⁹ Para comprender la diferencia jurídica entre permuta y compraventa, ver el capítulo de la permuta.

La falta de una interpretación adecuada de este contrato de permuta impide su celebración y por su medio, la satisfacción de ciertas y precisas necesidades en la población.

2. La interpretación como necesidad de comprender la intención de las partes en la celebración del contrato. Posiblemente éste sea el único aspecto de la interpretación del contrato que toman en cuenta los autores para hacer su estudio. Ni la interpretación para comprender las circunstancias en que se originó el contrato ni la precisión del alcance y límites de las cláusulas para determinar las obligaciones de las partes y el indagar si el contrato se ajusta a la ley o a los principios generales del derecho son temas que hayan preocupado en general a los autores de derecho civil. Lo normal es el estudio de la intención de las partes.¹⁰

El maestro D. Ernesto Gutiérrez y González señala:

Interpretar un contrato es averiguar el sentido en que la declaración de voluntad de los que contratan es decisiva para el derecho, y así llegar a conocer el alcance y efectos jurídicos de las voluntades que en él intervinieron.¹¹

Desde este punto de vista, se han polarizado dos teorías en la interpretación de los contratos, el de la intención de las partes en la celebración del contrato y el de la voluntad declarada.

Para justificar una y otra, se han desarrollado muchos y variados argumentos y puede pensarse que al tomar partido por uno u otro de esos puntos de vista, se justifica una manera de pensar individualista o de interés social.

Así como los autores, el Código Civil también le da la mayor importancia a esta interpretación para dilucidar si lo importante es la intención de las partes en la celebración del contrato o la voluntad declarada.

El artículo 1851 establece: "Si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes, se estará al sentido literal de sus cláusulas. Si las palabras parecieren contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquéllas".

Cualquiera podría considerar que este artículo no presenta dudas de ninguna especie y que si los términos de un contrato son claros debe estar-se al sentido literal de sus cláusulas. Sin embargo, todo texto es susceptible de interpretaciones y de aclaraciones.

Piénsese en el ejemplo que pone D. José Ortega y Gasset en el Epílogo a la obra de Julián Marías, cuando indica:

¹⁰ Ver entre otros autores: Gutiérrez y González, Ernesto. *Derecho de las obligaciones*, 13a. ed., Porrúa, México, 2001, pp. 468 y sigs. Bejarano Sánchez, Manuel. *Obligaciones civiles*, Colección Textos Jurídicos Universitarios, Harla, México, 1980, pp. 141 a 144.

¹¹ *Ob. cit.*, p. 468.

Si el lector mira con los ojos de su cara la superficie de la mesa o la pared que acaso tiene ahora delante y aun esta página del libro e insiste un rato en su inspección ocular notará una cosa tan trivial como extraña. Notará que lo que efectivamente ve de la pared en un segundo momento no es del todo lo mismo que lo visto en el primero. Y no es que la pared, en tan breve término, haya por sí cambiado. Pero puntos, formas, pequeñas grietas, menudas manchas, matrices de color que primero no se veían *se revelan* en el segundo momento donde revelar puede entenderse, por lo pronto, como una fotografía. En efecto, se presentan de repente y, sin embargo, con el carácter de que ya estaban allí antes, pero inadvertidos... Pero aun sin mover la pupila hubiera sido lo mismo, porque la pared hace también moverse nuestra atención...¹²

Primero ve uno una pared blanca de nueve metros cuadrados, de tres metros por tres metros de lado. Durante los primeros minutos de contemplación sólo ve uno una pared blanca, pero a los treinta minutos de verla, ya no aparece totalmente blanca, sino con manchas y en algunas partes está salida y en otras sumida. Si uno pusiera la pared en forma horizontal y virtiera en ella un vaso con agua, ésta correría hacia un extremo de la superficie, lo que da a entender que no está lisa y llana, sino con altibajos. A los sesenta minutos, parece uno ver en esa pared, en un extremo (superior izquierdo), una figura parecida a un conejo, y en la parte central inferior, una pelea de dos palurdos. A los ciento veinte minutos, otras manchas y otras imperfecciones de la pared hacen ver otras figuras y diversos tonos de blanco y de otros colores como el gris claro y gris oscuro, sino ligeramente verdes o azulosos.

Igual acontece con los contratos, después de leerlos, releerlos, meditar sobre ellos y analizarlos, las palabras ya no parecen las mismas y el significado que uno creyó oportuno darles en un principio, parece que no es del todo correcto y merece la pena repensarlo. Además, las palabras usadas, unas son técnicas, y en ocasiones la ley y en otras algún autor, les da un significado que no coincide con el originalmente planteado y que hacen variar el sentido del texto.

No es pues fácil decir simplemente que se “estará al sentido literal de sus cláusulas”, porque ese sentido puede cambiar de una persona a otra. Piénsese que el contrato dice que “el inmueble vendido se entregará como se encontraba al perfeccionarse el contrato”. El vendedor considera que el contrato se perfeccionó cuando se firmó la escritura notarial veinte días después de haberse puesto de acuerdo con el comprador, ya que éste no le entregó ningún anticipo para asegurar la operación, y el comprador considera que se perfeccionó cuando se pusieron de acuerdo en precio y cosa,

¹² Mariás, Julián, *Historia de la filosofía*. Alianza Editorial Mexicana, México, 1a. ed. 6a. reimp., 1997, Epílogo de José Ortega y Gasset, pp. 495 y 496.

aunque la escritura notarial se firmó veinte días después y en ese lapso al inmueble le quitaron ciertos acabados como cortineros y alfombras.

Señala Gustav Radbruch que:

No debe negarse que el jurista puede, a veces, sacar de la ley más de lo que sus autores pusieron conscientemente en ella... Es cierto que la interpretación puede llegar a entender la ley mejor que su mismo autor.¹³

Interpretar un contrato para determinar cuál es el alcance y los límites del contenido de las obligaciones que genera, no es fácil.

El Art. 1852 del Código Civil señala que “cualquiera que sea la generalidad de los términos de un contrato, no deberán entenderse comprendidos en él cosas distintas y casos diferentes de aquellos sobre los que los interesados se propusieron contratar”.

Tal parece que este artículo es muy claro. Sí, si las partes contratantes no cuestionan el contenido del contrato, pero muy difícil de comprender, si lo hacen. Piénsese en el supuesto de que una persona vende a otra una casa edificada sobre el lote uno de la manzana uno con superficie de 300 metros cuadrados; pero que el vendedor con anterioridad había adquirido el lote dos y para comodidad y vigilancia de este último lote, lo había destinado a jardín de su casa. Cuando se celebra el contrato, aparentemente forman una unidad, pero tienen escrituras de propiedad y comprobantes de pago de contribuciones diferentes y lógicamente el vendedor considera que la venta de la casa la hizo sólo con el lote sobre el que está construida que es el lote uno con esa superficie de 300 metros y el comprador considera que la casa forma una unidad con los dos lotes con una superficie de 600 metros cuadrados.

El artículo transcrito no da ninguna solución al problema.

El artículo 1853 del código señala que: “Si alguna cláusula de los contratos admitiere diversos sentidos, deberá entenderse en el más adecuado para que produzca efecto”.

Este artículo como todos los que tratan de la interpretación de los contratos está muy claro así en general, pero no lo es tanto en la aplicación al caso concreto. El problema fundamental consiste en que por regla general todas las cláusulas producen efecto, pero en favor de una o en favor de otra y correlativamente en perjuicio de uno o de la otra. El problema no es perseguir el efecto, sino que éste sea el adecuados a los intereses de ambas partes y en su caso que los efectos se ajusten a las normas del código que rijan el contrato y en su caso a la costumbre del lugar o a los principios generales del derecho.

Es normal que al celebrarse un contrato de un inmueble destinado a casa habitación la posesión se entregue el comprador días o meses después

¹³ Rabuck, Gustav. *Ob. cit.*, pp. 121 y 122.

de celebrado el contrato y la dificultad se presenta porque el vendedor no entrega el inmueble con la conformidad del comprador. Así, puede suceder que exista una línea telefónica en el inmueble y que el vendedor diga que se lleva su línea y su aparato porque la va a instalar en su nuevo domicilio, y el comprador exija la entrega con esa línea por considerar que en la actualidad las líneas ya no pertenecen a determinada persona, sino que están al servicio del propietario del inmueble, quienquiera que éste sea. En el contrato no se pactó nada al respecto y sólo se indicó que “en la venta se comprende todo lo que de hecho y por derecho corresponda al inmueble sin reserva ni limitación alguna”. ¿Queda comprendida la línea telefónica y el aparato; o por el contrario se los puede llevar el vendedor?

Los artículos 1854 y 1855 del Código Civil servirán en muchos casos para dilucidar dudas en el estudio e interpretación de un contrato, pero por regla general los problemas que se presentan en la práctica no se refieren a esos aspectos.

El artículo 1856 del Código Civil sí tiene una gran importancia, ya que permite que el uso y la costumbre del país, se entienda del Distrito Federal y de la región, se deberán tomar en cuenta para interpretar las ambigüedades de los contratos, que podría decirse, compaginar los puntos de vistas encontrados de los contratantes. Así, con ese criterio, puede pensarse que en la actualidad las líneas telefónicas y sus aparatos, como los sistemas de seguridad e instalaciones de cable e internet, ya son parte de los inmuebles y que el vendedor no debe retirarlos porque el uso y la costumbre sana dentro de una comunidad, los ha incorporado a los inmuebles.

También es un gran acierto el contenido del artículo 1857 ya que procura la mayor reciprocidad de intereses entre los contratantes cuando un contrato es oneroso y la menor transmisión de derechos, en caso de duda, cuanto es gratuito; y si las dudas recaen sobre el objeto principal del negocio de suerte que no pueda venirse en conocimiento de cuál fue la intención o la voluntad de los contratantes, el contrato será nulo.

En el derecho argentino se encuentran algunas disposiciones que son interesantes para la interpretación de los contratos. El Art. 16 de su Código Civil dispone:

Si una cuestión civil no puede resolverse, ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas; y si aún la cuestión fuere dudosa, se resolverá por los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso.

El Art. 217 del Código de Comercio argentino señala:

Las palabras de los contratos y convenciones deben entenderse en el sentido que les da el uso general, aunque el obligado pretenda que las ha entendido de otro modo.

El Art. 218 señala:

1o. ... Debe buscarse más bien la intención común de las partes que el sentido literal de los términos.

2o. Las cláusulas equívocas o ambiguas deben interpretarse por medio de los términos claros y precisos empleados en otra parte del mismo escrito, cuidando de darles, no tanto el significado que en general les pudiera convenir, cuanto el que corresponda por el contexto general.

3o. Las cláusulas susceptibles de dos sentidos, del uno de los cuales resultaría la validez, y del otro la nulidad del acto, deben entenderse en el primero; si ambos dieran igualmente validez al acto, deben tomarse en el sentido que más convenga a la naturaleza de los contratos y a las reglas de la equidad.

4o. Los hechos de los contratantes, subsiguientes al contrato, que tengan relación con lo que se discute, serán la mejor explicación de la intención de las partes al tiempo de celebrar el contrato...

7o. En los casos dudosos que no puedan resolverse según las bases establecidas, las cláusulas ambiguas deben interpretarse siempre en favor del deudor, o sea en el sentido de liberación.

No queda duda de que es muy importante clarificar cuál fue la intención de las partes al celebrar un contrato, pero también lo es el análisis de las palabras empleadas en su redacción.

Determinar cuál fue la intención de cada una de las partes en la celebración del contrato protege al individuo y lo ayuda a conseguir sus fines particulares. Si fuera posible indagar esa intención en ambas partes contratantes y conseguir que esa intención que generalmente es contraria en uno y otro, integre cabalmente un contrato y clarifique su contenido, la función del intérprete sería ideal y se habrían colmado las aspiraciones de su propia labor; sin embargo, en la práctica eso es muy difícil. Por regla general esa intención de cada una de las partes queda en su fuero interno y no se exterioriza sino en la medida y en la forma en que le proporcione una ventaja o interés a cada parte contratante. Además, si en la redacción de un contrato, por las palabras empleadas o por los conceptos que contiene, se originan consecuencias más ventajosas para uno de los contratantes que las que pudo obtener de haber expresado claramente su intención, muy comprensible será que pretenda imponer lo declarado a lo querido originalmente. Si esta postura se da en ambas partes, al intérprete le será muy difícil indagar aquella intención porque no contará con la buena voluntad de las partes.

Además, se entiende que al celebrar un contrato ambas partes deben actuar bajo los principios de atención, cuidado, diligencia y la mejor disposición para realizar una labor óptima y por ello, la redacción del contrato se supone refleja fielmente su intención. Se presume que su intención

es coincidente con la voluntad declarada. Por lo menos eso va a argumentar aquel a quien le beneficie esa redacción.

La celebración de un contrato es como toda actividad humana. Debe realizarse con todo el cuidado, diligencia y atención necesarios, para evitar daños tanto a la contraparte, como a uno mismo y a terceros. Si una persona no tiene los conocimientos adecuados o la capacidad necesaria para celebrar por sí misma un contrato, debe asesorarse de los técnicos y profesionales idóneos para que le den el apoyo que se requiera. Si no lo hace, actuó con negligencia y culpa, y por ello, debe cargar con las consecuencias. También, ambas partes deben actuar limpiamente y sin reservas que pudieran originar daños.

Por otra parte, puede opinarse válidamente que la intención queda en el fuero interno del sujeto y además de que no es posible conocerla, es irrelevante para las relaciones humanas, y que lo importante es la voluntad declarada. En la actualidad, se requiere la mayor certeza posible en la celebración de los contratos, para darle a la comunidad, a la población, la seguridad en las transacciones. Lo que puede apreciarse en forma objetiva, lo que puede probarse, lo que puede constatarse, es lo válido para la población porque proporciona seguridad y orden. El derecho social impone la necesidad de conocer lo más fiel y certero posible el desarrollo de los tratos entre particulares, porque esa certeza evita conflictos y establece las bases para nuevas y futuras transacciones.

No es socialmente aceptable que al redactarse un contrato, fijando el monto y objetos de las obligaciones, trate de desvirtuarse después señalando que la intención de una de las partes era otra y no la declarada, porque esa actitud crea inseguridad y desorden.

Como se ve, es muy difícil interpretar un contrato bajo el punto de vista de hacer prevalecer la intención de las partes a la voluntad declarada o a la inversa.

El texto de los artículos antes transcritos busca la justicia y la equidad en los tratos particulares, pero muchas veces origina serios conflictos y falta de seguridad.

No es conveniente ni prudente decir que las partes deben tener un cuidado extremo al celebrar un contrato y que deben prever todas las consecuencias que se originen tanto por su celebración como por la forma de redactarlo y que si es necesario deben estudiar previamente las disciplinas que puedan estar involucradas y asesorarse de técnicos, para evitar daños tanto a sus intereses como a los de la contraparte, porque tal postura equivale a no afrontar un problema ya presentado y simplemente señalar que no debió presentarse el problema si se hubiera tenido tal cual cuidado. (Recuérdese el tema del aborto. El problema no es si la mujer debe tomar todas las precauciones para no embarazarse, sino si es conveniente borrar de la legislación vigente la palabra aborto o no). Cuando se analiza y por

ende se interpreta un contrato, debe buscarse la actualización de los valores y principios más justos y seguros que lo animan, en beneficio tanto de los interesados como de la colectividad.

Por eso se ha dicho y ahora se repite que el método de interpretación jurídica es único. Que la interpretación debe buscar el alcance y límite de las obligaciones emanadas del contrato y para ello, debe allegarse de todos los medios que estén al alcance del intérprete. Piénsese en un ejemplo simple. Se celebra un contrato cuyo objeto son diez litros de vino, pero en vez de redactarlo con la palabra "litros" se utiliza "galones". El comprador los necesitaba para una reunión familiar y si le dan galones le van a sobrar ocho, y el vendedor querrá entregar galones para cobra un precio mayor. Si no pueden llegar a un acuerdo no habrá contrato o éste será nulo, pero tan injusto sería darle la razón a uno como al otro. El código de comercio argentino señala que los hechos de los contratantes subsiguientes al contrato, que tengan relación con lo que se discute, serán la mejor explicación de la intención de las partes al tiempo de celebración del contrato. Si en este ejemplo, puede demostrarse que el comprador tendrá o tuvo la reunión familiar de ocho a diez personas, quedará claro que su intención era comprar litros, no galones.

Existen ocasiones en que las partes no proyectan una intención común al celebrar un contrato, porque para ellos los términos empleados tienen diversas significaciones, es como si no hablaran el mismo idioma. Si un empleado administrativo o un ama de casa pretende instalar un mueble de baño y junto con el mueble le dicen que requiere cierto número de nipples o coples, asentirá prácticamente sin darse cuenta, porque no conoce su significado, y así en muchas materias.

No es totalmente desafortunada la solución que pretenda nulificar todo contrato en que las partes no se pongan de acuerdo, de común acuerdo en el alcance, monto y término de sus obligaciones, con fundamento en el artículo que establece que si las dudas de cuya resolución se trata recayeren sobre el objeto principal del contrato, de suerte que no pueda venirse en conocimiento de cuál fue la intención o la voluntad de los contratantes, el contrato será nulo. Porque aquí esa intención o voluntad debe entenderse la común, la de ambos que sea congruente para la celebración del contrato y no sólo la intención de una de las partes, para obtener una ventaja de la otra. Por regla general, salvo supuestos de capricho, las dudas en el alcance, monto y términos de un contrato recaen sobre el objeto principal del contrato y no sobre circunstancias accidentales; por ello, la primera parte del artículo que se comenta no debe tener una aplicación práctica, aunque los jueces quieran hacerla valer.

3. La interpretación para determinar el alcance y límites de las cláusulas contractuales.

Determinar el alcance y límites de las cláusulas contractuales, es preci-

sar cuales son las obligaciones y derechos emanados de un contrato, y por lo tanto es la tarea más importantes del interprete.

Este estudio presupone la licitud del contrato y el acuerdo de voluntades de las partes en los términos del supuesto jurídico.

Para precisar esos alcance y límites, es necesario conocer el contrato a estudio y la legislación que lo rige. Después, se requiere el análisis de todos aquellos elementos que lleven al convencimiento de que se está frente al contrato querido por las partes y que su contenido es cierto y determinado, por encuadrar dentro de los postulados legales. Para realizar ese estudio, es necesario dividirlo en dos grandes apartados: La calificación del contrato y la adecuación de las normas a la redacción del contrato.

A. *La calificación.* Se entiende por calificar un contrato, darle la denominación ajustada a la ley, de conformidad con su contenido clausular.

Cuando una persona recurre a un profesional del derecho y le expone sus necesidades y los elementos con que cuenta, ese profesional debe hacer un planteamiento del negocio y tomar en consideración todos los elementos, situaciones dadas y circunstancias que pueden presentarse, para dar una respuesta a su cliente respecto a lo que necesita hacer y cómo debe hacerse.

Ese primer contacto que tienen profesional y cliente es determinante para establecer las relaciones entre ambos. Puede llamarse *la primera audiencia*. En ésta, debe comparecer personalmente el profesor; no es lícita la conducta del profesional que manda a un ayudante o a un pasante a atender al cliente alegando que tiene mucho trabajo y que por lo pronto, para no descuidar al cliente, le envía a una persona bajo sus órdenes, para que tome nota de sus problemas y para informarle que él se hará cargo después de su asunto. Es ilícita esa conducta, porque la ley señala que es ilícito el acto que va en contra de normas de orden público o de las buenas costumbres. En este caso, la conducta del abogado atenta tanto contra una norma de interés público, como contra las buenas costumbres. Señala la ley que en el contrato de prestación de servicios profesionales, el profesor no puede encomendar la atención del asunto a terceros, si no está expresamente facultado para ello y que el contrato termina por la muerte del profesor. Esto lleva a la conclusión de que tal contrato es *intuitu personae*; esto es, que se celebra en atención a las calidades y cualidades del profesional. Además, el profesional conforme al artículo 2615 del Código Civil, es responsable ante sus clientes de negligencia, impericia y dolo y, en este caso, mostraría una negligencia patente al no atender personalmente a su cliente en esa primera entrevista ya que nadie sabe sino él lo que se deberá hacer después de escuchar sus necesidades y sus posibilidades. Atenta contra las buenas costumbres mexicanas, porque es una costumbre buena y sana la cortesía que tenemos unos con otros, pero esa costumbre se acusa

cuando una de las partes es un letrado, esto es, una persona preparada sobre el nivel general de la población. Atenta pues contra las buenas costumbres y contra el bolsillo, porque ese profesional corre el riesgo de perder al cliente. Piénsese en una persona que llega herida a un consultorio médico en busca del doctor López y López por su fama y buen prestigio, y que en vez de ser atendida por ese facultativo, lo es por un pasante quien le mete mano sin tener los conocimientos, la preparación y la experiencia del médico a quien se busca. Si el paciente lo tolera es tonto, pero en todo caso el médico es irresponsable y su conducta, ilícita. Si eso pasa con el médico, igual sucede con el abogado.

Para comprender la importancia de esta primera audiencia en materia jurídica, tómese este ejemplo. Una persona le hace saber a su abogado que tiene un terreno urbano grande pero no los recursos para hacer sobre él un desarrollo inmobiliario; que quiere construir sobre ese terreno uno o varios edificios, después, sujetarlos al régimen de propiedad y condominio y al final, vender las diversas unidades habitacionales y con el producto de la venta repartirse las utilidades entre él y un inversionista que ya consiguió y que está dispuesto a hacer el negocio. El abogado deberá hacer muchas preguntas, deberá saber con qué elementos cuenta su cliente, el valor del inmueble y de la inversión, y deberá estudiar el asunto para determinar qué clase de documentos o contratos deberán firmar el cliente y el inversionista, para asegurar los intereses de las partes. Además el cliente le ha pedido que la o las operaciones que se hagan sean lo más económicas posible, tanto por los honorarios de notarios como por el pago de impuestos. El abogado deberá determinar qué se hará: si es conveniente constituir una sociedad mercantil o una civil, si lo ideal sería un contrato de mutuo con garantía hipotecaria o un contrato de asociación en participación, u otro contrato.

Nadie debe plantear la solución al problema si no es el profesional. Además, él será quien se lleve el prestigio y los honorarios y si no cumple eficazmente su labor, será responsable ante su cliente por impericia, y por ello responderá de los daños y perjuicios que le origine por una elección mala.

Por regla general, todos los problemas jurídicos admiten varias soluciones. Se deben analizar los pros y los contras, las ventajas e inconvenientes de cada una antes de tomar la decisión más adecuada. Dentro de soluciones lícitas, justas, económicas y rápidas, le corresponde al cliente decidir. Dentro de soluciones técnicas, le corresponde al profesor.

Si el problema planteado ha de resolverse a través de la celebración de un contrato, la primera obligación del profesor, es calificarlo. No es lo mismo calificar a un contrato de compraventa que de promesa de compraventa; de compraventa que de arrendamiento; de compraventa de cosa futura que de obra a precio alzado.

Si el contrato lo redactan los interesados particulares pueden calificarlo como les dé la gana o no hacerlo. Pueden decir que el contrato es un arrendamiento aunque contenga la translación de dominio de bienes; o que es una promesa de compraventa aunque sea una compraventa. Los particulares no tienen obligación de calificar correctamente el contrato que ellos elaboren y celebren. Es igual que si una persona se saca por ella misma una astilla y se hace heridas de segundo o tercer grado; es su problema y nadie tiene porque criticarla o calificarla de inepta; o si un lector sin conocimientos de ingeniería y arquitectura hace en la azotea de su casa un cuarto y lo hace mal. Es su problema.

El código indica que no hay palabras o fórmulas sacramentales en la redacción de los contratos, siempre que los redacten las partes. Los particulares no tienen por qué ser técnicos en materia jurídica, y por los errores que cometan sufrirán las consecuencias.

No sucede lo mismo para un notario, un abogado o un licenciado en derecho. Éstos deben ser técnicos, peritos en materia jurídica, y en el ejercicio de su profesión, si no saben, que no se metan. No debe uno de cansarse en repetir que el profesional es responsable de impericia, negligencia y dolo.

La primera muestra de capacidad es precisamente la calificación correcta del contrato que se elabora. ¿Por qué? Porque la calificación del contrato hecha por el profesional, induce la creencia de tener o no ciertas y determinadas obligaciones. Si se califica a un contrato de promesa de compraventa se entiende que no hay transmisión de dominio, que la propiedad la conserva el dueño original y por lo tanto, que si incumple ese contrato de promesa no tendrá más responsabilidad que la de pagar daños y perjuicios, pero nunca una responsabilidad penal; en cambio, si el contrato celebrado fue de compraventa y lo incumple por vender a un mejor ofertante el bien, ha enajenado dos veces a distintas personas el mismo bien y ha cometido fraude, esto es un delito penal.

Debe establecerse un principio. *La calificación de un contrato no depende del nombre que le den las partes o quien lo elabora, sino de su contenido clausular.* Ya puede llamársele a un contrato de obra a precio alzado que si conforme a su contenido clausular es una compraventa de cosa futura, será éste y no aquél el que se celebró. Si a un contrato se le llama de promesa de compraventa, pero hay entrega parcial o total de precio o cosa, será una compraventa, por más que las partes o quien lo elaboró le llamen de otro modo, etcétera.

Así, la calificación de un contrato es una responsabilidad del profesional y además muestra de primera intención su preparación. Si erró al calificar el contrato, existe la presunción de que se equivocará en su redacción y así, Dios se apiade del cliente.

B. *Adecuación de las normas legales a la redacción del contrato.* Éste es uno de los aspectos más importantes en la interpretación de los contratos, porque dependerá de la redacción del contrato para así ajustarlo a los preceptos legales, para determinar el contenido y alcance de sus cláusulas y la extensión de las obligaciones que se originan; dependerá de los términos usados y de la redacción de sus frases para conocer el tipo de obligaciones y su alcance y límites.

En cada caso variarán los efectos y el tipo de obligaciones. El estudio y la concordancia de las cláusulas del contrato y su adecuación a las normas vigentes, requiere un conocimiento completo de la materia y un análisis del contenido contractual, lo que sólo podrán hacer aquellas personas que tengan una preparación jurídica completa.

A continuación, se señalarán varios casos que son normales por la utilización que de ellos hacen los particulares asesorados correcta o incorrectamente por letrados.

a) *Contratos unilaterales o bilaterales de promesa.* No es lo mismo celebrar un contrato unilateral de promesa que uno bilateral. En un caso, sólo queda obligado a celebrar el contrato prometido una de los contratantes, y en el otro quedan ambos obligados a celebrarlo. Puede ser que los contratantes hayan querido obligarse ambos a la celebración del contrato prometido, pero por la redacción de la cláusula sólo quede obligado uno. Si al redactar la cláusula se dijo: "Juan promete vender a María en precio de quinientos mil pesos la casa número diez de la calle del Clavel en la Col. Las Flores y, María acepta la obligación de Juan, se redactó un contrato de promesa unilateral y no uno bilateral. Juan quedó obligado a vender pero María no quedó obligada a comprar. Puede ser que la intención fuera quedar ambos obligados, pero por la redacción sólo quedó obligado Juan.

Es muy importante saber no sólo redactar sino conocer la reglamentación del contrato de promesa para poder precisar qué obligaciones se generaron y quién quedó obligado. Si el intérprete no sabe que es válido celebrar contratos de promesa, unilaterales y bilaterales, no comprenderá la diferencia en la redacción de los contratos. Conforme al Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California de 1884, sólo se reglamentaba el contrato de promesa de compraventa y de éste, sólo el bilateral, por lo que en ese tiempo y lugar pudo ser normal interpretar el contrato con la redacción indicada, como un contrato de promesa y como sólo se conocía el bilateral, considerarlo así y tener por obligados a ambos contratantes a celebrar el contrato prometido.

b) *Si en un contrato de compraventa no se pacta el lugar y el tiempo de entrega,* los efectos que se producen son diferentes y las obligaciones de las partes son diferentes que si se hubiera hecho.

Si no se convino nada respecto del lugar de la entrega de la cosa vendida, el vendedor debe entregarla en el lugar en donde ésta se encontraba al momento de perfeccionarse el contrato (2291). Si nada se convino respecto del tiempo de entrega, el vendedor está obligado a entregarla cuando reciba el precio o cuando se lo solicite el comprador, y en este caso, el vendedor tendrá los derechos y obligaciones de un depositario (2284). Cualquiera diría que siempre que se celebra un contrato de compraventa se pacta respecto del tiempo, lugar y modo de entrega de la cosa por una parte, y del precio por la otra, pero sucede precisamente todo lo contrario. La regla general es que no se pacta nada al respecto, y por ello es tan importante interpretar el contrato para conocer por una parte qué obligaciones genera y para quién, y por la otra cuál es el monto y la importancia de esas obligaciones.

c) *El contrato de mutuo*. El contrato de mutuo genera como obligación principal para el mutuuario, devolver una cantidad igual de bienes de la misma especie y calidad que los entregados originalmente por el mutuario. Para la validez del contrato no se requiere de una formalidad determinada, porque el contrato es consensual en oposición a formal. No obstante lo anterior, si el contrato de mutuo constare en título auténtico en el que se declare que el dinero fue prestado para el pago de una deuda determinada, el contrato además de producir los efectos normales y comunes de todo contrato de mutuo, produce el efecto de subrogar al acreedor en todos los derechos que tenía el acreedor de la obligación que se paga con esa última cantidad mutuada. Éste es el llamado mutuo subrogatorio. Para interpretarlo, deben conocerse los términos del artículo que lo regula y debe conocerse y adecuarse el contenido del contrato a analizar. (2059).

d) *El contrato de prenda*. Este contrato debe constar por escrito, y si se celebra en documento privado, deben redactarse dos ejemplares uno para cada contratante (Art. 2860). Para que exista contrato válido de prenda se requiere simplemente que las partes convengan en su celebración respecto de un bien que reúna las características legales y redacten por escrito el contrato. Si se celebra así surte sus efectos entre las partes, como sucede con todos los contratos. Pero, si lo que se pretende es crear el derecho real de prenda sobre el bien objeto del contrato, ya no basta con aquella simple celebración, es necesario que conste en el contrato la entrega ya sea real o jurídica del bien, y debe constar la certeza de la fecha (Arts. 2859 y 2860). Lo normal y práctico cuando se celebra un contrato de prenda es la intención de crear el derecho real de prenda, para que pueda oponerse a terceros y que así sirva de garantía real efectiva, para el cumplimiento de la obligación que le sirve de antecedente.

e) *El contrato de hipoteca*. Una situación parecida a la prenda, sucede con la hipoteca. La intención normal es crear el derecho real hipotecario a

través de este contrato. Si el contrato se inscribe en el Registro Público de la Propiedad correspondiente al de la ubicación del inmueble dado en garantía, sí se creará el derecho real de hipoteca, si no se inscribe, el contrato sólo produce efectos entre los contratantes, pero no será oponible a los terceros.

Como puede apreciarse de los casos antes expuestos, es indispensable la interpretación del contrato para conocer su alcance y límites. Para determinar quién queda obligado y quién no, en su caso y cuál es la obligación generada y por último cual es el monto, plazo y circunstancias de esa obligación.

4. La interpretación para indagar si el contrato se ajusta a las disposiciones legales y a los principios generales del derecho.

Esta interpretación del contrato junto con la anterior para precisar el alcance y límites de las obligaciones emanadas del contrato, son las más importantes y se requiere de una preparación especializada de los juristas para poder realizarlas.

Cuando se celebra un contrato es importante analizar las causas más comunes de ineficacia, como pueden ser la nulidad ya sea porque se ha violado una ley de orden público o por falta de capacidad de las partes, el incumplimiento de disposiciones legales o convencionales que originen el retracto, la excesiva onerosidad sobreviniente; si existen renunciaciones de derechos o cláusulas de irresponsabilidad o de exoneración, y por último si el contrato puede analizarse exclusivamente a la luz del derecho positivo o si se requiere analizar los principios generales del derecho para su cabal interpretación, ya que si se presenta una controversia es necesario resolverla y si no existe ley aplicable, se debe acudir a esos principios generales de derecho.¹⁴

En el momento en que se perfecciona un acto jurídico, al motivar a un supuesto, se producen consecuencias de derecho. Toda persona se encuentra inmersa en una urdimbre de relaciones jurídicas originada por la celebración de los actos jurídicos de sus vecinos y de ella misma y por la producción de los hechos jurídicos que también originan consecuencias de derecho. Por su parte, los actos jurídicos al quedar integrados, también entran a formar parte de ese mundo y trama de relaciones jurídicas que configuran, alteran y promueven y que pueden alterar o modificar los efectos de otros actos o que pueden a su vez ver modificados o alterados sus propios efectos.

Cuando las circunstancias que prevalecen en el medio en el que se desarrolla el autor del acto jurídico y en que actúa el acto, modifican los efectos originalmente previstos, se dice que el acto está sujeto a vicisitudes o que se ha dado una ineficacia del acto. No quiere esto significar que el acto no

¹⁴ El último párrafo del artículo 14 Constitucional indica: "En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho".

produzca efectos, sino que produce efectos diferentes por esas circunstancias a los originalmente previstos.

La nulidad, las causas del retracto, la excesiva onerosidad sobrevenida, las cláusulas de exoneración o irresponsabilidad contractual y los principios generales del derecho pueden dar origen a la ineficacia de los actos jurídicos y deben tomarse en consideración todas las circunstancias que pudieran originar uno de esos problemas, para redactar correctamente un contrato.

III. REGLAS PARA LA INTERPRETACION DE LOS CONTRATOS DE POTHIER.— Como antes se dijo, ha sido una preocupación de siempre establecer normas o reglas para la interpretación de los contratos. Por la acuciosidad y claridad con que lo hace el jurista francés, se anotan aquí las reglas que recomendó para esta labor.

A. “Primera regla. Débese buscar en las convenciones cuál ha sido la común intención de las partes contratantes mejor que no el sentido gramatical de los términos”.

B. “Segunda regla. “Cuando una cláusula es susceptible de dos sentidos, se debe más bien entender conforme al que ha podido tener efecto, que no según aquel sentido que daría por resultado no ser posible estipulación alguna”.

C. “Tercera regla. Cuando en un contrato los términos son susceptibles de dos sentidos, se deben entender conforme al sentido que mejor convenga a la naturaleza del contrato”.

D. “Cuarta regla. Lo que puede parecer ambiguo en un contrato se interpreta por lo que es de costumbre en el país”.

E. “Quinta regla. El uso tiene una autoridad tan grande en punto a la interpretación de las convenciones, que en todo contrato se sobreentienden las cláusulas que son de uso, bien que no se hallen expresadas”.

F. “Sexta regla. Se debe interpretar una cláusula por las otras cláusulas contenidas en el acta, ya precedan o sigan a dicha cláusula”.

G. “Séptima regla. En caso de duda, una cláusula debe interpretarse contra aquel que ha estipulado alguna cosa y en descarga del que ha contraído la obligación”.

H. “Octava regla. Por generales que sean los términos en que se haya concebido una convención, no comprende más que las cosas por las cuales las partes contratantes han entendido contratar y no aquellas en las que no han pensado”.

I. “Novena regla. Cuando el objeto de la convención es una universalidad de las cosas, comprende en ese caso todas las cosas particulares que componen esta universalidad, aun aquellas de las cuales no tenían conocimiento las partes”.

J. “Décima regla. Cuando en un contrato se ha expresado un caso a consecuencia de la duda que uno hubiese tenido, de si el compromiso que resulta del contrato se extiende a ese caso, no por esto se reputa a uno como habiendo querido restringir la extensión que dicho compromiso tiene de derecho, a todos aquellos que no sean expresados”.

K. “Undécima regla. En los contratos, lo mismo que en los testamentos, una cláusula concebida en plural se distribuye a menudo en varias cláusulas particulares”, y

L. “Duodécima regla. A veces lo que se encuentra al final de una frase se refiere por lo común a toda la frase y no tan sólo a lo que la precede inmediatamente; con tal empero que este fin de frase convenga en género y en número a toda ella”.¹⁵

¹⁵ POTHIER. *Tratado de las obligaciones*, Imprenta de Fidel Giró, Barcelona, Sin fecha. Tomo I, pp. 82 a 90.

CAPÍTULO V

LA CLASIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS

SUMARIO: I. Los contratos unilaterales y bilaterales.—II. Los contratos onerosos y gratuitos.—III. Los contratos conmutativos y aleatorios.—IV. Los contratos solemnes, formales y consensuales.—V. Los contratos reales y consensuales.—VI. Los contratos principales y accesorios.—VII. Los contratos instantáneos y de tracto sucesivo.—VIII. Los contratos de medios o de acceso y de logros o de resultados.—IX. Los contratos nominados e innominados: 1. Los contratos mixtos; en sentido estricto, de doble tipo y combinados. 2. Los contratos unión: con dependencia bilateral, con dependencia unilateral y alternativos.—X.

La clasificación del Código Mexicano

La conveniencia de clasificar los contratos, obedece a necesidades de carácter didáctico y de interpretación.

El estudio de un contrato puede facilitarse mucho si se hace en forma ordenada dentro del tipo especial de contratos al cual pertenezca conforme a determinada clasificación, y también se facilita su interpretación y comprensión general.

Los contratos pueden ser clasificados desde muy diversos puntos de vista según el aspecto que trate de resaltarse; y una clasificación que puede ser necesaria o útil conforme a un determinado ordenamiento en un país, puede no serlo conforme a otro. Así, la clasificación que hacen los autores franceses desde el punto de vista de su causa, distinguiendo aquellos que tienen la causa en sí mismos, de los que pueden ser separados de ella; para los franceses puede ser útil o necesaria, pero para los mexicanos no lo sería.¹

En este trabajo se mencionarán las diversas clasificaciones más comunes desde un punto de vista doctrinario tradicional y posteriormente se señalará cuál es el orden en que el actual código civil ha clasificado a los contratos que regula.

I. LOS CONTRATOS UNILATERALES Y BILATERALES.—Los contratos, desde el punto de vista de las obligaciones que generan, se clasifican en unilate-

¹ Mazeaud, Henri y León y Jean. Obra citada. Parte segunda, Vol. I. Obligaciones: El Contrato, la Promesa Unilateral, p. 323, núms. 287 a 291. Capitant Henri, *De la causa de las obligaciones*. Edit. Góngora, Madrid, 1928.

rales o bilaterales. Si generan obligaciones para ambas partes son bilaterales; si sólo generan obligaciones para una de las partes y derechos para la otra, son unilaterales.

No deben confundirse los actos en que sólo interviene una voluntad esto es, los actos monosubjetivos, con los actos unilaterales, y aquellos en que intervienen dos o más voluntades o plurisubjetivos, con los actos bilaterales; ya que una clasificación obedece al número de voluntades que intervienen en el acto y la otra a las obligaciones que genera un contrato, aunque en ocasiones también se les llama a los actos en que sólo interviene una voluntad actos unilaterales, y a los en que intervienen dos, actos bilaterales.

Para determinar la clasificación de un contrato en unilateral o en bilateral, se debe analizar el contrato en el momento de su celebración;² ya que existen contratos que en el momento de su celebración sólo engendran obligaciones para una de las partes y por circunstancias posteriores ajenas al contrato aunque relacionadas con él, pueden originarse obligaciones para la otra parte, tal como acontece con el contrato de comodato en la legislación de 1884 en que era un contrato real y por lo tanto, como se perfeccionaba por la entrega de la cosa, no existía obligación del comodante de entregarla y sólo generaba obligaciones para el comodatario, consistentes principalmente en usar la cosa conforme a lo convenido, conservarla y restituirla a la terminación del contrato. Para el comodante no existían obligaciones a menos que durante la vigencia del contrato, el comodatario hubiera erogado gastos urgentes y necesarios para la conservación de la cosa o que se le hubieren originado perjuicios por defectos de la cosa si el comodante los conocía y no le dio aviso oportuno, ya que en tales supuestos existía la obligación del comodante de reembolsar esos gastos o indemnizar de tales perjuicios; pero que si no originaban los gastos o causaban los perjuicios, el comodante no tenía obligación ninguna.³

Estos contratos son técnicamente unilaterales, aunque la doctrina les ha llamado sinalagmáticos imperfectos; ya que a los contratos bilaterales también se les llama doctrinalmente contratos sinalagmáticos.⁴

El interés práctico de esta clasificación, obedece: *Primero*, a que en los contratos bilaterales se puede oponer la excepción de contrato no cumplido (*exceptio non adimpleti contractus*) al contratante que demande el cumplimiento de las obligaciones de la otra parte, si él a su vez no ha cumplido con las suyas. *Segundo*, a que el pacto comisorio sólo opera en los contratos

² Baudry-Lacantinerie et Barde. T. XII, núm. 11, citado por el maestro Manuel Borja Soriano. Obra citada, tomo primero, p. 135, núm. 95.

³ Ver artículos 2661, 2682 y 2683 del código civil de 1884.

⁴ Lozano Noriega, Francisco, *Cuarto Curso de Derecho Civil: Contratos*. Asociación Nacional del Notariado Mexicano, México, D.F., 1970, p. 16.

bilaterales en los términos del artículo 1949 del código civil que indica: “La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe. El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y perjuicios en ambos casos...” *Tercero*, el problema de los riesgos sólo opera en los contratos bilaterales, ya que cuando existen obligaciones recíprocas y una de ellas consiste en dar una cosa, si ésta se pierde o perece, la cosa siempre perecerá o perderá para el acreedor (dueño) de la cosa, quien aunque ya no la reciba por haber perecido, tiene o conserva la obligación de pagarla o de cumplir su prestación ya que el hecho de que el deudor no la entregue o devuelva no es imputable a él, pues se está en el supuesto de que la cosa pereció por caso fortuito o fuerza mayor; y *Cuarto*, con referencia a la cesibilidad del contrato, si éste es unilateral no se requerirá el consentimiento de la otra parte para que una (el acreedor) ceda sus derechos, no sucediendo así en los bilaterales, en que siempre se requerirá el consentimiento de la otra parte para que una ceda sus derechos (2030 y 2051).⁵

II. LOS CONTRATOS ONEROSOS Y GRATUITOS.—Los contratos, desde el punto de vista de los provechos y gravámenes que generan, se clasifican en onerosos o gratuitos. Si genera provechos y gravámenes recíprocos es oneroso; si sólo genera provechos para una de las partes y gravámenes para la otra, es gratuito.

No deben de confundirse los contratos unilaterales con los gratuitos, ni los onerosos con los bilaterales. Una clasificación es desde un punto de vista estrictamente jurídico y la otra es desde un punto de vista económico; una atiende a las obligaciones y otra a los provechos y gravámenes que genera.

La compraventa es un contrato oneroso, pues genera provechos y gravámenes recíprocos para las partes: Para el vendedor el provecho consiste en recibir el precio y el gravamen consiste en desprenderse de la cosa, y para el comprador el provecho es recibir la cosa y el gravamen pagar el precio.

La donación es un contrato gratuito, pues sólo genera provechos para el donatario consistentes en recibir la cosa y gravámenes para el donante consistentes en desprenderse de la cosa misma.

Pueden existir contratos que sean gratuitos y al mismo tiempo bilaterales, como el comodato, ya que no obstante que se generan obligaciones para ambas partes, sólo existen gravámenes para el comodante y provechos para el comodatario.

⁵ Rojina Villegas, Rafael. Obra citada, tomo sexto, Vol. I, pp. 13 a 17. Lozano Noriega, Francisco. Obra citada, pp. 16 a 27, y Borja Soriano, Manuel. Obra citada, tomo I, pp. 131 a 135.

También pueden existir contratos que sean onerosos y al mismo tiempo unilaterales, como el mutuo con interés en la legislación civil mexicana bajo la vigencia del código civil de 1884. En ese código, el mutuo era un contrato real,⁶ esto es, que se perfeccionaba con la entrega de la cosa y por lo tanto no existía obligación de entrega por parte del mutuante, ya que la entrega era un elemento de perfeccionamiento del contrato y mientras no existiera contrato no existía obligación alguna y si se entregaba la cosa mutuada, no podría decirse que se había cumplido con una obligación sino sólo que se había perfeccionado el contrato, por lo tanto sólo se generaban obligaciones para el mutuuario, consistentes en devolver otra cosa (fungible) de la misma especie y calidad y en pagar el interés pactado y por lo tanto se generaban provechos y gravámenes recíprocos. Provechos para el mutuante consistentes en recibir el interés y gravámenes por la entrega del capital o cosas mutuadas; y por parte del mutuuario, provechos por la utilización inmediata del capital o cosas mutuadas y gravámenes por el pago del interés.

El interés práctico de esta clasificación obedece: *Primero*, en que el ejercicio de la acción pauliana o en fraude de acreedores es más fácil y expedito en los contratos gratuitos (2165), ya que procede aun cuando haya habido buena fe por parte de los contratantes, que en los contratos a título oneroso (2164), en los que la nulidad sólo podrá tener lugar en el caso de que exista mala fe tanto por parte del deudor enajenante como del tercero que contrató con él. *Segundo*, los contratos gratuitos generalmente (aunque no siempre) se celebran en atención a la persona que recibe los provechos, son *intuitu personae* y por lo tanto son anulables en caso de error en la persona respecto de ese contratante, en cambio los contratos onerosos generalmente (también aunque no siempre) se celebran sin tomar en cuenta cualidades especiales del contratante. *Tercero*, es un criterio para distinguir los contratos civiles de los mercantiles, ya que los contratos mercantiles serán siempre onerosos dado el criterio de lucro que existe en las operaciones comerciales, en cambio los contratos civiles pueden ser onerosos o gratuitos. *Cuarto*, los representantes legales no pueden celebrar en nombre de los incapaces o de sus representados en general, contratos gratuitos en los que los gravámenes sean para sus representados y los provechos para la otra parte (436, 576 y 660) bajo pena de nulidad y de responsabilidad para el representante. *Quinto*, en los contratos gratuitos generalmente se impone una mayor responsabilidad en el cumplimiento de sus obligaciones a la parte que sólo recibe los provechos (2504, 2505 y 2506). *Sexto*, en algunas legislaciones se grava con impuestos más altos los contratos a título gratuito que a los a título oneroso (la Ley de Donaciones mexicana que-

⁶ Art. 2661 del código civil de 1884.

dó derogada a partir del año de 1962, pero la Ley del Impuesto sobre la Renta mantiene ese criterio. Ver el Capítulo V del Título IV, “De los ingresos por adquisición de bienes”); y *Séptimo*, los contratos onerosos se deben interpretar tomando en consideración una mayor equidad y reciprocidad de intereses entre las partes, y los unilaterales deben resolverse en favor de la menor transmisión de derechos e intereses (20 y 1857).⁷

III. LOS CONTRATOS CONMUTATIVOS Y ALEATORIOS.—Esta es una subclasificación de los contratos onerosos. Los contratos, desde el punto de vista de la certeza de los provechos y gravámenes que generan, se clasifican en conmutativos y aleatorios. Si los provechos y los gravámenes que genera para las partes son ciertos y conocidos desde la celebración misma del contrato, será conmutativo; si esos provechos y gravámenes no son ciertos y conocidos al momento de celebrarse el contrato, sino que dependen de circunstancias o situaciones posteriores a su celebración, será aleatorio.

El código civil vigente regula como contratos aleatorios la renta vitalicia, la compra de esperanza y los contratos de juego y apuesta permitidos. Son contratos conmutativos, entre otros la compraventa, la permuta, el arrendamiento, etc.⁸

La importancia práctica de esta distinción es que, generalmente, el instituto de la lesión no opera en los contratos aleatorios porque las partes están tomando en cuenta, desde la celebración del contrato, el que el monto de las prestaciones sea mayor o menor por las circunstancias o condiciones que puedan presentarse y sí opera siempre, en cambio, en los contratos conmutativos.⁹

IV. LOS CONTRATOS SOLEMNES, FORMALES Y CONSENSUALES.—Desde el punto de vista de la manera en que puede o debe manifestarse la voluntad y por ende el consentimiento, los contratos se clasifican en solemnes, formales o consensuales.

Ya se indicó que la forma como elemento del contrato es la manera de manifestarse o exteriorizarse la voluntad o el consentimiento como acuer-

⁷ A) Sánchez Medal. Obra citada, p. 67; B) Aguilar Carvajal, Leopoldo, *Contratos Civiles*. Editorial Hagtam. México, D.F., 1964, pp. 33 y 34; C) Lozano Noriega, Francisco, Obra citada, pp. 27 a 40, y D) Gutiérrez y González, Ernesto, *Derecho de las obligaciones*. Ed. Porrúa, Octava edición, México, 1991, pp. 194 y 195.

⁸ A) Borja Soriano, Manuel. Obra citada, pp. 135 y 136; B) López de Zavalía, Fernando J., obra citada, pp. 61 y 62, y C) Treviño García, Ricardo, obra citada, pp. 79 y 80.

⁹ El maestro D. Salvador Rocha Díaz, en su interesante artículo *Los contratos aleatorios*, publicado en el libro *Estudios Jurídicos que en Homenaje a Manuel Borja Soriano presenta la Universidad Iberoamericana* (Editorial Porrúa, México, 1969, pp. 663 a 680) demuestra la inutilidad de la clasificación de los contratos onerosos en conmutativos y aleatorios al destruir la importancia que principalmente se pretende desprender de la clasificación, en relación a la aplicación de la lesión.

do de las voluntades de las partes en los términos de un supuesto; que no puede concebirse un acto jurídico y por lo tanto un contrato sin forma y que por lo tanto ésta es un elemento indispensable del acto jurídico y del contrato.¹⁰

Cuando la ley exige una forma determinada y no otra diferente para que se produzcan ciertas y determinadas consecuencias y prevé que si no se satisface esa forma no se producirán esas consecuencias, el acto se califica de solemne. Si no se le da la forma impuesta al acto, pueden producirse, y de hecho se producen, otras consecuencias, pero no las previstas por la ley para ese acto. El mutuo subrogatorio es un ejemplo en derecho mexicano de contrato solemne. Dispone el artículo 2059 que “cuando la deuda fuere pagada por el deudor con dinero que un tercero le prestare con ese objeto, el prestamista quedará subrogado por ministerio de la ley en los derechos del acreedor, *si el préstamo constare en título auténtico en que se declare que el dinero fue prestado para el pago de la misma deuda*. Por falta de esta circunstancia, el que prestó sólo tendrá los derechos que exprese su respectivo contrato”. De donde se desprende que si no se le da esa forma específica al contrato, no se producen las consecuencias previstas expresamente en la norma, aunque puedan producirse otras. El contrato de prenda es otro ejemplo en el cual, *si no consta la certeza de la fecha del contrato*, no produce los efectos precisamente previstos en la ley (2860) sino otros diferentes; no puede oponerse válidamente a terceros pero sí al deudor prendario. Lo que significa que la falta de forma en los contratos solemnes no origina la inexistencia del contrato, sino sólo que no se produzcan los efectos determinados señalados en la norma para tal acto; esto es, que son inexistentes esos efectos, aun cuando se produzcan otros diversos. En estos casos se califica al contrato de solemne, no porque la forma sea un elemento esencial, que como ya se indicó no hay elementos que sean o no esenciales, ya que en todo caso se requiere de una manera cualquiera de exteriorizarse la voluntad de las partes, sino porque si no se satisfacen todos los signos sensibles que la ley exige, no se producen exactamente las consecuencias previstas por ella.

Cuando la ley exige una forma determinada y no otra diferente para que se produzcan determinadas consecuencias, pero esas consecuencias se producen también aunque no se satisfaga la forma prevista y sólo se esta-

¹⁰ “Si entendemos que la forma es, al decir de Geny, ‘el elemento exterior y sensible destinado a encuadrar las circunstancias inmateriales de la naturaleza de los actos’ (Geny, *Science et Technique en Droit Privé Positif*, tomo III, pág. 98, París, 1921) o la caracterizamos, con Barbero, como el ‘modo natural idóneo, cualquiera que sea, como se hace la manifestación negocial’ (Barbero, Doménico, *Sistema de Derecho Privado*, tomo I, Bs. As., 1967, pág. 456), es evidente que todos los negocios deben ofrecer una forma pues de lo contrario su intención no sería reconocible”. Mosset Iturraspe, Jorge. Obra citada, p. 89. Ver el estudio de la forma en el Capítulo II de esta obra.

blece la nulidad del contrato por la falta de tal forma (2228), destruyéndose retroactivamente esos efectos cuando se pronuncie por el juez la nulidad (2226 y 2227) el contrato se clasifica y califica como formal.

No obstante lo anterior, la ley determina que, si se confirma un contrato en la forma prevista por la norma, queda extinguida la causa de nulidad (2231) o que si la voluntad de las partes ha quedado constante de una manera indubitable y no se trata de un acto revocable, cualquiera de los interesados puede exigir que el acto se otorgue en la forma prescrita por la ley (2232).

Se pueden señalar como ejemplos de contratos formales, la compraventa de bienes inmuebles (2317), la donación de bienes raíces (2345), el arrendamiento (2406), etcétera.

Cuando la ley no exige forma determinada para la validez de un contrato, sino que deja a las partes la libertad más absoluta para darle la forma que ellas determinen, el contrato es consensual, sin que esto signifique que el contrato pueda celebrarse sin forma.

Son ejemplos de contratos consensuales: la compraventa de bienes muebles (2316), la permuta de muebles (2331), el mutuo (1832), el comodato, el depósito, el contrato de prestación de servicios profesionales, etcétera.

El interés práctico de esta distinción es: *Primero*, determinar qué efectos produce un contrato. *Segundo*, determinar cuándo es válido o nulo un contrato por falta de forma, y *Tercero*, determinar cuándo se puede confirmar un contrato al que no se le ha dado la forma prevista por la ley, en los términos expuestos arriba.¹¹

V. LOS CONTRATOS REALES Y CONSENSUALES.—Desde el punto de vista de la entrega de la cosa como un elemento constitutivo del contrato o como una obligación nacida del contrato, se pueden clasificar en reales o consensuales.

Cuando la entrega de la cosa en los contratos en los que el contenido de la prestación de alguna de las partes sea transmitir el dominio o el uso o goce de un bien, sea indispensable para el perfeccionamiento del contrato, se clasifica como real.

Si la entrega no es un elemento constitutivo del contrato, sino que es una obligación que nace del mismo, se entiende que el contrato se perfeccionó por el simple acuerdo de voluntades y se clasifica como consensual.

En otras palabras, si la entrega o tradición de la cosa es indispensable para la existencia del contrato, éste es real; si la entrega no es indispensable para el perfeccionamiento del contrato, sino que éste se perfecciona

¹¹ A) Mosset Iturraspe, Jorge, obra citada, pp. 88 a 90; B) Lozano Noriega, Francisco, obra citada, pp. 55 a 58; C) Rojina Villegas, Rafael, obra citada, tomo sexto, vol. I, pp. 40 a 46, y D) Mazeaud, Henri y León Jean, obra citada, 2ª parte, Vol. I, pp. 77 a 98.

por el acuerdo de las partes, el contrato será consensual y como consecuencia del mismo, nace la obligación de la entrega.

En derecho mexicano se puede considerar que el único contrato real que existe actualmente es la prenda, ya que el artículo 2858 establece: "Para que se tenga por constituida la prenda, deberá ser entregada al acreedor real o jurídicamente". Sin embargo, hay que distinguir entre la prenda como contrato y la prenda como derecho real; y además, el contrato que genera o produce el derecho real de prenda y el contrato que, aunque es llamado de prenda, no produce el derecho real o por lo menos, no lo produce en el momento de su celebración. El contrato que genera el derecho real, del mismo nombre, sí es un contrato real y el derecho real para que se tenga por legalmente constituido, requiere de la entrega de la cosa; pero puede existir un contrato de prenda consensual que no produzca el derecho real de prenda.¹² Todos los demás contratos en derecho mexicano son consensuales, en oposición a reales.

Los códigos civiles de 1970 y de 1884, siguiendo una tradición romana, estructuraban a los contratos de mutuo, comodato y depósito además de la prenda, como contratos reales.¹³

La importancia práctica de esta clasificación obedece a conocer en qué momento se perfecciona el contrato y como consecuencia, en qué momento nacen, como efecto del mismo, las obligaciones de las partes.¹⁴

VI. LOS CONTRATOS PRINCIPALES Y ACCESORIOS.—Desde el punto de vista de la dependencia o no, de la existencia de una obligación, los contratos se clasifican en principales o accesorios.

Los contratos principales son aquellos que su existencia y validez no dependen de la existencia o validez de una obligación preexistente o de un contrato previamente celebrado; es decir, son contratos que tienen existencia por sí mismos.

Los contratos accesorios son los que no tienen existencia por sí mismos, sino que su existencia y validez dependen de la existencia o de la posibilidad de que exista una obligación o de un contrato previamente celebrado y en atención a esa obligación se celebra el contrato. Estos contratos también reciben el nombre de contratos de garantía, dado que se celebran para garantizar la obligación de la cual depende su existencia o validez.

Los contratos accesorios en derecho mexicano actual son los de fianza, prenda e hipoteca.

¹² Ver en esta obra el apartado que trata de las consecuencias del contrato, en el capítulo XXIV referente al Contrato de Prenda.

¹³ Ver artículos 1776, 2545 y 2661 del código civil de 1884.

¹⁴ A) Rojina Villegas, Rafael, obra citada, tomo sexto, Vol. I, pp. 36 a 40, y B) Treviño García, Ricardo, obra citada, p. 80.

Son contratos principales todos los demás contratos reglamentados por el código civil.

El interés práctico de esta clasificación es determinar precisamente la existencia o validez de los contratos cuando dependen de una obligación preexistente y determinar los casos de terminación o extinción del contrato, cuando se efectúa por vía de consecuencia, por la terminación o extinción de la obligación garantizada de la cual dependen.¹⁵

VII. LOS CONTRATOS INSTANTÁNEOS Y DE TRACTO SUCESIVO.—Desde el punto de vista de la posibilidad real y jurídica de cumplir en un solo acto o en un plazo determinado, las obligaciones que de ellos emanan, los contratos se clasifican en instantáneos o de tracto sucesivo, también llamados de ejecución sucesiva o escalonada.

Los contratos de ejecución instantánea o instantáneos son aquellos en que las prestaciones de las partes pueden ejecutarse o pueden cumplirse en un solo acto, como en la compraventa o en la donación.

Los contratos de tracto sucesivo son aquellos en que las prestaciones de las partes o los de una de ellas, se ejecutan o cumplen dentro de un lapso determinado, porque no es posible real o jurídicamente cumplirlos en un solo acto, como en el arrendamiento y en el comodato.

El interés práctico de esta clasificación se manifiesta: *Primero*, en caso de resolución o de nulidad del contrato deben las partes restituirse sus prestaciones en forma recíproca, lo que es perfectamente posible en los contratos de ejecución instantánea, pero no lo es en los de tracto sucesivo, porque existen prestaciones en ellos que quedan consumadas definitivamente y no es posible devolverlas, como el uso en un contrato de arrendamiento y por lo tanto la nulidad o la resolución del contrato sólo opera hacia el futuro en los de tracto sucesivo y en los instantáneos opera al pasado; y *Segundo*, para determinar si se estudian o no las causas de terminación o extinción del contrato, ya que en los contratos de ejecución instantánea no tienen por qué estudiarse las causas de terminación del contrato por ejecutarse las prestaciones en un solo acto, pero sí tienen que estudiarse en los de tracto sucesivo, para determinar hasta qué momento deben continuar ejecutándose las prestaciones de las partes.¹⁶

Hay contratos que generan obligaciones que pueden cumplirse en un solo acto, pero que necesariamente debe transcurrir cierto tiempo entre la fecha de su celebración y la del cumplimiento de la obligación. Tal sucede

¹⁵ A) Rojina Villegas, Rafael, obra citada, tomo sexto, vol. I, pp. 46 y sigs., y B) Lozano Noriega, Francisco, obra citada, pp. 77 y 78.

¹⁶ Borja Soriano, Manuel, obra citada, tomo primero, p. 138.

con los contratos de mandato, de prestación de servicios profesionales, de obra a precio alzado, entre otros. Estos contratos son instantáneos conforme al punto de vista señalado, pero por la circunstancia de que se necesita ese lapso a efecto de poder cumplir con la o las obligaciones que generan, es necesario equipararlos a los de tracto sucesivo para el efecto de estudiar sus causas de terminación, ya que alguna circunstancia (ajena a la voluntad de las partes) o una conducta de los interesados, puede hacer imposible el cumplimiento de la obligación, impedir ese cumplimiento o ser motivo de incumplimiento y, en cada caso en forma singular, dependerá de esa circunstancia o conducta la responsabilidad o no del deudor. En un contrato de mandato puede darse una revocación o renuncia del encargo y si éstas son extemporáneas harán responsable al autor de los daños y perjuicios originados a la otra parte (2596); pero la muerte del mandante o del mandatario, antes del cumplimiento del encargo, no origina esa responsabilidad (2595). En el contrato de obra a precio alzado, si el dueño se desiste de la obra, deberá pagar al empresario el valor de los materiales adquiridos, sus gastos y la ganancia que hubiera tenido de no mediar ese desistimiento (2635).

VIII. LOS CONTRATOS DE ACCESO O DE MEDIOS Y LOS DE LOGROS O CONSECUCIÓN.—Cuando se celebra un contrato siempre se hace con la intención de satisfacer una necesidad. La satisfacción de las necesidades puede darse de inmediato con la celebración del contrato, en aquellos contratos que las obligaciones que genera son susceptibles de cumplirse de inmediato y se cumplen. Por otra parte, existen contratos que no satisfacen de inmediato las aspiraciones o necesidades de las partes, pero son el camino idóneo para conseguir a futuro y a través de ellos esa satisfacción.

Cuando al celebrar un contrato no se satisface la necesidad que pretende una de las partes y que puede considerarse el aspecto importante que motiva esa celebración, puede reputarse a ese contrato como un camino o sendero para conducir al fin deseado, pero que es necesario para esa consecución. A esos contratos ni la ley, ni la doctrina les han dado nunca un nombre. Ahora se pretende dárselos, para distinguirlos de aquellos, que con su celebración, sí se obtiene o puede obtenerse de inmediato esa satisfacción.

A los contratos que no satisfacen de inmediato las expectativas últimas y motivantes para una de las partes por su celebración les llamaremos, por lo pronto, y a reserva de encontrar más adelante una denominación más atinada, como contratos de medios, o contratos de acceso a efecto de conseguir la plena satisfacción que pretende uno de los contratantes. Tales son los contratos de promesa, de mandato y de prestación de servicios profesionales.

Cuando se pretende adquirir la propiedad de un bien, pero una de las partes no tiene la posibilidad jurídica o fáctica para celebrar un contrato

translativo de dominio, o cuando se pretende el uso o goce de un bien o la obtención de un servicio, pero por circunstancias o situaciones particulares no es posible celebrar el contrato adecuado para lograr esas finalidades, la ley otorga a la persona la posibilidad de celebrar un contrato en el que se comprometan las partes o una de ellas a celebrar el contrato que satisfaga, con posterioridad y a través de su cumplimiento, esa necesidad. Ese contrato es el de promesa; contrato que no satisface por él mismo esa exigencia, pero es el camino o senda adecuada para conseguir la finalidad propuesta con posterioridad. Si una persona necesita un inmueble pero no tiene el dinero en efectivo para comprarlo y es necesario que venda otros bienes o efectos para obtener la liquidez necesaria para esos fines, puede celebrar un contrato de promesa ya sea unilateral o bilateral para darse tiempo necesario para conseguir el dinero suficiente para celebrar con posterioridad la compraventa que satisfaga plenamente su anhelo.

Una situación similar acontece con los contratos de mandato y de prestación de servicios profesionales. Se puede tener la necesidad de realizar ciertos actos jurídicos en determinado lugar y fecha, pero el interesado puede estar impedido o no dispuesto a ejecutar personalmente esas actividades y se las encarga a un apoderado. Lo que él desea es la realización de esa actividad, pero al celebrar el contrato de mandato, aunque no lo ha hecho, ha puesto el medio adecuado para lograrlo con posterioridad. Si se requiere una intervención quirúrgica, ya sea que no se encuentre el profesional adecuado para practicarla de inmediato o en todo caso obtener el compromiso de tal profesional para que la practique, es conveniente celebrar un contrato de prestación de servicios profesionales, que por su simple celebración, no se obtiene la satisfacción de la necesidad presentada, pero sí es un medio para conseguirla ya sea a continuación o con posterioridad, en tiempo oportuno. Si una persona tiene el interés de casarse y no puede ocurrir a la ceremonia correspondiente, puede celebrar un contrato de mandato, para que su mandataria se case en su nombre. Con la celebración del contrato de mandato, no satisface su necesidad, es necesario que su mandatario realice el acto jurídico del matrimonio para que esa necesidad quede cumplida. Igual situación se presenta en todos los casos en que se celebran contratos de prestación de servicios profesionales.

Por otra parte, todos los demás contratos que reglamenta el código son contratos a los que se llamarán, mientras no se encuentre otra terminología más adecuada, contratos de logros o de consecución del satisfactor para cubrir la necesidad presentada, o contratos de resultados definitivos.

Cuando se celebra un contrato de compraventa, de inmediato, salvo convenio expreso en contrario, se obtiene la propiedad del bien que es su objeto y su posesión, para usarlo, gozarlo o disponer de él, dentro del marco jurídico que lo rija. Igual sucede con los contratos de permuta, de donación o de mutuo. Igual acontece con los contratos de arrendamiento

o de comodato, y en general con todos los demás contratos que reglamenta el código civil. Desde el punto de vista jurídico, no son contratos que señalen un camino para conseguir los satisfactores deseados, sino que con su celebración se obtienen o se pueden obtener de inmediato esos satisfactores.

La importancia práctica que tiene esta clasificación es que en los contratos que hemos llamados de logros o de consecución (de resultados), no se espera una actividad determinada adicional de una de las partes, para lograr las finalidades propuestas por la otra, sino sólo se espera el cumplimiento de las obligaciones, acciones y con ese cumplimiento se obtiene la satisfacción de la necesidad prevista para su celebración.

En los contratos de medios o contratos de acceso, por su simple celebración no se satisface la necesidad de las partes o de una de ellas, sino que se espera la ejecución de los actos a que se comprometió una de las partes, en oportunidad y precisión para conseguir la satisfacción de la necesidad última que requería una de las partes.

Por ello, en los contratos de medios, o contratos de acceso, es necesario estudiar siempre las causas de terminación del contrato y los efectos que origina el incumplimiento de las obligaciones principales del promitente, del mandatario o del profesor o su inactividad en general. En cambio, en los contratos de logros o de resultados, no es necesario hacer ese estudio, porque el simple cumplimiento de las obligaciones emanadas del contrato satisfacen plenamente las aspiraciones de las partes. Además, debe tomarse en consideración, que por regla general, salvo excepciones, no se puede demandar el cumplimiento de las obligaciones del promitente (excepto cuando conserva en su patrimonio los bienes que son el objeto del contrato prometido), del mandatario o del profesor, y en caso de incumplimiento, sólo puede exigirse el pago de daños y perjuicios. En cambio, en los contratos de logros, la regla general es que sí puede demandarse el cumplimiento forzoso de las obligaciones emanadas del mismo.

IX. LOS CONTRATOS NOMINADOS E INNOMINADOS.—Desde el punto de vista de la reglamentación que haga o deje de hacer un determinado ordenamiento de los contratos, se clasifican en nominados e innominados.

Si la ley reglamenta un contrato conceptuándolo y señalando sus elementos y determinando sus consecuencias y en su caso sus causas de terminación, se dice que el contrato es nominado.

Si la ley no reglamenta un contrato, aunque sólo señale su concepto o le dé un nombre, el contrato será innominado.

El que un contrato tenga un nombre no le da categoría de contrato nominado. Así, en el artículo octavo transitorio del Código Civil se mencionan los contratos de censo y de anticresis y no obstante que tengan un nombre serán innominados por falta de reglamentación. La doctrina tam-

bién puede dar un nombre a un contrato, pero si la ley no lo regula, será un contrato innominado, como los de lactancia, cochera, claqué, etcétera.

La ley puede también conceptualizar un contrato, pero como consecuencia de la variedad de las prestaciones de las partes, no sería posible reglamentarlo en todas sus consecuencias y en ese supuesto, el contrato tendrá un nombre y será un contrato tipificado por estar encuadrado dentro de un tipo legal, pero será innominado desde el punto de vista de que la ley no lo reglamenta en forma total o amplia. Tal es el caso del contrato de hospedaje, respecto al cual la ley lo nomina y tipifica, pero por la gran variedad de aspectos que puede abarcar, no es posible reglamentarlo; ya que puede contener obligaciones de transmitir la propiedad de bienes determinados, de transmitir el uso o goce de ciertos bienes, la prestación de todo tipo de servicios, etcétera.

De lo anterior se desprende que el contrato innominado es aquel que la ley no reglamenta o regula en relación con las obligaciones principales que se generan como efecto de su celebración, aunque tengan un nombre o estén tipificados.

Debido a la necesidad humana de la transferencia de cosas y servicios, los individuos a través del tiempo han ideado ciertas formas más o menos constantes de realizar sus negocios jurídicos, y el legislador, al intuir la importancia de algunas de dichas formas, las ha plasmado en modelos definidos, creando así los contratos nominados.

Pero, debido a la realidad cambiante de la existencia humana, que origina como consecuencia nuevas necesidades, es imposible que el legislador prevea en modelos definidos todas las causas y finalidades de los negocios jurídicos o que previéndolas, no considere oportuno, con base en un criterio de política económica o social, dar una reglamentación fija a tales actividades, y debido a esto, es posible encontrar en la práctica, una serie de actividades no reglamentadas en la ley y a las que se les ha dado el nombre de contratos innominados.

Por otra parte, si a un contrato reglamentado se le incorporan elementos extraños a él por las necesidades de los interesados, ya no será el resultado un contrato técnicamente nominado; e igual situación se presenta si, en determinado momento, las partes entrelazan para la satisfacción de determinadas necesidades dos o más contratos formando conceptualmente uno solo.

Como consecuencia de lo anterior, la categoría de los contratos innominados es inagotable. Por más que el legislador absorba los usos y las costumbres de los pueblos, la práctica inconscientemente va creando nuevos tipos de contratos, buscando siempre la satisfacción de sus necesidades de una manera segura y eficaz.

Por lo anterior, la ley no puede desentenderse ni dejar de reconocer a

este tipo de contratos, ni de establecer normas amplias que permitan interpretarlos, aunque no sea sino de una forma muy general, ya que su misma naturaleza así lo exige.

Desde un punto de vista doctrinal, los contratos innominados se clasifican en contratos mixtos y contratos unión.¹⁷

1. *Los contratos mixtos.* Los contratos mixtos son aquellos contratos unitarios que en su estructura intervienen diversos elementos de varios contratos ya sean nominados o innominados, y pueden clasificarse en contratos mixtos en sentido estricto, en contratos de doble tipo y en contratos combinados.

Los contratos mixtos en sentido estricto, serían aquellos que se integran mediante un contrato nominado y un elemento extraño a él que puede ser contenido de una prestación de un contrato diverso. *V. gr.* Un contrato mediante el cual una persona se obliga a conceder el uso de una cosa a cambio de una cantidad de dinero y de que se le pinte un cuadro.

Los contratos de doble tipo serían aquellos en los que todas las prestaciones de una de las partes encuadran dentro de un contrato nominado y todas las prestaciones del cocontratante encuadran dentro de las de otro contrato nominado o innominado. *V. gr.* Una persona concede el uso de un bien a un abogado a cambio de que éste le preste sus servicios profesionales mientras dura ese uso.

Los contratos combinados serían aquellos en que las prestaciones de una de las partes encuadran en dos o más contratos nominados y la contraprestación de la otra parte es sólo dinero. *V. gr.* El contrato de hospedaje con alimentos y otros servicios, en que el hostelero se obliga a transmitir el uso de cosas, transmitir la propiedad de bienes de consumo, la utilización de fluidos como luz o gas, la prestación de servicios, etc., a cambio de la obligación del huésped de pagar una suma de dinero periódicamente.

2. *Los contratos unión.* Los contratos unión son aquellos contratos autónomos que se estructuran mediante la conjunción de dos o más contratos nominados o innominados, y pueden ser clasificados en contratos unión con dependencia bilateral, con dependencia unilateral o contratos unión alternativos.

¹⁷ En relación a este tema de contratos innominados y su clasificación, consúltese: A) Mesineo, Francisco, *Doctrina Generale del Contrato*. Edit. Dott. A. Giuffrè. Milano, 1948; B) Borja Martínez, Manuel, *El Contrato Atípico*, artículo publicado en las páginas de la 41 a la 58 de la revista jurídica *El Foro*, Órgano de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, Quinta época, núm. 19, jul.-sept., 1970, México, D.F.; C) López de Zavalía, Fernando, obra citada, pp. 64 a 66; D) Aguilar Carvajal, Leopoldo, obra citada, págs. 49 a 52; E) Mosset Iturraspe, Jorge, obra citada, pp. 71 a 75, y F) Rojina Villegas, Rafael, obra citada, tomo sexto, Vol. I, pp. 78 a 81.

Los contratos unión con dependencia bilateral serían aquellos en que la conjunción de los contratos que los forman es de tal naturaleza que la existencia, validez y cumplimiento de las prestaciones de uno influyen en forma absoluta sobre el otro. *V. gr.* Un contrato por virtud del cual una persona se obliga a transmitir el uso de un bien y a vender a la otra parte el material que emplea ese bien para su funcionamiento, y la otra parte se obliga a pagar un precio cierto por el uso y a comprar el indicado material. De nada le serviría al contratante arrendatario y comprador el que sólo le arrendaran el bien, si no le venden los materiales para hacerlo funcionar y de nada le servirían los materiales si no le alquilan el bien.

Los contratos unión con dependencia unilateral serían aquellos en que la conjunción de los contratos que los forman sólo es determinante respecto de uno, de tal forma que éste puede no ser válido o ser incumplidas las obligaciones que genere, sin que se afecte el otro; pero que si el otro no existe o es nulo, sí afecta con la inexistencia o nulidad al primero. *V. gr.* Un contrato de mutuo garantizado con prenda o hipoteca.

Los contratos unión alternativos serían aquellos en que por las condiciones propias en que fueron pactados, por la voluntad de una de las partes o por la realización de una condición se actualiza en definitiva uno de los contratos que lo integran y se extingue el otro. *V. gr.* Un contrato por virtud del cual una persona concede el uso de un bien a otra a cambio de un precio cierto y se pacta que al año, si lo desea el arrendatario, puede comprar el bien, pagando una pequeña cantidad adicional y reconociéndose como parte del precio los pagos parciales entregados con anterioridad. Este contrato será de arrendamiento mientras no vence el año y siempre que el arrendatario no desee adquirir al término pactado, el bien; pero será de compraventa, si al vencimiento del plazo desea adquirirlo y paga la cantidad adicional.

La simple unión externa de contratos, es decir aquellos que se encuentran redactados en un mismo instrumento por una circunstancia meramente accidental, no forman categoría de contratos innominados ni lo son.

Por último, podría idealmente pensarse en un contrato totalmente atípico y no regulado, que no tuviera ninguna semejanza con los contratos regulados, y que no tuviera ningún elemento de alguno de los nominados, y éste sería el contrato innominado estricto sentido.

El código civil prevé la celebración de contratos innominados y establece las reglas para su interpretación:

El artículo 1858 expresa:

Los contratos que no estén especialmente reglamentados en este Código se regirán por las reglas generales de los contratos; por las estipulaciones de las partes y, en lo que fueren omisas, por las disposiciones del contrato con el que tengan más analogía, de los reglamentados en este ordenamiento.

X. LA CLASIFICACIÓN DEL CÓDIGO MEXICANO.—Por último, para terminar esta parte general, se señalará cuál es el orden en que el actual Código Civil ha clasificado los contratos que regula y que será el orden en que se analizarán en la segunda parte de este libro.

1. El contrato preparatorio o promesa de contrato.
2. Los contratos traslativos de dominio: la compraventa, la permuta, la donación y el mutuo.
3. Los contratos traslativos de uso: el arrendamiento y el comodato.
4. Los contratos de prestación de servicios: el depósito, el mandato, el de prestación de servicios profesionales, el de obra a precio alzado —el de los porteadores y alquiladores— y el de hospedaje.
5. Los contratos asociativos: la asociación civil, la sociedad civil y la aparcería.
6. Los contratos aleatorios: el juego y la apuesta, la renta vitalicia y la compraventa de esperanza.
7. Los contratos de garantía: la fianza, la prenda y la hipoteca, y
8. El contrato de transacción.

PARTE SEGUNDA
LOS CONTRATOS EN PARTICULAR

TÍTULO PRIMERO
EL CONTRATO PREPARATORIO

CAPÍTULO VI
EL CONTRATO DE PROMESA

SUMARIO: I. El concepto.—II. Las características.—III. La distinción con otras figuras afines: 1. Con el acto unilateral. 2. Con el contrato bajo modalidad término.—3. Con el contrato bajo condición suspensiva y 4. Con el contrato definitivo.—IV. La clasificación.—V. Los elementos: 1. El consentimiento.—2. El objeto.—3. La forma.—VI. Los presupuestos: 1. La capacidad.—2. La ausencia de vicios en el consentimiento y la licitud.—VII. Las consecuencias: las obligaciones de los promitentes.—VIII. Las causas de terminación.

I. EL CONCEPTO.—El contrato de promesa es aquel por virtud del cual una o ambas partes se obligan a celebrar un contrato determinado en cierto tiempo.

El ordenamiento jurídico civil pretende dar solución a los problemas que se presentan a los particulares en sus relaciones cotidianas de carácter patrimonial. Cuando una persona desea obtener un bien o un servicio y en ese momento no cuenta con los medios para lograrlo, pero razonablemente estima que puede conseguirlos en corto plazo y no desea dejar pasar la oportunidad de obtenerlo, puede proponer a quien ha de proporcionárselo un mecanismo que los comprometa por cierto tiempo, uno a proporcionar ese bien o servicio y el otro a pagar una contraprestación determinada. Puede ser que un individuo necesite o desee una casa que sabe que está en venta, pero no cuente en ese momento con el dinero suficiente para pagar su precio, pero estima que puede conseguirlo en seis meses, y para no perder la oportunidad de adquirirla, hoy propone a su propietario la celebración de un contrato que los obligue a ambos, uno a venderla y otro a comprarla en ese plazo. Puede ser que uno no tenga hoy los títulos de propiedad en orden (puede ser que haya recibido en herencia el inmueble y aún no ha realizado el trámite sucesorio) y el otro que tenga bienes pero no el efectivo para pagarla (puede ser que tenga antigüedades y necesite venderlas para disponer de efectivo) y no desean hacer gastos

para obtener los títulos en orden o vender esos bienes para obtener el efectivo para su operación, si no cuentan con la certeza de que realizarán la compraventa deseada el día de mañana. En estos casos, uno propone la celebración de un contrato de promesa. Este contrato proporciona el medio para dar certeza a las personas que por circunstancias del momento no pueden concluir un contrato, para asegurar que en cierto tiempo lo celebrarán. No buscan simplemente un voto o compromiso informal de la otra parte, sino una obligación legal de que se celebrará el contrato previsto y que en caso de incumplimiento podrá exigirse una reparación del daño. Se busca así, un compromiso jurídico, una obligación, y el medio es la celebración del contrato de promesa, en este caso, de compraventa. Por otra parte, puede buscarse el compromiso sólo de una parte, pero no de ambas. Piénsese en el supuesto de que una jovencita pretende casarse y un familiar se obliga a venderle una casa para que establezca su domicilio conyugal, pero ella no tiene la certeza de contraer matrimonio y al celebrar el contrato de promesa, sólo se obliga su pariente y ella sólo acepta la promesa, pero no se obliga a su vez.

Del concepto anterior se desprende:

1. Que la promesa es un contrato, lo que implica el acuerdo de voluntades de los contratantes para crear la obligación de celebrar un contrato determinado en cierto tiempo.

2. Que el contrato de promesa puede ser unilateral o bilateral (2244) ya sea que sólo un contratante se obligue a celebrar el contrato o que ambos se obliguen recíprocamente a celebrarlo; y

3. Que el contrato que se obligan las partes o una de ellas a celebrar, debe determinarse en la promesa.

El contratante que se obliga a celebrar el contrato se llama promitente y aquél a cuyo favor se obliga, beneficiario. Si la promesa es bilateral, ambos tendrán el carácter de promitentes y beneficiarios.

II. LAS CARACTERÍSTICAS.—Las particularidades que diferencian a este contrato de cualquier otro son:

1. El contrato de promesa tiene una función jurídica y no económica. Al través de él, sólo se origina el derecho personal consistente en la creación de una obligación y por lo tanto no crea derechos reales ni genera efectos traslativos o hace referencia a la utilización de servicios.

2. Este contrato sólo produce el efecto de generar una obligación de hacer. El objeto del contrato es la conducta manifestada como una prestación, un hacer y nunca como un dar o un no hacer; y

3. La obligación de hacer que se genera siempre y únicamente será la de celebrar un contrato determinado en cierto tiempo y por lo tanto, para

satisfacer en última instancia la voluntad de las partes, deberán éstas celebrar a futuro el contrato determinado a que se han obligado.¹

Existen metas u objetivos que pueden alcanzarse en forma definitiva mediante la realización de un hecho o la celebración de un contrato. Para calmar la sed, basta con beber en ese momento cierta cantidad de agua; para obtener un refresco basta con celebrar un contrato manual de compraventa por el cual una parte entrega el objeto y la otra su precio; pero existen otras finalidades que no pueden alcanzarse en forma directa o inmediata con una sola acción, sino que es necesario primero obtener un compromiso de alguien, conseguir que ese alguien se obligue hoy y después, conseguir que éste cumpla con su obligación, para alcanzar la meta definitiva propuesta.

Como ejemplo puede señalarse al contrato de prestación de servicios profesionales o al de mandato. Al cliente, por regla general, no le basta, para satisfacer su objetivo fundamental, la celebración de un contrato de prestación de servicios profesionales con un odontólogo sino que busca en definitiva su curación; o la celebración del contrato con un abogado, sino que ése lo defienda eficazmente en tribunales.

Esto sucede en relación al contrato de promesa. En principio el contrato de promesa no satisface los objetivos de las partes con su celebración. Es un medio para lograr esas metas definitivas. Si se celebra un contrato de promesa de compraventa, no sólo se busca la obligación del promitente de celebrar a futuro aquel contrato, sino la celebración de la compraventa. La celebración del contrato de promesa, es un paliativo por no poder, dadas las circunstancias de las partes, celebrar hoy el contrato prometido.

Puede argumentarse en contrario que todo contrato es un medio para la obtención de los satisfactores definitivos; que son medios para la obtención de las metas últimas. Así, la celebración del contrato de compraventa no es la finalidad última del vendedor ni del comprador, sino un medio para conseguir legalmente, uno la posesión y utilización de la cosa y el otro la obtención del precio para satisfacer otras necesidades. Pero aunque en principio la observación es cierta, en contratos como la compraventa existe, primero la posibilidad del cumplimiento inmediato de las obligaciones, que permite a las partes la satisfacción de esos objetivos definitivos, y segundo la posibilidad de obtener en forma coactiva el bien u objeto del contrato, y sólo en casos extremos de un incumplimiento tal que no per-

¹ Un contrato de promesa, sin desnaturalizarse, puede llegar a originar una obligación de dar o de hacer diversa a la de celebrar el contrato prometido, siempre que el contenido de esa obligación no sea el contenido, ni parte de él (objeto mediato) de la obligación que puede llegar a originarse si se celebra el contrato definitivo. Ejemplo: En un contrato de promesa, una persona puede obligarse a celebrar un contrato de compraventa como vendedor y a cambio de esa obligación que contrae, la otra parte se obliga a pagar cierta cantidad de dinero, que en ningún caso se considerará como parte del precio, si llega a celebrarse la compraventa.

mita al acreedor hacerse con el bien objeto del contrato en forma coactiva, la obtención de una indemnización por el incumplimiento.

Como el contrato de promesa no satisface los objetivos definitivos de las partes, la posibilidad del incumplimiento de la obligación de celebrar el contrato prometido, y con mucha frecuencia la disponibilidad por parte del propietario del bien objeto del contrato prometido, preocupa en forma más acusada a los interesados que los incumplimientos en los contratos con posibilidad de cumplimiento inmediato. En el contrato de promesa de compraventa, el promitente vendedor puede enajenar a un tercero el bien y así hacer imposible el cumplimiento de su obligación de celebrar el contrato de compraventa prometido. Para evitar esa disposición, cabe hacerse una pregunta: ¿puede inscribirse en el Registro Público de la Propiedad el contrato de promesa de compraventa para que surta efecto contra terceros y así, si el promitente vendedor enajena el bien, que posibilite al beneficiario promitente comprador a demandar la nulidad de esa venta, para estar en posibilidad de exigir el cumplimiento forzoso de su contrato de promesa? Técnicamente, si ya se indicó que el contrato de promesa sólo genera una obligación de hacer, consistente en la celebración del contrato de promesa, no origina obligaciones de dar, ni es un contrato translativo de dominio ni modifica, grava, limita, etc., la propiedad o la posesión de los bienes inscritos en el Registro Público de la Propiedad y por ello, no puede ser inscrito en tal registro. Sin embargo, existen legislaciones en las que, con falta de técnica, sí permiten esa inscripción.² Sin violentar las finalidades que tiene el legislador para reglamentar un contrato ni la técnica legislativa, es posible conseguir indirectamente la inscripción registral de un contrato de promesa y asegurar así el cumplimiento de la obligación de celebrar el contrato prometido. Al celebrar por ejemplo un contrato de promesa de compraventa, puede estipularse una cláusula penal para el caso de incumplimiento de la obligación del promitente vendedor y en el mismo documento, garantizar con hipoteca el cumplimiento de esa obligación. Como la hipoteca sí es inscribible, al registrarla, se anotará la obligación garantizada y por lo tanto, su monto y su fuente, y así se inscribe indirectamente el contrato de promesa.

III. LA DISTINCIÓN CON OTRAS FIGURAS AFINES.—Del concepto y de las características anotadas, se pueden desprender las diferencias del contrato

² El Código de Tamaulipas (publicado en el *Periódico Oficial del Estado* el 10 de enero de 1987) permite la inscripción de los contratos de promesa en el Registro Público de la Propiedad. El Art. 1580 en su segunda parte indica "La promesa sólo surtirá efectos contra tercero cuando se inscriba conforme a la fracción XIV del artículo 2355" y este último precepto señala "Art. 2355.—Se inscribirán en el registro: ... XIV. La promesa de contratar que afecte bienes raíces o derechos reales constituidos sobre los mismos".

de promesa con otras figuras afines, tales como el acto unilateral, el contrato sujeto a término, el contrato bajo condición suspensiva y el contrato definitivo.

1. *Distinción entre contrato de promesa y el acto unilateral.* El llamado acto unilateral es aquel en el que interviene una sola voluntad. En la teoría general ya se indicó que para no confundir a los contratos unilaterales (los que sólo originan obligaciones para una de las partes) con tales actos, a éstos se les llamaría actos monosubjetivos. Éste se forma y se perfecciona mediante una sola voluntad. En la materia contractual, el acto unilateral más común es la policitación. La diferencia fundamental entre el contrato de promesa y el llamado acto unilateral³ es que el contrato de promesa es un acto plurisubjetivo y en cambio el acto unilateral es un acto monosubjetivo. Además, en el contrato existe un acuerdo de voluntades para crear la obligación de una de las partes de otorgar a futuro un contrato determinado y en el acto unilateral no existe tal acuerdo. Por otra parte, aunque desde un punto de vista lógico todo contrato se forma por la aceptación que una de las partes hace de la policitación u oferta de la otra, la policitación u oferta se diferencia del contrato de promesa unilateral, en que en la primera cuando la parte a quien va dirigida la oferta la acepta, el contrato se perfecciona y puede dar origen de inmediato a obligaciones de dar, de hacer o de no hacer; en cambio, el contrato de promesa origina como única obligación la de hacer, consistente en celebrar el contrato prometido, y sólo cuando, como consecuencia de esta obligación, se celebra en su oportunidad el contrato prometido, queda satisfecha la intención de las partes y es cuando nacerán sus obligaciones que pueden consistir en una prestación o en una abstención; esto es, en un dar, un hacer o un no hacer.

Por último, si se piensa que un contrato de promesa se celebra igual que cualquier otro, por la aceptación incondicional que una persona hace de la policitación formulada por otra, se comprende fácilmente la diferencia entre policitación para el contrato de promesa y el contrato de promesa ya integrado con la aceptación.

2. *Distinción entre contrato de promesa y el contrato bajo modalidad término.* Posiblemente uno de los temas menos estudiados en la doctrina mexicana es el de la modalidad término. No es lo mismo establecer un plazo para cumplir con una obligación que fijar el plazo para determinar el momento del nacimiento o de la extinción de la obligación.

³ En relación con esta terminología, ver lo ya expuesto en la clasificación de los contratos en unilaterales y bilaterales. Entre otros autores, utilizan la terminología de actos unilaterales y bilaterales: A) Borja Soriano, Manuel, *ob. cit.*, tomo primero, p. 98; y B) Gutiérrez y González, Ernesto, *ob. cit.*, pp. 124 y 125, núms. 85 y 86.

Toda obligación, ya se dijo, lleva en sí misma el germen de un posible incumplimiento. Si una situación jurídica a la que se le llame obligación debe necesariamente cumplirse y no existe la posibilidad de un incumplimiento, no es una obligación. Entre el nacimiento de una obligación y su cumplimiento o incumplimiento, existe un lapso. Hay ocasiones en que las obligaciones se cumplen de inmediato, como en las compraventas manuales en las que al celebrarse el contrato de inmediato se entregan el precio y la cosa; pero desde un punto de vista jurídico, es posible distinguir los momentos en que se perfecciona el contrato por el acuerdo de voluntades y el momento en que se cumple y por lo tanto el lapso entre el nacimiento de la obligación y su cumplimiento.

El Código Civil conduce a una confusión, cuando al tratar de las modalidades de las obligaciones, trata en el Capítulo I “De las obligaciones condicionales” y en el Capítulo II “De las obligaciones a plazo”. Además, el artículo 1938 señala que la obligación es condicional cuando su existencia o su resolución dependen de un acontecimiento futuro e incierto; y por lo tanto, si al plazo lo ubica dentro de la modalidad de las obligaciones, parece que da a entender que éste sería el tiempo fijado por las partes del que hacen depender el nacimiento o la extinción de la obligación, ya que no se explica de otra manera, el que al plazo se le llame “modalidad” y que lo trate en el capítulo siguiente a la condición.

Así, aun cuando no exista una aplicación práctica normal o generalizada, debe considerarse que la modalidad “término”, es el plazo convenido por las partes en un contrato (negocio jurídico) del transcurso del cual hacen depender el nacimiento o la extinción de una obligación. No tiene nada que ver este concepto, con el contenido del artículo 1953 (que es el primero del Capítulo II “De las obligaciones a plazo”) que señala “Es obligación a plazo aquella para cuyo cumplimiento se ha señalado un día cierto”.

Cuando en un contrato, que en este caso toma el nombre de negocio, se ha señalado un plazo para la existencia o para la extinción de una obligación, se dice que ese negocio está sujeto a la modalidad término.

Si en un contrato se fija un plazo para el cumplimiento de la obligación, simplemente se está facultando al deudor para que no cumpla de inmediato, sino para que cumpla dentro de ese término. Así, si en un contrato de compraventa se faculta al comprador para que cumpla su obligación de pagar el precio dentro del plazo de seis meses, su obligación ya nació y simplemente se le permite que no pague en el momento del perfeccionamiento del contrato ni al recibir la cosa, sino dentro del plazo señalado. Éste no es un contrato sujeto a modalidad término, sino un contrato común y normal.

Ya se dijo anteriormente que existen contratos que por su naturaleza y

por no ser medios directos e inmediatos para satisfacer necesidades, sino paliativos, no pueden ser cumplidas las obligaciones que generan de inmediato después de su celebración, como es el contrato de promesa. Si un contrato de promesa fuera de hecho posible cumplirlo de inmediato después de su celebración, sería inútil celebrarlo. Piénsese en un contrato de promesa de compraventa en que las partes fijan como plazo para cumplir con la obligación de celebrar el contrato prometido cinco minutos y al vencimiento del plazo, celebran su contrato de compraventa prometido. Puede calificarse de idiota la conducta de haber celebrado el contrato de promesa.

En el contrato de promesa, debe fijarse el plazo para el cumplimiento de la obligación de celebrar el contrato prometido (2246) y no puede sensatamente decirse que todo contrato de promesa es un contrato sujeto a la modalidad "término". Igual sucede con otros contratos, como el de mandato, el de prestación de servicios profesionales, el de obra a precio alzado, etcétera.

En la vida cotidiana, en la práctica, es muy difícil encontrarse con la necesidad de celebrar un contrato con la modalidad término. Por lo general, no existe la necesidad de señalar un plazo para el nacimiento de la obligación. Sí es común y normal señalar plazo para el cumplimiento de una obligación ya existente, y puede encontrarse con facilidad la conveniencia de indicar un plazo para la extinción de una obligación.

Considerando que el término es la modalidad consistente en que las partes han fijado un plazo para el nacimiento de la obligación, la diferencia entre la promesa y el contrato a término es que al vencimiento del plazo señalado en la promesa, debe cumplirse la obligación consistente en celebrar el contrato prometido y el promitente puede cumplir voluntariamente o puede no cumplir su obligación de celebrar el contrato y por ese motivo ser demandado para obtener el cumplimiento forzoso y en ambos supuestos se requiere de una nueva actividad de las partes; en un caso un nuevo acuerdo de voluntades y en el otro una motivación personal, para lograr los efectos del contrato definitivo; o por último, puede darse el caso de que sea imposible la celebración del contrato prometido por circunstancias especiales que impidan su celebración y nunca se producirán los efectos del contrato definitivo; en cambio, en el contrato a término, por el simple vencimiento de éste, se originan las obligaciones del indicado contrato que pueden consistir en un dar, en un hacer o en un no hacer, sin requerir de un nuevo acuerdo de voluntades entre las partes, o en general sin requerir una nueva actividad de los interesados.

3. *Distinción entre contrato de promesa y el contrato bajo condición suspensiva.* Conforme al Código Civil, la condición como el término es una modalidad.

Modalidad es el pacto relacionado con el tiempo o con la posibilidad de realización de un acontecimiento del cual los interesados hacen depender el nacimiento o la extinción de una obligación.

Condición es la posibilidad de realización de un hecho, del cual los interesados hacen depender el nacimiento o la extinción de una obligación.

Para que la condición se considere tal, no debe depender la realización del hecho de la voluntad de la persona que pueda llegarse a ver afectada por el nacimiento o la extinción de la obligación.

En un orden de ideas estricto, no debe hablarse de obligación sujeta a condición suspensiva, porque la obligación existe o no existe, pero no puede darse a medias, y si ésta existe produce inmediatamente sus efectos consistentes en autorizar legalmente al acreedor para exigir la conservación de su derecho, para exigir que su deudor cumpla por sí o cuando no es posible, por otro en su lugar, su prestación o para exigir del deudor una indemnización por la imposibilidad del cumplimiento; y desde el punto de vista del deudor, la consecuencia de la existencia de la obligación es su posibilidad o facultamiento de pago. Mientras no se realiza el hecho previsto en la condición, no ha nacido la obligación y por lo tanto no puede hablarse técnicamente de obligación condicionada.

Lo que sí puede y de hecho existe condicionado es el acto jurídico, y si éste es un contrato, el que está sujeto a la condición será el contrato.

Cuando se celebra un contrato, las partes pueden incorporar todas las cláusulas que consideren convenientes o necesarias (1839) y esta facultad no tiene más límites que las disposiciones de orden público y las buenas costumbres y así entre otros muchos aspectos, pueden señalar que ciertas obligaciones sólo nazcan, se originen, si se realiza un hecho que ellas prevén incierto en ese momento y que si no se realiza, esas obligaciones no se originen. Pueden convenir en que la obligación nazca, pero que no pueda exigirse su cumplimiento sino después de que transcurra un plazo o se origine un hecho que ellas prevén incierto, pero nada impide que pacten que la obligación no nazca, no se origine, si no se realiza el hecho que ellas prevén incierto en ese momento. Si se celebra un contrato, es que las partes tienen la intención de establecer un vínculo obligatorio entre ellas y por lo tanto, deberá nacer u originarse, por lo menos una obligación; pero eso no significa, que todas las posibles obligaciones previstas por las partes, hayan de originarse en el momento de la celebración del contrato. Si al convenir las partes sobre un objeto de interés jurídico de carácter patrimonial se origina entre ellas una obligación, ese convenio se llama contrato y si además, entre ellas convienen en que si se realiza un hecho que se prevee incierto nazcan otras obligaciones diferentes y que si no se realiza, no se originen esas obligaciones, ese contrato toma el nombre de contrato sujeto a condición suspensiva. Sólo si se pacta que ciertas obligaciones nacerán o se originarán si se realiza un hecho que ellas prevén incierto en el

momento de la celebración de ese contrato, éste tomará el nombre de contrato sujeto a condición suspensiva, si se conviene otra cosa, será un contrato diferente o en su caso innominado, pero no sujeto a condición suspensiva.

Por lo tanto, para que un contrato tome el nombre de contrato sujeto a condición suspensiva, debe originar por lo menos una obligación y además, debe establecerse que si se realiza un hecho previsto por ellas incierto en ese momento, se originarán otras obligaciones diferentes y adicionales a las que se generaron de origen al celebrarse el contrato.

Para comprender estos conceptos, es necesario en este punto, poner un ejemplo. Dos personas pueden convenir en la compraventa de los frutos de una huerta y pactar en un contrato: que el vendedor, propietario de la huerta, mantenga a ésta bien regada, bien abonada, fertilizada, desparasitada, y con un número mínimo de árboles y en general en condiciones de producir los frutos esperados, y que si se producen frutos, se los entregará todos en venta en una cierta cantidad de dinero y por otra parte, que el comprador entregará al propietario cierta cantidad de abonos y fertilizantes para que sean usados en la huerta y que si se producen los frutos, le pagará un precio cierto como contraprestación por la venta de los frutos de la huerta. Este no es un contrato simple de compraventa, sino un contrato de compraventa sujeto a condición suspensiva. En este contrato, se originan ciertas obligaciones por el hecho mismo de su celebración y pueden llegar a originarse otras, si se realiza el hecho incierto previsto por ellas, de que se produzcan los frutos de la huerta.

En el ejemplo anterior, podrían suprimirse las obligaciones de abonar y vigilar la huerta y de la otra parte de proporcionar los insumos, pero si se conserva el compromiso de entregar los frutos que se produzcan a cambio de un precio cierto y en dinero, seguirá siendo un contrato de compraventa sujeto a condición suspensiva, ya que las obligaciones de entrega de frutos y precio, no han nacido, porque no se ha realizado el hecho incierto y previsto por las partes en ese momento, de la producción de tales frutos, pero sí existe una obligación a cargo del promitente vendedor, consistente en conservarse en aptitud de poder cumplir con la obligación de entrega de esos frutos si llegan a existir y la obligación para ambas partes, de respetar lo convenido entre ellas sin poderlo variar unilateralmente y así, si se producen los frutos, el vendedor no podría exigir un precio más alto, ni el comprador pagarlo más bajo. Así, el artículo 1942 establece que mientras la condición no se cumpla, el deudor debe abstenerse de todo acto que impida que la obligación pueda cumplirse en su oportunidad y que el acreedor puede antes de que la condición se cumpla, ejercitar todos los actos conservatorios de su derecho. Ese contrato no genera en su celebración las obligaciones de entrega de precio y cosa, pero sí la de conservarse en aptitud de poder cumplir si llegan a producirse los frutos y por

ello es un contrato, y si el propietario talara árboles, la otra parte podría recurrir al juez para que se le impidiera seguir haciéndolo.

Ahora bien, no deben confundirse los efectos de la obligación que ya se indicaron cuáles son, con los efectos del contrato. Los efectos o consecuencias de éste, en derecho mexicano, son la creación o la transmisión de obligaciones.

Si se celebra un contrato sujeto a condición suspensiva, por ejemplo de compraventa, no han nacido las obligaciones de las partes de entrega de la cosa y el precio, mientras no se realice el hecho respectivo, pero no por eso debe concluirse que por no existir tales obligaciones no existe contrato, ya que ese negocio o acto jurídico, sí creó una obligación: la obligación consistente en que las partes deben conservarse en aptitud de cumplir con sus respectivas prestaciones de entrega del precio y cosa, si se realiza el hecho previsto incierto y el de respetar lo pactado entre ellas, y si el acto, por el acuerdo de voluntades da nacimiento a esas obligaciones, es un contrato y estas obligaciones producen de inmediato su efecto consistente en permitir al acreedor emplear los medios necesarios para la conservación de su derecho.⁴

La diferencia entre la promesa y un contrato celebrado bajo condición suspensiva, es que en la promesa no está sujeto el contrato a ninguna condición para que se generen y existan las obligaciones del contrato, tanto del de promesa como del prometido, sino que simplemente nace de inmediato la obligación de celebrar este último en el plazo pactado; en cambio, en el contrato bajo condición suspensiva se genera de inmediato para ambas partes la obligación de conservarse en aptitud de cumplir con las obligaciones que nazcan, en caso de que se realice el acontecimiento previsto, lo que no depende de su voluntad y por lo tanto mientras no se realice ese acontecimiento no han de existir las obligaciones secundarias emanadas del contrato bajo condición suspensiva; la obligación que nace del contrato de promesa es la de celebrar el contrato prometido, y la que nace del contrato bajo condición suspensiva es la de conservarse en aptitud de poder cumplir las obligaciones de dar, hacer o no hacer que contenga el contrato si se actualiza la condición y las obligaciones de respetar lo convenido entre las partes.

4. *Distinción entre contrato de promesa y el contrato definitivo.* Por último, el contrato de promesa se diferencia del definitivo, en que el primero sólo

⁴ En la doctrina mexicana no hay un criterio uniforme para determinar los efectos de la condición suspensiva sobre las obligaciones en general. Ver entre otros autores: A) Maestro Manuel Borja Martínez, *Análisis del efecto de la condición suspensiva sobre la obligación y sobre el negocio jurídico que le da origen*. Artículo publicado en el libro *Estudios jurídicos que en homenaje a Manuel Borja Soriano presenta la Universidad Iberoamericana*. Ob. cit., pp. 205 a 251, y B) Maestro Ernesto Gutiérrez y González, ob. cit., pp. 677 a 697, núms. 911 a 940.

genera como obligación principal imprescindible, como ya se indicó, la obligación de hacer, consistente en celebrar el contrato prometido en el plazo señalado por las partes y en cambio el contrato definitivo generará, según sea el contrato previsto, diversas obligaciones de hacer y en su caso obligaciones de dar o no hacer.⁵ Si se celebra un contrato bilateral de promesa de arrendamiento, se genera la obligación de celebrar ese contrato de arrendamiento en cierto tiempo; y este contrato difiere del de arrendamiento, en que en este último, al celebrarse, generará la obligación de entregar el bien para ser usado o gozado y para la otra parte, la obligación de pagar una renta.

IV. LA CLASIFICACIÓN.—Este contrato puede ser *bilateral o unilateral*, ya sea que sólo una de las partes o ambas se obliguen a celebrar el contrato determinado por ellos. Es un contrato *formal*, en atención a que la ley exige que en todo caso debe constar por escrito. Si se considera un provecho el que recibe el beneficio de la promesa por la obligación asumida por el promitente, será *oneroso* si ambas partes contraen la obligación y *gratuito* si sólo una de ellas se obliga a la celebración del contrato sin recibir contraprestación, pero técnicamente por no tener ese contrato una función o finalidad económica, no procede calificarlo como oneroso o gratuito. Es un contrato *principal*, porque no requiere de la existencia de una obligación previa, para su existencia o validez. Por último, ése es uno de esos contratos que no obstante ser instantáneos, necesariamente debe transcurrir cierto tiempo entre su celebración y la fecha en que pueden cumplirse las obligaciones que genera, en doctrina se les llama “promisorios”, ya que se promete la prestación de celebrar el contrato y no se realiza en el acto, por lo que deberán estudiarse sus causas de terminación.⁶

V. LOS ELEMENTOS

1. *El consentimiento*. El acuerdo de voluntades de los contratantes deberá coincidir para el nacimiento de la obligación por parte de uno o de ambos, para la celebración del contrato prometido y por lo tanto dicho acuerdo de voluntades también deberá coincidir respecto a los elementos

⁵ Ver: Galindo Garfias, Ignacio. *El contrato preliminar*, conferencia publicada en la revista *El Foro*, Órgano de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados. Quinta época, núm. 19, jul-sept., 1970, México, pp. 59 a 73.

⁶ “Una clasificación muy corriente en la doctrina extranjera es la que divide los contratos en *promisorios* y *reales*, según que se prometa la prestación o se realice en el acto. (Sobre esto, Hugo Kress (a): “Tratado de derecho general de obligaciones”, Res. en R. de D. P. febrero 1930). Esta distinción tiene importancia práctica porque el contrato real se sujeta a una regulación mucho más sencilla: no tiene por qué estudiarse en él, por ejemplo, la imposibilidad de la prestación, ni la mora, ni la *exceptio non adimpleti contractu*.” Puig Peña, Federico, *ob. cit.*, p. 88.

característicos del contrato que se promete celebrar, para que sea acorde el consentimiento como elemento de existencia del contrato.

Si se celebra un contrato bilateral de promesa, deberá expresarse claramente la obligación de ambas partes, si se celebra uno unilateral, deberá mencionarse la obligación del promitente y la conformidad con esa obligación del beneficiario. Por ejemplo, al celebrar un contrato de promesa bilateral de compraventa, se dirá: "El señor A se obliga a vender al señor B quien a su vez se obliga a comprar en mil pesos el libro anotado por él, de las Obras Escogidas de Alejo Carpentier". Si es un contrato unilateral, se diría: "El señor A se obliga a vender al señor B en mil pesos el libro anotado por él, de las Obras Escogidas de Alejo Carpentier", y si se quiere ser claro y honesto, se diría "El señor B acepta la promesa hecha por el señor A"; pero si no se anota este agregado, de todas maneras sería un contrato unilateral, ya que en ningún momento se dijo que B, se obligaba a celebrar el contrato.

Si en el contrato de promesa llegan a faltar determinados elementos característicos del contrato definitivo que no puedan suplirse por disposiciones de la ley, el contrato de promesa será inexistente por falta de consentimiento como elemento de existencia; pero si los elementos faltantes pueden suplirse por la ley, no se considerarán como elementos característicos del contrato definitivo y el contrato de promesa, por ende, será válido y eficaz. En virtud de que en un contrato se encuentran entrelazados todos sus elementos y aun cuando en los textos se analizan por separado esos elementos para efectos didácticos, de hecho y en la práctica llega a ser muy difícil diferenciar si en un contrato de promesa en que no se han precisado los elementos del contrato prometido no existe contrato de promesa por falta de consentimiento o de objeto. Si se promete celebrar un contrato de arrendamiento, pero no se pactó el monto de la renta o la periodicidad de la misma, no habrá contrato de promesa porque no se da un consentimiento acorde a lo que exige la ley, pero además el objeto no será adecuado para el perfeccionamiento del contrato.

2. *El objeto.* Ya se indicó en la parte general que el objeto de todo contrato es la conducta que puede manifestarse como una prestación o como una abstención, y como objeto indirecto del contrato el contenido mismo de la prestación que puede ser una prestación de dar, o una prestación de hacer y en el caso de la abstención, un no hacer.

El objeto del contrato de promesa como una conducta proyectada hacia una prestación de hacer, será la celebración del contrato prometido y en ese sentido, en última instancia puede decirse que el objeto mediato será el mismo contrato prometido; y así, el consentimiento se proyecta respecto al objeto y deberán señalarse los elementos característicos del contrato prometido y si faltan éstos el contrato será inexistente.

Por ningún motivo puede aceptarse que el objeto directo de este contrato sea el crear una obligación de celebrar el contrato prometido, ya que la creación de las obligaciones, como antes se indicó es una consecuencia o efecto originado por el perfeccionamiento del contrato.

3. *La forma.* La ley exige que el contrato de promesa se otorgue por escrito. En virtud de que no se establece la forma como elemento indispensable y necesario para que se produzcan exactamente las consecuencias previstas por la norma, sino que permite implícitamente el que las consecuencias se produzcan aún cuando no se le dé la forma prescrita, el contrato será formal y no solemne, y si la voluntad de las partes consta de manera fehaciente, cualquiera de ellas puede exigir que se le dé al contrato la forma legal (1833); por otra parte, la falta de esa forma conforme al artículo 2228, sólo producirá la nulidad relativa del mismo, ya que las partes, en cualquier momento pueden perfeccionar el contrato dándole la forma omitida (2231).

Como elemento característico de este contrato, el código establece que para la promesa de contratar sea válida, debe de limitarse a cierto tiempo, para evitar el crear una obligación perpetua, restringiendo la libertad de los contratantes.⁷ Desde un punto de vista lógico y práctico, esta exigencia legal es perfectamente justificada, pero el problema surge al calificar un contrato de promesa cuando el mismo no se ha limitado a cierto tiempo. Por la falta de tal requisito no puede concluirse que el contrato sea inexistente, si contiene los elementos de consentimiento, objeto y de una manera cualquiera de exteriorizarse la voluntad de los contratantes. Por lo tanto el contrato será existente y si las partes establecen el plazo omitido con posterioridad a la celebración del contrato, lógicamente debe concluirse que el mismo quedará confirmado con efectos desde la fecha de su celebración, y si de común acuerdo no se establece el plazo para el cumplimiento de la, o de las, obligaciones generadas por el contrato, tratándose de una obligación de hacer, se deberá aplicar la regla supletoria que establece el artículo 2080 para tal tipo de obligaciones y por lo tanto el pago, consistente en la celebración del contrato prometido, deberá efectuarse cuando lo exija el beneficiario, siempre que haya transcurrido el tiempo necesario para el cumplimiento de la obligación.⁸ De lo anterior se des-

⁷ Ver: A) García López, Agustín, *Apuntes de contratos*. Publicación mimeográfica. Primera parte, p. 24, México, sin fecha; y B) Lozano Noriega, Francisco, *ob. cit.*, p. 109.

⁸ Sánchez Medel, Ramón, *ob. cit.*, p. 99: "Por ello apunta Coviello: 'el contrato preliminar, teniendo por objeto un contrato futuro, es esencialmente una obligación a término' a cuya obligación no ha querido el legislador aplicar la general normal supletoria (2080), sino que ha impuesto a las partes el deber de fijar ellas mismas el término. La falta de plazo afecta de nulidad absoluta a la promesa según alguna opinión (Lozano Noriega), pero es más razonable aceptar que se trata de una nulidad relativa (García López, Rojina Villegas, Pablo Macedo y Borja Martínez), por cuanto que los dos promitentes pueden señalar posteriormente dicho plazo, convalidando así la promesa nula celebrada por ellos con anterioridad."

prende que la falta del requisito del señalamiento de cierto tiempo para cumplir la obligación que emane de este contrato, no afecta su validez y no existe precepto legal que impida la aplicación supletoria del artículo 2080, ni una razón lógica o práctica que imposibilite su aplicación. Además, la nulidad tanto relativa como absoluta es una sanción que la ley impone a las partes por ejecutar actos en contra de leyes prohibitivas o de interés público o a las buenas costumbres o porque puedan celebrar contratos en perjuicio de personas incapaces, con una voluntad viciada o porque no se le dé al acto la forma prescrita en la ley, y ninguna de estas situaciones se presenta en un contrato de promesa en que se haya omitido fijar el plazo para la celebración del contrato prometido. Por último, hay contratos en que lógicamente debe señalarse por las partes un plazo para el cumplimiento de las obligaciones que generan, como en los de mandato, de prestación de servicios profesionales, obra a precio alzado y otros, y el hecho de que la ley no diga expresamente que deba señalarse el plazo, no significa por ese simple hecho que en esos supuestos sí es aplicable la norma supletoria contenida en el artículo 2080 y en el contrato de promesa en que la ley indica en forma expresa que las partes deben fijar el plazo, no es aplicable la disposición citada; sino que en todos los casos deberá aplicarse, por ser precisamente una norma de carácter supletorio, a menos que existiere una disposición expresa de excepción, que en el caso no hay, y no deben aplicarse sanciones si no están expresamente previstas en la ley.

Debe tenerse mucho cuidado al calificar a un contrato de nulo, porque como ya se dijo, la nulidad es una sanción y sólo hay que sancionar a quien haya dado motivo grave, conforme a la ley, para ello. Si las partes en un contrato de promesa no fijan el plazo para la celebración del contrato prometido, no quiere eso dar a entender, desde un punto de vista práctico, que no desearon celebrar el contrato y que simplemente estaban haciendo un ejercicio de redacción, que quisieron crear una obligación perpetua o que por no haber fijado ese plazo, deban ser sancionadas. Lo más normal es pensar que se les pasó inadvertidamente asentar ese requisito y que si hubieran tenido más calma o más cuidado, lo habrían puesto.

El señalamiento del plazo en un contrato de promesa, no es arbitrario. Ya se dijo que si las partes estuvieran en posibilidad real de celebrar el contrato prometido, no celebrarían el contrato de promesa, sino el contrato definitivo querido por ellas; si celebran el de promesa, es porque no pueden celebrar el definitivo, y si no pactan plazo para la celebración del contrato prometido, se debe a un descuido o a un error y es perfectamente factible el considerar que el contrato prometido deba celebrarse cuando haya transcurrido el tiempo necesario, según las circunstancias del caso, para hacer posible el cumplimiento de esa obligación.

Por lo anterior, es deseable que en los contratos de promesa se indique

la causa, el porqué, las partes celebran ese contrato y no el definitivo y que la ley exija no tanto la fijación de un plazo, sino los motivos que llevaron a las partes a la celebración de ese contrato. Para suplir la falta de señalamiento del plazo, se tiene el artículo 2080, pero para determinar cuál es el tiempo necesario para hacer posible el cumplimiento de una obligación, no tenemos una norma, ya que depende de las circunstancias. En un caso, puede ser suficiente un mes y en otro caso podría necesitarse de tres o cuatro. Si en el contrato de promesa se exigiese precisar cuál fue el motivo por el que se celebró el contrato, se estaría en posibilidad real de precisar ese plazo.

Mientras exista en la ley ese requisito, es deseable que los abogados al redactar sus contratos, asienten la causa que motivó a los contratantes a celebrar ese contrato de promesa. Por ejemplo, si se indicara en un contrato de promesa de compraventa que la razón de su celebración es que el promitente vendedor es el heredero del actual propietario aparente del inmueble y que celebra la promesa para tener tiempo de tramitar la correspondiente sucesión, podría concluirse que para tal efecto es suficiente el plazo de un año, ya que el artículo 1737 indica que el albacea debe cumplir su encargo dentro de un año.

VI. LOS PRESUPUESTOS

1. *La capacidad.* Para la celebración de este contrato sólo se requiere, tanto para el promitente como para el beneficiario, de una capacidad general.

Lo anterior obedece a que la única obligación generada del contrato es la de celebrar el contrato prometido y por lo tanto no debe influir en este contrato, la capacidad que requieren las partes en relación al contrato definitivo. Si se celebra un contrato de promesa de venta, no se requerirá que el promitente vendedor sea propietario del bien, ya que este contrato no es traslativo de dominio y por lo tanto sólo requiere de una capacidad general. Cuando en el plazo fijado se celebre el contrato de compraventa, sí se requerirá que el vendedor sea propietario para celebrar válidamente ese contrato; pero entre la celebración de uno y otro contrato, puede el promitente vendedor adquirir el bien y si no lo adquiere incumplirá el contrato válido de promesa, y será responsable de los daños y perjuicios originados, pero el contrato será válido.

2. La ausencia de vicios en el consentimiento y la licitud en el objeto, motivo o fin del contrato, no tienen una aplicación específica en ese contrato y por lo tanto se aplican las reglas generales de estos presupuestos.

VII. LAS CONSECUENCIAS.—La consecuencia o efecto que se produce al perfeccionarse el contrato, es crear la obligación a cargo del promitente.

Como ya se indicó, en la celebración de este contrato, pueden obligar-

se recíprocamente las partes a celebrar el contrato definitivo o puede obligarse sólo una de ellas en relación con la otra y ésta simplemente aceptar la obligación de aquélla.

Por lo tanto, el efecto del contrato será crear la obligación para una o para ambas partes de celebrar un contrato determinado en cierto tiempo.

Los códigos civiles mexicanos de 1870 y de 1884 sólo mencionaban al contrato bilateral de promesa de compraventa (artículos 2947 a 2949 del primero y 2819 a 2821 del segundo) y por lo tanto, aun cuando no estaba prohibido celebrar contratos de promesa de otro contrato, si se celebraban, eran innominados.

Aparte de la dos excepciones que se precisan enseguida, no existe limitación para celebrar contratos de promesa respecto de cualquier contrato y por lo tanto, pueden celebrarse contratos de promesa de compraventa, de mutuo, de comodato, de arrendamiento, de fianza, de prenda, etcétera.

Sólo existen dos limitaciones a la libertad de celebrar contratos de promesa: una impuesta por la ley y otra impuesta por la lógica.

A. *Limitación legal.* El artículo 2302 prohíbe la celebración de un contrato de promesa de un bien raíz que haya sido objeto de una compraventa entre los mismos contratantes.

Esta prohibición tiene su antecedente en el Decreto de 5 de abril de 1917 expedido por el jefe del Ejército Constitucionalista, encargado del Poder Ejecutivo, que adicionó el artículo 2819 del Código Civil de 1884 con el siguiente párrafo: "La promesa de venta será nula cuando se haga sobre el bien raíz que haya sido objeto de compraventa entre los mismos contratantes", que a su vez tiene como antecedente un diverso Decreto del mismo jefe, de fecha 2 de abril de 1917.

La razón de esa prohibición es evitar la celebración de contratos de mutuo con garantía y pacto comisorio, que son aquellos en los cuales, el dueño garantiza la devolución de la cantidad mutuada con un bien, en este caso un inmueble y se conviene en el contrato, que si el deudor no paga en el plazo convenido, faculta al acreedor a apropiarse el bien dado en garantía en el precio fijado en el momento de la celebración del contrato de mutuo, que generalmente lo hacen coincidir con la cantidad mutuada.

El legislador prevee la posibilidad de que al celebrarse un contrato de mutuo, el mutuuario transmita al acreedor, en un acto obviamente simulado (pero muy difícil de demostrar) y generalmente una compraventa, el bien que debería constituir la garantía para el cumplimiento de la obligación y en el cual hacen pasar por precio el importe de la cantidad prestada, y para garantizar, supuestamente al mutuuario que cumpla con su obligación de devolver la cantidad mutuada, la devolución de la garantía, se celebra prácticamente al mismo tiempo, un contrato de promesa, por

virtud del cual, el acreedor, ya propietario del bien, se obliga a venderlo al mutuuario dentro del plazo convenido y si el deudor no cumple, ya el acreedor está pagado por tener la propiedad del inmueble en virtud de la compraventa. Lo que a todas luces es un abuso del acreedor y para evitarlo la ley prohíbe la celebración de ese contrato de promesa.

B. *Limitación lógica.* Desde un punto de vista práctico, no existe razón para celebrar un contrato de promesa respecto de otro contrato de promesa. Se siente ilógica la celebración de un contrato de promesa cuyo objeto fuera otro contrato de promesa, por ejemplo de compraventa. Sólo se estaría ampliando el plazo, con el inconveniente de la necesidad de volver a celebrar otro contrato para esa única finalidad.

El maestro y doctor Alberto Pacheco, notario de la ciudad de México, en la comunicación o trabajo que presentó al IX Congreso Nacional del Notariado Mexicano, celebrado en octubre de 1972, titulado: "La promesa de compraventa" niega la posibilidad de celebrar contratos de promesa respecto de cualquier contrato. Al efecto asienta:

Cabe entonces la posibilidad de prometer celebrar cualquier contrato. Sin embargo, la naturaleza misma de ciertos contratos hace imposible que puedan ser objeto de promesa. Es difícil llegar a distinguir conceptualmente entre la promesa de depósito y el contrato de depósito consensual, tal como lo organiza nuestro código de 1928; además, en la práctica serviría de poco una promesa de depósito y no parece que pueda considerarse como consentimiento serio el que prestaren las partes para obligarse a celebrar un contrato futuro, celebrado el cual van a derivar obligaciones de entregar la cosa, cuidarla y devolverla. En igual situación se encuentran los contratos de mutuo y comodato. Juzgo por tanto que puede prometerse la celebración de un contrato futuro, sólo cuando la naturaleza misma del contrato lo permite, y resulta difícil admitirlo en los antiguos contratos reales de mutuo, comodato y depósito, que nuestra legislación ha transformado en consensuales. Estos contratos ahora consensuales, son en sí mismos una promesa de entregar la cosa; siendo consensuales, se forman por el acuerdo de las partes y de ellos sólo derivan obligaciones de entregar y devolver; es inútil y poco serio contratar una promesa de la cual va a surgir la obligación de celebrar un contrato del cual surgirá la obligación de entregar la cosa; el efecto jurídico de la promesa de mutuo difícilmente puede distinguirse del efecto jurídico que produce el mismo mutuo definitivo, considerando éste como contrato consensual.

El maestro confunde la naturaleza misma de un contrato, con la utilidad que pueda prestar el mismo. La naturaleza del contrato es que es un acto jurídico plurisubjetivo en el cual el acuerdo de voluntades conforme a lo dispuesto por un supuesto, va a producir las consecuencias de crear o transmitir derechos y obligaciones de contenido patrimonial. La utilidad es el provecho, conveniencia o interés que las partes persiguen al celebrar un contrato.

Que en determinada situación la celebración de un contrato no produzca el provecho que el sujeto esperaba, no significa que la naturaleza del contrato no permita su celebración.

Además, en determinados supuestos, puede existir una gran utilidad en la celebración de un contrato de promesa de mutuo (como en uno de depósito o de comodato) y para mostrarlo, véase este ejemplo: un joven pretende contraer matrimonio, pero su dama no le ha resuelto en definitiva si lo acepta o no, y él, en vista de su posible y futuro enlace, celebra con un tercero un contrato de promesa unilateral de mutuo, por el cual se obliga a celebrar el contrato definitivo en cierto tiempo que es el que el joven prevé normal en vista de su futuro e incierto matrimonio. Él, por su parte, no se ha obligado a celebrar el contrato, pero si obtiene el "sí" de su dama, tendrá la seguridad de obtener el dinero para erogar los gastos inherentes al inicio de su matrimonio. Igualmente puede celebrar contratos de promesa de comodato respecto de un coche para utilizarlo en su luna de miel y otro de promesa de depósito para guardar los muebles que llegue a comprar mientras instala su hogar.

VII. LAS CAUSAS DE TERMINACIÓN.—Siendo éste un contrato que necesariamente debe contemplar un plazo más o menos largo, entre el momento de su celebración y aquel en que el deudor o deudores pueden cumplir con las obligaciones que genera, deben estudiarse las causas de terminación o extinción del mismo.

1. La causa lógica y normal de terminación de este contrato es por el cumplimiento de la obligación que emana del mismo, esto es, por la celebración del contrato prometido.

A. La celebración del contrato a que se han obligado las partes o una de ellas, puede ser en forma voluntaria, sin la presión de una exigencia hecha valer por la vía judicial.

B. También puede celebrarse el contrato como consecuencia de haberlo exigido judicialmente el beneficiario, en cuyo caso el promitente será responsable del pago de los daños y perjuicios que hubiere originado al beneficiario por el no cumplimiento voluntario de su obligación (Art. 1949 para los contratos en general y Art. 2247 para el contrato de promesa de compraventa en especial).

El artículo 2247 establece que si el promitente rehúsa firmar el contrato prometido, en su rebeldía podrá firmarlo el juez, salvo que el objeto del contrato prometido haya pasado por título oneroso a la propiedad de tercero de buena fe, pues entonces la promesa quedará sin efecto, siendo responsable el que la hizo de todos los daños y perjuicios que se hayan originado a la otra parte.

2. Otra causa de terminación de este contrato será la nulidad debidamente pronunciada por el juez competente. Ejemplo, si alguno o ambos

contratantes son menores de edad, si son personas disminuidas o perturbadas en su inteligencia sin poderse gobernar por sí mismos, o han sufrido algún vicio en la voluntad.

3. El incumplimiento de la obligación de uno de los contratantes, puede originar la resolución del contrato, con la correspondiente responsabilidad de los daños y perjuicios causados (1949).

También si se hace imposible la celebración del contrato prometido por causas imputables al promitente, procede la terminación del contrato, siendo responsable de los daños y perjuicios, como es el caso previsto por el artículo 2247 cuando el promitente vendedor ha transmitido la propiedad de la cosa que prometió vender, a un tercero de buena fe a título oneroso.

TÍTULO SEGUNDO

LOS CONTRATOS TRANSLATIVOS DE DOMINIO

CAPÍTULO VII

EL CONTRATO DE COMPRAVENTA

SUMARIO: I. El concepto.—II. Las características.—III. La clasificación.—IV. Los elementos: 1. El consentimiento.—2. El objeto.—3. La forma.—V. Los presupuestos: 1. La capacidad.—2. La ausencia de vicios en el consentimiento y la licitud.—VI. Las consecuencias: 1. Respecto al objeto.—2. Respecto a las partes: A. Las obligaciones del vendedor y del comprador.—B. Los derechos del vendedor y del comprador.—VII. Algunas cláusulas especiales que pueden ser incorporadas al contrato y que lo califican como compraventa: 1. Con reserva de dominio.—2. En abonos.—3. Con pacto de preferencia.—4. Con pacto de no vender a determinada persona.—5. De esperanza.—6. De cosa esperada.—7. De cosa futura.—8. A vistas.—9. Sobre muestras.—10. Por acervo: y 11. Judicial

I. EL CONCEPTO.—El contrato de compraventa es aquel por virtud del cual una persona llamada vendedor se obliga a entregar una cosa o a documentar la titularidad de un derecho, a la otra parte contratante, llamada comprador, quien como contraprestación se obliga a pagar un precio cierto y en dinero, y que produce el efecto translativo de dominio respecto de los bienes que sean materia del contrato.

En la doctrina mexicana¹ se ha considerado siempre que en el contrato

¹ Aguilar Carvajal, Leopoldo, *ob. cit.*, p. 64. El contrato de compraventa "es el contrato por virtud del cual una parte, llamada vendedor, se obliga a transmitir la propiedad de una cosa o de un derecho a otra, llamada comprador, mediante el pago de un precio cierto y en dinero". En igual sentido con ligeras modificaciones: A) Lozano Noriega, Francisco. Apuntes citados, p. 123. B) Treviño García, Ricardo, *ob. cit.*, p. 103. D) García López, Agustín. Apuntes citados, p. 34. E) Rojina Villegas, Rafael, *ob. cit.*, tomo sexto, vol. I, p. 149, que señala: "la compraventa... se define como el contrato por virtud del cual una parte, llamada vendedor, transmite la propiedad de una cosa o de un derecho a otra, llamada comprador, mediante el pago de un precio cierto y en dinero".

Estos conceptos se originan del artículo 2248 del Código Civil, del que se desprende esa supuesta obligación de transferir la propiedad, que en términos generales se tomó del Código Civil argentino. Art. 1323.

de compraventa, la obligación primordial del vendedor es la de transmitir la propiedad de la cosa al comprador y por la influencia de ese criterio se ha conceptualizado a este contrato como “aquel por virtud del cual, una de las partes contratantes llamada vendedor, se obliga a transmitir la propiedad de una cosa o la titularidad de un derecho a la otra llamada comprador, quien se obliga a pagar como contraprestación un precio cierto y en dinero”.² Sin embargo, como se verá más adelante, los contratos translativos de dominio producen dos tipos de efectos perfectamente diferenciados entre ellos. Por una parte, el efecto de transmitir la propiedad del bien objeto del contrato y por la otra, la creación de diversas obligaciones para las partes, siendo las principales, la de entrega de la cosa por parte del enajenante y, en los contratos onerosos, la entrega de la contraprestación por parte del adquirente. Por lo tanto, no deben confundirse estos efectos y no debe considerarse que la transmisión del dominio en estos contratos sea una obligación del enajenante, ya que si se satisfacen los requisitos exigidos por el respectivo supuesto jurídico, se producirá indefectiblemente el efecto consistente en la transmisión del dominio del bien y por lo tanto, no podrá ser una obligación del vendedor, ya que toda obligación, por necesidad lógica, lleva en sí misma la posibilidad de un incumplimiento y por otra parte, para su cumplimiento se requiere de una manifestación de conducta del deudor ya sea proyectada como una prestación o como una abstención, considerándose incumplida si no se actúa, si consiste en una prestación, o si se actúa en contravención a lo pactado, si consiste en una abstención.

El contrato de compraventa, conforme a la ley mexicana, se perfecciona cuando ambas partes se han puesto de acuerdo en precio y cosa, aun cuando aquél no haya sido satisfecho y ésta entregada³ y la transmisión del dominio se opera respecto de cosas que sean ciertas y determinadas, por mero efecto del contrato en el momento de su celebración, y cuando el contrato recae sobre cosas que no son ciertas y determinadas, en el momento en que se determinan con conocimiento del acreedor.⁴

No obstante que el objeto sobre el que recae la conducta de las partes en este contrato puede ser una cosa o un derecho, no se tratarán aquí los asuntos y problemas relacionados con los derechos, pues se considera que tales temas deben agotarse en el capítulo de “cesión de derechos”, en una obra de obligaciones.

En un sentido totalmente diferente, el código Napoleón, en su Art. 1582 indica que: “La compraventa es una convención por la cual uno se obliga a entregar una cosa y el otro a pagarla.”

² Zamora Valencia, Miguel Ángel, *Derecho civil III. Manual II*. Sistema de Universidad Abierta. Facultad de Derecho, UNAM., México, 1976, p. 63.

³ Art. 2249.

⁴ Arts. 2014 y 2015.

II. LAS CARACTERÍSTICAS

1. *El contrato de compraventa es translativo de dominio.* Ya se indicó que la celebración de este contrato produce dos efectos diversos: la transmisión del dominio del bien o la transmisión de la titularidad del derecho objeto del mismo, y la creación de obligaciones entre las partes.

No obstante que la transmisión de propiedad del bien o de la titularidad del derecho es una característica de este contrato, las partes pueden diferir el efecto translativo o hacerlo depender ya sea del cumplimiento de determinadas obligaciones de las partes o de la realización de un hecho que se prevea incierto para ellas en el momento de su celebración. Lo que significa que puede existir válidamente un contrato de compraventa que en el acto de su celebración no se opere la translación de dominio, pero que exista la posibilidad real o jurídica de que ésta se produzca con posterioridad. No puede pactarse válidamente un contrato de compraventa en que no exista esa transmisión ni la posibilidad de que se realice.

Las partes pueden, por lo tanto, diferir la translación de dominio del bien, si celebran la compraventa con la modalidad término (1839), si la celebran con la modalidad condición (1938 y sigs.), o si hacen depender la transferencia del cumplimiento de una obligación de cualesquiera de ellas, como sería la entrega del bien, el pago del precio, la garantía del pago del precio, la determinación del bien objeto del contrato, etcétera.

2. El contrato siempre será oneroso y, en términos generales, la prestación del comprador siempre deberá ser en dinero, aun cuando en derecho mexicano, se permite que dentro de la prestación se comprendan otros bienes, siempre que su valor sea inferior al cincuenta por ciento del valor de la cosa vendida y que la diferencia, ya sea el cincuenta por ciento o más, sea en dinero (2250).⁵

3. La contraprestación que debe pagar el comprador deberá ser en dinero, y en caso de que se hubiere convenido pagar parte en dinero y parte con el valor de otra cosa, la parte en numerario deberá ser, por lo menos, igual al del valor de la cosa (2250).

Estas tres características son las que diferencian a este contrato de cualquier otro y lo hacen distinto de los demás.

Debido a la aplicación práctica repetitiva y constante que tiene este contrato en la vida cotidiana de la población en general, todos los códigos civiles lo regulan en forma exhaustiva y hacen de él, el ejemplo más claro de los contratos nominados, principales, bilaterales y onerosos. El código civil mexicano no escapa a esta tendencia y lo regula en sus artículos del 2248 al 2326, inclusive.

⁵ Ver más adelante, el contrato de permuta.

III. LA CLASIFICACIÓN.—El contrato de compraventa es un contrato *principal*, porque no requiere para su existencia y validez de una obligación o de un contrato válidos, previamente existentes; es *bilateral*, porque engendra obligaciones y derechos para ambas partes; *oneroso*, porque produce provechos y gravámenes tanto para el vendedor, como para el comprador; generalmente *commutativo*, porque las prestaciones de las partes son ciertas y conocidas desde el momento de la celebración del contrato; ocasionalmente *aleatorio*, cuando las prestaciones de alguna de las partes no sean ciertas y conocidas en el momento de la celebración del contrato, sino que dependan de circunstancias posteriores, como es el caso de la compraventa de esperanza; *formal*, cuando el objeto indirecto es un bien inmueble y *consensual*, cuando es mueble; *consensual* en oposición a real, porque no se requiere de la entrega de la cosa para su perfeccionamiento; generalmente *instantáneo*, porque las obligaciones de las partes pueden ejecutarse y cumplirse en un solo acto y por excepción de *tracto sucesivo*, como es el caso de la compraventa por suministro, en que las prestaciones de las partes se ejecutan o cumplen, por necesidad, en un lapso determinado; y *nominado* por la regulación amplia que la ley le da.⁶

IV. LOS ELEMENTOS

1. *El consentimiento*. El consentimiento en este contrato es la unión o conjunción acorde de voluntades de las partes contratantes en los términos del supuesto jurídico, para entregar un bien o documentar la titularidad de un derecho del vendedor al comprador y para pagar como contraprestación del comprador al vendedor, un precio cierto y en dinero y producir el efecto translativo indicado.

Para que exista consentimiento como elemento del contrato de compraventa, no es suficiente que dos personas se pongan de acuerdo o convengan sobre precio y cosa, sino que se requiere que ese acuerdo sea para transmitir entre ellas la propiedad de la cosa y su entrega a cambio del pago, como contraprestación, de un precio cierto y en dinero. En el contrato de promesa de compraventa, existe un acuerdo respecto de precio y cosa, pero no existe contrato de compraventa, pues sólo hay la intención de celebrar un contrato de compraventa en cierto tiempo, y falta la intención en ese acto de transmitir la propiedad de la cosa y de entregarla, a cambio de un precio cierto y en dinero. Si dos personas se ponen de acuerdo respecto de una cosa y su precio, pero una para vender el bien y la otra para que la primera lo venda, pero no para que ella lo compre, tampoco habrá compraventa por no existir esa conjunción de voluntades

⁶ Rojina Villegas, Rafael, *ob. cit.*, tomo sexto, vol. I, pp. 180 a 183.

en los términos del supuesto jurídico (2248) porque la segunda no se ha obligado al pago del precio.

Cuando se indica que hay un error en la naturaleza del contrato o en la identidad del objeto, técnicamente lo que falta es la conjunción acorde de voluntades para transmitir la propiedad de determinado bien y entregarlo, a cambio de un precio cierto y en dinero, esto es, falta el consentimiento para la compraventa, y por la falta de tal elemento no puede existir el contrato.

2. *El objeto.* El objeto directo del contrato de compraventa es la conducta de los contratantes, manifestada como una prestación de hacer, consistente en entregar un bien o documentar la titularidad de un derecho y en pagar un precio cierto y en dinero; y el objeto indirecto es la cosa y el precio, como contenido de tal conducta. Al efecto, debe de analizarse el objeto de este contrato desde el punto de vista doble, del contenido de la prestación del vendedor y del contenido de la prestación del comprador.

A. El hecho positivo como contenido de la prestación de hacer consistente en la entrega de un bien o la documentación de la titularidad del derecho, debe ser posible y lícito (1827). Si no es posible (*V. gr.* Pretender entregar círculos o triángulos en general) el contrato de compraventa no existe. Si no es lícito (*V. gr.* pretender entregar un bien destinado a un servicio público) el contrato de compraventa estará afectado de una nulidad absoluta.

Por otra parte, la cosa misma como contenido de la prestación de dar, debe tener las características indicadas en el artículo 1825 del Código Civil; que son: existir en la naturaleza (a menos que expresamente se convenga en celebrar la operación respecto de cosas futuras, situación que se estudiará posteriormente y siempre que no se trate de la herencia de una persona viva, aun cuando preste su consentimiento), ser determinada o determinable en cuanto a su especie y estar en el comercio.

La cosa puede no existir en la naturaleza, porque nunca haya existido (un pegaso o los peldaños de la escalera del sueño de Jacob) o porque se haya destruido totalmente antes de la celebración del contrato (una estatua de mármol que se hace polvo en forma total por una fuerza física). Si se celebrase un supuesto contrato respecto de una cosa que no exista en la naturaleza y no tenga la posibilidad de existir, la compraventa sería inexistente.

Un pretendido contrato de compraventa respecto de géneros en términos generales (que una persona se obligue a entregar animales como género, sin especificar especie ni número) sería inexistente.

Si la cosa, como contenido de la prestación de dar, no está en el comercio (*V. gr.* una parcela comunal) el contrato de compraventa que se celebrase respecto de ella, sería existente pero nulo de pleno derecho esto

es, con nulidad absoluta, porque las cosas se excluyen del comercio como consecuencia del mandato contenido en una norma imperativa, y la conducta contraria al mismo será ilícita y la sanción a tal ilicitud es la nulidad absoluta por no poderse confirmar el acto, no prescribe la acción para hacerla valer y porque la puede intentar todo interesado, inclusive el Ministerio Público (2226).⁷

B. El precio, como contenido de la prestación de dar por parte del comprador, debe ser cierto, en dinero, verdadero y justo.⁸

Que el precio sea cierto significa que debe ser matemáticamente determinado o determinable. Si no existe la posibilidad de determinar exactamente el precio no habrá compraventa por falta de objeto y lógicamente por falta de un acuerdo de voluntades respecto de él (*V. gr.* si una persona se obliga a pagar dinero, así, simplemente dinero, a cambio de que se le entregue una cosa determinada y que se le transmita la propiedad como efecto del contrato).

El precio debe ser en dinero, en otras palabras, en moneda nacional que conforme a la ley monetaria en vigor tenga poder liberatorio pleno, aunque se admite que la contraprestación del comprador se pague parte en dinero y parte con el valor de otra cosa, siempre y cuando el importe en dinero sea igual o mayor que el valor de esa cosa (2250). Si el precio no reúne la característica de ser en dinero, habrá permuta u otro contrato, pero no compraventa.⁹

Además, el precio debe ser verdadero, no irrisorio o ficticio, pues en este supuesto se estaría en presencia de un contrato simulado o de una donación, pero no de una compraventa, ya que una de las características del contrato es que la prestación del comprador sea realmente un precio cierto y en dinero y en tal sentido debe orientarse el acuerdo de voluntades.

Por último el precio debe de ser justo, lo que da a entender que exista una equivalencia lógica entre el valor de la cosa vendida y el precio, ya que si no coinciden en ese sentido, puede la desproporción de prestaciones desnaturalizar el contrato por desear las partes la celebración de un contrato de donación y no de compraventa, o tal desproporción aunada a una situación personal del comprador, debida a una suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria, constituir una causa de nulidad por lesión (17 y 2228).

El precio puede ser pactado por los mismos contratantes en forma directa e inmediata; pueden convenir en que el precio sea el que corra para

⁷ El maestro don Ramón Sánchez Medal indica que la cosa debe ser "susceptible de ser vendida". *Ob. cit.*, p. 118.

⁸ Estas características las anotan, entre otros autores: Rojina Villegas, Rafael, *ob. cit.*, tomo sexto, vol. 1, pp. 227 a 232 y 238 a 250, y Sánchez Medal, Ramón, *ob. cit.*, pp. 120 y 127.

⁹ Artículos 4 y 5 de la Ley Monetaria vigente.

bienes fungibles en el mercado en día o lugar determinados o pueden estipular que sea fijado por un tercero. Si el precio lo pactan las partes o puede determinarse por ser el que corra un día o lugar determinados, el contrato se perfecciona desde el momento de su celebración; pero si debe fijarlo un tercero, el contrato como compraventa sólo se perfeccionará hasta el momento en que éste lo señale, ya que mientras no lo fije, faltará un elemento al contrato, como lo es el precio.¹⁰

3. *La forma.* En los contratos de compraventa de bienes muebles la ley no exige una manera especial para que se exteriorice el consentimiento y por lo tanto la forma para el contrato es libre y no impuesta. El contrato de compraventa de bienes muebles puede celebrarse en escritura pública, en documento privado, con o sin testigos, en forma verbal o por actos o circunstancias que necesariamente supongan ese consentimiento. De lo anterior se desprende que el contrato de compraventa respecto de bienes muebles sea un contrato consensual, en oposición a formal (2316).

Los contratos de compraventa respecto de bienes inmuebles, en cambio, son formales, en virtud de que la ley siempre exige una formalidad determinada e impuesta para su validez.

El principio general respecto a la forma en los contratos de compraventa de bienes inmuebles es que deben constar en escritura pública (2320).

Las excepciones a esa regla general, son las siguientes:

A. Si el valor de avalúo del bien no excede al equivalente a trescientos sesenta y cinco veces el salario mínimo general diario vigente en el Distrito Federal,¹¹ en el momento de la celebración del contrato, éste podrá otorgarse en documento privado firmado por los contratantes ante dos testigos y deberán ratificarse las firmas de los otorgantes y testigos ante notario, ante juez competente o ante el Registro Público de la Propiedad (2317).

La reforma que sufrió el artículo 2317 por decreto del 15 de diciembre de 1987,¹² no fue muy afortunada. El precepto señala que si “el valor de avalúo” no excede del monto indicado, el contrato puede celebrarse en documento privado, pero ningún precepto legal, ya sea en el Código Civil

¹⁰ El maestro D. Agustín García López, en sus apuntes citados, pp. 78 a 81 considera que la compraventa se perfecciona en el momento de su celebración, cuando la fijación del precio se encomienda a un tercero. Por otra parte, el maestro D. Rafael Rojina Villegas, *ob. cit.*, tomo sexto, vol. I, p. 237, indica que si en un contrato de compraventa se ha dejado la determinación del precio a un tercero, no existirá compraventa como tal, y sólo “hay un precontrato que obliga a celebrar la compraventa en el precio que fije el tercero”.

¹¹ El salario mínimo general diario vigente en el Distrito Federal a partir del día 1º de enero de 2009 es de \$52.59.

¹² Decreto publicado en el *Diario Oficial* del 7 de enero de 1988.

o en otro ordenamiento, impone la obligación de practicar un avalúo para la celebración válida de un contrato de compraventa¹³ y por lo tanto, no se comprende el alcance de este precepto y además el mismo no precisa quién debe practicar el avalúo ni dónde, cuándo o cómo. Así, queda a la libre interpretación (entiéndase capricho) de cualquier empleado (ahora llamado servidor público) o particular la calificación respecto a la idoneidad del avalúo que se presente junto con el contrato para justificar la forma dada por las partes.

B. Si el contrato lo celebra el Distrito Federal como vendedor, respecto de terrenos o casas para la constitución del patrimonio familiar o con personas de escasos recursos económicos y el valor no excede de la cantidad que resulte de multiplicar por trescientos sesenta y cinco veces el importe del salario mínimo general diario vigente en el Distrito Federal, en el momento de la celebración del contrato, éste puede celebrarse en escrito privado sin los requisitos de testigos y de ratificación de firmas (2317 después de la reforma publicada en la *Gaceta Oficial* del 25 de mayo de 2000).

A esta parte del precepto no se le puede formular la crítica que antes se hizo respecto del primer párrafo, excepto por lo que se refiere al monto de las trescientos sesenta y cinco veces el importe del salario mínimo, ya que resulta una cantidad ridícula. Antes de la reforma, indicaba que esos contratos en que enajenaba el Distrito Federal podían constar en documento privado, siempre que el valor máximo fuera de tres mil seiscientos cincuenta veces el importe del salario mínimo diario, lo que daba una cantidad más razonable; pero sí hay que dolerse de que en la práctica sea letra muerta. Este párrafo con el importe de las tres mil seiscientos cincuenta veces el importe del salario mínimo diario, existe desde el año de 1976¹⁴ y se puso en práctica por aproximadamente cuatro años. Por desgracia, los empleados (ahora servidores) públicos encargados de la titulación no cumplieron su deber con la acuciosidad y diligencia que le imponía el cargo y su deber de servicio a la comunidad y se originaron graves problemas, como doble titulación de predios, falta de precisión en las medidas y colindancias de los inmuebles y lo más grave, un desorden en la conservación de las matrices. Esto dio motivo, para que a partir de 1980 aproximadamente, estos contratos se celebren ante notario público.

Sería deseable que las autoridades hicieran efectivo el precepto para que, asesoradas debidamente a efecto de evitar las fallas antes cometidas,

¹³ Sólo (para liquidar el Impuesto sobre Adquisición de Bienes Inmuebles) el Código Financiero del Distrito Federal impone la necesidad de obtener un avalúo que practique persona autorizada por los funcionarios de la tesorería con una vigencia máxima de seis meses a partir de la fecha de la celebración del contrato, pero este requerimiento es de carácter administrativo fiscal y no de índole civil para la celebración del contrato.

¹⁴ Reforma publicada en el *Diario Oficial* del 29 de junio de 1976.

con un espíritu serio y positivo de servicio, otorguen a tantas personas necesitadas de nuestro país, un título económico que les legitime la posesión de su vivienda digna.

C. Los contratos que se celebren entre particulares como consecuencia de los programas de regularización de la tenencia de la tierra que realice el Distrito Federal, cuyo valor no exceda de la cantidad que resulte de multiplicar por trescientas sesenta y cinco (antes de la reforma del año 2000 indicaba tres mil seiscientos cincuenta veces ese salario mínimo) el importe del salario mínimo general diario vigente en el Distrito Federal, pueden también válidamente celebrarse en documento privado sin los requisitos de testigos y de ratificación de firmas (2317).

Tanto los contratos precisados en el inciso B) como en el C) anteriores, señala el mismo precepto, pueden celebrarse ante notario, en el protocolo abierto especial, quien reducirá en un cincuenta por ciento las cuotas que correspondan conforme al arancel respectivo. Debe tomarse en consideración que en la actualidad ya no hay protocolo abierto especial.

D. Respecto de bienes inmuebles que estén inscritos en el Registro Público de la Propiedad, cuyo valor no exceda del equivalente a trescientas sesenta y cinco veces el salario mínimo general diario vigente en el D.F. en el momento de la operación, si la compraventa se celebra al contado, puede celebrarse, haciéndola constar en el certificado de inscripción de propiedad que el registrador tiene la obligación de pedir al vendedor a cuyo favor estén inscritos los bienes. El contrato deberá ratificarse ante el registrador, quien debe cerciorarse de la identidad de las partes y de la autenticidad de las firmas, y previa comprobación de que están cubiertos los impuestos correspondientes, hará una nueva inscripción en favor del comprador (2321).

En la práctica esta disposición es letra muerta y posiblemente los motivos sean el exceso de trabajo en el Registro Público de la Propiedad que impide distraer al personal en este tipo de labores, o la falta de confianza de la población en este procedimiento.

V. LOS PRESUPUESTOS

1. *La capacidad.* En el contrato de compraventa, la capacidad del vendedor es diferente a la capacidad del comprador.

El vendedor requiere una capacidad especial que es una capacidad específica de tipo personal relacionada con el bien o cosa, objeto del contrato, consistente en ser propietario del bien; ya que si no es propietario no se podría transmitir el dominio, que es una de las características de este contrato.

El comprador, por el contrario, no requiere sino de una capacidad general por ser a él a quien se le transmitirá la propiedad del bien, y sólo re-

querirá también de una capacidad especial si además de pagar como contraprestación dinero en efectivo, involucra otros bienes, pues respecto de ellos necesitará ser propietario.

Si el objeto del contrato no es propio del vendedor se estará en presencia de la figura conocida como “venta de cosa ajena”.

“La venta de cosa ajena es nula...” (2270), pero “el contrato quedará revalidado, si antes de que tenga lugar la evicción, adquiere el vendedor, por cualquier título legítimo la propiedad de la cosa vendida” (2271).

No obstante lo preceptuado expresamente en los artículos 2270 y 2271, en la doctrina mexicana existe una gran diversidad de opiniones respecto a la calificación jurídica que debe dársele a esta figura.

El maestro D. Ernesto Gutiérrez y González, en su obra *Derecho de las obligaciones* parece dar a entender en un ejemplo que pone al tratar la tesis clásica de las inexistencias y nulidades, en el apartado de inexistencia (número 106) que el contrato de compraventa de cosa ajena es inexistente.¹⁵

La conclusión de que la venta de cosa ajena es inexistente, no es admisible, porque para la existencia del contrato sólo se requiere que exista consentimiento, una manera cualquiera de exteriorizarlo y objeto, y en este supuesto sí se dan esos elementos; además de que la ley no autoriza tampoco esta conclusión.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido que la compraventa de cosa ajena es nula y no inexistente:

“*Compraventa de cosa ajena.* La venta de cosa ajena es nula, no inexistente, porque si bien es verdad que la ley establece como requisito esencial para la existencia de todo contrato, el consentimiento de las partes contratantes, en el caso no puede decirse que falte dicho requisito, puesto que existe el consentimiento del vendedor de realizar la compraventa, si bien se trata de un consentimiento otorgado por el no propietario; además de que se trata de un contrato que produce una serie de importantes efectos que si fuera inexistente, no sería posible imaginar.” (Quinta época. Suplemento de 1956. pág. 111, A.D. 8925 Catalina P. de Parkman. 4 votos).¹⁶

El maestro don Ramón Sánchez Medal, en su obra *De los contratos Civi-*

¹⁵ Edit. Cajica, 5a. ed., Puebla, México, 1974, núm. 106 y p. 136. “Inexistencia. Toda persona interesada tiene derecho a prevalerse del estado del acto, cuando lo necesite. Así, verbigracia, Nicanor ‘vendió’ a Emiliano una finca propiedad de Facundo sin ser apoderado de éste, y además entre Nicanor y Emiliano no se pactó precio, aunque se dijo que era compraventa; cualquier acreedor de Facundo podrá invocar la inexistencia del acto celebrado entre Nicanor y Emiliano, para los efectos de poder embargar la finca materia de la ‘venta’, pues Nicanor no pudo vender lo que no es suyo, ni hay compra si no se fijó un precio.”

¹⁶ Apéndice al *Semanario Judicial de la Federación*. Cuarta parte. Tercera Sala. Mayo, Ediciones. México, 1975, p. 779. Tesis relacionada con la jurisprudencia núm. 246, respecto de “Nulidad absoluta y relativa”.

les, hace un estudio muy interesante en esta materia y llega a la conclusión de que la compraventa de cosa ajena es válida.¹⁷

La tesis de que la venta de cosa ajena es válida, tampoco es aceptable, porque no la autoriza la ley, que expresamente la califica de nula, y porque siendo una situación ilícita,¹⁸ no puede ser válido ese contrato.

El maestro don Agustín García López, considera que la compraventa de cosa ajena está afectada de nulidad relativa, por la posibilidad que tiene de ser convalidada.¹⁹

El licenciado en Derecho y Notario don Francisco Lozano Noriega, considera en términos generales, que la compraventa de cosa ajena está afectada de nulidad relativa por falta de capacidad del vendedor.²⁰

Por último, el maestro don Rafael Rojina Villegas, considera que la compraventa de cosa ajena está afectada de nulidad absoluta. En su obra²¹ hace un estudio muy interesante al respecto para llegar a esa conclusión.

Debe entenderse por compraventa de cosa ajena, el contrato por el cual la persona que lo celebra como vendedor no es propietaria de la cosa objeto del mismo en el momento de la celebración del acto y actúa sin estar autorizado por el dueño del bien, ni por la ley, que recae sobre un bien presente y determinado y pretende por ese medio conseguir el efecto traslativo de dominio que es propio del contrato.

En toda legislación en que se reconozca y garantice el derecho de propiedad, el contrato de compraventa de cosa ajena, por constituir un hecho jurídico contrario a disposiciones de orden público, debe considerarse como nulo, con nulidad absoluta.²²

Acorde con esta conclusión, la compraventa de cosa ajena: a) No es susceptible de confirmación, ya que si hoy se celebra una compraventa de cosa ajena, mañana y siempre que se pretenda confirmarla seguirá siendo ajena, b) La puede hacer valer todo interesado, especialmente el propietario del bien o sus causahabientes, ya que si la acción sólo se les otorgara a las partes contratantes en forma exclusiva, o alguno de ellos, como en el caso de la nulidad relativa, éstas nunca la intentarían por falta de interés y

¹⁷ 2ª Edic. Edit. Porrúa, México, 1973, pp. 122 a 127.

¹⁸ Conforme al Art. 1830 del código civil, es ilícito el hecho que es contrario a una disposición de orden público o a las buenas costumbres. Por otra parte, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en sus artículos 14 y 16 en forma especial y sus leyes reglamentarias como el Código Civil (Arts. 16, 830 y sigs.), Código de Procedimientos Civiles (artículos 4, 9 y otros) y la Ley de Expropiación, consagran y protegen el derecho real de propiedad y por lo tanto, una conducta contraria a esas disposiciones que son de orden público, necesariamente es un hecho ilícito y por lo tanto nulo.

¹⁹ Apuntes citados, p. 89, "...ya que conforme al artículo 2271 puede convalidarse...".

²⁰ Apuntes citados, p. 175.

²¹ Tomo sexto, vol. I, pp. 307 a 310.

²² Consúltase: Zamora y Valencia, Miguel Ángel, "La compraventa de cosa ajena". Artículo publicado en el *Libro del cincuentenario del Código Civil*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1978.

se estarían burlando del propietario y del espíritu de la ley que protege la propiedad individual (2269), y *c*) Por último, no prescribe la acción para hacerla valer, aunque el adquirente pueda usucapir la cosa por una posesión en concepto de propietario.²³

Por otra parte, ambas partes contratantes deben tener capacidad de goce para la celebración del contrato y para que puedan, en especial el comprador, ser titulares de los derechos que emanan del contrato.

Un extranjero no tiene capacidad de goce para ser titular de los derechos de propiedad de un bien inmueble ubicado en zona prohibida, y por lo tanto no tiene capacidad de goce para ser titular como comprador de derechos de propiedad respecto de un bien inmueble ubicado en esa zona. Si celebra la operación, el contrato estará afectado de una nulidad absoluta, por ser un hecho realizado en contravención a una norma de carácter imperativo.²⁴

Por falta de capacidad de goce, no pueden adquirir (ni por su propio derecho ni por interpósita persona) los bienes objeto de los litigios en que intervengan, los magistrados, los jueces, el Ministerio Público, los defensores, los abogados, los procuradores y los peritos, y si lo hacen, la compraventa estará afectada de una nulidad absoluta (2276).

Tampoco pueden adquirir los bienes de cuya venta o administración se hallen encargados los tutores, curadores, mandatarios, ejecutores testamentarios, interventores, los representantes del ausente, los administradores e interventores en caso de ausencia y los empleados públicos, bajo la sanción de nulidad absoluta del contrato (2280).

Para celebrar el contrato de compraventa por su propio derecho, las partes deben tener capacidad de ejercicio. Si una de las partes o ambas no tiene capacidad de ejercicio y comparece personalmente a la celebración del contrato, éste estará afectado de nulidad relativa, atento a lo dispuesto por los artículos 450, 2228, 2230 y relativos del Código Civil.

En la enajenación de determinados bienes y en relación con la capacidad y representación de las partes contratantes, deben observarse ciertos requisitos, como sucede en los siguientes casos:

A. Para que los cónyuges puedan celebrar el contrato de compraventa entre ellos, sólo requieren estar casados bajo el régimen de separación de bienes (176), ya que el requisito de la autorización judicial que imponía la ley, fue suprimido al derogarse el artículo 174 del código por Decreto publicado en el *D.O.* del 06-01-94. (El art. 174, ahora derogado, indicaba

²³ No debe confundirse nunca la compraventa como un medio de adquirir la propiedad, con la usucapión que es otro camino para conseguirla. La compraventa podría ser el título legítimo o no, para calificar el concepto y la calidad de la posesión para que en su caso, el poseedor pueda llegar a ser propietario, pero esto no autoriza a considerar la compraventa de cosa ajena como válida, ya que si así fuera, saldría sobrando la posesión de la cosa para lograr el traslado de dominio en la usucapión.

²⁴ Artículo 27 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

“los cónyuges requieren autorización judicial para contratar entre ellos, excepto cuando el contrato sea el de mandato para pleitos y cobranzas o para actos de administración”).

B. Los hijos sujetos a patria potestad sólo pueden vender a sus padres los bienes que hayan adquirido por su trabajo (2278 y 428).

C. Quienes ejerzan la patria potestad no pueden vender los bienes inmuebles o los muebles preciosos propiedad de sus representados, sino por causa de absoluta necesidad o evidente beneficio y previa la autorización del juez competente, ni vender valores comerciales, industriales, títulos de rentas, acciones, frutos y ganado, por menor valor del que se cotice en la plaza el día de la venta (436).

D. El tutor no puede vender los bienes inmuebles, derechos anexos a ellos y los muebles preciosos que le pertenezcan al pupilo, sino por causa de absoluta necesidad o evidente utilidad, debidamente justificada y previa la autorización del curador y autorización judicial (561). La venta de bienes inmuebles en esos casos debe hacerse en subasta pública, bajo sanción de nulidad (563).

E. El tutor no puede comprar para sí, ni para sus ascendientes, cónyuge, hijos o hermanos por consanguinidad o afinidad, los bienes de su pupilo; si lo hace, la venta es nula y el acto será suficiente para que se le remueva (569).

F. El representante del ausente tiene respecto de los bienes las mismas obligaciones, facultades y restricciones que los tutores (660).

G. El emancipado sólo puede vender sus bienes inmuebles previa autorización judicial (643).

H. El albacea sólo puede vender los bienes de la sucesión para estar en posibilidad de pagar deudas o hacer algún gasto urgente, previo acuerdo de los herederos y si no fuere posible, con aprobación judicial (1717) y no puede comprar para sí, ni para sus ascendientes, cónyuge, hijos o hermanos por consanguinidad o afinidad, los bienes de la herencia y si lo hace además de ser el contrato nulo, es causa para que se le remueva del cargo.

I. El propietario de una finca urbana dada en arrendamiento para casa habitación y siempre que el arrendatario esté al corriente en el pago de sus rentas, para venderla, deberá respetar el derecho del tanto que la ley otorga al inquilino. Deberá notificar de manera fehaciente al arrendatario su voluntad de vender el inmueble en la forma y respetando los plazos que establece la ley. La compraventa realizada en contravención a esas disposiciones otorga al arrendatario las acciones de retracto y nulidad y el derecho a reclamar daños y perjuicios.²⁵ En esta materia, tratándose de inmuebles sujetos al régimen de propiedad y condominio, se aplicarán las disposiciones de la Ley de Propiedad en Condominio de Inmuebles para el Distrito Federal.

J. El copropietario de un bien sólo puede enajenar a un extraño su

²⁵ Ver en el capítulo de “Arrendamiento”, el inciso relativo al arrendamiento de fincas destinadas a la habitación.

parte alícuota respectiva, respetando el derecho del tanto de los demás copropietarios, en los términos de los artículos 2279, 973 y 974.

El derecho del tanto es el que tiene un comunero (copropietario, coheredero, cosocio y el usufructuario), para adquirir en igualdad de situaciones y circunstancias, especialmente respecto del precio, que un tercero ajeno a esa comunidad, para adquirir la parte alícuota o porción del bien que pretenda enajenar onerosamente otro comunero. Establece la ley (973) que debe notificarle a los demás interesados la enajenación concertada para que dentro del término de los ocho días siguientes hagan uso de su derecho de preferencia. Transcurridos esos ocho días si no se hace uso del derecho, por el solo transcurso del tiempo se pierde el derecho, y mientras no se haya hecho la notificación, la venta, señala la ley, no producirá efecto legal alguno. Técnicamente la falta de cumplimiento de la disposición origina que la enajenación no le es oponible al comunero preterido.

No debe confundirse el derecho del tanto con el derecho de preferencia por el tanto que establecen los artículos 2304 y 2305. Mientras que el derecho del tanto es un derecho subjetivo que establece la ley, el de preferencia por el tanto es una obligación de no hacer, que en caso de contravención, sólo da origen al pago de daños y perjuicios.

2. La ausencia de vicios en el consentimiento y la licitud en el objeto, motivo o fin de contrato, siguen en relación a este contrato, las normas generales estudiadas en la parte general, y no tienen una aplicación especial en la compraventa.

VI. LAS CONSECUENCIAS.—La celebración y perfeccionamiento de un contrato de compraventa origina diversas consecuencias. La primera, relacionada con el objeto del contrato, consistente en transmitir la propiedad del bien del vendedor al comprador. Las segundas, respecto a las partes, consistentes en generar obligaciones y crear derechos, tanto aquellos que son correlativos de las obligaciones producidas, como los de carácter específico. A continuación se analizan una y otras.

1. *La consecuencia respecto al objeto.* En el derecho civil mexicano, en materia contractual, la transmisión de la propiedad de los bienes, si son ciertos y determinados, se opera en el momento de la celebración y perfeccionamiento del contrato, y en caso de no ser ciertos y determinados, se opera cuando se hacen ciertos y determinados con conocimientos del acreedor (adquirente) sin que sea necesaria la entrega de los mismos.²⁶

²⁶ "ART. 2014.—En las enajenaciones de cosas ciertas y determinadas, la translación de la propiedad se verifica entre los contratantes, por mero efecto del contrato, sin dependencia de tradición, ya sea natural ya sea simbólica; debiendo tenerse en cuenta las disposiciones relativas del Registro Público."

"ART. 2015.—En las enajenaciones de alguna especie indeterminada, la propiedad no se transferirá sino hasta el momento en que la cosa se hace cierta y determinada con conocimiento del acreedor."

Si la compraventa se perfecciona y es obligatoria para las partes cuando han convenido sobre la cosa y su precio, aunque la primera no haya sido entregada ni el segundo satisfecho (2249) el contrato es consensual y la transmisión del dominio del bien se producirá en ese momento.

No obstante lo anterior, el efecto translativo puede diferirse para que opere con posterioridad a la celebración del contrato por voluntad de las partes (como en el caso del pacto con reserva de dominio o en el caso de que el vendedor no sea propietario del bien y se haya obligado a adquirirlo), o por disposición legal (en los bienes que no son ciertos y determinados, sino determinables), o porque exista una imposibilidad de hecho para que esa consecuencia se actualice (en los bienes futuros). En ningún caso las partes pueden convenir en que se suprima esa consecuencia, ya que desnaturalizaría al contrato y ya no sería una compraventa. Puede darse el supuesto de que, como consecuencia de las circunstancias o vicisitudes del contrato, no llegue a transmitirse la propiedad del bien (como sería en el caso de una compraventa de cosa futura, en que el vendedor no elaborara el objeto, o el incumplimiento de la obligación del comprador a la cual se sujetó la transmisión, etc.) pero las partes no pueden pactar en la celebración del contrato la supresión del efecto, pues en ese caso no habría compraventa o el contrato translativo que supuestamente pretendieron celebrar, aun cuando pueda existir un contrato diverso.

Determinar el momento en que se opera la translación de dominio tiene una importancia práctica referida a diversas situaciones:

A. *Teoría de los riesgos*. En derecho mexicano las cosas perecen para su dueño si la pérdida obedece a caso fortuito o fuerza mayor (2017-V). Por lo tanto, si se celebra un contrato respecto de una cosa cierta y determinada que implique la translación de la propiedad de esa cosa y perece en poder del deudor (vendedor en el caso de la compraventa) por caso fortuito o fuerza mayor, el acreedor (comprador en el mismo supuesto) sufre la pérdida, lo que origina que tendrá que pagar la contraprestación o precio convenidos aun cuando no vaya a recibir el bien por haber perecido.

B. *Derecho de accesión*. Al propietario de un bien le pertenecen todos sus frutos naturales, civiles e industriales (887) y le da derecho a todo lo que se le una o incorpore natural o artificialmente (886), con las únicas limitaciones que se establezcan en la ley. Por otra parte, los tesoros pertenecen a quien los descubre en sitio de su propiedad (876) y en caso de que el descubridor sea otro, le corresponde al dueño el cincuenta por ciento (877). Por lo tanto, el comprador tendrá estos derechos, desde la celebración del contrato, aun cuando no haya recibido la cosa.

C. *Validez de las enajenaciones por parte del adquirente*. Sólo el propietario de un bien (o quien esté autorizado por éste o por la ley) lo puede enaje-

nar válidamente.²⁷ Por lo tanto, el comprador o cualquier adquirente contractual, puede vender válidamente la cosa objeto del contrato celebrado, aun cuando no la hubiere recibido.

D. *El caso de la doble venta.* Si una persona vende un bien y no lo entrega al comprador, puede anómalamente venderlo a otra y el problema se presenta al determinar cuál de las operaciones prevalecerá. En derecho mexicano la solución es: si la cosa es mueble, prevalece la compraventa primera en fecha, y si no puede determinarse, la del comprador que se halle en posesión de la cosa; y si fuere inmueble, la que primero se hubiere inscrito en el Registro Público de la Propiedad y si ninguna se hubiere inscrito se aplicarán las normas respecto de muebles (2265 y 2266).

En las legislaciones argentina y española²⁸ la propiedad de los bienes, en los contratos translativos de dominio, se opera hasta que se entrega la cosa, y el codificador argentino D. Dalmacio Vélez Sarsfield, critica adversamente el sistema de la translación de dominio por el sólo consentimiento, en la nota extensa al artículo 577 de su código.

En la legislación alemana, la transmisión de la propiedad de los bienes inmuebles se opera por el acuerdo de voluntades de las partes interesadas y además por la inscripción de la modificación jurídica que sufre el bien en el Registro Público de la Propiedad, y respecto de bienes muebles por la entrega de la cosa al adquirente.²⁹

Conforme al derecho mexicano, en los contratos de compraventa lisos y llanos, el efecto translativo opera en forma automática por el perfeccionamiento del contrato.

La reserva de dominio, es decir, cuando no obstante que hay compraventa, no se actualiza la transmisión de propiedad, sólo puede originarse por disposición legal expresa atendiendo a la calidad, a la indeterminación del objeto en su especie o a la naturaleza misma del bien (la compraventa de cosas que se acostumbra gustar (2257), la compraventa de bie-

²⁷ Ver arriba lo referente a la compraventa de cosa ajena.

²⁸ Código argentino. "ART. 577.—Antes de la tradición de la cosa, el acreedor no adquiere sobre ella ningún derecho real." "ART. 3265.—Todos los derechos que una persona transmite por contrato a otra persona, sólo pasan al adquirente de esos derechos por la tradición, con excepción de lo que se dispone respecto a las sucesiones."

Código español. "ART. 1095.—El acreedor tiene derecho a los frutos de la cosa desde que nace la obligación de entregarla. Sin embargo, no adquiere derecho real sobre ella hasta que le haya sido entregada."

²⁹ "ARTS. 873 y 929 del C. alemán: "Para la transmisión de propiedad de una finca, para el gravamen de una finca con un derecho, así como para la transmisión o gravamen de semejante derecho, es necesario el acuerdo del titular y de la otra parte sobre la producción de la modificación jurídica y la inscripción de dicha modificación jurídica en el registro, en tanto que la ley no prescribe otra cosa..."

"Para la transmisión de la propiedad de una cosa mueble es necesario que el propietario entregue la cosa al adquirente y que ambos estén de acuerdo en la circunstancia que la propiedad debe transmitirse. Si el adquirente está en posesión de la cosa, basta el acuerdo sobre el traspaso de la propiedad."

nes no determinados pero determinables (2015) o la compraventa de bienes futuros), o por voluntad de las partes contratantes.

Cuando el contrato de compraventa no se celebra en forma lisa y llana, puede variar por voluntad de las partes o por las necesidades impuestas por las circunstancias, el momento en que se transmitirá la propiedad del bien al comprador, y la transmisión puede hacerse depender del ejercicio de un derecho de alguna de las partes, del cumplimiento de una obligación o de una situación ajena a la voluntad de los contratantes. En tal forma, puede pactarse que la propiedad se transmita hasta que el comprador tome posesión material del inmueble en un plazo determinado y ponga un muro alrededor para asegurarse de que no sufrirá una invasión; puede convenirse en que la propiedad se transmita hasta en tanto el comprador pague totalmente el precio de la operación o puede celebrarse el contrato sujeto a condición o a término.

En todo caso la translación de dominio es un efecto del contrato pero no una obligación del vendedor. Una obligación siempre lleva en sí misma la posibilidad de un incumplimiento y además, en el momento en que existe una obligación, produce los efectos de facultar al acreedor para exigir la conservación de su derecho, para forzar al deudor a la realización de la prestación u omisión que constituya su objeto o a promover el cumplimiento por otro a costa del deudor, cuando esto es posible o para exigir del deudor una compensación como consecuencia del incumplimiento. Ninguna de estas situaciones se presenta en la transmisión de la propiedad por la celebración del contrato de compraventa.

En efecto, como ya se indicó, en el momento en que se perfecciona el contrato, se opera la transmisión de dominio de los bienes ciertos y determinados sin depender de la voluntad de las partes y así, al convenir respecto de la cosa y su precio, no existe ninguna posibilidad de que el vendedor incumpla la transmisión de dominio, porque ésta se da en forma automática. Además, no se requiere para que opere el efecto ni que el vendedor realice una determinada conducta, ni que deje de realizarla.

Cuando el objeto del contrato son bienes que no son ciertos y determinados, sino determinables, nace para el vendedor una obligación adicional a las normales de toda compraventa que consiste en que tiene el deber de determinar los bienes y hacerle saber al comprador esa determinación o permitir que se haga la determinación por el comprador o por un tercero; y al cumplir esas obligaciones, indefectiblemente se produce el efecto translativo de dominio, lo que conduce a la conclusión de que tal transmisión no es una obligación. En otros supuestos de compraventas con reserva de dominio convenida o en las que no se opera el efecto por la celebración del contrato por otras razones, sucede una situación parecida. Si el contrato se sujeta a una condición suspensiva o a término suspensivo, al realizarse el hecho o vencer el plazo, se opera la transmisión sin que pueda exigirse el cumplimiento de la supuesta obligación de transmitir.

Los autores mexicanos³⁰ equivocadamente señalan que la primera obligación del vendedor es transmitir la propiedad del bien objeto del contrato. Ya ha quedado demostrado que la transmisión del dominio del bien es un efecto del contrato, pero no una obligación del vendedor.

Aún en las legislaciones en que para la transmisión de la propiedad sea necesaria la entrega de la cosa, tal transmisión también es un efecto y no una obligación, ya que la obligación es la de entregar, y cumpliéndose ésta, se opera de inmediato el efecto translativo.

2. *Las consecuencias en relación a las partes.* Para que un acto jurídico pueda ser considerado contrato desde el punto de vista del derecho mexicano, requiere producir como efectos, la creación o la transmisión de obligaciones y de derechos. De ahí que en todos los contratos que se estudian en esta obra, deban de analizarse las obligaciones que producen.

La compraventa es un contrato bilateral y por lo tanto deben estudiarse las obligaciones del vendedor por una parte y las del comprador por la otra.

A. Las obligaciones del vendedor

a) *Conservar la cosa mientras se entrega.* La compraventa es un contrato consensual en oposición a real, lo que significa que se perfecciona con el simple consentimiento de las partes sin necesidad de tradición. Por lo tanto puede existir válidamente un contrato de compraventa sin que se entregue la cosa en el momento de su celebración.

Si la cosa no está entregada antes de la celebración del contrato y no se entrega en ese momento, nace como consecuencia del contrato la obligación de conservarla mientras se entrega.

La razón lógica de adquirir un bien, es para gozar y disponer de él en los términos en que lo permita la ley (830, 887 y sigs.) y no podría usarlo y gozarlo en forma plena si no tiene su posesión material. Este es el fundamento lógico de la obligación del vendedor de entregar el bien, y si tiene la obligación de entregarlo debe tener, para ser consecuente, la obligación de conservarlo mientras lo entrega.

El código civil impone al vendedor en forma expresa esa obligación en la última parte del artículo 2284, relacionado con los que regulan al contrato de depósito (2516 y 2522).³¹

Si el vendedor conserva en su poder la cosa vendida, tiene la obliga-

³⁰ Aguilar Carvajal, Leopoldo, *ob. cit.*, p. 87; Treviño García, Ricardo, *ob. cit.*, pp. 120 y 121; Sánchez Meda, Ramón, *ob. cit.*, pp. 127 y 130; Lozano Noriega, Francisco. Apuntes citados, pp. 191 a 194; Rojina Villegas, Rafael, *ob. cit.*, tomo sexto, vol. I. p. 301.

³¹ ART. 2284.—"...el vendedor que la conserve en su poder (la cosa vendida) sólo tendrá los derechos y obligaciones de un depositario". ART. 2516.—"El depósito es un contrato por el cual el depositario se obliga hacia el depositante a recibir una cosa mueble o inmueble que aquél le confía y a guardarla para restituirla cuando la pida el depositante." ART. 2522.—"...En la conservación del depósito responderá el depositario de los menoscabos, daños y perjuicios que las cosas depositadas sufrieren por su malicia o negligencia."

ción de guardarla para restituirla cuando se la pida el comprador y responde de los daños que sufra por su malicia o negligencia.³²

Además, la ley establece la presunción de que la pérdida o deterioro de la cosa en poder del vendedor se produce por su culpa (2018) y por lo tanto lo hace responsable por su valor y por los daños y perjuicios causados (2017).

El vendedor debe tener una vigilancia “ordinaria” (2292) en el cuidado y conservación de la cosa mientras no la entregue y en tanto el comprador no se constituya en mora en recibirla, ya que si se da este supuesto, el vendedor queda relevado de este cuidado ordinario y sólo será responsable del dolo o de la culpa grave.³³

b) *Entregar la cosa*. Esta obligación está consignada expresamente en los artículos del 2283 al 2292 del Código Civil.

Puede considerarse que la razón de ser y motivo determinante y primordial de este contrato, es que el comprador obtenga la posesión de la cosa, objeto del contrato, para que esté en posibilidad efectiva de usar y gozar de ella, haciendo ejercicio así de sus derechos de propietario, aun cuando lo haga con las modalidades y limitaciones que fijen las leyes.

Desde el punto de vista jurídico, existen varias formas de realizar la entrega de la cosa.³⁴

La real o normal, que es la entrega material, es decir el poner al comprador en posesión del bien.

La llamada *constitutum posesorium*, que consiste en el hecho de que el vendedor continúe en posesión, pero ya no en concepto de propietario, sino por otro título jurídico, como el de arrendatario, de comodatario o de usufructuario.

La posesión que ya tenía el comprador por un título diverso al de la compraventa y que troca en concepto de dueño, llamada *traditio brevi manu*.

La posesión simbólica cuando el vendedor entrega “las llaves del lugar o sitio donde se hallen almacenados o guardados” los bienes vendidos.³⁵

En relación con esta obligación del vendedor de entregar la cosa, deben de precisarse las cuestiones relativas al momento y al lugar en que debe de efectuarse la entrega y determinar qué es lo que debe entregarse y cómo debe hacerse.

³² Trabucchi, Alberto, *Instituciones de Derecho Civil*. Editorial: Revista de Derecho Privado. Madrid, 1967, tomo II, p. 274.

³³ Rojina Villegas, Rafael, *ob. cit.*, tomo sexto, vol. I, pp. 313 a 317.

³⁴ “ART. 2284.—La entrega puede ser real, jurídica o virtual. La entrega real consiste en la entrega material de la cosa vendida, o en la entrega del título si se trata de un derecho. Hay entrega jurídica cuando aún sin estar entregada materialmente la cosa, la ley la considera recibida por el comprador...”

³⁵ Artículo 1463 del Código Civil español.

La regla de aplicación general es que el vendedor debe entregar la cosa en el lugar, en el tiempo y en el modo convenidos.

Puede válidamente celebrarse un contrato de compraventa sin que el vendedor al momento de perfeccionarse entregue la cosa y sin que se pacte expresamente el momento, el lugar y el modo de entrega, y es entonces cuando la ley suple esta falta de acuerdo señalando cómo, dónde y cuándo debe cumplir con esta obligación (2249).

a') *El lugar*. Si no se convino nada al respecto, el vendedor debe entregar la cosa en el lugar en que ésta se encontraba en el momento en que se perfeccionó el contrato (2291).

b') *El tiempo*. A falta de estipulación al respecto, el vendedor está obligado a entregar la cosa cuando reciba el precio o cuando se lo solicite el comprador, ya que si el vendedor la conserva, sólo tendrá los derechos y obligaciones de un depositario, y el depositario tiene la obligación de entregar la cosa en el momento en que se lo pida el depositante. Esto sin necesidad de aguardar treinta días a la interpelación que se haga, ya que en este caso no se aplica la disposición general en materia de obligaciones, por existir las disposiciones especiales contenidas en los artículos 2284, 2286, 2294 y 2516.

c') *El modo*. El vendedor debe entregar precisamente la cosa materia del contrato y no está obligado el comprador a recibir otra aunque la que se pretenda entregarle sea de mayor valor (2012) y la debe entregar en el estado en que se hallaba al perfeccionamiento del contrato (2288), con todos los frutos producidos desde ese momento y con los rendimientos, acciones y títulos de la misma cosa. Respecto de bienes inmuebles si se designaron los linderos, el vendedor debe entregar todo lo que en ella se comprenda aunque haya exceso o disminución en las medidas expresadas en el contrato (2290) y si se hiciera la venta a precio alzado, sin estimar especialmente sus partes o medidas, no habrá lugar a la resolución aunque en la entrega hubiere falta o exceso (2261).³⁶

c) *Garantizar las cualidades de la cosa*. Esta obligación la consigna el artículo 2283, fracción II del Código Civil y obliga al vendedor a responder por los vicios o defectos ocultos de la cosa vendida.

Por vicios o defectos de la cosa, deben entenderse aquellas características que hacen una cosa impropia para el uso a que naturalmente está destinada o al uso que las partes hayan pactado en el contrato, y para que proceda la responsabilidad del vendedor se requiere que tal vicio o defecto sea

³⁶ Para ampliar este tema puede consultarse la obra: *Sistema de Derecho Civil*. Díez Picazo, Luis y Gullón, Antonio, vol. II. *Las relaciones obligatorias en particular*. Tecnos, 1a. ed., Madrid, 1977, pp. 227 a 231.

precisamente oculto, es decir, que no esté a la vista, que no lo conozca el comprador y que exista en el momento de la celebración del contrato.³⁷

Si tales vicios están a la vista, si se dan con posterioridad a la celebración del contrato o si los conoce el comprador o los debe conocer por ser un perito en razón de su profesión u oficio, no responde de ellos el vendedor (2143).

Ante la existencia de vicios o defectos ocultos de la cosa vendida, la ley le da al comprador la acción de resolución del contrato con el pago de los gastos que hubiere hecho o la acción estimatoria o *quantis minoris* para que se le rebaje el precio en una cantidad proporcional al vicio, a juicio de peritos (2144); sin que pueda variar la acción intentada una vez ejercitada una de ambas (2146) y estableciendo una prescripción de seis meses a partir de la entrega de la cosa (2149).

Si el vendedor conocía los vicios y el comprador opta por la resolución del contrato o la cosa parece a consecuencia de los mismos, debe indemnizar también de todos los daños y perjuicios originados al comprador (2147).

d) *Responder del saneamiento en caso de evicción*. Esta obligación la consigna el artículo 2120 del Código Civil, indicando que quien “enajena está obligado a responder de la evicción, aunque nada se haya expresado en el contrato”.

Se entiende por evicción toda privación total o parcial de una cosa como consecuencia de una sentencia ejecutoriada en razón de un derecho anterior a la adquisición (2119) y por saneamiento, la indemnización que debe el enajenante al adquirente que ha sufrido evicción.

La indemnización a que está obligado el vendedor si el comprador sufre evicción, se determinará en atención a su buena o mala fe en la enajenación.

Si el vendedor procedió de buena fe estará obligado a devolver el precio que recibió por la cosa, los gastos causados por el contrato si fueron satisfechos por el comprador, los gastos originados al comprador en los juicios de evicción y de saneamiento, y el valor de las mejoras útiles y necesarias siempre que en la sentencia no se determine que el vendedor satisfaga su importe (2126).

Si el vendedor procedió de mala fe, tendrá las obligaciones señaladas para el enajenante de buena fe, pero con las agravaciones siguientes: Devolverá a elección del adquirente el precio que la cosa tenía al tiempo de la adquisición o el que tenga al tiempo en que sufra la evicción; satisfará al comprador el importe de las mejoras voluntarias y de mero placer

³⁷ “Vicio oculto, es la reducción o falta de una buena calidad de una cosa, que no se aprecia a simple vista y que la vuelve total o parcialmente inútil para su adquirente”. Gutiérrez y González, Ernesto, *ob. cit.*, núm. 732, p. 557.

que haya hecho en la cosa, y pagará daños y perjuicios (2127). El artículo 2140 señala los casos en que el enajenante no responde por la evicción.³⁸

e) *Responder de los daños y perjuicios que sufra el comprador, como consecuencia de perturbaciones que por vías de hecho o por actos jurídicos suyos sufra el comprador.* Cualquier perturbación que hiciera el vendedor al comprador con posterioridad a la venta, sin tener una justificación jurídica, constituiría un hecho ilícito y por lo tanto está obligado a indemnizar al comprador por los daños y perjuicios que sufiere por esos conceptos (1910).

f) *Pagar impuestos.* El vendedor está obligado a pagar el impuesto sobre la renta por la utilidad que obtenga al enajenar un bien, tomando en consideración el precio de adquisición. Respecto de bienes inmuebles, cuando la operación se celebra en escritura pública, el notario que intervenga, tendrá la obligación de liquidar y enterar el impuesto, en los términos de los artículos 97, 99, 103 y relativos de la Ley del Impuesto sobre la Renta y su Reglamento.

g) Pagar, salvo convenio en contrario, la mitad de los gastos de escritura y registro (2263).³⁹

³⁸ El tema del saneamiento en caso de evicción, corresponde estudiarlo en términos generales en el curso de las obligaciones, por lo tanto, para ampliar su estudio, consúltese: a) Borja Soriano, Manuel, *ob. cit.*, tomo II, pp. 155 a 164. b) Rojina Villegas, Rafael, *ob. cit.*, tomo quinto, vol. III, pp. 205 a 216, y c) Gutiérrez y González, Ernesto, *ob. cit.*, pp. 544 a 554.

³⁹ En México, las operaciones de compraventa de bienes inmuebles estaban fiscalmente muy gravadas. A partir del año de 1991, se inició una política de reducción impositiva posiblemente como consecuencia de la firma del Tratado de Libre Comercio con los países de América del Norte y equiparar los costos de escrituración a los de Canadá y a los de los Estados Unidos de América. Por desgracia, esa buena tendencia tiende a desaparecer ahora que ya se firmó el Tratado y que México sigue siendo un país con muchas carencias.

La Ley del Impuesto sobre la Renta (que es de carácter federal) exenta del tributo, la ganancia obtenida por la enajenación del bien inmueble, si el vendedor demuestra que el inmueble enajenado era su casa habitación, mediante un procedimiento sencillo (como la exhibición de la credencial para votar expedida por el Instituto Federal Electoral en que se señale como su domicilio el inmueble que se enajena, o los recibos de pago por servicios de energía eléctrica o telefónica o comprobantes de cuentas bancarias o comerciales) siempre que el monto de la contraprestación no exceda de un millón quinientas mil unidades de inversión (aproximadamente seis millones trescientos treinta mil pesos en marzo de 2009) y la transmisión se formalice ante fedatario público.

Si se causa el impuesto por no demostrarse que era la casa habitación del enajenante, el impuesto puede llegar a ser del 28% de la ganancia gravable.

La Ley de Impuesto al Valor Agregado no grava la enajenación de inmuebles destinados a casa habitación, independientemente de que los habite o no el enajenante y si no están destinados a casa habitación el impuesto se causa sólo sobre las construcciones, pero no sobre el terreno y el impuesto es del 15% sobre el valor de esas construcciones.

El Código Financiero del Distrito Federal, grava la adquisición de bienes inmuebles con una tarifa que llega a ser hasta del 4.5% sobre el valor más alto entre el precio de la operación, el valor catastral o el valor de avalúo practicado por persona autorizada para el efecto. Sólo exenta la enajenación de viviendas de interés popular.

B. *Las obligaciones del comprador*

a) *Pagar el precio.* Esta obligación se encuentra consignada específicamente en el artículo 2248 del código civil.

El precio debe ser pagado por el comprador al vendedor en el lugar, tiempo y modo convenido y sólo a falta de pacto expreso de las partes, deben aplicarse las normas supletorias que establece la ley:

a') *Lugar.* El artículo 2294 señala que a falta de acuerdo entre las partes, el comprador debe pagar el precio en el lugar que se entregue la cosa. Respecto al lugar de entrega de la cosa, ver el apartado correspondiente, en las obligaciones del vendedor.

b') *Tiempo.* Si no convinieron nada las partes respecto al tiempo en que debe pagar el precio el comprador, debe hacerlo cuando se le entregue la cosa y lo debe pagar de contado, esto es inmediatamente (2294 y 2255).

c') *Modo.* El comprador debe pagar el precio en dinero como regla general, aunque también se considera compraventa la operación por la que se adquiere la propiedad de una cosa o la titularidad de un derecho, a cambio de una contraprestación que puede consistir parte en dinero y parte con el valor de otra cosa, siempre y cuando la parte de numerario sea igual o mayor que la que se pague con el valor de la otra cosa, ya que, si la parte en numerario, esto es, dinero fuera menor, el contrato sería de permuta (2248 y 2250).

Si existiese duda sobre cuál de los contratantes debe entregar primero, deberán uno y otro hacer el depósito en manos de un tercero (2295).

b) *Pagar intereses.* Esta es una obligación eventual y en general, por ser las operaciones de contado, no se originan intereses.

El comprador está obligado a pagar intereses sobre el precio pactado, en los siguientes casos: si se demora en el pago del precio en los términos antes asentados (2255); si ha recibido la cosa y se hubiere convenido sobre el pago de esos intereses (2296); si ha recibido la cosa y ésta produce frutos o rentas, mientras no se cubra el precio (2296) y si se hubiere constituido en mora en los supuestos establecidos en los artículos 2104 y 2105 (2296).⁴⁰

Si se otorgó un plazo al comprador para pagar el precio sin estipular intereses, no tiene obligación de pagarlos, ya que se presume que en atención al plazo concedido, se aumentó el precio de la venta; pero si el plazo para el pago del precio se concede con posterioridad a la celebración del contrato, el comprador sí está obligado a pagar intereses sobre la cantidad adeudada, salvo convenio en contrario (2297 y 2298).

⁴⁰ Los artículos 2104 y 2105 dentro del capítulo de las consecuencias del incumplimiento de las obligaciones, se refieren a la responsabilidad de daños y perjuicios por la falta de cumplimiento en tiempo de las obligaciones de hacer y de dar.

c) Si el comprador se obligó a transmitir la propiedad de otra cosa además de numerario, tendrá respecto de aquélla, todas las obligaciones que le corresponden al vendedor.

d) Pagar el Impuesto sobre Adquisición de Bienes Inmuebles, en los términos de la ley de la materia.

e) Pagar, salvo convenio en contrario, la mitad de los gastos de escritura y registro.

Recibir la cosa. En derecho mexicano no existe consignada la obligación del comprador de recibir la cosa y sólo lo obliga la ley a indemnizar al vendedor por los gastos que éste haga por el alquiler de los recipientes o continentes en que se contenga lo vendido, si se constituye en mora de recibir y el vendedor queda descargado del cuidado ordinario de conservar la cosa y sólo responde del dolo o de la culpa grave (2292); pero la ley no da acción de resolución al vendedor si el comprador se constituye en mora de recibir la cosa.

C. *Los derechos del vendedor.* Además de las obligaciones que genera la celebración del contrato de compraventa antes mencionados, también produce derechos específicos para ambas partes.⁴¹

a) Son derechos del vendedor, en forma correlativa, todas las obligaciones del comprador ya señaladas.

b) En forma específica y adicional a los anteriores, en caso de que el comprador haya sido declarado en estado de concurso, el vendedor tiene derecho a que se le pague en forma preferente el precio o su saldo, de los bienes vendidos y no pagados, si hace su reclamación dentro de los sesenta días siguientes a la venta si se hizo al contado o del vencimiento, si la venta fue a plazo.

c) También tiene derecho a retener, en otras palabras, no entregar la cosa vendida si el comprador no le ha pagado su precio, cuando no se haya señalado un plazo para su pago, o que, no obstante que se haya señalado, se descubra que el comprador se halla en estado de insolvencia de suerte que el vendedor corra riesgo inminente de no recibir el precio, a no ser que se le dé fianza de que se le pagará en el plazo convenido (2286 y 2287).

d) Por último, tiene el vendedor derecho, en caso de incumplimiento de las obligaciones del comprador, de demandar la ejecución forzosa o la resolución⁴² del contrato con el pago de daños y perjuicios en ambos casos.

⁴¹ En la elaboración de este tema, se tomó en consideración en forma principal el capítulo VIII del título III del tomo VI, vol. I de la obra *Derecho Civil Mexicano* del maestro D. Rafael Rojina Villegas, pp. 401 a 421.

⁴² Resolución: Es la terminación de un contrato o la extinción de una obligación, con efectos retroactivos, como consecuencia:

- A. De realizarse un hecho que se previó incierto en el contrato.
- B. De vencerse un plazo pactado en el contrato, o
- C. Del incumplimiento de un contrato bilateral.

D. Los derechos del comprador

a) Son derechos del comprador, en forma correlativa todas las obligaciones del vendedor ya señaladas.

b) En forma específica y adicional a las anteriores, el comprador tiene derecho a suspender el pago si aún no lo ha hecho, cuando en el contrato se ha señalado plazo para el pago, si fuere perturbado en su posesión o derecho o tuviere justo temor de serlo, mientras el vendedor no le asegure la posesión o le dé fianza, salvo convenio en contrario (2299), y

c) Por último, tiene derecho el comprador, en caso de incumplimiento de las obligaciones del vendedor, de demandar la ejecución forzosa o la resolución del contrato con el pago de los daños y perjuicios que correspondan, en ambos casos (1949).

VII. ALGUNAS CLÁUSULAS ESPECIALES QUE PUEDEN SER INCORPORADAS AL CONTRATO DE COMPRAVENTA Y QUE LO CALIFICAN⁴³.—La ley permite establecer en una forma amplia, dentro de un contrato, todas las cláusulas que las partes estimen pertinentes (1839) siempre y cuando se respeten los principios básicos de la libertad contractual que son: en la elaboración de los contratos las partes, de común acuerdo, deben discutir libremente su clausulado y no dejar esa elaboración al arbitrio de una sola (1797); se deben respetar las disposiciones legales de carácter imperativo (6 y 8); no se puede desnaturalizar un contrato cambiando o suprimiendo sus efectos o finalidades jurídicas o económicas (1794 y 1839); no pueden convenir so-

Llámase también resolución, la terminación por un acto monosubjetivo de voluntad opcional, de un contrato con pacto de arras penitenciales.

Características: 1. Se origina por circunstancias o situaciones ajenas a la voluntad de los interesados, cuando se trata de actos condicionados; por situaciones ilícitas, como lo es el incumplimiento de las obligaciones de un deudor en un contrato bilateral o por la voluntad opcional de una persona en el caso de la aplicación del pacto de arras penitenciales. 2. El motivo de la resolución siempre es posterior a la celebración del contrato. 3. Los efectos siempre operan retroactivamente.

Ejemplos: a) La realización del hecho incierto previsto en un contrato, del cual se hizo depender la existencia o la extinción de una obligación: Condición suspensiva o resolutoria. b) El vencimiento del plazo pactado en un contrato del cual se hizo depender la existencia o la extinción de una obligación: Plazo suspensivo y plazo resolutorio. c) El incumplimiento de la obligación del comprador de pagar el precio cierto y en dinero: Pacto comisorio, y d) La manifestación de voluntad de uno de los contratantes para dar por terminado un contrato sin cumplir las obligaciones emanadas del mismo, con fundamento en la facultad que le confiere el pacto de arras penitenciales, perdiendo la prestación que constituyen las arras en beneficio de otro contratante.

⁴³ Este enunciado está tomado del código civil argentino. Cap. IV del Título III de la Sección III del Libro Segundo.

El Código Civil mexicano emplea las expresiones "De algunas modalidades del contrato de compraventa". Esta terminología no es correcta, porque los contratos que regula este capítulo no están sujetos en su mayor parte a modalidades, ya que no hacen depender la existencia o la extinción de las obligaciones a un plazo o a una condición. Por otra parte, se tratarán aquí de otras cláusulas que pueden incorporarse al contrato y que no se regulan en ese capítulo, por lo que se ha preferido el enunciado asentado.

bre negocios carentes o no merecedores de tutela jurídica (16, 830, 840, 1795, frac. III y 2225) y el contratante económica, social o culturalmente fuerte, no debe prevalerse de su situación en perjuicio del débil (17).⁴⁴

Por otra parte, se entenderán por puestas, aunque no se expresen, todas las cláusulas que se refieran a los requisitos esenciales del contrato o sean consecuencia de su naturaleza ordinaria (1839).

Tomando en cuenta los principios anteriores, es posible que las partes sujeten a modalidades o modifiquen según su propia conveniencia, las obligaciones o los efectos que se producen o deban de producirse como consecuencia de un contrato.

Con base en estas argumentaciones de carácter general, es posible estudiar las modalidades o modificaciones respecto a las obligaciones en cualquier contrato, y el hecho de que en esta obra sólo se haga en relación a la compraventa, no obedece sino al hecho de que el código civil señala en forma especial algunas de estas cláusulas que pueden incorporarse a este contrato de compraventa y no lo hace en los demás, y a que comprendiendo el alcance y funcionamiento que tienen en la compraventa, pueden proyectarse a cualquier otro contrato.

La enunciación de las circunstancias que pueden afectar las obligaciones emanadas del contrato de compraventa las establece la ley en forma enunciativa y no limitativa, ya que las partes pueden pactar otras diferentes mediante la aplicación amplia del contenido del artículo 1839.⁴⁵

A continuación se estudiarán los pactos que establecen modificaciones a las obligaciones normales o comunes o a los efectos emanados del contrato de compraventa y que regula el Código Civil vigente.

1. *El contrato de compraventa con reserva de dominio.* El contrato de compraventa con reserva de dominio es aquel en el cual las partes, mediante un pacto expreso, modifican el efecto translativo de dominio, haciéndolo depender del cumplimiento de una obligación por parte del comprador.

El código mexicano sólo prevé expresamente el contrato de compraventa con reserva de dominio, cuando el comprador no ha pagado el precio en forma total o parcial; pero es posible diferir el efecto translativo hasta en tanto se cumpla cualquier otra obligación por parte del comprador, como podría ser, verbigracia, que garantizara el pago, aunque no lo efectuara.

⁴⁴ Los principios asentados corresponden a los cinco significados de la libertad contractual que se mencionan en el libro de Francisco Messineo, *Doctrina General del Contrato*, tomo I, Trad. R.O. Fontanarrosa, S. Sentís Melendo y M. Volterra. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, Argentina, 1952.

⁴⁵ "ART. 1839.—Los contratantes pueden poner las cláusulas que crean convenientes; pero las que se refieran a requisitos esenciales del contrato, o sean consecuencia de su naturaleza ordinaria, se tendrán por puestas aunque no se expresen, a no ser que las segundas sean renunciadas en los casos y términos permitidos por la ley."

En vista de que la translación del dominio es un efecto normal del contrato de compraventa, siempre debe producirse cuando se perfecciona el contrato; pero el que sea efecto normal o común, no significa que sea un elemento de esencia en el sentido de que siempre que exista compraventa, de inmediato y concomitantemente con el perfeccionamiento del contrato debe existir la transmisión del dominio, ya que si así fuera, no podrían existir contratos de compraventa respecto de cosas futuras o de cosas indeterminadas, ya que en estos contratos la translación de dominio no se efectúa en el momento mismo del perfeccionamiento del contrato sino cuando las cosas existen o cuando se determinan con conocimiento del comprador.

En la figura del contrato de compraventa con reserva de dominio, sí existe contrato de compraventa, ya que se generan las obligaciones propias de ese contrato, como son las de pagar el precio y en su caso entregar la cosa; y si no existiese contrato de compraventa, no existiría la obligación de pagar el precio y por tanto los pagos que hiciere el supuesto comprador serían pagos de lo indebido.

Por otra parte, puede pactarse válidamente que el efecto translativo se difiera hasta en tanto el comprador cumpla determinada obligación (como es el pagar el precio en forma total), pero no podría pactarse que el comprador aún pagando el precio nunca adquiriese el dominio de la cosa, ya que como se indicó, la translación de propiedad es un efecto que puede diferirse, pero no suprimirse en el contrato de compraventa.

Mientras el comprador no cumpla con la obligación de pagar el precio de la cosa, si a su cumplimiento se sujetó la translación del dominio, el vendedor continuará siendo el propietario de la misma y para evitar que pueda realizar actos de disposición respecto de ella, expresamente el artículo 2313 del Código Civil le impide que pueda enajenarla y por lo tanto hipotecarla, conforme a lo dispuesto por el artículo 2906 que establece que sólo puede hipotecar el que puede enajenar y sólo pueden ser gravados los bienes que pueden ser enajenados. Para que surta efecto contra tercero esta prohibición de enajenar, debe inscribirse el pacto de reserva de dominio en el Registro Público de la Propiedad; y si no es posible hacerlo, porque los bienes vendidos con la reserva no puedan inscribirse, por no ser indubitablemente identificables, la reserva de dominio no surtirá efectos contra terceros de buena fe.

Si el comprador no pagare el precio en la forma convenida y a esta obligación se sujetó la translación del dominio, el vendedor conservará la propiedad de la cosa y puede optar por el cumplimiento forzoso de esa obligación (1949) y cuando se obtenga el pago se actualizará el efecto translativo, o puede pedir la resolución del contrato. Si escoge esta última opción, las partes como consecuencia lógica de toda resolución, deberán restituirse mutuamente las prestaciones que se hubiesen hecho y por lo

tanto el vendedor deberá devolver la parte del precio que hubiere recibido y por disposición de la ley, un interés legal por las cantidades recibidas; y el comprador deberá devolver la cosa, objeto del contrato y una compensación o equivalencia por el deterioro que haya sufrido y otra por el uso que haya hecho de la misma, *fijadas por peritos*. “*Las convenciones que impongan al comprador obligaciones más onerosas que las expresadas, serán nulas*” (2311).⁴⁶

2. *El contrato de compraventa en abonos*. Ya se indicó que la obligación del comprador de pagar el precio debe hacerse cuando se entregue la cosa y de contado, si no existe pacto expreso en contrario. Ahora bien, en el contrato de compraventa en abonos, sí existe ese pacto expreso en contrario.

El contrato de compraventa en abonos es aquel en el cual las partes, mediante pacto expreso facultan al comprador para que pague el precio ya sea en forma total o parcial en cierto tiempo, mediante entregas parcia-

⁴⁶ El derecho alemán no autoriza el pacto de reserva de dominio relacionado con bienes inmuebles. El Art. 925, segundo párrafo señala: “...Una *auflassung* que se realice bajo una condición o determinación de tiempo es ineficaz.” Enneccerus, al comentar este tema, indica: “B. Reserva de la propiedad. I. El aseguramiento de un crédito al precio por estipulación de una reserva de la propiedad, sólo es posible tratándose de bienes muebles. 1. En la venta y transmisión de la propiedad de una finca, no es posible el convenio por el cual el vendedor se reserva la propiedad hasta el pago del precio, ni bajo condición suspensiva, ni bajo condición resolutoria, dada la imposibilidad de la transmisión formal condicional (Art. 925, II). No obstante, el vendedor puede hacerse prometer la retransmisión de la propiedad para el caso de que no se pague el precio, asegurándose este crédito mediante una anotación preventiva, conforme al Art. 883. A veces, también podrá interpretarse en este sentido el convenio de reserva de la propiedad. 2. Además, la reserva no es tampoco posible con referencia a un conjunto de cosas, por ejemplo, a todo un almacén de mercancías, sino sólo a las mercancías individuales...” Enneccerus, Ludwig, *Derecho de las obligaciones*, vol. 2º, Doctrina Especial 1a. parte. Bosch, Casa Edit. Barcelona, España, 1966, pp. 175 y 176.

La posición del código alemán es atractiva. El único propósito lógico de la reserva de dominio, es asegurar al vendedor el cumplimiento de las obligaciones del comprador, situación que puede lograrse mediante la utilización de los medios idóneos que preve la ley, como lo son los contratos de garantía, entre los que no se encuentra la compraventa. La reserva de dominio, normalmente en la práctica, produce serios inconvenientes: A. Limita el crédito de los compradores, por no poder dar en garantía completa el bien que han adquirido. B. Inmoviliza las fincas, ya que ni el vendedor ni el comprador, las pueden enajenar ni gravar, sin concluir la operación original. C. Es fuente de conflictos si la cosa llega a deteriorarse o destruirse por caso fortuito o fuerza mayor. D. Es un instrumento al servicio del egoísmo de especuladores que lesiona la armonía que debe existir en el tráfico inmobiliario, pues no le otorga ventajas adicionales al vendedor, a las que puede lograr mediante el contrato adecuado de garantía. E. Origina mayores gastos al comprador, y que tendrá la necesidad de pagar dos escrituras, la de compraventa con reserva de dominio y la de transmisión de la propiedad, en vez de una sola. Aun cuando la escritura de cancelación de hipoteca, cuando se utiliza este medio de garantía, también debe otorgarse al cumplimiento de la obligación, es más simple y menos gravosa, y F. En múltiples ocasiones, el comprador tiene graves dificultades para obtener el documento en que se haga constar la transmisión de la propiedad, ya sea porque al pagar, desinteresó al vendedor y éste es remiso o moroso en otorgar el documento, o porque fallece o por no haber cumplido sus compromisos fiscales, no está en posibilidad normal de otorgar el documento liberatorio y translativo.

les. Así, el comprador puede pagar parte del precio en el momento de la celebración del contrato y el saldo por partidas en cierto tiempo; o puede pagar la totalidad del precio sin que exista pago parcial inicial, mediante entregas parciales en cierto tiempo.

Si se pacta que la totalidad del precio debe pagarse en cierto tiempo pero en una sola exhibición, técnicamente no sería este contrato en abonos, sino un contrato de compraventa con el pago del precio diferido; pero pueden y de hecho se le aplican a este contrato las mismas reglas que al contrato en abonos.

El contrato de compraventa en abonos no presenta ni en cuanto a su estructura ni en cuanto a su funcionamiento, complicaciones especiales. Si el comprador no cumple, la ley otorga al vendedor las dos acciones normales para el caso de obligaciones recíprocas: la acción de cumplimiento forzoso y la acción de resolución del contrato (1949).

Sin embargo, si se desea que la posibilidad de resolución del contrato por el incumplimiento de la obligación de pago del comprador, afecte a terceros, debe forzosamente pactarse la cláusula comisorias en forma expresa y debe inscribirse esa cláusula en el Registro Público de la Propiedad.

Lo anterior obedece a que tan pronto como se ha celebrado el contrato (si recae sobre cosas ciertas y determinadas) la propiedad se ha transmitido al comprador, porque en este contrato no existe (se supone), una cláusula expresa de reserva de dominio, y por lo tanto el comprador, como propietario ya de la cosa, puede enajenarla o gravarla. Si la enajena o grava a tercero de buena fe y a título oneroso, no puede perjudicarle a éste la resolución del contrato si no se inscribió en el Registro Público la cláusula resolutoria expresa, ya que "los actos o contratos celebrados por personas que en el registro aparezcan con derecho para ello, no se invalidarán, en cuanto a tercero de buena fe, una vez inscritos, aunque después se anule o resuelva el derecho del otorgante, en virtud de título anterior no inscrito o de causas que no resulten claramente del mismo registro".⁴⁷

Si los bienes vendidos en abonos no son indubitavelmente identificables, no podrán ser objeto de inscripción registral y por lo tanto tampoco puede inscribirse en el registro una cláusula resolutoria expresa, derivada de un contrato de compraventa en abonos, y por lo tanto tal cláusula, aunque se pacte, no podrá producir perjuicio a terceros (2310-III).

Si se resuelve un contrato de compraventa en abonos por incumplimiento de la obligación de pago por parte del comprador, las partes deben devolverse recíprocamente las prestaciones que se hubieren hecho,

⁴⁷ Éste era el texto del Art. 3007 del Código Civil, antes de las reformas que entraron en vigor a partir del primero de enero de 1979. El texto actual del artículo es: "Los documentos que conforme a este código sean registrables y no se registren, no producirán efectos en perjuicio de terceros."

con las adicionales en los términos ya señalados para el contrato de compraventa con reserva de dominio y como en ese contrato, *toda convención, que imponga al comprador obligaciones más onerosas, será nula.*

3. *El contrato de compraventa con pacto de preferencia.* Este contrato es en el cual las partes pactan expresamente que el comprador se obliga a no vender el bien que adquiere como consecuencia de la compraventa, sin darle antes preferencia al vendedor para volver a adquirirlo, en igualdad de condiciones en que pudiera adquirirlo un tercero.

Si el vendedor desea hacer uso del derecho que le confiere la cláusula contractual, y no pactaron un tiempo determinado para ese efecto, deberá pagar el precio que el tercero ofreciere, en un plazo de tres días si la cosa fuere mueble y de diez días si fuere inmueble, y en caso de que sí se hubiere pactado un tiempo determinado para hacer ejercicio de ese derecho, deberá dar las seguridades necesarias de que pagará el precio al expirar el plazo. Si no cumpliere con esos requisitos, el pacto de preferencia quedará sin efecto.

Para el caso de que el comprador propietario no cumpliere con su obligación y vendiere el bien a un tercero, la venta es válida, pero será responsable de los daños y perjuicios que le originare al vendedor original, titular del derecho de preferencia, en los mismos términos en que lo estaría cualquier obligado a no hacer alguna cosa, en caso de contravención (2028 y 2305).⁴⁸

No debe de confundirse este derecho de preferencia con el derecho al tanto o del tanto que la ley otorga a los comuneros, ya que entre otras diferencias, los efectos que produce el incumplimiento del derecho del tanto, es que la enajenación no produce efectos, es decir, no le es oponible al comunero (copropietario, coheredero o socio) preterido, y por lo tanto éste puede hacer suyos todos los derechos y obligaciones del adquirente, pagando el precio que se hubiese dado por la cosa.⁴⁹

La naturaleza jurídica del derecho del tanto, se concluye, es que es un derecho subjetivo establecido en la ley; y el derecho de preferencia por el tanto, es una obligación de no hacer.

4. *El contrato de compraventa con pacto de no vender a determinada persona.* Este contrato de compraventa, es aquel en el cual las partes pactan de co-

⁴⁸ La ley da una solución simplista al problema del incumplimiento de este pacto. Sin embargo, si el pacto de preferencia consta en el título del vendedor, no puede considerarse que el comprador actuó de buena fe, en forma sensata y si en esa situación celebran la compraventa, pueden encontrarse motivos serios y fundados y además razones morales, para concluir que el acreedor del pacto tiene una acción de nulidad de esa operación y después presionar al dueño para que venda el bien en las condiciones que pretendió venderlo al tercero.

⁴⁹ Para ampliar el estudio del derecho del tanto y el de preferencia por el tanto, consúltese en esta misma obra el apéndice número cuatro "El Derecho del Tanto de los Arrendatarios de Casa Habitación y la Intervención Notarial".

mún acuerdo que el vendedor no pueda vender a determinada persona el bien que ha adquirido y que es objeto del contrato.

El artículo 2301 dispone: "Puede pactarse que la cosa comprada no se venda a determinada persona; pero es nula la cláusula en que se estipule que no puede venderse a persona alguna."

De lo anterior se desprende que no puede pactarse que la cosa adquirida no pueda ser vendida, porque tal estipulación implicaría una limitación a la propiedad sin una fundamentación legal e inmovilizaría los bienes, con grave perjuicio a la economía nacional. Si se estipulase una cláusula con ese contenido, técnicamente debe tenerse por no puesta y el comprador podría disponer del bien sin ninguna responsabilidad por su parte, y sería nula la cláusula penal o la que estableciera daños y perjuicios en caso de contravención.

En cambio, sí puede pactarse válidamente que la cosa comprada no se venda a determinada persona. Sin embargo, tal cláusula no debe establecerse en forma caprichosa por el vendedor, o sin que tenga un interés legítimo, atento lo dispuesto por el artículo 840 que establece: "No es lícito ejercitar el derecho de propiedad de manera que su ejercicio no dé otro resultado que causar perjuicios a un tercero, sin utilidad para el propietario."

Si se establece la cláusula, ésta necesariamente supone una obligación de no hacer a cargo del comprador; no debe vender el bien a determinada persona, y su incumplimiento debe originar simplemente el pago de daños y perjuicios (2027) o el pago de la prestación que se haya pactado como pena en caso de contravención (1840).

La cláusula de no vender a determinada persona, no puede calificarse como una falta de capacidad o como una limitación a la propiedad, porque las incapacidades y limitaciones a la propiedad sólo pueden provenir de la ley y no de pactos contractuales, ya que tales situaciones podrían afectar derechos de la colectividad y son normas de orden público las que regulan la libertad y la propiedad, con las limitaciones que establezca el interés público.⁵⁰

5. *El contrato de compraventa de esperanza.* La ley dispone que las cosas, para que puedan ser objeto de los contratos, deben existir en la naturaleza (1825); sin embargo, acepta la posibilidad de que las cosas futuras también pueden ser objeto de los contratos, a excepción de la herencia de personas vivas (1826) y, en el contrato de donación, establece la prohibición de contratar sobre cosas futuras (2333).

No puede ser objeto de contratación la cosa que no ha existido y no tiene posibilidad de existir, ni aquella que existió pero que ha perecido antes de la celebración del contrato.

⁵⁰ "ART. 830.—El propietario de una cosa puede gozar y disponer de ella con las limitaciones y modalidades que fijen las leyes." En relación a este tema, puede consultarse la obra citada del maestro Rojina Villegas. Tomo Sexto, Vol. I, pp. 439 a 491.

De ahí que, el requisito de que las cosas como objeto del contrato y contenido de la prestación de dar, existen en la naturaleza, compaginándolo con la posibilidad de celebrar contratos de cosas futuras, debe entenderse en el sentido de que tales cosas existan en la naturaleza o tengan la posibilidad fáctica de existir.

Las cosas futuras pueden llegar a existir por la voluntad del hombre, por simple efecto de la naturaleza y por la conjugación de la actividad humana y el proceso natural. Para efectos jurídicos, también puede considerarse al azar como fuente de las cosas, tal es el caso del tesoro, que no puede considerarse que exista antes de haber sido encontrado.

Si el contrato de compraventa se celebra respecto de cosas que existirán por efecto natural con o sin intervención previa de la actividad humana o respecto de cosas que constituyan el producto incierto de un hecho, se califica como compraventa de esperanza, si el comprador toma a su cargo el riesgo de que tales cosas lleguen a existir, y como compraventa de cosa esperada, si no toma a su cargo tal riesgo. Si el contrato se celebra respecto de cosas que para existir requieran de la voluntad del hombre, y el vendedor se obliga a fabricarlas, elaborarlas o mandarlas fabricar o elaborar, el contrato se califica como de compraventa de cosa futura, aun cuando esta terminología pueda ser equívoca, ya que también los contratos antes mencionados son de cosa futura.

En el contrato de compraventa de esperanza, el comprador puede tomar para sí el riesgo de la existencia de la cosa o simplemente el riesgo respecto a la cantidad que pueda llegar a existir de esa cosa. Pueden las partes convenir expresamente en que el comprador tome para sí el riesgo de que los frutos no lleguen a existir en determinada cantidad, pero no de que no lleguen a existir en forma absoluta y en ese caso estará obligado a pagar la totalidad del precio convenido aunque no se den en la cantidad esperada, pero no estará obligado a pagar el precio si no llegasen a existir en forma absoluta.

El contrato de compraventa de esperanza se puede conceptuar señalando que es aquel por virtud del cual una persona llamada vendedor, se obliga a entregar a la otra llamada comprador, una cosa futura que sea producto de la naturaleza, o los frutos de una cosa o los productos inciertos de un hecho,, quien se obliga a pagar por ellos un precio cierto y en dinero, tomando el comprador para sí el riesgo de que tales objetos no lleguen a existir o no lleguen a existir en la cantidad prevista por él, y que produce el efecto de transmitir al comprador la propiedad de esos bienes cuando lleguen a existir si existen o en la medida en que existan.

En este contrato hay que tomar en consideración cuatro aspectos importantes:

A. El comprador siempre se obliga a pagar un precio cierto y en dinero, en los términos analizados al tratar de las obligaciones del comprador, independientemente de la obligación de entrega del vendedor, ya que ha

tomado el riesgo de que las cosas lleguen a existir en su totalidad o sólo de que lleguen a existir en una cantidad cualquiera. Puede pactarse la compraventa de una cosecha que tiene la posibilidad de perderse antes de ser levantada, o la compraventa de uva antes de la vendimia, que se calculó en diez toneladas y resultó de cinco.

B. Las obligaciones del vendedor están sujetas a una condición suspensiva, consistente en que lleguen a existir las cosas en forma total o en la medida en que existan si bajo esas bases se celebró el contrato. El hecho futuro de realización incierta, de que lleguen a existir las cosas, no depende de la voluntad del obligado, pero como en todos los casos de obligaciones sujetas a condición suspensiva, el posible deudor está obligado (obligación primaria) a conservarse en aptitud de poder cumplir con su obligación de entrega (obligación secundaria) si se realiza el hecho que se previo incierto en la celebración o realización del acto. El contrato en su totalidad no está sujeto a condición suspensiva, ya que la obligación del comprador de pagar un precio cierto y en dinero, no depende de la realización de un hecho que se prevé incierto, sino que, muy por el contrario, está determinada su obligación y debe cumplirla en todo caso, prodúzcanse o no los bienes que constituyen el contenido de la prestación de dar del vendedor.

C. Este contrato es aleatorio desde el punto de vista de que el contenido de la prestación de dar del vendedor, o lo que es lo mismo sus gravámenes, no son ciertos y conocidos en el momento de la celebración del contrato y correlativamente para el comprador, tampoco lo son sus provechos.

D. En los términos de lo asentado en la parte primera de esta obra, el contrato de compraventa de esperanza, como cualquier contrato, tiene como objeto regular la conducta tanto de una parte como de la otra. La prestación de dar del comprador siempre tendrá un contenido consistente en el precio cierto y en dinero, y la del vendedor lo tendrá en la medida en que lleguen a existir las cosas. Si las cosas no llegan a existir no es válido concluir que no existe objeto en el contrato, ya que el objeto como elemento del contrato es la conducta de las partes y se está regulando la del vendedor al imponerle la ley la obligación de conservarse en aptitud de poder cumplir con la obligación de entrega si llegan a existir las cosas. Llegar a una conclusión diferente podría equivaler a indicar que no puede haber obligaciones que tengan como contenido un simple hacer, que es necesario que el contenido de las prestaciones siempre sea un dar, lo que es absurdo y falso. Si se toma en consideración que en este contrato siempre hay objeto, como elemento del mismo, por regular la conducta del vendedor y del comprador, no es necesario recurrir a los artilugios de considerar que se está pagando un precio cierto y en dinero o cambio de una “esperanza” o de una “probabilidad”.

La ley dispone que todos los demás derechos y obligaciones de las partes serán los que se determinan en el título de la compraventa (2793).

6. *El contrato de compraventa de cosa esperada.* Este contrato también recae sobre cosas futuras y en él se subordina la entrega de la cosa y el pago del precio a la condición suspensiva de que la cosa llegue a existir.

En este caso, a diferencia del anterior, tanto la obligación del vendedor de entregar la cosa, como la del comprador de pagar el precio, están sujetos a la condición suspensiva de que las cosas, consistentes en los frutos que un bien produzca en el tiempo fijado por las partes o en los productos inciertos de un hecho, lleguen a existir y el monto de las prestaciones, dependerá de la medida en que existan esos frutos o productos.

Si la cosa no llega a existir sin culpa de cualesquiera de las partes, no existirá la obligación ni de entregarla (porque a lo imposible nadie está obligado) ni de pagar el precio.

Si la cosa futura sólo llega a existir en parte, sólo habrá la obligación de entregarla en lo que existiere y la obligación de pagarla en la parte proporcional correspondiente.

Este no es un contrato aleatorio, sino uno condicional, y como tal, no debe depender la existencia de la cosa, y por lo tanto el cumplimiento de la condición, de la voluntad de ambas partes o de una de las partes, ya que en ese supuesto, la obligación condicional sería nula (1944).

Si cualquiera de los obligados, y en este supuesto ambas partes están obligadas por ser sus obligaciones correlativas, impidiere voluntariamente el cumplimiento de la condición, ésta se tendrá por cumplida en su perjuicio (1945).

Si se conviene en que una persona comprará todos los frutos que produzca en un año una huerta de mangos a razón de un peso por mango, si no se produce ninguno, no existirá la obligación del vendedor de entregar, ni del comprador de pagar el precio; pero si se producen, habrá la obligación de entregar los producidos y de pagar por cada uno de ellos, el precio convenido.

Así, en este contrato respecto de cosas futuras, está condicionada la obligación del vendedor de entregarlas y del comprador de pagarlas, a que lleguen a existir y si no llegasen a existir, la venta queda sin efectos.⁵¹

7. *El contrato de compraventa de cosa futura.* El contrato de compraventa de cosa futura, es aquel por virtud del cual el vendedor se obliga a entregar al comprador a cambio de un precio cierto y en dinero, cosas futuras,

⁵¹ "La venta de cosa futura puede hacerse en dos formas tradicionales: como contrato conmutativo y condicional o como contrato aleatorio. A. En el primer caso se trata de la venta (condicional) de la cosa esperada (*emptio rei speratae*)... En tales casos se subordina la entrega de la cosa futura que se vende, a la condición suspensiva de que la cosa llegue a existir, y si la cosa esperada no llega a existir, la venta queda sin efecto, pues el comprador no ha cargado con el riesgo de que no llegue a existir." Rezzónico, Luis María, *Estudio de los contratos. Ob. cit.*, tomo I, pp. 109 y 110.

comprometiéndose a que existan y tomando a su riesgo su elaboración o fabricación.

En este contrato la obligación de entrega no está sujeta a una condición suspensiva consistente en que las cosas lleguen a existir, sino que existe una obligación adicional a cargo del vendedor, además de las normales en cualquier compraventa, consistente en la elaboración o fabricación de las cosas objeto indirecto del contrato.

Si las cosas no llegan a existir, habrá un incumplimiento de la obligación del vendedor por falta de su elaboración o fabricación, y el comprador podrá hacerlas elaborar o fabricar a cargo del vendedor (2027) tendrá la acción de resolución del contrato y en todo caso el derecho a reclamar daños y perjuicios (1949).

Mientras el vendedor no elabore o fabrique las cosas a que se ha comprometido y que son objeto del contrato de cosa futura, el comprador no tiene la obligación de pagar el precio, a menos que otra cosa se haya convenido, atento lo dispuesto por el artículo 1434 del Código Civil mexicano de 1884, aplicado por analogía que señala: “En las obligaciones recíprocas ninguno de los contratantes incurre en mora si el otro no cumple o no se allana a cumplir debidamente la obligación que le corresponde”.

8. *El contrato de compraventa a vistas.* El artículo 2257 del Código Civil indica que “las compras de cosas que se acostumbran gustar, pesar o medir, no producirán sus efectos sino después que se hayan gustado, pesado o medido los objetos vendidos”.

Por lo tanto habrá compraventa a vistas, cuando recaiga sobre cosas que se acostumbra gustar, pesar o medir y mientras esto no se haga, no producirán sus efectos.

En relación con la compraventa a vistas debe hacerse una distinción, por una parte los contratos respecto de las cosas que se acostumbran pesar y medir, y por la otra, respecto de las cosas que se acostumbran gustar.

En los contratos respecto de cosas que se acostumbran pesar o medir, *las partes suspenden los efectos* de la compraventa al cumplimiento de la obligación de hacer, que ambos contraen, consistente en pesar o medir esos objetos. Por la celebración de ese contrato, aunque no se pacte expresamente, el vendedor tiene la obligación de permitir el que las cosas sean medidas o pesadas y ante su incumplimiento, el comprador tiene las dos acciones que le otorga el artículo 1949 de ejecución forzosa o de resolución del contrato, con el pago de daños y perjuicios; y ambas partes adquieren la obligación de pesar o medir las cosas objeto del contrato y ante el incumplimiento de cualquiera de ellas, por no ser una obligación de carácter personalísimo, la otra puede pedir judicialmente el pesar o medir las cosas por sí misma o por otra persona, en los términos del artículo 2027.

En los contratos respecto de cosas que se acostumbran gustar, *las partes hacen depender los efectos* de la compraventa, del cumplimiento de obligaciones diversas por parte de los contratantes y de una declaración de carácter subjetivo por parte del comprador, consistente en manifestar que le satisfizo el gusto que haya hecho de la cosa. Por lo anterior, puede decirse que este contrato genera obligaciones complejas. Primero, por su simple celebración, produce el efecto de obligar o crear la obligación a cargo del vendedor consistente en que debe poner a disposición del comprador la cosa objeto del contrato para que éste la pruebe o guste y crea la obligación a cargo del comprador consistente en que debe probar o gustar esa cosa y manifestar si fue o no de su agrado; si ambas partes cumplen con su obligación y el comprador manifiesta que la cosa le satisfizo, segundo, crea las obligaciones normales de la compraventa a cargo de ambos contratantes. Si una de las partes no cumple con su obligación primaria, la otra tendrá las acciones de cumplimiento forzoso y de resolución del contrato, y en ambos casos el pago de daños y perjuicios, y dependerá de la declaración de carácter subjetivo del comprador, consistente en manifestar que le satisfizo el gusto o prueba de la cosa, para que se generen las obligaciones secundarias que son efecto de un contrato de compraventa normal.

En todo caso de compraventa a vistas, como en su primera etapa se generan sólo obligaciones de hacer, deben cumplirse en el tiempo convenido y si no se convino nada al respecto, deben cumplirse cuando lo exija la otra parte, siempre que haya transcurrido el tiempo necesario para hacer factible el cumplimiento de la obligación (2080).

Como los efectos normales y más importantes del contrato de compraventa son la transmisión del dominio del bien y la creación de las obligaciones de entregar la cosa y pagar el precio, y éstos, en los contratos de compraventa a vistas, se han suspendido hasta en tanto las cosas sean pesadas o medidas o se han hecho depender de que el comprador guste o pruebe las cosas y manifieste su agrado con tal gusto, mientras las cosas no sean gustadas, pesadas o medidas, no se habrá operado la transmisión del dominio del vendedor al comprador y no habrán nacido las obligaciones de entrega de la cosa ni del pago del precio, y por lo tanto si la cosa perece en ese momento, se pierde para el vendedor que sigue siendo su propietario, cuando no ha habido culpa o dolo por parte del comprador (2017).⁵²

9. *Contrato de compraventa sobre muestras.* Este contrato está previsto en el artículo 2258 que indica: “Cuando se trate de venta de artículos deter-

⁵² “La modalidad que afecta estas ventas es, según cierta parte de la doctrina, una condición suspensiva: sin embargo, la mayoría de los autores franceses sostienen que no hay aquí tal cosa, sino una circunstancia que afecta al consentimiento, de tal suerte que, entretanto las cosas no se gusten, pesen o midan, no habrá todavía acuerdo de voluntades. Tal es la opinión

minados y perfectamente conocidos, el contrato podrá hacerse sobre muestras. En caso de desavenencia entre los contratantes, dos peritos nombrados uno por cada parte, y un tercero, para el caso de discordia, nombrado por éstos, resolverán sobre la conformidad o inconvincencia de los artículos con las muestras o calidades que sirvieron de base al contrato”.

El contrato de compraventa sobre muestras es aquel que se celebra respecto de cosas que no están individualizadas por las partes en el momento de la celebración y que para poder determinarlas y en su oportunidad entregarlas, las partes convienen en que sirva de patrón una muestra.

La obligación específica que nace de este contrato, es la de entregar, por parte del vendedor, la cantidad respecto de las cosas objeto del mismo, acorde con la muestra exhibida; debiéndose estar en caso de desavenencia a lo ordenado en el artículo transcrito.

Como lógicamente las cosas objeto del contrato no están a la vista de las partes y no están individualmente identificadas, el vendedor puede entregar cualesquiera cosas, siempre y cuando coincidan con la muestra exhibida al celebrarse el contrato.

Como consecuencia de lo anterior, la transmisión del dominio se opera en este contrato, no por el simple efecto de su celebración, sino cuando las cosas se individualizan y se hagan ciertas y conocidas con conocimiento del comprador (2015) y siempre y cuando no haya desavenencia entre las partes o habiéndola, los peritos determinen que sí existe coincidencia entre las cosas individualizadas por el vendedor y la muestra exhibida. Si los peritos determinan que no existe tal coincidencia, no se habrá operado la transmisión del dominio, por no corresponder al objeto del contrato los bienes individualizados.

Respecto al lugar y tiempo de entrega de las cosas, debe estarse a las reglas normales del contrato de compraventa.

10. *El contrato de compraventa por acervo.* La compraventa por acervo también recibe como denominaciones: compraventa sólo a vistas, *ad-corpus*, a precio alzado y a puerta cerrada, y es aquella en que respecto al objeto se hace referencia en forma fundamental al continente, no al contenido. Cuando se venden todos los objetos que se encuentren en un mostrador, en una bodega, en una vasija, etc. y marca la ley que aunque los objetos contenidos sean de los que se suelen contar, pesar o medir, la venta queda

de Planiol, de Hemard y Josserand, que estudian la venta a vistas, no dentro del capítulo de las modalidades, sino en la teoría del consentimiento.” “Creemos que debe hacerse la siguiente distinción: La venta de cosas que se acostumbran gustar no existe, y por tanto el consentimiento no se forma, sino hasta que la cosa se ha gustado y el comprador resuelve, a su arbitrio, si la acepta o no. Aquí no existe una condición suspensiva, porque ésta se caracteriza no sólo por ser un acontecimiento futuro e incierto, sino porque no depende exclusivamente de la voluntad del deudor, y el código previene que es nula la obligación que depende exclusivamente de su voluntad”. Rojina Villegas, Rafael, *ob. cit.*, tomo sexto, vol. 1, pp. 446 y 453.

perfeccionada cuando las partes convienen en su precio, sin que el comprador pueda pedir la resolución del contrato alegando no haber encontrado en el acervo la cantidad, peso o medida que él calculaba (2259).

La ley dispone que el comprador sólo puede pedir la resolución del contrato, si el vendedor presenta el acervo como de especie homogénea y ocultara en él especies de clase o calidad inferior de las que están a la vista. Técnicamente ese contrato sería nulo, por el dolo y mala fe manifestadas por el vendedor.

En la práctica, las compraventas llamadas por acervo o sólo a vistas, son las que se refieren a bienes muebles; las llamadas a precio alzado o *ad-corpus*, son las que se refieren a bienes inmuebles y las llamadas a puerta cerrada, son las mercantiles, respecto de negociaciones comerciales.

Si se refiere la compraventa a inmuebles y se realizare a precio alzado, sin estimar especialmente sus partes o medidas (*V. gr.* la casa número diez de la calle de las Rosas y terreno en que está construida) no habrá lugar a la resolución aunque en la entrega hubiere falta o exceso (2261) y si se han designado los linderos, el vendedor debe entregar todo lo que se comprenda dentro de ellos, aunque exista exceso o disminución en las medidas expresadas en el contrato (2290).⁵³

Todas las reglas normales del contrato de compraventa deben aplicarse a estos contratos siempre que no se opongan a las características señaladas.

11. *El contrato de compraventa judicial.* Aun cuando la ley califique como "venta judicial" la enajenación forzada en almoneda, subasta o remate públicos de bienes del deudor, como consecuencia de un procedimiento judicial y que tiene por finalidad obtener la liquidez de esos bienes para pagar a su acreedor el monto total o parcial de su crédito, tal operación técnicamente no es una compraventa.

No debe confundirse el momento de la enajenación de los bienes, con el otorgamiento del documento que, cuando se refiere a bienes inmuebles, es necesario para la validez del acto.

El hecho de que la ley equipare a la enajenación forzada en los térmi-

⁵³ "Aun cuando es difícil distinguir la venta por acervo de la que recae sobre las cosas que se acostumbra contar, pesar o medir, debe tenerse presente que la primera se refiere siempre al continente, en tanto que la segunda al contenido, es decir, en la venta por acervo se atiende a la totalidad o conjunto y generalmente éste se identifica por algo que lo contiene, como una bodega, un carro de ferrocarril, etc. Una vez que las partes se han puesto de acuerdo, el riesgo será a cargo del comprador, en tanto que en la otra clase de ventas, mientras las cosas no se hayan contado, pesado o medido, el riesgo será para el vendedor. Además, en la venta por acervo, cosa y precio son exigibles una vez que se han puesto de acuerdo las partes respecto a los mismos; en cambio, será necesario contar, pesar o medir, para determinar primero las cosas y el precio en función de ciertas unidades y, después, para exigir unos y otro", Rojina Villegas, Rafael, *ob. cit.*, tomo sexto, vol. I, pp. 459 y 460.

nos apuntados con el contrato de compraventa, es sólo para los efectos de lograr una mejor calificación e interpretación de esa figura.

No es un contrato, porque no existe acuerdo de voluntades entre el propietario del bien y deudor del crédito que da origen al procedimiento judicial, y el mejor postor en la audiencia de remate, para transmitir la propiedad del bien a cambio de un precio cierto y en dinero, ya que por regla general el propietario no acude a esa audiencia, y aunque lo hiciera y manifestara su conformidad con el procedimiento, su consentimiento es irrelevante para la enajenación del bien.

Por otra parte, ni una ni otra persona, ni aun el juez del conocimiento fijan el precio en que se remata la cosa; tampoco los peritos que por disposición legal deben valorar la cosa, ya que ellos sólo señalan un valor que servirá de base para calificar la legalidad de las posturas. En todo caso, el mejor postor será el que fije el precio al ofrecer una cantidad a cambio de la cosa, que debe ser cuando menos la mínima que sea considerada como postura legal. En tal forma, si no hay acuerdo de voluntades entre el propietario y el adquirente en el remate, ni respecto a la transmisión del bien ni respecto del precio, no puede hablarse de contrato y menos de contrato de compraventa.

La llamada venta judicial y técnicamente enajenación forzada de bienes como consecuencia de un procedimiento judicial, se rige respecto de la sustancia del acto y de sus efectos, por las disposiciones de la compraventa civil, con las excepciones que se señalan en el capítulo correspondiente⁵⁴ y respecto a los términos y condiciones en que deban verificarse, por las disposiciones del Código de Procedimientos Civiles (2323).

La transmisión del dominio del bien en estas operaciones, se verifica en el momento en que queda firme el auto o acuerdo por el cual el juez del conocimiento aprueba el remate en favor del mejor postor. La transmisión del dominio no se opera cuando el postor ofrece la mejor postura, es decir, cuando ha manifestado su voluntad de adquirir el bien en determinado valor, ni cuando se otorga el documento que pueda ser necesario para la validez de la translación.

Siendo la transmisión de propiedad de bienes muebles un acto consensual, si se rematan éstos, bastará como título para el adquirente, una copia certificada del acta de remate.

Si se trata de bienes inmuebles cuyo valor no exceda de la cantidad que resulte de multiplicar por trescientos sesenta y cinco el importe del salario mínimo general vigente en el Distrito Federal, bastará también con la certificación del acta de remate, ya que no sería posible celebrar el acto en forma privada y ante testigos, pues emana de un procedimiento judicial.

⁵⁴ Capítulo IX, Título Segundo de la Segunda Parte del Libro Cuarto del Código Civil.

Sólo cuando el remate es respecto de bienes inmuebles, cuyo valor exceda la cantidad precisada en el párrafo anterior, debe constar el acto en escritura pública y en el caso de que compareciere el deudor a firmar la escritura, no está transmitiendo la propiedad del bien ni perfeccionando la operación por su voluntad, ya que la translación de dominio se operó cuando quedó firme el auto que aprobó el remate y sólo está consintiendo en darle al acto la forma prescrita por la ley; y si no comparece, la escritura la debe firmar el juez.

No pueden adquirir bienes por remate, bajo sanción de nulidad absoluta del acto (8) ni por sí, ni por interpósita persona, el secretario y demás empleados del juzgado; el ejecutado, sus procuradores, abogados o fiadores; los peritos que hayan valuado los bienes, ni los albaceas o tutores, si se trata de bienes pertenecientes a la sucesión o a los incapacitados, respectivamente (2324).

Las enajenaciones judiciales se harán, por regla general, en moneda efectiva y al contado, y cuando la cosa fuere inmueble, pasará al adquirente libre de todo gravamen, a menos de estipulación expresa en contrario, a cuyo efecto el juez mandará hacer la cancelación o cancelaciones respectivas (2325).

En estas operaciones, si el adquirente sufre evicción, el ejecutado sólo está obligado a restituir "el precio que haya producido la venta" (2141).

Por último, el ejecutado no tiene la obligación de responder por los vicios ocultos, ya que se supone que los peritos, al valuar los bienes dentro del procedimiento judicial, tomaron en cuenta esos vicios para determinar el valor que sirviera de base al remate (2162).

CAPÍTULO VIII

EL CONTRATO DE PERMUTA

SUMARIO: I. El concepto.—II. Las características.—III. La aplicación de la mayor parte de las reglas de la compraventa a este contrato.—IV. La clasificación.—V. Los elementos: 1. El consentimiento.—2. El objeto.—3. La forma.—VI. Los presupuestos: 1. La capacidad.—2. La ausencia de vicios en el consentimiento y la licitud.—VII. Las consecuencias: 1. Respecto al objeto.—2. Respecto a las partes.

I. EL CONCEPTO.—El contrato de permuta es aquel por virtud del cual, una de las partes se obliga a entregar una cosa o a documentar la titularidad de un derecho a la otra parte contratante, quien como contraprestación se obliga a entregar otra cosa diversa o a documentar la titularidad de otro derecho a la primera y que produce el efecto traslativo de dominio respecto de los bienes que sean materia del contrato.¹

Ambas partes en este contrato reciben el nombre de permutantes.

Éste es uno de los contratos más antiguos que se han usado. Antes de la existencia de la moneda, no había otra forma para intercambiar bienes, que a través de la permuta o trueque.

Poco a poco fue haciéndose sentir entre los individuos la necesidad de contar con un elemento común de cambio para facilitar el comercio de bienes y mercancías y así en la antigua roma, se usó primero el ganado (*pecus*, de donde derivan las voces de pecunia, pecuniario y otras) y después, los metales de preferencia preciosos, como el oro, la plata y el cobre. Entre los habitantes de la América precolombina, se usó como medida de cambio las semillas de cacao, piedras de valor y conchas encarnadas.²

¹ Permuta es la denominación jurídica del trueque, cambio o permutación. La ley conceptúa a este contrato como “el contrato por el cual cada uno de los contratantes se obliga a dar una cosa por otra” (2327). El Código Civil argentino en su art. 1485 señala: “El contrato de trueque o permutación tendrá lugar cuando uno de los contratantes se obligue a transferir a otro la propiedad de una cosa, con tal que éste le dé la propiedad de otra cosa”. El codificador argentino comenta en relación con este artículo: “La convención por la cual las partes se prometiesen el uso de una cosa, por el uso de otra, o servicios por otros servicios, no constituiría un cambio. Para la permutación es necesaria la transmisión de la propiedad de un cuerpo cierto.” (Ver el código civil argentino, anotado).

² *México a través de los siglos*. Obra publicada bajo la dirección del gral. Vicente Riva Palacio. Tomo I escrito por D. Alfredo Chavero, Cumbre, 9a. ed., México, 1992, p. 651.

Tan pronto como se generalizó el uso de la moneda, el contrato de permuta fue cediendo en importancia y en uso generalizado en favor de la compraventa.

En México, durante la vigencia de la Ley del Timbre, el contrato de permuta respecto de inmuebles estaba gravado sólo sobre el inmueble de mayor valor, lo que originó que por esa conveniencia económica-fiscal se celebraran estos contratos y que los interesados buscaran acomodar sus intereses a través de la permuta. A partir de la entrada en vigor de la Ley del Impuesto sobre Adquisición de Inmuebles, que derogó la Ley General del Timbre, se dispuso que "en las permutas se considerará que se efectúan dos adquisiciones" y por lo tanto, debió pagarse el impuesto en forma separada por cada inmueble, lo que originó la pérdida del interés por la celebración de este contrato, y aun en los casos en que de hecho estaba justificado por haber dos entregas y dos transmisiones de inmuebles entre las partes, prefirieron, por claridad, recurrir a la celebración de dos contratos de compraventa.³

En épocas de crisis económica y de depreciación acelerada de la moneda y devaluaciones frente a las divisas extranjeras, vuelve a tomar interés la celebración del contrato de permuta, para evitar la tenencia de dinero, que pierde su valor día a día.

El Dr. Roberto A. Gil Iglesia califica de simple a la permuta que se hace respecto de dos bienes sin determinar su valor; estimativa, si se determina su valor; pura cuando las prestaciones de las partes no se adicionan con dinero para compensar el valor de las cosas y mixta cuando exista esa cantidad adicional en dinero, en una de las prestaciones. (Ver la voz Permuta, en la Enciclopedia Jurídica Omeba, Driskill, Buenos Aires, 1991, p. 91).

II. LAS CARACTERÍSTICAS.—Las características que diferencian a este contrato de cualquier otro y lo hacen distinto de los demás son:

1. La permuta, como la compraventa, es un contrato translativo de dominio, por naturaleza.

2. El contenido de las prestaciones de dar de las dos partes contratantes, siempre será una cosa o un derecho, aun cuando la ley considera el contrato como permuta, si en una de las partes a cambio de la transmisión de propiedad de una cosa o de la titularidad de un derecho, su contra-

³ La Ley del Timbre se publicó en el *D. O.* del 31 de diciembre de 1953 en su artículo 4 fracción XVI señalaba: Permuta... B) Si uno de los bienes objeto de la permuta o ambos son inmuebles, se aplicarán sobre el monto del bien de mayor valor, las cuotas establecidas en los subincisos 1 a 7 del inciso C de la frac. VII (que se refería a la compraventa). Esa ley se derogó por la Ley General del Timbre, publicada en el *D. O.* del 24-XII-1954. La Ley del Impuesto sobre Adquisición de Inmuebles, publicada en el *D. O.* del 31-XII-1979, derogó la anterior.

prestación se integra parte con el valor de otra cosa o derecho y parte en dinero, siempre y cuando el valor de la cosa o derecho sea mayor que la parte en numerario; ya que si es igual o menor, el contrato será de compraventa.

En el supuesto de que la prestación de una de las partes se integre parte en dinero y parte con el valor de una cosa, podría considerarse, ya que se trata de un contrato innominado o que debe considerarse como compraventa por la parte correspondiente al dinero y como permuta la correspondiente a la cosa o derecho.

La ley mexicana para evitar confusiones determinó que si la parte en numerario es igual que la que se pague con el valor de otra cosa, el contrato sería de compraventa. Cuando se estudian los contratos innominados, un método de interpretación consiste en determinar cuál es el elemento principal en ese contrato y una vez que se precisa, a través de la teoría de la asimilación, considerar a ese contrato, como si fuera el reglamentado con el que coincida ese elemento que se consideró más importante. En este caso puede suponerse que el legislador consideró que si la parte en numerario es igual a la que se paga con el valor de otra cosa, el contrato sería de compraventa, para evitar la posible discusión posterior de las partes. No siempre el legislador da la misma solución; en Argentina el artículo 1356 de su Código Civil, no da ninguna solución al señalar "Si el precio consistiere, parte en dinero y parte en otra cosa el contrato será de permuta o cambio si es mayor el valor de la cosa y de venta en caso contrario", sin embargo el autor D. Luis María Rezzónico en su obra *Estudio de los contratos* en una nota señala: "Cuando se entregan cosas y dinero (*échange avec soulte*), por expresa disposición del art. 1356 de nuestro C. Civil y 1554 del antiguo C. Civil italiano, el contrato es de permuta si el valor de la cosa es mayor que la suma de dinero, y es de compraventa si la suma de dinero es de mayor valor que la cosa que se entrega; y si los valores son iguales, se entiende que hay permuta".⁴

III. LA APLICACIÓN DE LA MAYOR PARTE DE LAS REGLAS DE LA COMPRAVENTA A ESTE CONTRATO.—En algunas legislaciones no se reglamenta el contrato de permuta, sólo se indica que las disposiciones de la compraventa

⁴ Rezzónico. Tomo I. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1967, p. 495.

El Código Civil español señala un criterio de distinción diferente. Su Art. 1446 indica: "Si el precio de la venta consistiera parte en dinero y parte en otra cosa, se calificará el contrato por la intención manifiesta de los contratantes. No constando ésta, se tendrá por permuta si el valor de la cosa dada en parte del precio excede al del dinero o su equivalente; y por venta en el caso contrario".

No obstante lo preceptuado en la primera parte del artículo, debe entenderse que la calificación de las partes no es determinante si no obedece a una situación real, ya que debe prevalecer la intención de las partes a las palabras utilizadas.

se aplicarán a la permuta (ver Código Civil peruano, Art. 1465 y el Art. 515 del Código Civil alemán, que señala: "Se aplicarán oportunamente a la permuta las disposiciones sobre la compraventa); en otras, se indica algo mínimo para el caso de evicción, señalando que en ese supuesto, el permutante dañado puede demandar daños y perjuicios o la reivindicación de la cosa entregada por él y todas las demás disposiciones de la compraventa, se aplicarán a la permuta (ver código suizo de las obligaciones, Arts. 237 y 238) y otros, aunque le dedican varios artículos, en realidad son innecesarios, excepto el que remite a las normas de la compraventa (ver Código Civil chileno, arts. 1897 a 1900).

No sucede lo mismo con la legislación mexicana. El código civil aunque remite la mayor parte de las disposiciones de la compraventa a la permuta, hace un claro distinguo entre los dos contratos, cuando se trata de la permuta de cosa ajena y para el caso de evicción de uno de los bienes permutados.

Al celebrarse un contrato de compraventa, puede decirse sin el temor a equivocarse, que el elemento principal es el dinero, la contraprestación del comprador. El vendedor tiene un bien, pero desea dinero y si algo resulta mal, y por ejemplo si el bien lo deteriora o destruye el comprador, al indemnizarlo, obtiene dinero y se dará por satisfecho. El comprador, si por algún motivo llega a perder el bien, ya sea por evicción de un tercero o por otra circunstancia, si se le indemniza con dinero, no perdió nada, ya que tenía dinero y al final, tiene dinero. Por ello, el código, en materia de compraventa, permite que el comprador otorgue fianza, esto es, una garantía de que pagará el precio en el plazo convenido cuando el vendedor tenga temor de no recibir el precio en la forma convenida porque descubra que el comprador se halla en estado de insolvencia (2286 y 2287); y por su parte el vendedor puede otorgar una fianza que asegure al comprador para el caso de que fuere perturbado en la posesión de la cosa y obligarlo a pagar el precio en la forma convenida (2299). En ambos casos si se da un incumplimiento de las obligaciones de las partes, como están garantizadas, se indemnizaría con dinero, que es el elemento principal en el contrato.

En cambio, en el contrato de permuta, se considera como elemento principal la cosa y por ello, las disposiciones del código, se establecen para proteger a los permutantes y en especial al cumplidor, para que no entregue su cosa si tiene justo temor de sufrir evicción respecto de la recibida y para poder reivindicar su cosa, si sufre evicción de la recibida y sólo, en casos extremos, de que no pueda recuperar su cosa, habiendo sufrido evicción de la recibida, la ley le da derecho a pedir el valor de una o otra, a su elección, y en todo caso el pago de daños y perjuicios, y no permite el otorgamiento de fianzas, porque sería tanto como obligarlo a vender. Es como si el legislador le hubiera dicho a ese permutante ultrajado: "Te di

oportunidad de no entregar tu cosa, si tenías justo temor de ser privado de la recibida en cambio; te di oportunidad de reivindicar tu cosa, si ya la habías entregado y sufres evicción de la recibida; pero ahora, que ya no puedo hacer nada por conservarte en posesión y propiedad de la cosa, ante esa imposibilidad, te permito el mayor de los desagrazos, que exijas el valor más alto de una u otra de las cosas objeto del contrato y en todo caso el pago de daños y perjuicios; es lo más que puedo hacer por ti, por haberte obligado la otra parte a vender, cuando lo que tu querías era permutar”.

Con las excepciones acordes a lo expuesto, que a continuación se señalan y como consecuencia de la gran afinidad que existe entre este contrato y la compraventa, dispone la ley que las reglas de esta última deben aplicarse a aquél (2331).

Las excepciones en la aplicación de las reglas de la compraventa a la permuta, son las siguientes:

1. Las reglas que determinan la obligación del comprador de pagar un precio cierto y en dinero, no son aplicables a la permuta, a no ser que la prestación de alguno de los permutantes se integre parte en dinero y parte con una cosa.

2. En relación con la permuta de cosa ajena, además de aplicársele la regla general que la califica de nula, dispone la ley que “si uno de los contratantes ha recibido la cosa que se le da en permuta y acredita que no era propia del que la dio, no puede ser obligado a entregar la que él ofreció en cambio y cumple con devolver la que recibió” (2378).

En la compraventa, el comprador a quien se le ha concedido un plazo para el pago del precio, no puede suspender ese pago aunque fuere perturbado en su posesión o derecho o tuviere justo temor de serlo, si el vendedor le ha asegurado la posesión o le ha dado fianza para garantizar todas sus obligaciones, se entiende especialmente la de responder del saneamiento en caso de evicción, salvo convenio en contrario.⁵

⁵ El doctor Luis María Rezzónico, en una nota al pie de página, al tratar de la permuta se plantea la cuestión de si es posible que el copermutante afiance, como en el caso de la compraventa sus obligaciones y en especial la de responder del saneamiento en caso de evicción y contesta en forma negativa, sumándose a la opinión de los tratadistas que cita: “... Cuestión: ¿Cabe en el caso del Art. 1486 la posibilidad de que el copermutante afiance, como en el caso del Art. 1425 *in fine*? Llerena (T. 5 p. 227) Machado (T. 4, p. 224) y Lafaille (contratos, T. 2, pp. 128 y 129, núm. 221) —y modestamente nos sumamos a ellos— contestan negativamente, es decir, que en su opinión el copermutante no podría ser obligado en el caso del art. 1486, a quedarse con la cosa recibida en permuta y amenazada de evicción, mediante una fianza que el otro contratante le diera. Como expresa Lafaille (*loc. cit.*), “la persona que ha entregado una cosa en permuta lo ha hecho en la inteligencia de que se daría otra en reemplazo de aquella; obligarla a que entregue la cosa cuando está expuesta a perderla, aun cuando tenga la seguridad de un resarcimiento mediante la fianza, sería imponerle una enajenación contra su voluntad”. O como dice Llerena (*loc. cit.*), “obligarlo a que entregue la cosa

3. Por último, en el supuesto de que un permutante sufra evicción de las cosas que recibió, la ley le da la posibilidad de reivindicar la que él entregó si aún conserva su propiedad el otro permutante, o exigir el valor de una u otra cosas, con el pago de daños y perjuicios (2329), lo que constituye un agravante en la responsabilidad del obligado al saneamiento en relación con la compraventa, ya que en este contrato el vendedor, en la eventualidad de la evicción, sólo está obligado a pagar daños y perjuicios si ha procedido de mala fe (2127).

De lo anterior se deduce que la importancia práctica de diferenciar en derecho mexicano la compraventa de la permuta consiste en que las normas relacionadas con la enajenación de cosa ajena o la obligación de responder del saneamiento en caso de evicción, son diferentes en uno y en otro contratos.

IV. LA CLASIFICACIÓN.—El contrato de permuta es un contrato *principal*; *bilateral*; *oneroso*; generalmente *conmutativo* y en forma ocasional *aleatorio*; formal cuando existe transmisión de dominio de bienes inmuebles y *consensual* cuando recae sobre muebles; generalmente *instantáneo* y por excepción de *tracto sucesivo* y *nominado*.

V. LOS ELEMENTOS

1. *El consentimiento*. El acuerdo de voluntades de las partes debe ser para transmitirse el dominio en forma recíproca de bienes o derechos.

2. *El objeto*. Por regla general, ya se indicó, el objeto indirecto en este contrato en ambas partes de la relación contractual son cosas o derechos y sólo por excepción la prestación de una de ellas puede integrarse parte con el valor de una cosa o derecho y parte en dinero; por lo tanto, las cosas como contenido de las prestaciones de dar de las partes, deben tener las características que señala el artículo 1825; esto es, existir en la naturaleza (también se puede celebrar el contrato respecto de cosas futuras), ser determinadas o determinables en cuanto a su especie y estar en el comercio.

Si se incluye parte en numerario, debe ser cierto, en dinero, verdadero y justo.

3. *La forma*. Si el objeto indirecto son bienes muebles, el contrato es consensual y, por tanto, puede celebrarse en la forma que escojan las partes, dado que la ley no impone ninguna formalidad.

cuando está expuesto a que no vuelva a su poder, aunque tenga la seguridad de que le indemnizará, sería obligarlo a exponerse a vender una cosa que no quiere vender. Todo esto se evita interpretando nuestro artículo (1486) con arreglo al texto expreso y sin la ampliación del Art. 1425". Con ello se tiende, agregamos, a que se cumpla el fin del contrato, el designio que los copermutantes tuvieron en vista al celebrar ese característico contrato. Por ello opinamos que el Art. 1425 *in fine*, no puede aplicarse analógicamente en caso de permuta." (*Estudio de los contratos en nuestro derecho civil*, tomo I, pp. 500 y 501.

Si existe la transmisión de dominio de uno o más bienes inmuebles, el contrato es formal, ya que la ley sí exige la formalidad determinada para la validez del contrato, consistente en que debe otorgarse en escritura pública, con la única excepción consistente en que si el valor del inmueble no excede de la cantidad que resulte de multiplicar por trescientos sesenta y cinco veces el importe del salario mínimo general vigente en el Distrito Federal, puede otorgarse en documento privado ante dos testigos y ratificadas las firmas de los otorgantes y de los testigos ante juez, notario o Registro Público de la Propiedad.⁶

VI. LOS PRESUPUESTOS

1. *La capacidad.* En la permuta, como ambas partes transmiten la propiedad de bienes o la titularidad de derechos, las dos requieren de una capacidad especial o específica relacionada con esos bienes, consistente en ser propietarios, para poder efectuar la transmisión del dominio que es una de las características de este contrato.

Específicamente debe tomarse en cuenta aquí lo asentado en relación a la compraventa de cosa ajena.

Los extranjeros no pueden adquirir por permuta (ni por cualquier otro título legal) el dominio de inmuebles ubicados en zona prohibida y respecto de inmuebles ubicados fuera de esa zona, requieren hacer la renuncia a que alude el artículo 27 Constitucional y además el permiso de la Secretaría de Relaciones Exteriores (Art. 10 de la Ley de Inversión Extranjera).

No pueden adquirir por virtud de un contrato de permuta los bienes de cuya venta o administración se hallen encargados, los tutores y curadores, los mandatarios, los empleados públicos, los ejecutores en materia sucesoria y representantes en caso de ausencia.

Los cónyuges requieren sólo estar casados bajo el régimen de separación de bienes para celebrar el contrato de permuta (174 y 2278).

Los hijos sujetos a patria potestad sólo pueden permutar con sus padres los bienes que hayan adquirido por su trabajo (428 y 2278).

Quienes ejercen la patria potestad no pueden permutar los bienes inmuebles o los muebles preciosos propiedad de sus representados, sino por causa de absoluta necesidad o de evidente beneficio y previa la autorización del juez competente.

Los tutores, representantes del ausente, emancipados, albaceas y propietarios de cosa indivisa, tienen las mismas facultades y limitaciones para celebrar el contrato de permuta que el de compraventa.

2. La ausencia de vicios en el consentimiento y el aspecto de la licitud, en este contrato, siguen las normas de la teoría general del contrato y no tienen excepciones en esta materia.

⁶ Téngase en cuenta lo tratado en el apartado de la forma en el capítulo anterior.

VII. LAS CONSECUENCIAS.—La consecuencia o efecto primordial de este contrato es la transmisión de la propiedad de los bienes o la titularidad de los derechos que constituyan su objeto y la misma se opera como en todos los demás contratos translativos de dominio, respecto de bienes ciertos y determinados, por efecto mismo del contrato; y respecto de bienes que no lo sean, cuando se hagan ciertos y determinados con conocimiento del acreedor.

Puede pactarse válidamente la reserva de dominio en un contrato de permuta.

Todas las obligaciones que establece la ley a cargo del vendedor en el contrato de compraventa son aplicables a cada uno de los permutantes, y así deben conservar la cosa mientras se entrega, deben entregar la cosa en el lugar, tiempo y modo convenido y a falta de convenio, en los mismos términos que un vendedor; deben garantizar las calidades de la cosa, responder de los daños y perjuicios como consecuencia de perturbaciones que sufra el adquirente, imputables al enajenante y, en los términos especiales aplicables a la permuta y que se trataron anteriormente, responder del saneamiento en caso de evicción.

En el contrato de permuta también pueden estipularse como en el de compraventa, todas las cláusulas que las partes estimen convenientes, siempre y cuando se respeten las normas de carácter imperativo, el interés público y las buenas costumbres y así, puede pactarse un contrato de permuta con reserva de dominio, con el pago de una prestación en forma diferida, con pacto de preferencia, con pacto de no vender o permutar el bien adquirido a determinada persona, etc., también puede celebrarse un contrato de permuta de esperanza o de cosa esperada o de cosa futura; a vistas, sobre muestras o por acervo y a todos estos contratos se les aplicarán las normas generales antes estudiadas en relación con el contrato de compraventa.

Como un corolario a este estudio, podría plantearse un problema: ¿teniendo la oportunidad de escoger entre celebrar uno u otro contrato, qué es más conveniente, desde un punto exclusivamente jurídico, celebrar uno de compraventa o uno de permuta? Imagínese que una persona le comenta a un estudiante de derecho: tengo una casa grande en la colonia del Valle con un valor de 100 pesos; además, en el banco, tengo en efectivo y a disponibilidad inmediata, también la cantidad de 100 pesos. Ahora bien, me proponen la adquisición de una casa más pequeña, pero en una mejor colonia, en Tlacopac, San Ángel y me dijo el propietario, si usted quiere, se la permuto por su casa de la colonia del Valle, o si quiere, se la vendo en 100 pesos. Joven estudiante, desde un punto de vista económico, a mí me es igual celebrar un contrato de permuta que uno de compraventa; pero desde un punto de vista, estrictamente jurídico, ¿qué me conviene más? Usted necesitará seguramente mayor información para darme una

respuesta adecuada, por favor, pregúnteme lo que desee saber, pero dígame qué me conviene más, celebrar una permuta o una compraventa, tomando en consideración que en un caso, puedo pagar daños y perjuicios si no me da una respuesta adecuada, o puedo dejar de reclamar esos daños o perjuicios si el que debió pagarlos fue la otra parte, y yo no atiné a celebrar el contrato adecuado.

La respuesta a este interesante problema, puede usted, amable lector, preguntárselo al autor, que seguramente no se negará a satisfacerlo.

CAPÍTULO IX

EL CONTRATO DE DONACIÓN

SUMARIO: I. El concepto.—II. Las características.—III. La clasificación.—IV. Los elementos: 1. El consentimiento.—2. El objeto.—3. La forma.—V. Los presupuestos: 1. La capacidad.—2. La ausencia de vicios en el consentimiento y la licitud.—VI. Las consecuencias: 1. En relación al objeto.—2. En relación al donante.—3. En relación al donatario.—VII. Las causas de revocación.—VIII. La inoficiosidad de las donaciones.—IX. Las clases de donaciones: 1. Puras y simples.—2. Las onerosas.—3. Las remuneratorias.—4. Las condicionales.—5. Las entre consortes.—6. Las antenupciales.—7. Las *mortis causa*.—8. Las a título particular y a título universal.—9. La donación con derecho de acrecer.

I. EL CONCEPTO.—El contrato de donación es aquel por virtud del cual una persona llamada donante se obliga a entregar gratuitamente a la otra llamada donatario, una parte o la totalidad de sus bienes presentes, debiéndose reservar lo necesario para vivir según sus circunstancias y que produce el efecto translativo de dominio respecto de los bienes que sean materia del contrato.

II. LAS CARACTERÍSTICAS.—Las notas especiales que distinguen a este contrato y lo diferencian de cualquier otro, son las siguientes:

1. Es un contrato translativo de dominio, por su naturaleza, más la transmisión no es esencial que se opere en el momento de la celebración y perfeccionamiento del contrato. Lo anterior da a entender que siempre que se perfeccione un contrato de donación, deberá haber la transmisión del dominio respecto del bien o derecho objeto del contrato, pero que este efecto puede diferirse a cierto tiempo por voluntad de las partes o por la naturaleza de las cosas.

2. Es un contrato que implica siempre una liberalidad por parte del donante. La transmisión de propiedad es gratuita.

3. El objeto del contrato debe de recaer sobre bienes o derechos presentes de carácter patrimonial que sean propiedad del donante en el momento de la celebración del contrato.

No debe confundirse la liberalidad con la donación, ya que toda donación es una liberalidad, pero no toda liberalidad es una donación.

La donación, en primer lugar, es un contrato; esto es, se requiere para

su perfeccionamiento del acuerdo de voluntades de las partes, para transmitir el dominio de un bien o la titularidad de un derecho en forma gratuita, y para aceptar esa transmisión. En segundo lugar, debe recaer sobre bienes o derechos de carácter patrimonial que sean propiedad del donante en el momento del perfeccionamiento del contrato y, en tercer lugar, debe existir un aumento en el patrimonio del donatario, en la medida en que se disminuya el patrimonio del donante.¹

El comodato, la remisión como acto unilateral, el depósito o mandato gratuitos, la fianza, la constitución de una prenda o hipoteca para garantizar una obligación ajena, la repudiación de una herencia o legado, el no impedir deliberadamente la consumación de la usucapión, etc., son actos que implican una liberalidad, pero que no son donaciones, por no reunir uno u otro de los requisitos antes señalados.²

III. LA CLASIFICACIÓN.—La donación es un contrato *principal*, porque no requiere para su existencia o validez de otro contrato u obligación preexistentes o válidos; *unilateral*, porque sólo impone obligaciones al donante; *gratuito*, porque los provechos son para el donatario y los gravámenes para el donante y cuando se le llama onerosa por alguna carga impuesta al donatario, técnicamente se considera donada sólo la diferencia entre el valor del bien o derecho y el valor de la carga; *formal*, porque la ley siempre exige una manera determinada de exteriorizarse la voluntad de las partes en la formación del consentimiento; *consensual*, en oposición a real, porque el contrato se forma por el solo consentimiento sin requerir la entrega material del bien donado; generalmente *instantáneo*, porque la prestación del donante se cumple en un solo acto y por excepción de *tracto sucesivo* cuando el objeto consista en bienes que se entreguen en una forma periódica (prestaciones periódicas, en cuyo caso se extinguen con la muerte del donante, 2356), y *nominado*, por la regulación que de él hace la ley.

¹ Enneccerus, Ludwig, *Derecho de obligaciones*, vol. II, 1ª parte, pp. 194 y sigs.

² "...Si bien toda donación entraña una liberalidad, no toda liberalidad es una donación. En efecto, nos encontramos en el campo del derecho varios actos y contratos por los cuales una persona se beneficia a costa del empobrecimiento de otra; sin embargo, estos actos y contratos no tienen la naturaleza de una donación, porque en virtud de ellos no pasa nada del patrimonio del donante al patrimonio del donatario, como ejemplos, tenemos: la creación de una deuda; la prestación de servicios, sin que quien los preste obtenga ningún honorario o remuneración por ellos; el depósito cuando es gratuito; el comodato cuando el comodatario no paga nada al comodante, porque en todos estos actos, como ustedes pueden observarlo, lo mismo que en la remisión total o parcial de una deuda, no pasa nada del patrimonio del donante al del donatario. Sin embargo, por lo que atañe a la remisión, algunos tratadistas como Planiol, sí la conceptúan como una donación, estimando que primero habría el pago de la deuda y, una vez pagada ésta, la transmisión de la cosa o de la cantidad entregada al donatario; pero ésta es una verdadera acción jurídica, y por tanto, en mi concepto ni siquiera tratándose de la remisión, puede considerarse como un acto donatorio." García López, Agustín, *Apuntes de contratos*. Edición mimeográfica, sin fecha, México, pp. 163 y 164.

IV. LOS ELEMENTOS

1. *El consentimiento.* El consentimiento se forma por el acuerdo de voluntades de los contratantes. El donante debe exteriorizar la intención de hacer una liberalidad al donatario, consistente en entregarle y transmitirle la propiedad de bienes o la titularidad de derechos que en ese momento existan en la naturaleza y que sean de su propiedad cuando se celebre el contrato (*animus donandi*), y el donatario debe exteriorizar su intención de aceptar gratuitamente esos bienes o derechos y hacerle saber al donante en vida, esa aceptación.

La integración lógica del consentimiento en todo contrato es: una parte formula o hace la oferta o policitación correspondiente y posteriormente la otra la acepta.

En derecho mexicano, el contrato se perfecciona entre presentes si la aceptación de la oferta se hace inmediatamente (1805) y si las partes no están presentes, cuando el proponente *recibe* la aceptación dentro del término de tres días además del tiempo necesario para la ida y vuelta regular del correo público (1806 y 1807) si no se ha fijado un plazo determinado para la aceptación.

En el contrato de donación, el consentimiento se integra entre presentes en igual forma que en cualquier otro contrato, pero no estando presentes los contratantes, rige una norma especial que deroga a la general. Para que se perfeccione el contrato de donación entre personas que no están presentes, se requiere que el donatario acepte la donación con la misma formalidad que la ley exige para hacerla y haga saber al donante en vida de éste, la aceptación (2340 y 2346).

Los sistemas doctrinales que explican la integración del consentimiento entre ausentes en materia contractual son: el de la *declaración*, que supone el perfeccionamiento del contrato cuando el receptor de la oferta manifiesta su voluntad de aceptarla sin modificaciones; el de la *expedición*, que es cuando el aceptante de la oferta envía al oferente el documento en que consta su aceptación (este sistema era el adoptado en materia contractual mercantil en derecho mexicano, conforme al artículo ochenta del Código de Comercio, antes de la reforma publicada en el *Diario Oficial* del 29 de mayo de 2000, ya que ahora se establece en esta materia el sistema de la recepción); el de la *recepción*, que perfecciona el contrato cuando el oferente recibe el documento en que consta la aceptación de su policitación (que es el sistema adoptado en términos generales por el Código Civil mexicano), y el de la *información*, que considera perfeccionado el contrato hasta que el oferente conoce la aceptación de su policitación.³

En el contrato de donación no se sigue el sistema general en materia

³ Ver Rojina Villegas, Rafael, *ob. cit.*, tomo VI, vol. I, pp. 505 a 508.

contractual civil de la recepción y se requiere para la existencia y perfeccionamiento del contrato que el donatario acepte la donación y le haga saber al donante, en vida de éste, esa aceptación, y para la validez del contrato se requiere que la aceptación se haga con las mismas formalidades que la ley exige para la donación general (2340 y 2346).

2. *El objeto.* La cosa o derecho como contenido de la prestación de dar del donante, deben ser bienes presentes; ya que por disposición legal expresa, la donación no puede comprender bienes futuros (2332 y 2333).

El que los bienes sean presentes para los efectos de la donación, significa: que existan en la naturaleza y que sean propiedad del donante en el momento de perfeccionarse el contrato.

En materia contractual en general, las cosas futuras pueden ser objeto de los contratos, a excepción de la herencia de una persona viva, aunque ésta preste su consentimiento (1825 y 1826). En la donación, se establece una excepción más a las reglas generales, y por imperativo legal se prohíbe que las cosas futuras puedan ser objeto de este contrato.

Si se pactara una donación respecto de bienes futuros, en una u otra de las acepciones antes indicadas, el contrato estaría afectado de una nulidad absoluta, por ser contraria a una norma de carácter imperativo.⁴

Pueden ser objeto del contrato de donación bienes específicamente determinados o bienes que no sean ciertos y determinados al celebrarse el contrato pero que puedan determinarse; así, es posible convenir la donación de una tonelada de maíz si el donante es propietario de varias toneladas que tenga en una bodega.

También puede ser objeto del contrato la totalidad de los bienes presentes del donante; pero la expresión “totalidad de los bienes presentes” debe entenderse no en un sentido gramatical estricto, sino en uno jurídico, consistente en que se refiere a todos los bienes presentes exceptuando los que sean necesarios para que el donante viva según sus circunstancias. Si se celebra un contrato de donación respecto de todos los bienes presentes del donante en su acepción gramatical, sin que el donante se reserve

⁴ “Tradicionalmente y sobre todo en el viejo derecho romano, lo mismo que en el antiguo derecho francés, la donación presentaba dos características fundamentales: debía ser un contrato actual e irrevocable. Ahora bien, Pothier, al referirse a estas características, decía que una donación que recayese sobre bienes futuros pecaba contra ellos. En cuanto a la actualidad de la donación, porque no pudiéndose deshacer el donante de los bienes que donaba, en vista de que éstos eran futuros, era imposible su transmisión en el instante de operarse la donación y, por lo que atañe a la irrevocabilidad, como estaba en manos del donante el adquirir o no tales bienes, queda en libertad de darle o no darle efectos a la donación y, por tanto, que ésta no fuera un acto jurídico irrevocable. Estas consideraciones fueron justamente las que inspiraron la redacción del artículo 894 del Código Napoleón, que la define diciendo que “la donación es un acto por el cual su donador se desprende actual e irrevocablemente de la cosa donada en favor del donatario que la acepta.” García López, Agustín. Apuntes citados, pp. 164 y 165.

bienes en propiedad o en usufructo para vivir según sus circunstancias, el contrato será nulo (2347).

Si la donación es respecto de todos los bienes (en su acepción jurídica) el donatario será responsable de todas las deudas contraídas con anterioridad y de fecha auténtica, a beneficio de inventario, esto es, sólo es responsable de las deudas hasta la cantidad concurrente con el valor de los bienes donados (2355).

Por conceptualización lógica, no pueden ser objeto del contrato de donación los derechos personalísimos (como los del usuario o del habituario) ni los bienes inalienables, como los bienes sujetos al régimen del patrimonio familiar.

3. *La forma.* El contrato de donación es formal, ya que siempre exige la ley para su validez de una formalidad mínima determinada (2341).

Cuando la donación recae sobre bienes muebles: *a)* Si el valor de los mismos no excede de doscientos pesos, puede hacerse en forma verbal; *b)* Si excede de doscientos pesos, pero no de cinco mil, debe hacerse por escrito, y *c)* Si el valor de los bienes donados es mayor de cinco mil pesos, el contrato debe otorgarse en escritura pública.

La donación que recae sobre bienes inmuebles, deberá otorgarse en la misma forma que para su venta exige la ley; esto es, si el valor de los inmuebles excede de la cantidad equivalente a trescientas sesenta y cinco veces el salario mínimo general vigente en el Distrito Federal, el contrato debe celebrarse en escritura pública, y si no pasa de esa cantidad, puede celebrarse en documento privado, ante dos testigos y ratificadas las firmas de otorgantes y testigos ante notario, juez o Registro Público de la Propiedad (2345).⁵

Si el Distrito Federal dona terrenos o casas a personas de escasos recursos económicos o para constituir el patrimonio familiar y el valor de los mismos no excede de la cantidad que resulte de multiplicar por trescientos sesenta y cinco el importe del salario mínimo general vigente en el Distrito Federal, el contrato podrá otorgarse en documento privado sin requerir de testigos ni de ratificación de firmas (2345 y 2317).

La ley dispone que las donaciones antenuptiales no requieren para su validez de aceptación expresa. Esto no significa que la oferta (en la práctica la oferta equivale a la donación misma) no deba de revestir la forma exigida por la ley para la validez de la donación, ya que la ley no exige al donante de esa obligación, y sólo la aceptación es la que puede ser tácita y por lo tanto cualquier forma es suficiente, inclusive los actos que necesariamente supongan ese consentimiento (como es en la vida cotidiana el

⁵ Tómese en cuenta lo que se indicó en el contrato de compraventa al tratar respecto de la forma.

hecho de imprimir al reverso de los sobres en que se contiene la participación o invitación a la ceremonia matrimonial, el domicilio de los futuros consortes).

Sería deseable que toda donación que excediera de un valor que hiciera referencia al salario mínimo o a algún otro de carácter práctico objetivo, se otorgara en escritura pública o con determinadas formalidades complejas, para hacer recapacitar más ampliamente al donante en la trascendencia de su acto, ya que toda donación implica una reducción patrimonial que puede originar perjuicios al donante, a su familia o a aquellas personas que lo rodean y que en determinado momento les debe ayuda o apoyo económico.⁶

Si el Código Civil indica que la forma del contrato de donación de bienes inmuebles debe hacerse en la misma forma que para su venta exige la ley (2345) se entiende que tal disposición no nada más debe ser acatada por los particulares, sino también por los "servidores" públicos y por lo tanto, como ya se indicó, si el valor de los bienes excede de la cantidad equivalente a trescientas sesenta y cinco veces el salario mínimo general vigente en el Distrito Federal, el contrato debe celebrarse en escritura pública. Aquellas personas que cobran sueldo del Estado, son los primeros que debieran cumplir con la ley, pero por algún mecanismo oculto se empeñan en no acatarla, cuando tan fácil sería hacerlo, tomando en cuenta que nada les cuesta y que además los adornaría. En ocasiones, al celebrar este contrato de donación, no lo hacen ante notario, sino que creen que les basta con hacerlo en documento privado si lo publican en el *Diario Oficial*; y así, sin ningún recato (como se demuestra por la publicación) por el incumplimiento de la ley; sin justificación, pero además sin provecho, lo celebran en documento privado y no conformes con ello, exhiben su incompetencia al publicarlo en el *Diario Oficial*. Muestra de ello es la publicación que aparece en el *Diario Oficial* del 8 de abril de 1994 (pp. 57 a 59) de un contrato de donación de un bien inmueble que celebraron el Multibanco Comermex, S.N.C. como donante y el Departamento del D.F. como dona-

⁶ Es necesario que la ley preste un apoyo a las personas que puedan resultar perjudicadas por los actos de generosidad de los donantes, y por otra parte, poner un freno a los posibles abusos que pueden originarse por las debilidades de espíritu o influencias dañosas de personas sin escrúpulos. Es cierto que este contrato puede encausar legalmente los sentimientos de filantropía y generosidad, pero también puede dañar seriamente a los donantes y a su familia y por ese motivo es recomendable que la ley exigiera la formalidad de escritura pública en las donaciones de inmuebles y de los bienes muebles que tuvieran un valor considerable, pudiéndose tomar como pauta varias veces el salario mínimo en determinada zona económica. Ya desde la época del derecho romano, se establecían disposiciones para evitar el despilfarro de sus bienes a determinadas personas llamadas pródigos, colocándolas bajo la vigilancia de un curador. Consúltese: Floris Margadant, Guillermo, *El derecho privado romano*. Esfinge, 2a. ed. México, 1965, p. 169 y Petit, Eugene, *Tratado elemental de derecho romano*. Editorial Nacional, México, 1963, pp. 144 y 145, entre otros autores.

tario, en el cual además de su simple lectura, se desprende que de “donación pura, simple y gratuita” como se califica al inicio, no tiene nada. El autor de este libro, como maestro universitario, no puede hacer caso omiso de estas violaciones a la ley, pero hace votos sinceros porque a futuro los funcionarios públicos cumplan con ella en estas materias de su conocimiento.

V. LOS PRESUPUESTOS

1. *La capacidad.* En este contrato, como en todos los translativos de dominio, se requiere de una capacidad diferente para una parte que para la otra y aquí se tratará primero la relativa al donante y después la del donatario.

A. *La capacidad del donante.* El donante necesita la capacidad de tipo personal, de ser propietario del bien o titular del derecho materia de la donación, por el efecto translativo de dominio que se opera por la celebración del contrato y además por ser un requisito legal para el perfeccionamiento del contrato de donación, ya que ésta no puede recaer sobre bienes futuros.

Si el donante no es propietario del bien materia del contrato, la donación será de cosa ajena, la que, conforme al artículo 2270 aplicado por analogía, será nula con nulidad absoluta, y además estaría violando el artículo 2333 que impone la necesidad de que recaiga sobre bienes presentes y tal contravención trae aparejada también la nulidad absoluta del contrato.

Por otra parte, el donante requiere de la capacidad de ejercicio normal, para celebrar por sí mismo el contrato. Como regla general, puede considerarse aunque no exista una disposición de este tipo en forma expresa, que los representantes legales no tienen facultad para hacer donaciones respecto de los bienes de sus representados. Así, el tutor, no puede hacer donaciones a nombre de su pupilo (576) ni el representante del ausente respecto de los bienes que administre con ese carácter (660). Los que ejercen la patria potestad no pueden donar los bienes de sus representados (436) ni el albacea los bienes de la herencia.

La renuncia al usufructo legal que se establece en beneficio de los que ejercen la patria potestad, respecto del cincuenta por ciento de los frutos o productos de los bienes de los descendientes, que éstos hayan adquirido por cualquier título, excepto los que fueron adquiridos por su trabajo, se considera donación y debe regirse por las disposiciones de este contrato (430 a 432).

Los emancipados no pueden hacer donaciones, ya que tales operaciones implican actos de disposición o de dominio y el emancipado sólo tiene la libre administración de sus bienes. Por otra parte, siendo esta institu-

ción un instrumento para lograr la superación de los menores, no puede convertirse, por una errónea interpretación de las disposiciones que la regulan, en un medio para causarles perjuicio y como el hacer donaciones no les representa ninguna utilidad, lógicamente no deben tener facultades para hacerlas, no obstante que la ley diga que sólo requieren de autorización judicial para hacer enajenación de bienes raíces (643).

Los representantes voluntarios, es decir, los apoderados, pueden hacer donaciones respecto de los bienes de sus poderdantes si tienen facultades expresas para ello o si gozan de facultades para actos de dominio en forma general. Si tienen facultades expresas, se entiende que se les confirió mediante poderes especiales para hacer donaciones respecto de los bienes de sus representados y no hay ninguna duda en el sentido de que las donaciones celebradas en esas condiciones serán plenamente válidas. Si el apoderado goza de facultades generales para actos de dominio, en los términos del tercer párrafo del artículo 2554 del Código Civil, significa que tiene todas las facultades de dueño respecto de los bienes del poderdante y es precisamente la donación, una facultad que debe ejercitar el dueño de los bienes y por lo tanto podrá hacerlo el apoderado para actos de dominio. A mayor abundamiento, si el poderdante no hubiera querido darle esa facultad, podría haber limitado el poder en los términos de la fracción cuarta del mismo artículo 2554, y al no hacerlo, la conclusión es que la intención del poderdante fue concederle amplias facultades a su representante en relación con sus bienes, sin limitación, inclusive para que pudiera hacer donación de ellos. Además, no debe olvidarse que una de las obligaciones principales del mandatario es la de ejecutar los actos jurídicos encargados, siguiendo las instrucciones recibidas de su mandante, y si un apoderado general para actos de dominio hace donación de los bienes de su poderdante, sin haber recibido instrucciones en tal sentido, será responsable ante éste, de los daños y perjuicios que le origine; pero esto no significa que no pueda legalmente hacer tal donación y que ésta sea válida.⁷

La Suprema Corte de Justicia de la Nación determinó "que el mandatario carece de facultades para celebrar el contrato de donación, cuando en el poder general para actos de dominio se omite insertar cláusula específica que lo faculta para realizar aquel acto jurídico de disposición (artículo 2554 del Código Civil para el Distrito Federal y 2528 del Código Civil para el Estado de Chiapas). Ver tesis de jurisprudencia 34/97. Contradic-

⁷ El maestro don Ramón Sánchez Medal opina en sentido contrario y señala que: "El representante voluntario necesita cláusula especial y expresa para donar a nombre del mandante, ya que ni siquiera el mandatario general para actos de dominio puede hacer donaciones (2554-3°) sin esa cláusula especial, porque ese tipo de poderes generales se confieren para conservar o defender y no para disminuir el patrimonio del mandante...". *Ob. cit.*, 11a., ed., 1991, p. 195.

ción de tesis 8/97 entre las sustentadas por el Quinto Tribunal Colegiado en Materia Civil del primer Circuito y el Tribunal Colegiado del Vigésimo Circuito. *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*. Tomo VI, septiembre de 1997, página 213. La Corte argumenta: “Los motivos y fundamentos son los siguientes: *a)* El contrato de donación es un contrato gratuito en tanto que genera provecho para una de las partes y principal, ya que tiene un fin propio independiente de los demás; *b)* El contrato de mandato no lleva un fin en sí mismo, sino que se celebra como medio para la realización de otro acto o contrato; *c)* El contrato de mandato generalmente se confirme para la administración y conservación del patrimonio del mandante y no para la desintegración del mismo, salvo permiso especial otorgado en cláusula específica; *d)* De una interpretación analógica o por mayoría de razón, de conformidad con lo que establece el artículo 2499 del Código Civil para el Distrito Federal y el artículo 2473 correlativo para el Estado de Chiapas, si el administrador no está facultado para conceder el uso gratuito de una cosa a través del comodato, sin permiso especial del comodante, como disposición temporal, con mayor razón, tampoco el mandatario general para actos de dominio debe considerarse autorizado a donar sin permiso expreso y especial del mandante y *e)* Por razones análogas no pueden los padres ni los tutores hacer donaciones de los bienes de sus representados”.

El autor considera erróneo el criterio de la corte y sus argumentos equívocos. Así, los fundamentos de la resolución señalados en los incisos *a)* y *b)* no justifican el criterio señalado de que el mandatario general para actos de dominio no tiene facultades para hacer donaciones, ya que efectivamente el contrato de donación es un contrato gratuito y el de mandato puede considerarse que no lleva un fin en sí mismo, sino que se celebra como medio para la realización de otro acto o contrato, pero eso no justifica que el mandatario para actos de dominio no tenga facultades para hacer donaciones a nombre del mandante. En el inciso *c)* la Corte indica “generalmente”, sí, pero la simple expresión da a entender que puede no conferirse “generalmente para esos efectos”, sino para la disposición o enajenación de bienes; la Corte la da a esa palabra “generalmente” el significado de “siempre” y ningún diccionario apoya ese significado. En el inciso *d)* la Corte precisa el artículo 2499 del Código Civil, y este artículo se encuentra en el capítulo del contrato de comodato, no en el de mandato; es obvio que el comodatario no tiene facultades de dominio respecto del inmueble objeto de su contrato, para hacer donaciones y además no puede conceder el uso a terceras personas porque así expresamente se lo prohíbe el artículo 2500; por otra parte, en el mismo inciso señala la Corte que los administradores no pueden hacer donaciones de los bienes sobre los que recae su administración, lo que es también obvio, los administradores tienen facultades para administrar y si referimos esa esas facultades al artícu-

lo 2554 se estaría en aplicación del segundo párrafo que establece los poderes para actos de administración y por ello un apoderado para actos de administración no puede hacer donación de los bienes del poderdante, pero aquí lo que se discute es si un apoderado para actos de dominio, esto es, uno con facultades de sueño, puede hacer esas donaciones, y por lo tanto tales argumentos no justifican el criterio de la Corte; por último, en el inciso *e*) la Corte trata de justificar su criterio con el argumento de que ni los padres ni los tutores pueden hacer donaciones de los bienes de sus representados, criterio también equívoco; porque por una parte, los padres y tutores no pueden hacer donaciones respecto de bienes inmuebles o bienes preciosos, pero sí de los que no sean y basta con leer los artículos 436 y 563 pero en ningún artículo se les impide ni enajenar si donar bienes no preciosos y todos aquellos que por su estado o por ya no serles necesarios se venden o se donan, como bicicletas y ropa usados. Como se ve, los argumentos de la Corte para establecer ese criterio son totalmente improcedentes.

Por otra parte, justifican la posibilidad de que los mandatarios para actos de dominio puedan celebrar válidamente el contrato de donación respecto de los bienes del mandante los siguientes argumentos: *a*) La fracción III del artículo 2554 del Código Civil no establece ninguna limitación al apoderado para actos de dominio, simplemente señala que el apoderado gozará de todas las facultades de dueño tanto en lo relativo a los bienes, como para hacer toda clase de gestiones a fin de defenderlos y una facultad de dueño es la de hacer donaciones; *b*) El mandatario general y esto incluye a los mandatarios para actos de dominio sólo puede actuar para ejecutar los actos jurídicos que le encargue el mandante y no es indispensable en los mandatos generales que se especifique pormenorizadamente cuáles son esos encargos, ya que para eso es el mandato general y ni la Corte ni persona alguna puede fundar un criterio tomando como premisa la posible mala fe de las personas y en este caso el mandatario, así, cuando se dan facultades al mandatario para actos de dominio debe presumirse que el mandante ya le dio o en su caso le dará esos encargos o instrucciones para hacer; *c*) El mandante sabe o debe saber el alcance de las facultades conferidas a su mandatario aún cuando no sea letrado en materia jurídica, ya que el contrato por ser general debe otorgarse en escritura pública y el notario que intervenga en el acto tiene la obligación legal de darle esa información y para fundar un criterio no se pueda partir de la presunción del incumplimiento de ese deber del fedatario, y por ello, cuando otorga facultades amplias de dominio, lo hace plenamente consciente de ello, y no requiere que lo defienda nadie, ni la jurisprudencia ni persona alguna; *d*) En el momento en que el mandante considerara que puede acarrearle un perjuicio el contrato, puede revocar esas facultades cuando y como le parezca, dice así el artículo 2596 del Código y por

ello no pueda ocasionarse ningún perjuicio, que tal parece pudiera ser una justificación de la Corte para establecer su criterio; e) Por último, los mandatarios no pueden actuar impunemente, ya sea sin instrucciones del mandante o excediendo esas instrucciones, porque deben rendir cuentas al mandante y en su caso, son responsables de los daños y perjuicios que le ocasionen, si no actuaron dentro del marco legal y dentro de los encargos recibidos por su mandante. Debe tomarse también en cuenta que cuando la ley es clara y precisa y en este caso la fracción III del artículo 2554 del código lo es, el juez no debe emitir opiniones que la contradigan.

Para celebrar válidamente el contrato de donación entre cónyuges, se requiere por una consideración de carácter lógico, que el matrimonio se haya celebrado bajo el régimen de separación de bienes. Actualmente, a partir de la entrada en vigor del Decreto publicado en el *D.O.* del 06-01-94 ya no se requiere de autorización judicial.⁸

B. *La capacidad del donatario.* En términos amplios, el donatario requiere simplemente de una capacidad general, ya que es el beneficiario del contrato y no adquiere obligaciones.

La posibilidad jurídica de las personas físicas para ser donatarios se las otorga la ley por el simple hecho de la concepción y por lo tanto puede celebrarse válidamente un contrato de donación en el cual el donatario sea un concebido (2357) pero para que se produzcan los efectos del contrato, tanto translativos como obligaciones, se requiere que el concebido sea viable, en los términos de la ley (337), esto es, que desprendido enteramente del seno materno, viva veinticuatro horas o sea presentado vivo al Juez del Registro Civil.

En esta materia no existe excepción a las reglas de los contratos; la capacidad de goce o de derecho del donatario se adquiere por el nacimiento viable (22 y 337), pero la ley, en protección al menor, permite la celebración válida del contrato de donación cuando el donatario está concebido, siempre y cuando nazca viable.

Los tutores están obligados a aceptar las donaciones que se hagan a sus representados (579). Por aplicación analógica, el mismo criterio debería aplicarse a los que ejercen la patria potestad; sin embargo, el que no exista un precepto expreso que obligue a los que ejercen la patria potestad para aceptar las donaciones hechas a sus hijos o nietos, obedece a que

⁸ Aun antes de que se derogara el Art. 174 del Código Civil, el maestro Sánchez Medel, señalaba que: "...no se requiere de una autorización judicial según la fórmula categórica y sin reservas empleada al respecto por el legislador: 'los cónyuges pueden hacerse donaciones' (232), siendo ésta, por tanto, una excepción al principio general que exige dicho permiso (174). Esta excepción tiene como fundamento hacer posible una mayor protección a la esposa a la que ordinariamente se otorgan donaciones por el marido y no viceversa, y, además, se explica, sobre todo, porque las donaciones entre cónyuges son eventualmente revocables durante el matrimonio, por resolución judicial cuando existe causa justificada (233)". *Ob. cit.*, 11a. ed., 1991, p. 196.

debe proporcionarse a los padres y a los abuelos la libertad más amplia para educar, vigilar y controlar a sus descendientes, dentro del marco moral que determine su posición socio-cultural, y mal podrían hacerlo de obligarlos a aceptar tales donaciones. Piénsese en los regalos que podrían hacerse a una niña de dieciséis años por una persona falta de escrúpulos y que de existir la obligación de aceptarlos, se originaría un compromiso hacia el donante y una obstrucción a la buena educación de la menor. Estas consideraciones hacen pensar seriamente en la conveniencia de suprimir el artículo que impone a los tutores la obligación de aceptar las donaciones que se les hagan a sus representados.

Por otra parte, en ningún caso puede una donación llegar a dañar o a perjudicar económicamente a un incapaz. El daño o el perjuicio lo podrán sufrir por una falta de cuidado o atención de sus representantes (en cuyo caso podría exigírseles una responsabilidad), pero no por la donación; ya que aun en el caso de que ésta fuera onerosa, el donatario nunca está obligado al pago de la carga con sus bienes propios y sólo es responsable de las cargas hasta donde alcance el valor de los bienes así adquiridos (2354, 2355 y 2368) y en todo caso siempre existe la posibilidad para el donatario de abandonar la cosa donada para sustraerse a la ejecución de las cargas (2368).

También hay que tomar en cuenta respecto a la capacidad del donatario aquellas prohibiciones especiales que se establecen en la ley para que determinados individuos o corporaciones puedan adquirir bienes: los extranjeros no podrán adquirir por donación bienes inmuebles ubicados en zona prohibida.⁹ Antes de la reforma a los artículos 27 y 130 constitucionales, las corporaciones religiosas denominadas iglesias, porque la ley no les concedía personalidad jurídica, no podían adquirir bienes ni ser titulares de derechos; ahora pueden adquirir los que sean indispensables para su objeto, con los requisitos y limitaciones que establezca la ley reglamentaria.¹⁰

VI. LAS CONSECUENCIAS

1. *En relación al objeto.* Al existir el acuerdo de voluntades de las partes para integrar el consentimiento en este contrato, si el mismo recae sobre bienes ciertos y determinados, se opera la consecuencia inmediata de transmitir la propiedad del bien del donante al donatario, sin depender dicha transmisión de la tradición ya sea natural o simbólica; y si el objeto

⁹ "En una faja de cien kilómetros a lo largo de las fronteras y de cincuenta en las playas, por ningún motivo podrán los extranjeros adquirir el dominio directo sobre tierras y aguas." Art. 27, frac. 1 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

¹⁰ Reformas a los artículos 27 y 130 constitucionales, publicada en el *Diario Oficial* los días 6 y 28 de enero de 1992.

es respecto de bienes de especie indeterminada, la consecuencia de transmitir el dominio se operará tan pronto como se hagan ciertos y determinados esos bienes con conocimiento del donatario.

En virtud de que la transmisión del bien es un efecto natural del contrato, pero no un elemento esencial del mismo, puede diferirse por la naturaleza misma de las cosas como en el caso antes señalado de bienes que no son ciertos y determinados en el momento de la celebración, o por voluntad de las partes si celebran el contrato sujeto a modalidades, como puede ser una condición suspensiva o un término.

2. *En relación al donante.* Este contrato genera para el donante las obligaciones normales de un enajenante, pero con diversas modificaciones por tratarse de un acto a título gratuito.

A. Tiene la obligación de conservar la cosa mientras la entrega y es responsable de su deterioro o pérdida si no prueba que se produjeron por caso fortuito o fuerza mayor o por culpa del donatario (2017 y 2018).

En derecho mexicano, todos los contratos translativos de dominio son consensuales en oposición a reales, lo que significa que se perfeccionan por el simple consentimiento de las partes, sin requerir para su existencia o validez de la entrega de la cosa. Por lo tanto, en el momento en que se perfecciona el contrato respecto de bienes individualizados, se transmite el dominio al donatario y el donante, mientras los entrega, debe conservarlos, pues ya son, para él, bienes ajenos.

B. Tiene la obligación de entregar la cosa donada. En materia de donaciones, el código no establece ninguna regla especial relativa a la entrega y por lo tanto deben aplicarse las reglas generales en materia de obligaciones.

La cosa donada debe entregarse en el lugar, tiempo y modo que hayan convenido las partes y sólo a falta de convenio debe entregarse en el domicilio del donante (que es el deudor de ella) si se trata de bienes muebles, a menos que otra cosa se desprenda de las circunstancias (2082) o en donde se encuentre ubicado el bien, si se trata de inmuebles (2083).

Respecto al tiempo de entrega, si nada se convino, el donante debe entregar la cosa donada tan pronto como sea requerido para ello por el donatario, pero éste no podrá exigir esa entrega sino después de los treinta días siguientes a la interpelación que se haga por vía judicial o ante notario o dos testigos (2080).

El donante debe entregar precisamente la cosa donada con sus accesorios (2013) y aun cuando en materia general de obligaciones el acreedor no tiene la obligación de recibir otra no obstante que sea de mayor valor (2012), en materia de donaciones puede considerarse que por razón de equidad y con base en un fundamento moral, el donante sí puede entregar otra cosa de mayor valor en lugar de la que se obligó a dar, si la en-

trega de ésta le representa una onerosidad adicional, en vista de las circunstancias.

C. Debe responder de los daños y perjuicios que pudiere sufrir el donatario por perturbaciones originadas por hechos o actos jurídicos propios del donante, ya que tales hechos constituirán actitudes ilícitas de su parte (1910).

El donante no está obligado a responder del saneamiento en caso de evicción sino cuando expresamente se obligó a prestarla. En el caso de que así lo hubiere hecho, debe responder como los enajenantes de buena fe, ya que es muy difícil imaginar que un donante obre de mala fe al regalar un bien, y aun en este supuesto, respondería por el hecho ilícito que tal conducta supone y sería responsable de todos los daños y perjuicios causados, además de reparar el daño originado.

En el supuesto de que el donante se hubiera obligado al saneamiento, no estará obligado a pagar al donatario el precio de la cosa donada si se sufre evicción, ya que éste no es un contrato oneroso y el donante no recibió nada y por lo tanto nada debe devolver, no obstante que se le haya fijado un valor al bien en la celebración del contrato; pero sí estará obligado a pagar los gastos del contrato si hubieren sido satisfechos por el donatario, los causados en los juicios de evicción y saneamiento y el valor de las mejoras útiles y necesarias siempre que en la sentencia respectiva no se determine que el vencedor satisfaga su importe (2126) y en todo caso, el donatario quedará subrogado en todos los derechos del donante (2352).

El donante tampoco está obligado a responder por los vicios ocultos de la cosa donada, ya que se presume que ésta se donó en el estado que guardaba al perfeccionarse el contrato (2142); y para el caso de que hubiere actuado de mala fe, estará obligado a responder de los daños y perjuicios, además de la reparación del daño, no por la donación, sino por el hecho ilícito de su conducta.

3. *En relación al donatario.* La donación es un contrato unilateral, pues sólo genera obligaciones para el donante, y por lo tanto, técnicamente, el donatario no tiene obligaciones. Lo anterior no significa que la donación no produzca efectos para el donatario que lo responsabilizan respecto a determinadas conductas, y es por eso que se estudiarán aquí esos efectos.

Aun en la donación onerosa, no puede hablarse técnicamente de obligaciones a cargo del donatario, ya que el cumplimiento de las cargas impuestas no se establecen como una contraprestación por el bien donado, y en todo caso el donatario puede liberarse del cumplimiento de la carga, abandonando el bien y si éste perece por caso fortuito no será responsable ni por su pérdida ni por el incumplimiento de la carga (2368). Además, dispone la ley que cuando la donación sea onerosa, sólo se considera donada la diferencia entre el importe de la carga y el valor del bien donado

(2337). Por último, la carga en las donaciones es circunstancial, esto es, puede o no existir y por lo tanto la donación es naturalmente unilateral.

Los efectos que produce la donación al donatario tienen en términos generales un fundamento moral o uno de equidad, para evitar perjuicios a terceros o una mayor onerosidad al donante y son:

A. Al donatario tiene respecto al donante un deber de gratitud, proyectado:

Primero, a no cometer algún delito contra la persona, honra o bienes del donante; sus ascendientes, descendientes o cónyuge; y

Segundo, a socorrerlo si cae en pobreza, en atención al valor de los bienes donados.

B. El donatario tiene el deber de cumplir las cargas que le haya impuesto el donante en las donaciones onerosas.

C. El donatario tiene el deber de responder por las deudas del donante garantizadas con prenda o hipoteca, si la donación fue de los bienes gravados con esos derechos reales (2354); y

D. Si la donación fue de todos los bienes del donante, en la acepción jurídica antes señalada, el donatario será responsable de todas las deudas del donante de fecha auténtica anterior a la donación y hasta la cantidad concurrente con el valor de los bienes (2355).

El incumplimiento de estos deberes o responsabilidades, le da derecho al donante de revocar la donación o de resolver el contrato.

VII. LAS CAUSAS DE REVOCACIÓN DE LAS DONACIONES¹¹.—Como principio y regla general, debe asentarse que las donaciones, como cualquier contrato, no son revocables.

Sin embargo, en esta materia de donaciones la ley establece excepciones a este principio:

1. La donación puede ser revocada si el donante al hacerla no tenía hijos y dentro de los cinco años siguientes le sobreviene uno o más.

¹¹ REVOCACIÓN: Es el acto monosubjetivo (de voluntad) que extingue, con proyección hacia el futuro, otro acto monosubjetivo de la misma persona.

También se llama revocación al acto monosubjetivo del donante por el cual deja sin efectos, con proyección hacia el futuro, un contrato de donación. La aplicación de la revocación en este caso, obedece a la similitud, por la gratuidad del acto, entre las donaciones y los actos monosubjetivos de liberalidad.

Características: 1. Puede originarse por causas o situaciones lícitas o ilícitas, pero siempre posteriores a la realización del acto. 2. Los efectos siempre operan hacia el futuro.

Ejemplos: a) El acto monosubjetivo por el cual una persona deja sin efectos una oferta o policitación, siempre y cuando se satisfagan los requisitos que para tal acto exige la ley. b) El acto monosubjetivo por el cual el poderdante deja sin efectos el poder otorgado por él o por sus representantes, al apoderado, c) El acto monosubjetivo por el cual un testador cancela las disposiciones contenidas en un testamento previamente otorgados por él. d) El acto monosubjetivo por el cual un donante con fundamento en una disposición legal, deja sin efectos, con proyección hacia el futuro, un contrato de donación.

Para que proceda la revocación por sobrevenir hijos al donante, se requiere: *a)* Que al momento de perfeccionarse el contrato no tenga hijos el donante (uno o más), *b)* Que le sobrevengan hijos al donante (uno o más) dentro de los cinco años siguientes al perfeccionamiento del contrato; *c)* Que los hijos que le sobrevengan al donante nazcan con todas las condiciones que sobre viabilidad exige el Art. 337 del Código Civil y *d)* Que el donante haga valer personalmente en vida la revocación o inicie el procedimiento correspondiente, en cuyo caso podrán sus herederos concluirlo.

Si dentro del plazo de cinco años indicado naciere un hijo póstumo del donante, la donación se tendrá *por revocada en su totalidad*.

La acción para pedir la revocación es personal del donante y sólo en el caso del hijo póstumo le corresponde a éste, por conducto de sus representantes legales.

No procede la revocación por sobrevenir hijos al donante, en los siguientes casos: *a)* Si habiéndole sobrevenido hijos al donante en el plazo de cinco años, en ese tiempo no revoca la donación. *b)* Si el donante muere dentro del plazo indicado sin haber revocado la donación. *c)* Si la donación es menor de doscientos pesos. *d)* Si la donación es antenupcial. *e)* Si es entre consortes, y *f)* Si es puramente remuneratoria.

Lógicamente la donación no podrá revocarse por sobrevenir hijos al donante, si no le sobrevienen dentro del plazo de los cinco años indicados (2359, 2360 y 2361).

2. La donación puede ser revocada por ingratitud si el donatario comete algún delito contra la persona, honra o bienes del donante, sus ascendientes, descendientes o cónyuge, o si se rehúsa a socorrerlo en relación con los bienes donados, si ha caído en pobreza.

La acción de revocación por esta causa sólo le corresponde al donante si pudo haberla ejercitado. Sus herederos podrán hacerlo si procedía y no pudo intentarlo el donante en vida (2374); y sólo puede ejercitar en contra del donatario y no en contra de sus herederos, a menos que en vida de éste hubiere sido intentada (2373).

La acción de revocación por ingratitud prescribe en un año contado desde que el donante tuvo conocimiento del hecho que la motivó, y no puede renunciarse anticipadamente (2372).

No procede la revocación de las donaciones por ingratitud: *a)* Si existiendo la ingratitud, el donante no revoca la donación en el plazo señalado. *b)* Si es menor de doscientos pesos. *c)* Si es antenupcial. *d)* Si es entre consortes; y *e)* Si es puramente remuneratoria (2361 y 2371).

3. Las donaciones entre cónyuges podían ser revocadas libremente y en todo tiempo por el donante sin expresión de causa y sólo se confirmaban, por lo tanto, por la muerte del donante. A partir de la reforma a los artículos 232 y 233 (Decreto del 13 de diciembre de 1983, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 27 del mismo mes y año) tales donaciones

sólo podían ser revocadas mientras subsistiera el matrimonio y siempre y cuando existiera causa justificada, a juicio del juez. Ahora, como consecuencia de una nueva reforma al artículo 233 (Decreto publicado en la *Gaceta Oficial* del 25 de mayo de 2000, en vigor a partir del 1° de junio siguiente), las donaciones pueden ser revocadas por el donante, cuando, durante el matrimonio, el donatario realice conductas de adulterio, violencia familiar, abandono de las obligaciones alimentarias y otras que sean graves a juicio del juez de lo familiar, cometidas en perjuicio del donante o de sus hijos.

4. La donación puede ser revocada si el donatario no cumple con las cargas impuestas por el donante (2368).

En todo caso en que se revoque una donación, el donatario debe restituir los bienes objeto del contrato, si los conserva en propiedad, o el valor que tenían éstos al tiempo de la donación, si hubieren sido enajenados (2362 y 2369).

Si el donatario hipotecó, dio en prenda el bien o constituyó sobre el mismo un usufructo o una servidumbre, esos actos son válidos y subsistirán aun cuando se revoque la donación, pero el donatario tiene la obligación de redimirlos (2363).

Por otra parte, el donatario hace suyos los frutos de la cosa donada hasta el día en que se le notifique la revocación o nazca el hijo póstumo (2365).

VIII. LA INOFICIOSIDAD DE LAS DONACIONES.—Las donaciones son inoficiosas cuando en virtud de ellas el donante queda insolvente (total o parcialmente) para cumplir sus obligaciones como deudor alimentista (2348).

La acción para que se declare la inoficiosidad de una donación le corresponde al acreedor o acreedores alimentistas.

El efecto que produce la declaración de inoficiosidad de una donación, es que la misma debe reducirse en la medida en que permita que el donante vuelva a ser solvente para cumplir sus obligaciones de carácter alimenticio y si para tal efecto se requiere la reducción total, la donación se entiende revocada (2376).

La donación inoficiosa no será revocada ni reducida, si el donatario toma a su cargo la obligación de ministrar los alimentos y la garantiza debidamente (2360 y 2375).

Si como consecuencia de la inoficiosidad, deben revocarse varias donaciones, se comenzará por la última en fecha, hasta la más antigua (2376 y 2377) y si sólo han de reducirse y fueron hechas al mismo tiempo, la reducción se hará a prorrata (2378).

Si la donación fue de bienes muebles, se tomará en cuenta el valor de los mismos al tiempo de ser donados y si fue de inmuebles que admitan cómoda división, la reducción se hará en especie, y si no admite cómoda

división, cuando el importe de la reducción exceda de la mitad del valor del bien, el donatario recibirá el resto del valor en dinero, y si no excede, el donatario pagará la reducción en dinero (2379, 2380, 2381 y 2382). Por último, el donatario sólo responderá de los frutos desde que fuere demandado (2383).

IX. LAS CLASES DE DONACIONES.—Pueden distinguirse varias clases o tipos de donaciones y todo dependerá de que la donación pertenezca a una o a otra clase para que se apliquen normas especiales o para que sus efectos varíen de la donación común, también llamada pura o simple.

1. *Las donaciones puras y simples.* Se considera que toda donación, por exclusión, que no pertenezca a una clase especial es una donación común, pura o simple y se le aplicarán todas las reglas sin las excepciones especiales, ya estudiadas.

2. *Las donaciones onerosas.* Son aquellas en las que se impone al donatario una carga consistente en un dar una cosa o en un hacer o no hacer un hecho. La ley indica que son las que se hacen imponiendo al donatario algunos gravámenes (2336).

La carga o modo, es el gravamen o deber impuesto al que recibe una liberalidad.

Al calificar de onerosa a una donación con carga, no significa que se le haya impuesto una obligación al donatario, ni que el contrato esté sujeto a una condición resolutoria.

En efecto, la carga o modo no es una obligación, y las diferencias fundamentales entre ambas figuras, son claras: por su origen, la carga se genera de una liberalidad, en cambio la obligación tiene diversas fuentes (el hecho ilícito, la declaración unilateral de voluntad, el contrato, etc.) y por sus efectos, el incumplimiento de la carga, sólo da acción al donante para revocar la donación (2336, 2337 y 2368), pero no para exigir su cumplimiento forzoso, como es de la naturaleza de las obligaciones, y el deudor, en la obligación, responde de su cumplimiento con todos sus bienes (2964), y en la carga, el donatario sólo con el valor de los bienes donados (2368), además de que la ley lo autoriza expresamente a liberarse del cumplimiento, haciendo abandono del bien (2368) y señala expresamente que si éste perece por caso fortuito queda libre de toda obligación.

Tampoco debe confundirse la carga con una condición resolutoria, porque ésta es la posibilidad de realización de un hecho que se prevé incierto en la celebración del contrato y que si se realiza, sin mediar la voluntad del obligado, extingue la obligación de inmediato, y en cambio, el no cumplimiento de la carga, ni extingue la obligación del donante, ni resuelve la donación, y sólo da acción al donante para revocarla; acción que puede ejercitar o no, según su voluntad.

Por último, en la donación onerosa, sólo se entiende donada la diferencia existente entre el valor del bien y la carga impuesta (2337).

3. *Las donaciones remuneratorias.* Son aquellas que el donante hace en atención a determinados servicios prestados por el donatario, que no tenía obligación de remunerar.

La importancia práctica que tiene en derecho mexicano el calificar a una donación como remuneratoria, es que no puede ser revocada ni por sobrevenir hijos al donante, ni por ingratitud (2361 y 2371).

4. *Las donaciones condicionales.* Son aquellas en las que se hace depender la existencia de la obligación del donante de entregar el bien y el efecto translativo de dominio, de la realización de un hecho que las partes prevén incierto y que no depende de su voluntad el que se realice o no. También son donaciones condicionales aquellas en que la obligación del donante y el efecto translativo de dominio se resuelven si se realiza un hecho determinado, que se prevé incierto y que no depende en su actualización de la voluntad de las partes. El primer caso se refiere a una condición suspensiva y el segundo, a una resolutoria.¹²

5. *Las donaciones entre consortes.* Son aquellas en que el donante y el donatario son cónyuges entre sí.

En materia de revocación de las donaciones entre consortes, el legislador dio un viraje de ciento ochenta grados. Antes de la reforma a los artículos 232 y 233,¹³ la nota característica de este contrato era la más amplia posibilidad de revocación, que podría hacerse en todo tiempo y sin expresión de causa. Después de esa reforma en el año de 1983 (y hasta el 31 de mayo de 2000) esas donaciones se volvieron prácticamente irrevocables, ya que la ley estableció que sólo podían ser revocadas mientras subsistiera el matrimonio y existiera una causa justificada a juicio del juez, y no marcaba ningún lineamiento o pauta que pudiera servir al juzgador para calificar la causa de la revocación. Esa reforma, apresurada y por lo tanto poco meditada, omitió establecer las causas de revocación de estas donaciones y simplemente endilgó al juez la necesidad de calificar de legal una causa de revocación sin fundamento o motivación en la ley. Ese error ya se corrigió. Por decreto publicado en la *Gaceta Oficial* del Distrito Federal el 25 de mayo de 2000, en vigor a partir del siguiente primero de junio, se reformó el artículo 233 y estableció que las donaciones entre cónyuges pueden ser revocadas por el donante en los términos del artículo 228,

¹² Como ejemplos de donaciones condicionales, pueden señalarse: la que se hace de un paraguas sujeta a la condición de que llueva el día de hoy, o la que se hace del paraguas, sujeta a la condición de que se resolverá si no llueve el día de hoy.

¹³ Ver el apartado 3 del inciso VII de este Capítulo, que trata de la revocación de las donaciones entre cónyuges.

esto es, cuando durante el matrimonio, el donatario realice conductas de adulterio, violencia familiar, abandono de las obligaciones alimentarias u otras que sean graves a juicio del juez de lo familiar, cometidas en perjuicio del donante o sus hijos.

Las donaciones entre consortes no se revocan por sobrevenir hijos al donante y por lo tanto no se tiene por revocada si nace un hijo póstumo del donante (2361).

Para celebrar válidamente una donación entre cónyuges, basta actualmente que las partes estén casadas bajo el régimen de separación de bienes (ART. 232 y por analogía lo que dispone el 176) sin requerir ya de autorización judicial.

6. *Las donaciones antenupciales.* Son aquellas que se hacen entre sí los futuros cónyuges o que un tercero hace a uno de ellos o a ambos, en atención al matrimonio concertado (219).

Los efectos de estas donaciones están condicionados a la celebración del matrimonio (145 y 230).

Las donaciones antenupciales no son revocables por sobrevenir hijos al donante (2361). Tampoco lo son para causa de ingratitud, a no ser que el donante sea un tercero, que la donación haya sido hecha a ambos futuros contrayentes y que los dos sean ingratos (227).

Las donaciones antenupciales hechas por un tercero pueden ser declaradas inoficiosas en los mismos términos en que lo pueden ser las comunes (222). Cuando la donación o donaciones se celebran entre los futuros contrayentes, su importe no debe exceder reunidas, de la sexta parte el valor de los bienes del donante y por el exceso, la donación es inoficiosa y el cónyuge donatario o sus herederos tienen la facultad de elegir la época en que se hizo la donación o la del fallecimiento del donador, para calcular si es o no inoficiosa esa donación (223); pero si no se formó inventario de los bienes del donador al perfeccionarse, no podrá elegirse la época en que aquella se otorgó (224).

Estas donaciones no requieren para su validez de aceptación expresa (225).

Las donaciones antenupciales hechas entre los futuros consortes, pueden ser revocadas cuando durante el matrimonio, el donatario realiza actos de adulterio, violencia familiar, incumplimiento de sus obligaciones como deudor alimentista y otras que sean graves a juicio del juez de lo familiar, cometidos en perjuicio del donante o de sus hijos. Art. 228 reformado por Decreto publicado en la *Gaceta Oficial* del D.F. el 25 de mayo de 2000.

7. *Las donaciones mortis causa.* Las donaciones *mortis causa* (por causa de muerte), son aquellas en que se hacen depender los efectos de la donación, de la muerte del donante.

En derecho mexicano no están permitidas las donaciones *mortis causa*, por el imperativo legal de que “las donaciones sólo pueden tener lugar entre vivos” (2338) y cuando se pretenda hacer donaciones para después de la muerte del donante, deberá el interesado hacer un testamento, bajo la sanción de inexistencia de la liberalidad que pretende realizar (2339).

8. *Las donaciones a título particular y las a título universal.* Las donaciones a título particular son aquellas que se celebran respecto de ciertos y determinados bienes que no constituyen una parte significativa del total de los bienes del donante, de tal suerte que no hay que plantearse ningún cuestionamiento respecto a si le restaron o no bienes en su patrimonio o si los que le restaron le son suficientes para vivir o no, según sus circunstancias. A éstas se les aplican todas las reglas generales de las donaciones puras y simples, y sólo hay que tener presente que el donatario responde de las deudas del donante cuando esos bienes ciertos y determinados estén gravados con alguna hipoteca o prenda para garantizarlas y sólo respecto de esas deudas así garantizadas (2354).

Las donaciones a título universal son aquellas respecto de ciertos y determinados bienes que resultan ser el único activo patrimonial del donante y por ello llega a ser respecto de la totalidad de sus bienes presentes en la acepción jurídica ya antes indicada: todos los bienes menos los que el donante debe reservarse en propiedad o en usufructo para vivir según sus circunstancias.

Por la redacción del artículo 2355 y por la calificación de “donación universal”, podría pensarse que el contrato se redactó señalando textualmente que “el donante dona al donatario, la totalidad de sus bienes presentes”, esto es, en género, sin especificar exactamente a qué bienes se refiere. Obviamente esto no es así. No es posible celebrar un contrato en términos tan vagos que no se precise su objeto, ya que éste, tanto en el contrato de donación como en cualquier contrato, debe ser determinado o determinable.

Si la donación se hace respecto de cierto o ciertos y determinados bienes y con posterioridad a la donación, resultan ser los únicos, dentro del activo patrimonial del donante, no será válida (2347), a menos que se haya reservado otros en propiedad o en usufructo para vivir según sus circunstancias. Ejemplos: Juan es propietario sólo de un edificio que produce rentas y de ellas vive y dona el ciento por ciento de la nuda propiedad y el ochenta por ciento del usufructo, reservándose el veinte por ciento restante que le alcanza para vivir según sus circunstancias; o tiene cinco inmuebles y dona cuatro, y con el que conserva le alcanza para vivir según sus circunstancias. Éstas son donaciones a título universal.

Lo que no sería lógico ni práctico, es redactar la cláusula principal señalando: “Juan dona a María la totalidad de sus bienes presentes, reser-

vándose en usufructo (o en propiedad) sólo lo necesario para vivir según sus circunstancias". Con esta redacción puede considerarse que de hecho y prácticamente el objeto del contrato no sería determinado ni determinable (1825) y por lo tanto no habría contrato por falta de objeto.

La calificación de nulidad de una donación que dé por resultado que el donante no conservó bienes para vivir según sus circunstancias, le corresponde exclusivamente al juez, previo el procedimiento iniciado por quien tenga interés legítimo y de ninguna manera el registrador en el Registro Público de la Propiedad al calificar un título para su inscripción y no hay razón alguna que justifique la exigencia de que en el contrato se precise que el donante tiene bienes diferentes al donado para vivir según sus circunstancias.

Cuando las donaciones son a título universal, el donatario responde de todas las deudas del donante contraídas con anterioridad a la donación, siempre que tengan fecha auténtica, y sólo hasta la cantidad concurrente con el valor de los bienes donados; ya que su responsabilidad es a beneficio de inventario (2355).

9. *La donación con derecho de acrecer.* Es aquella que celebran varias personas como donatarias y en la que el donante expresamente establece en su favor el derecho de acrecer.¹⁴

La redacción de este artículo y su estudio motiva tantas dudas y cuestionamientos que se antoja considerar que al mismo le suprimieron al imprimirlo algunas palabras que lo limitaban sólo al usufructo y que diría: "La donación del usufructo hecha a varias personas... etc.". Pero al recurrir a la publicación original, en la pág. 479 del *Diario Oficial* del viernes 31 de agosto de 1928, efectivamente tiene la redacción abajo impresa.

Cuando son varios donatarios conjuntos y tienen el derecho de acrecer entre ellos: ¿son propietarios?, ¿tienen el uso y disfrute del bien en proporción a su número?, ¿puede uno de ellos enajenar su derecho a un tercero?, ¿la enajenación es sólo del derecho de propiedad o también implica los frutos?, ¿tienen los demás derecho del tanto para adquirir la parte que uno desee vender?, ¿el que sobrevive puede pedir a los causahabientes la devolución de los frutos de que se haya aprovechado su causante? Estas y otras preguntas motiva el precepto indicado y la ley no da ninguna respuesta en forma clara y directa.

Si el artículo estuviera referido sólo a la donación del usufructo no habría problemas, porque el código en el capítulo correspondiente da solu-

¹⁴ "ART. 2350.—La donación hecha a varias personas conjuntamente no produce a favor de éstas el derecho de acrecer, si no es que el donante lo haya establecido de un modo expreso."

ciones generales; pero como está redactado el precepto, es una fuente de conflictos.

Además no puede decirse que es letra muerta, porque ya se han hecho donaciones con derecho de acrecer ante notario y se han inscrito en el Registro Público de la Propiedad, como es de verse la siguiente inscripción registral: Sección Primera, tomo ochenta y dos, volumen décimo de la serie A, fojas ciento diecinueve y número ciento treinta y seis.

CAPÍTULO X

EL CONTRATO DE MUTUO

SUMARIO: I. El concepto—II. Las características.—III. La clasificación.—IV. Los elementos: 1. El consentimiento.—2. El objeto.—3. La forma.—V. Los presupuestos: 1. La capacidad.—2. La ausencia de vicios en el consentimiento y la licitud.—VI. Las consecuencias: 1. Respecto al objeto.—2. Respecto a los contratantes: A. Las obligaciones del mutuante.—B. Las obligaciones del mutuuario.—VII. Los derechos o defensas que la ley otorga al mutuuario en los contratos de mutuo con interés.

I. EL CONCEPTO.—El contrato de mutuo es aquel por virtud del cual una persona llamada mutuante se obliga a entregar a la otra llamada mutuuario, una suma de dinero u otros bienes fungibles, quien se obliga a restituir en cierto plazo, otro tanto de la misma especie y calidad y que produce el efecto translativo de dominio respecto de las cosas que constituyen el objeto del contrato.¹

II. LAS CARACTERÍSTICAS

1. El contrato de mutuo es un contrato translativo de dominio. Debe tenerse presente en este apartado, que la translación de dominio del bien es un efecto natural del contrato y técnicamente no puede considerarse ni como objeto del mismo ni como obligación de las partes y que puede diferirse por voluntad de las partes o por la naturaleza de las cosas.²

2. El objeto del contrato siempre debe ser respecto de bienes fungibles, entendiéndose por tales, aquellos que tienen, unos respecto de otros, el mismo poder liberatorio al momento de efectuarse un pago. Si se celebrase un contrato de mutuo respecto de bienes que no son fungibles, como la parte que los recibe debe devolver otros de la misma especie y calidad, y en la hipótesis no existen otros (por no ser fungibles), debería devolver los

¹ El código argentino establece: "2240.—Habrà mutuo o empréstito de consumo, cuando una parte entregue a la otra una cantidad de cosas que esta última está autorizada a consumir, devolviéndole en el tiempo convenido, igual cantidad de cosas de la misma especie y calidad."

² Ver atrás en los contratos de compraventa, permuta y donación lo señalado en relación al efecto translativo de dominio, ya que opera igual que en este contrato.

mismos y ya no sería un contrato de mutuo, porque no habría transferencia de propiedad (por tener que devolverlos) y por lo tanto no sería un contrato de mutuo, sino uno de arrendamiento si se pacta una contraprestación cierta o uno de comodato, si no se pacta contraprestación.

3. El mutuuario, debe restituir bienes de la misma especie y calidad de los recibidos. De ahí se desprende que este contrato siempre generará la obligación para el mutuuario de entregar otros bienes y habrá en ese supuesto una segunda translación de dominio en beneficio del mutuante, a la que se aplicarán las mismas normas indicadas en el apartado primero, respecto al momento de la transmisión.

III. LA CLASIFICACIÓN.—El contrato de mutuo es *bilateral*, porque engendra de inmediato la obligación para el mutuante de entregar la cosa y para el mutuuario la obligación de restituir otra de la misma especie y calidad. No siendo un contrato real no requiere para su perfeccionamiento de la entrega de la cosa, sino el simple consentimiento de las partes, y al perfeccionarse en esa forma, crea la obligación de entrega para el mutuante. Si al momento de perfeccionarse el contrato no se entrega la cosa, se origina para el mutuante la obligación de entregarla, pero no existirán para el mutuuario obligaciones, y la existencia de éstas, se hacen depender del cumplimiento de la obligación del mutuante de entregar la cosa, ya que mal puede restituir el que no ha recibido. Es *consensual* en oposición a real y en oposición a formal, porque no requiere para su perfeccionamiento ni de la entrega de la cosa, ni de determinadas formalidades, ya que el consentimiento puede manifestarse o exteriorizarse en la manera que convengan las partes sin que la ley imponga ninguna en especial. El contrato puede ser *gratuito* si no se estipula el pago de un rédito o interés a cargo del mutuuario o puede ser *oneroso* para el caso de que sí se pacte ese rédito o interés. En el primer caso los gravámenes son sólo para el mutuante, ya que no podrá disponer en beneficio personal de los bienes mutuos y los provechos sólo para el mutuuario, quien podrá disponer de esos bienes con la sola obligación de restituir otros de la misma especie y calidad. En el segundo caso, los provechos y gravámenes serán recíprocos, dado que el mutuuario deberá pagar el rédito o interés estipulado. Además, es un contrato *principal*, generalmente *instantáneo* y *nominado*.

IV. LOS ELEMENTOS

1. *El consentimiento*. Este elemento no presenta ninguna regla especial en el mutuo. Debe existir un acuerdo de voluntades para entregar bienes fungibles y para restituir otros de la misma especie y calidad con el objeto de que opere la transmisión de dominio de esos bienes; y con el simple acuerdo de voluntades en tal sentido, se perfecciona el contrato, sin que sea necesario entregar la cosa.

2. *El objeto.* Las cosas, como contenido de las obligaciones de dar de las partes, deben ser bienes fungibles.

No deben confundirse los bienes fungibles con los consumibles por su primer uso, ya que los primeros son los que tienen, unos respecto de otros, el mismo poder liberatorio al momento de efectuarse un pago, es decir, que el deudor cumple con su obligación de pago, entregando unos u otros, y los segundos, son los que perecen, se consumen en su primer uso cuando ese uso es conforme a su propia naturaleza. Un litro de aguardiente de destilación única y especial es un bien consumible por su primer uso y no será un bien fungible; las refacciones actuales de aparatos electrodomésticos, pueden ser bienes fungibles y no son consumibles por su primer uso.³

3. *La forma.* Las partes pueden pactar libremente la manera de exteriorizarse el consentimiento, ya que la ley no establece para este contrato una forma impuesta determinada.

No obstante lo anterior, la práctica en materia de mutuo de dinero, es que se otorgue por escrito y cuando se garantiza la obligación de restitución del mutuatario con hipoteca, como ésta (cuando el crédito garantizado exceda del equivalente a trescientas sesenta y cinco veces el salario mínimo general diario vigente en el Distrito Federal en el momento de la celebración del contrato) debe constar en escritura pública, también el contrato de mutuo se otorga con la misma formalidad.

³ El codificador argentino en la nota al artículo 2241 hace algunas reflexiones de interés que pueden servir para precisar la distinción entre bienes fungibles y bienes consumibles por su primer uso. Por la aménidad de su redacción, se transcriben: "...Marcadé sobre el Art. 536 en el núm. 391, dice: 'Las cosas en sí mismas no son ni fungibles ni no fungibles. Lo son sólo en el caso particular en que deban ser entregadas a alguno, para ser devueltas después; y la misma cosa puede ser fungible o no fungible según la voluntad de las personas. Lo que ha hecho decir impropriadamente que las cosas son fungibles o no fungibles es la confusión que se ha hecho entre dos cualidades muy diferentes la una de la otra, la de ser fungible y la de ser consumible por el uso. Pothier y muchos autores modernos, definen las cosas fungibles, diciendo que son aquellas que se consumen por el primer uso que se hace, y los autores del código han aceptado esa misma idea; mas éste es un grave error. Hay una gran diferencia entre las cosas fungibles y las cosas consumibles. 1ª Se llaman cosas de consumo, las que no se pueden emplear en su uso natural, sin destruirlas, sea materialmente, como el pan, el vino, etc., o sea, civilmente, haciéndolas salir de nuestro patrimonio, como la moneda. Las cosas no consumibles son las susceptibles de un uso repetido sin destruirse, como un caballo, un libro, etc. Se ve pues, que la calidad de consumirse o no consumirse, depende de la naturaleza de las cosas, y no de la fantasía de las personas. 2ª Entre tanto, las cosas son fungibles o no fungibles, según que en la entrega que yo hago a una persona que debe volvérmelas, estas cosas podrán ser devueltas por otras de la misma especie, en cantidad y calidad, o deberán volverse las mismas cosas. Si yo os presto un código en el que he puesto algunas notas, y os encargo que me lo devolváis, el libro no es fungible. Pero si al contrario un librero pide a un impresor un código que de pronto necesita para devolverle después otro ejemplar igual, el libro es fungible. Se ve, pues, que la fungibilidad, en lugar de depender de la naturaleza de las cosas como la calidad de consumirse por el primer uso, depende únicamente de la intención de las partes. 3ª Que en lugar de ser absoluta y continua, es accidental, y que sólo tiene lugar cuando la cosa es entregada para ser devuelta. 4ª Que una cosa que no es de consumo puede ser muy bien fungible, como lo demuestra el ejemplo del librero.'

No obstante que el contrato puede otorgarse en forma verbal, por señas, por actos que necesariamente supongan el consentimiento, o como las partes determinen, es conveniente celebrar el contrato por escrito, para precisar con toda certeza el alcance de las obligaciones de las partes; sin embargo, el contrato será válido cualquiera que sea la formalidad consignada.

V. LOS PRESUPUESTOS

1. *La capacidad.* La capacidad de las partes, debe ser la especial de poder disponer de los bienes sobre los que se celebre el contrato; por lo que ve al mutuante, en el momento de la celebración del contrato o cuando determine los bienes, y por lo que ve al mutuuario, en el momento de la restitución. Lo que significa que los contratantes deben ser propietarios de los bienes, por ser este contrato translativo de dominio y ambos, en el momento respectivo, responden del saneamiento, en caso de evicción, y tendrán las demás obligaciones normales de un enajenante.

Se requiere además que las partes tengan capacidad de ejercicio para poder celebrar por sí mismas este contrato, como cualquier otro, bajo pena de nulidad relativa en caso de contravención. Sin embargo, la ley dispone que no se declararán nulas las deudas contraídas por el menor para proporcionarse alimentos cuando los necesite y su representante legítimo se encuentre ausente (2392).

2. *La ausencia de vicios en el consentimiento y la licitud en el objeto, motivo o fin del contrato.* En esta materia no existen normas especiales en el contrato de mutuo y por lo tanto deben aplicarse las reglas generales sobre este tema.

VI. LAS CONSECUENCIAS.—Los efectos que produce este contrato se proyectan en primer lugar al objeto, ya que transmite su propiedad del mutuante al mutuuario, y en segundo lugar a las partes, creando obligaciones para ellas.

1. Ya se indicó antes, que una nota distintiva de este contrato es el ser translativo de dominio de los bienes que constituyen su objeto. El contrato se perfecciona por el acuerdo de voluntades y si los bienes que constituyen su objeto son determinados y conocidos, el efecto translativo se opera de inmediato, y en caso de no ser así, el efecto translativo se actualizará cuando los bienes se hayan individualizado para el mutuuario. Las partes de común acuerdo, pueden diferir el efecto translativo de dominio y hacerlo depender del cumplimiento de una obligación del mutuante como sería el caso si convienen en que la propiedad se transmitirá al mutuuario hasta que se le entreguen los bienes, o de alguna otra circunstancia.

Como el objeto indirecto de este contrato es dinero o son bienes fungibles (el dinero, en última instancia es el bien fungible por excelencia) por regla general no serán ciertos y determinados al momento de la celebración del contrato, y por lo tanto la translación del dominio se operará hasta que se hagan ciertos y determinados con conocimiento del mutuuario. Para que la translación de dominio se opere, no se requiere la entrega de los bienes ya sea real o jurídica, sino sólo que los bienes se determinen con conocimiento del acreedor y por lo tanto, mientras no se determinen en esa forma, los riesgos por su perecimiento o deterioro serán para el mutuante y sólo cuando se hagan ciertos y conocidos con conocimiento del mutuuario, los riesgos serán para éste.

2. Respecto de los contratantes, este contrato genera obligaciones para ambos:

A. Las obligaciones del mutuante

a) La primera obligación del mutuante, será la de entregar los bienes objeto del contrato si éstos son ciertos y conocidos en la celebración del contrato, y si no lo son, primero tendrá la obligación de determinarlos y hacerle saber al mutuuario esa individualización y a continuación entregarlos. Ya se indicó que la transmisión del dominio de los bienes no es técnicamente una obligación de las partes, sino un efecto del contrato que se opera en forma automática cuando los bienes son ciertos y conocidos en la celebración del contrato o cuando se hacen ciertos y conocidos con conocimiento del acreedor, sin necesidad de entrega.

El modo, el tiempo y el lugar de entrega, deben ser según lo convenido por las partes, y sólo a falta de convenio expreso, la ley supletoriamente establece: deben entregarse bienes precisamente de la especie y calidad pactados, sin que el acreedor (mutuuario) tenga la obligación de recibir otros diferentes, aunque sean de mayor valor (2012). El lugar de la entrega debe ser en donde se encuentren los bienes al momento de celebrarse el contrato (2387, frac. I). El tiempo de entrega, como no existe una disposición especial dentro del capítulo del mutuo, se aplicarán las reglas generales en materia de obligaciones, esto es el mutuante debe entregar los bienes, tan pronto sea requerido para ello, pero el mutuuario no puede exigir la entrega sino después de los treinta días siguientes a la interpelación que haga judicial o extrajudicialmente ante un notario o ante dos testigos (2080).

b) El mutuante, como todo enajenante, está obligado a responder del saneamiento para el caso de que el mutuuario sufra evicción y se aplicarán las disposiciones generales ya señaladas en relación con las obligaciones de los vendedores.

c) El mutuante está obligado a responder de las calidades de la cosa y por lo tanto responde por los vicios o defectos ocultos de la cosa mutuada, en los mismos términos de todo enajenante.

En materia de mutuo, se establece una disposición expresa en esta materia, señalando que es responsable de los perjuicios que sufra el mutuuario por la mala calidad o vicios ocultos de la cosa si conoció los defectos y no dio aviso oportuno al mutuuario (2390).

d) Por último, si el contrato de mutuo es con interés, el mutuante tiene la obligación de pagar los impuestos sobre la renta y al valor agregado, en los términos de la Ley del Impuesto sobre la Renta y la Ley del Impuesto al Valor Agregado.

B. *Las obligaciones del mutuuario.* Todas las obligaciones del mutuuario que en seguida se mencionan, están supeditadas al cumplimiento previo de la obligación del mutuante de entregar las cosas mutuadas, ya que mientras el mutuante no cumpla con esa obligación, el mutuuario lógicamente no tendrá la obligación de restituir, porque no puede restituir o devolver lo que no ha recibido.

a) La primera obligación del mutuuario, es que debe restituir o devolver al mutuante bienes fungibles, en la misma cantidad y de la misma especie y calidad de los recibidos. En el momento en que entregue los bienes o cuando ya individualizados el mutuante se dé por recibido de ellos, se operará el efecto translativo de dominio y los riesgos por su existencia y conservación serán del mutuante, y mientras no lo haga así, esos riesgos serán del mutuuario, ya que las cosas se pierden o deterioran para el propietario (2017-V).

El modo, el lugar y el tiempo de la restitución se hará en la forma convenida por las partes y sólo a falta de convenio se aplicarán las siguientes reglas:

El modo. Respecto del modo, deben de entregarse precisamente de la misma especie y calidad a los recibidos y en la misma cantidad. Sin embargo, aplicando la ley mexicana la teoría de la imprevisión en los contratos, dispone que si no fuere posible al mutuuario restituir bienes de la misma especie y calidad por ya no existir en la naturaleza o en el mercado, cumplirá su obligación pagando el valor que éstos tenían en el tiempo y lugar en que se hizo el préstamo, a juicio de peritos, salvo estipulación en contrario (2388).

Si el mutuo fue de dinero, el mutuuario deberá devolver una cantidad igual a la recibida conforme a la ley monetaria en vigor al momento de hacerse el pago sin que esta prescripción sea renunciante, y si el pago debe de hacerse en moneda extranjera se hará en su equivalencia en moneda nacional al tipo de cambio al momento de cumplirse la obligación, siendo

en daño o beneficio del mutuuario la alteración que ésta experimente (2389).⁴

Si los objetos fueren cereales, productos del campo u otros frutos semejantes, deberán devolverse frutos o productos semejantes de la siguiente cosecha, cuando el mutuuario fuera labrador o no siéndolo deba recibir frutos semejantes por otro título (2385).

El lugar. El lugar de devolución si el préstamo consiste en efectos, se hará en donde se recibieron y si consiste en dinero, en el domicilio del deudor (2387-II).

El tiempo. El tiempo de la devolución se hará si el mutuuario fuere labrador y el préstamo consiste en cereales, productos del campo o frutos semejantes o si no siéndolo, deba de recibirlos por otro título, en la siguiente cosecha; y en todos los demás casos, el mutuante sólo podrá exigirlos treinta días después de la interpelación que haga al mutuuario en forma judicial o extrajudicial ante notario o ante dos testigos (2080 y 2385).

b) Si se pactaron, el mutuuario tiene la obligación de pagar intereses o réditos.

c) El mutuuario está obligado a responder del saneamiento al mutuante en caso de evicción, en los mismos términos de todo enajenante (2120).

d) Asimismo, el mutuuario está obligado a responder de las calidades de la cosa; o sea, responde por los vicios o defectos de la cosa en los mismos términos de todo enajenante (2142).

e) Por último, en los contratos de mutuo con interés, el mutuario es solidariamente responsable con el mutuante ante el fisco, por el pago del impuesto sobre la renta y por el impuesto al valor agregado, en los términos en que lo disponen la Ley del Impuesto sobre la Renta y la Ley del Impuesto al Valor Agregado.

VII. LOS DERECHOS O DEFENSAS QUE LA LEY OTORGA AL MUTUATARIO EN LOS CONTRATOS DE MUTUO CON INTERÉS.—Si en el contrato no se pactan expresamente intereses o réditos a cargo del mutuuario, el contrato será gratuito; por lo tanto, para que exista esa obligación y para que el contrato sea oneroso, deben pactarse expresamente los intereses.

En materia civil, en derecho mexicano, el interés legal es el nueve por

⁴ La Ley Monetaria de los Estados Unidos Mexicanos (publicada en el *Diario Oficial* del 27 de julio de 1931), actualmente en vigor, establece: "ART. 8o.—La moneda extranjera no tendrá curso legal en la República, salvo en los casos en que la ley expresamente determine otra cosa. Las obligaciones de pago en moneda extranjera contraídas dentro o fuera de la República, para ser cumplidas en ésta, se solventarán entregando el equivalente en moneda nacional, al tipo de cambio que rija en el lugar y fecha en que se haga el pago."

"Art. 9º.—Las prevenciones los artículos anteriores no son renunciables y toda estipulación en contrario será nula.

ciento anual. Siempre que exista la obligación de pagar intereses por imperativo legal, se aplicará la tasa indicada.

Convencionalmente, las partes pueden pactar un interés inferior o superior al interés legal.

Si se estipulan intereses, el mutuuario tiene las siguientes defensas y derechos:

1. Mediante la aplicación del instituto de la lesión (ver parte general), si el mutuuario explotando la suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria del mutuuario, obtiene un lucro excesivo que sea evidentemente desproporcionado a lo que él por su parte se obliga, el perjudicado (mutuuario), tiene derecho de pedir la nulidad del contrato, que traerá como consecuencia el logro de la restitución de los bienes o cantidades entregadas por las partes (17 y 2228).

Esta defensa o derecho del mutuuario, aunque le permite recobrar las cantidades pagadas como intereses excesivos, tiene el inconveniente de que está obligado a devolver anticipadamente el importe del capital o los bienes mutuados y la acción prescribe en un año.

2. Si el interés es tan desproporcionado que haga fundadamente creer que se ha abusado del apuro pecuniario, de la inexperiencia o de la ignorancia del mutuuario, éste tiene el derecho de pedir al juez competente que, tomando en cuenta las especiales circunstancias del caso, reduzca equitativamente el interés, reducción que puede llegar hasta el límite del interés legal, que es como ya se dijo, del nueve por ciento anual (2395).

Esta defensa o derecho tiene la ventaja de permitir al mutuuario seguir disfrutando del plazo convenido por las partes en el contrato para la devolución, pero no lo protege para recuperar las cantidades que por intereses excesivos ya haya pagado y sólo lo protege en ese sentido, hacia el futuro.

3. Cuando se ha pactado un interés superior al legal, el mutuuario tiene derecho a redimir anticipadamente su deuda, después de seis meses contados desde que se celebró el contrato, cualquiera que sea el plazo que se hubiere señalado en el contrato para la devolución, siempre y cuando se dé aviso al mutuante con dos meses de anticipación y pagando los intereses vencidos.

Esta medida protege a futuro al mutuuario, pero lo obliga a devolver el capital anticipadamente no permitiéndole gozar del plazo convenido, ni recobrar las cantidades pagadas por intereses; y

4. Como defensa al mutuuario, no puede pactarse anticipadamente que los intereses se capitalicen y produzcan a su vez intereses. Tal pacto, llamado de anatocismo, está prohibido en derecho mexicano y es nulo de pleno derecho.⁵

⁵ Pacto de anatocismo es la cláusula contractual por la cual se conviene, en el momento

Por otra parte, el Código Penal Mexicano para el Distrito Federal, establece: “ART. 386.—Comete el delito de fraude... El delito de fraude se castigará con las penas siguientes: ...” “ART. 387.—Las mismas penas señaladas en el artículo anterior, se impondrán: ... VIII. Al que valiéndose de la ignorancia o de las malas condiciones económicas de una persona, obtenga de ésta ventajas usuarias por medio de contratos o convenios en los cuales se estipulen réditos o lucros superiores a los usuales en el mercado”.

en el que se reconoce una deuda y se pactan intereses sobre ella, que los intereses no pagados se capitalicen de inmediato para que junto con el capital, a su vez, produzcan intereses.

TÍTULO TERCERO
LOS CONTRATOS TRANSLATIVOS DE USO

CAPÍTULO XI
EL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO

SUMARIO: I. El concepto.—II. Las características.—III. La clasificación.—IV. Los elementos: 1. El consentimiento.—2. El objeto.—3. La forma.—V. Los presupuestos: 1. La capacidad.—2. La ausencia de vicios en el consentimiento y la licitud.—VI. Las consecuencias: 1. Las obligaciones de las partes: A. Las obligaciones del arrendador.—B. Las obligaciones del arrendatario.—2. Los derechos especiales del arrendatario.—3. La tácita reconducción.—VII. El subarrendamiento.—VIII. Las causas de terminación del contrato.—IX. Del arrendamiento de fincas urbanas destinadas a la habitación.

I. EL CONCEPTO.—El contrato de arrendamiento es aquel por virtud del cual una persona llamada arrendador se obliga a conceder temporalmente el uso o el uso y goce de un bien a otra persona llamada arrendatario, quien se obliga a pagar como contraprestación un precio cierto.¹

El arrendamiento puede clasificarse como mercantil, administrativo o civil.²

¹ “Doctrinalmente se ha definido al contrato de arrendamiento como aquel por virtud del cual una persona llamada arrendador, concede a otra, llamada arrendatario, el uso y goce de una cosa, en forma temporal, o sólo el uso, mediante pago de una renta, que es el precio y que debe ser cierto.” Aguilar Carvajal, Leopoldo, *ob. cit.*, p. 152.

El código español en su Art. 1543 indica: “En el arrendamiento de cosas, una de las partes se obliga a dar a la otra el goce o uso de una cosa por tiempo determinado y precio cierto”. El código mexicano señala: “Hay arrendamiento cuando las dos partes contratantes se obligan recíprocamente una, a conceder el uso y goce temporal de una cosa, y la otra, a pagar por ese uso o goce un precio cierto” (2398).

² En la legislación mercantil y fiscal mexicana se menciona y regula una clasificación nueva de este contrato, el llamado arrendamiento financiero.

Los artículos 25 y 27 de la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares de Crédito (*D. O.* 14 de enero de 1985) conceptúa a este contrato como sigue:

“ART. 25.—Por virtud del contrato de arrendamiento financiero, la arrendadora financiera se obliga a adquirir determinados bienes y a conceder su uso o goce temporal, a plazo forzoso, a una persona física o moral obligándose ésta a pagar como contraprestación, que se liquidará en pagos parciales, según convenga, una cantidad en dinero determinada o determinable, que cubra el valor de adquisición de los bienes, las cargas financieras y los de-

más accesorios, y adoptar al vencimiento del contrato alguna de las opciones terminales a que se refiere el artículo 27 de esta ley.

Al establecer el plazo forzoso a que hace mención el párrafo anterior, deberán tenerse en cuenta las condiciones de liquidez de la arrendadora financiera, en función de los plazos de los financiamientos que, en su caso, haya contratado para adquirir los bienes.

Los contratos de arrendamiento financiero deberán otorgarse por escrito y ratificarse ante la fe de notario público, corredor público titulado o cualquier otro fedatario público y podrá inscribirse en el Registro Público de Comercio, a solicitud de los contratantes, sin perjuicio de hacerlo en otros registros que las leyes determinen."

"ART. 27.—Al concluir el plazo del vencimiento del contrato, una vez que se hayan cumplido todas las obligaciones, la arrendataria deberá adoptar alguna de las siguientes opciones terminales:

I. La compra de los bienes a un precio inferior a su valor de adquisición, que quedará fijado en el contrato. En caso de que no se haya fijado, el precio debe ser inferior al valor de mercado a la fecha de compra, conforme a las bases que se establezca en el contrato.

II. A prorrogar el plazo para continuar con el uso o goce temporal, pagando una renta inferior a los pagos periódicos que venía haciendo, conforme a las bases que se establezcan en el contrato, y

III. A participar con la arrendadora financiera en el precio de la venta de los bienes a un tercero en las proporciones y términos que se convengan en el contrato.

La Secretaría de Hacienda y Crédito Público, mediante disposiciones de carácter general, está facultada para autorizar otras opciones terminales siempre que se cumplan los requisitos señalados en el primer párrafo del artículo 25 de esta ley.

En el contrato podrá convenirse la obligación de la arrendadora de adoptar, de antemano, alguna de las opciones antes señaladas, siendo responsable de los daños y perjuicios en caso de incumplimiento. La arrendadora financiera no podrá oponerse al ejercicio de dicha opción.

Si en los términos del contrato, queda la arrendataria facultada para adoptar la opción terminal al final del plazo obligatorio, ésta deberá notificar por escrito a la arrendadora financiera, por lo menos con un mes de anticipación al vencimiento del contrato, cuál de ellas va a adoptar, respondiendo de los daños y perjuicios en caso de omisión, con independencia de lo que se convenga en el contrato".

Por su parte, el artículo 15 del Código Fiscal (*D. O.* 31 de diciembre de 1981) antes de la reforma publicada en el *D. O.* del 29-XII-93 que se transcribe por la importancia didáctica que tiene, establecía:

"ART. 15. Arrendamiento financiero, es el contrato por el cual se otorga el uso o goce temporal de bienes tangibles, siempre que se cumpla con los siguientes requisitos:

I. Que se establezca un plazo forzoso que sea igual o superior al mínimo para deducir la inversión en los términos de las disposiciones fiscales o cuando el plazo sea menor, se permite a quien recibe el bien, que al término del plazo ejerza cualquiera de las siguientes opciones:

a) Transferir la propiedad del bien objeto del contrato mediante el pago de una cantidad determinada que deberá ser inferior al valor de mercado del bien al momento de ejercer la opción.

b) Prorrogar el contrato por un plazo cierto durante el cual los pagos serán por un monto inferior al que se fijó durante el plazo inicial del contrato.

c) Obtener parte del precio por la enajenación a un tercero del bien objeto del contrato.

II. Que la contraprestación sea equivalente o superior al valor del bien al momento de otorgar su uso o goce.

III. Que se establezca una tasa de interés aplicables para los pagos y el contrato se celebre por escrito.

IV. Consignar expresamente en el contrato el valor del bien objeto de la operación y el monto que corresponda al pago de intereses."

Actualmente ese Art. 15 establece:

"ART. 15.—En las operaciones de arrendamiento financiero, el contrato respectivo deberá celebrarse por escrito y consignar expresamente el valor del bien objeto de la operación y la tasa de interés pactada o la mecánica para determinarla."

El arrendamiento en México es mercantil, cuando recae sobre muebles con propósito de especulación comercial; por lo que, el que se refiera a inmuebles, aun cuando se celebre con el propósito de especulación comercial, siempre será civil. (Art. 75 frac. I del Código de Comercio.)

El arrendamiento es administrativo cuando los bienes objeto del contrato, pertenecen a la federación, a los estados o a los municipios y conforme al artículo 2411 del Código Civil, estos contratos se sujetarán a las disposiciones del derecho administrativo y sólo en forma supletoria a las disposiciones de ese código. Los funcionarios, empleados y administradores de establecimientos públicos tienen prohibido tomar en arrendamiento los bienes que administren con ese carácter (2405).

Son arrendamientos civiles, por exclusión, los que no sean mercantiles o administrativos.³

II. LAS CARACTERÍSTICAS

1. *El arrendamiento es un contrato translativo de uso o de uso y goce.* Si el contrato se celebra sólo respecto del uso de la cosa, el arrendatario podrá disponer de ella conforme a lo convenido o a lo que sea conforme a la naturaleza de la cosa; si se celebra también respecto del goce, el arrendatario podrá hacer suyos los frutos o productos normales de la cosa, pero no de sus partes y menos de toda la cosa, pues en caso contrario ya no sería un contrato de arrendamiento sino un contrato diverso translativo de dominio. Así, se puede dar en arrendamiento una huerta y conceder sólo el uso, y en ese caso podrá el arrendatario pasear por ella, organizar ahí una comida, sacar fotografías, filmar una película, etc. Si se concede el uso y goce, el arrendatario tendrá además de las facultades anteriores, la de quedarse con los frutos que produzca la huerta. El arrendatario en ningún caso podrá disponer de los árboles o de otras partes de la cosa, ya que si tuviera tales facultades dispondría de esos bienes no como arrendatario sino como comprador, permutante u otra calidad que le confiera el dominio del bien, porque el arrendamiento nunca transmite el dominio de las cosas objeto del contrato.⁴

³ "Hay sólo arrendamiento civil sobre bienes inmuebles puesto que tradicionalmente no se considera el arrendamiento mercantil sobre bienes raíces." Sánchez Medal, Ramón, *ob. cit.*, p. 173, núm. 98.

"Desde otro punto de vista, el arrendamiento se clasifica como civil, mercantil, administrativo. El carácter civil se determina por exclusión: cuando no es mercantil, o administrativo, será civil. Es mercantil exclusivamente cuando recae sobre bienes muebles, existiendo, según el Art. 75 del código de comercio, el propósito de especulación comercial... Se estima que el arrendamiento es administrativo, en atención a la naturaleza de los bienes cuando éstos pertenecen a la federación a los estados o a los municipios." Rojina Villegas, Rafael, *ob. cit.*, tomo sexto, vol. II. p. 53.

⁴ Existen casos de frontera en que es difícil establecer una diferencia diáfana entre un contrato de compraventa y otro de arrendamiento. Esto sucede cuando por un precio se ad-

2. *La concesión del uso o del uso y goce siempre debe de ser temporal.* Con base en consideraciones de orden económico, la ley impone la necesidad de la temporalidad en este contrato para impedir la propiedad de manos muertas y facilitar la posibilidad de circulación de la riqueza. Un arrendamiento perpetuo o de muy larga duración, le restaría valor a la cosa y frenaría lógicamente su circulación en perjuicio del propietario y de la comunidad.⁵

En derecho mexicano respecto de bienes inmuebles, la ley establece (y establecía) límites a los plazos máximos obligatorios de duración de un arrendamiento. Establece como plazo máximo en un contrato de arrendamiento de inmuebles destinados al comercio o a la industria de veinte años (2398). Antes de la reforma contenida en el Decreto publicado en el *Diario Oficial* del 21 de junio de 1993, el plazo máximo para los contratos de arrendamiento de inmuebles destinados a comercio era de quince años, ahora al igual que los destinados a la industria es de veinte años. Además, antes de las reformas publicadas en la *Gaceta Oficial* del D. F. del 16 de enero de 2003, se establecía también como plazo máximo en un contrato de arrendamiento de inmuebles destinados a habitación diez años. Esta reforma del 2003 es muy desafortunada, ya que se cambió el segundo párrafo del artículo 2398 que establecía “El arrendamiento no puede exceder de diez años para las fincas destinadas a habitación y de veinte años para las fincas destinadas al comercio o a la industria” y ahora ese segundo párrafo señala “El arrendamiento de inmuebles destinados a casa habitación no podrá ser menor a un año”. En primer lugar, el plazo de los contratos de arrendamiento de fincas urbanas destinadas a la habitación se establece en el Capítulo IV del Título Sexto que trata “del arrendamiento de fincas urbanas destinadas a la habitación” en el artículo 2448-C que regula precisamente ese plazo y el legislador no tenía por qué tratar este tema al inicio de la reglamentación del contrato; en segundo término, no reguló el plazo máximo del contrato de arrendamiento de fincas urbanas destinadas a habitación, lo que puede originar graves males, ya que se pueden celebrar estos

quiere el derecho a los frutos o a los productos de un inmueble. El codificador argentino Vélez Sarsfield, en la nota al Art. 1493 establece que: “El contrato por el cual una de las partes transfiere a la otra por un precio cierto y en prestaciones sucesivas, y por tiempo determinado, los frutos o productos de un bien raíz, no será locación, sino venta de frutos.”

“A pesar de tal opinión de Vélez Sarsfield, nuestros tribunales en los pocos casos en que se les planteó esta cuestión declararon que el contrato por el que se transfiere el derecho a los frutos de un inmueble es de locación del inmueble, no de venta de frutos.” Rezzónico, Luis María, *Estudio de los contratos*, Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1969, tomo II, p. 25.

El mismo autor Luis María Rezzónico transcribe una serie de argumentos muy interesantes en relación al contrato que permita el aprovechamiento de productos de las minas y canteras para considerarlo ya como compraventa, ya como locación, pp. 25 a 27.

⁵ “Es característica del contrato de arrendamiento la temporalidad. Si se establece una locación perpetua, deja de ser arrendamiento para convertirse en otro contrato, singularmente censo enfiteútico.” Puig Peña, Federico, *Tratado de derecho civil español*. Edit. Revista de Derecho Privado. Tomo IV, vol. II, Madrid, 1973, p. 224.

contratos con plazos de veinte o más años, en perjuicio del tráfico inmobiliario, creando bienes de manos muertas, con grave daño a la economía del país y por último, hace un precepto repetitivo que crea confusión, ya que el artículo 2398 señala que ese arrendamiento no podrá ser menor de un año y el artículo 2448 aunque repite la mención del plazo mínimo de un año señala que será prorrogable si el arrendatario está al corriente en el pago de las rentas, salvo “convenio en contrario”, mención de la que se tratará más adelante en el lugar adecuado.

Tomando en cuenta la crítica anterior, con base en un criterio práctico y lógico, el contrato en el que se estableciera un plazo mayor al señalado (20 años en casos de arrendamientos para comercio o industria) no debe considerarse nulo, sino que sólo sería nula la cláusula respectiva por el exceso y la acción para hacer valer esa nulidad le compete al propietario, a las partes en el contrato, a sus herederos y a quien adquiera un derecho real sobre la cosa y pudiera perjudicarle ese plazo.

En relación a bienes muebles, no obstante que el contrato debe ser temporal por su naturaleza (art. 2389), la ley no establece límite a la duración del contrato y así se podría pactar una duración de cien o doscientos años en un contrato de arrendamiento de un bien mueble y ello porque el legislador no considera de interés general limitar el plazo respecto de esos bienes.

3. *Es un contrato siempre oneroso.* El arrendador al conceder el uso o el uso y goce de un bien, siempre debe de ser a cambio de un precio, ya que si falta este último elemento, no podría jurídicamente referirse a un arrendamiento; podría tratarse de un comodato, o de otra figura, pero no de arrendamiento. Además el precio debe de ser *cierto*, lo que significa que no debe de ser ficticio y además poderse precisar y valorar económicamente, ya que de otra manera se estaría en presencia de un contrato innominado o de un tipo diferente de contrato, pero no de un arrendamiento. El precio puede no estar determinado al momento de la celebración del contrato, pero es requisito esencial el que pueda determinarse al momento de efectuar el pago para que se considere cierto.

Las circunstancias económicas de inflación y devaluación monetaria en algunas ocasiones y en otras el egoísmo o afán desmedido de lucro, han propiciado la práctica de establecer en los contratos de arrendamiento un mecanismo de ajuste en el pago de la renta, tomando como base el salario mínimo, el precio en el mercado de ciertos productos o el índice nacional de precios al consumidor que publica el Banco de México. Esta práctica aunque se considere legal desde el punto de vista de que el precio puede

⁶ “El arrendamiento sin precio. El precio es un elemento esencial del contrato de arrendamiento de cosas. A falta de precio, la convención es nula o constituye —si hay intención liberal— un préstamo de uso o comodato”, Mazeaud, *ob cit.*, vol. IV, p. 19.

determinarse al momento de efectuarse el pago, es altamente lesiva para los arrendatarios y debiera prohibirse, reformando al efecto el Código Civil. Los problemas económicos dentro de un país, no deben golpear sólo a las clases más necesitadas, sino que deben soportarse equitativamente entre toda la población y el legislador debe establecer medidas de protección para las clases económicamente débiles. En materia de arrendamiento de fincas urbanas destinadas a la habitación, esa práctica ya no está permitida, ya que por imperativo legal (2448-D) la renta debe fijarse necesariamente en moneda nacional al celebrarse el contrato y sólo puede aumentarse anualmente. Tanto la determinación de la renta, como los aumentos anuales son convencionales, esto es, se estará a lo convenido por ambas partes, con la única excepción de que si la renta mensual no excede de ciento cincuenta salarios mínimos generales vigentes en el Distrito Federal, el incremento no podrá exceder del diez por ciento de la cantidad pactada como renta mensual. Esto significa que si se celebra un contrato por dos o tres años, puede convenirse que al vencimiento de cada año de vigencia del contrato, puede aumentar la renta pero respetando el límite señalado.

Antes de la reforma publicada en 1993, el incremento no podía exceder del ochenta y cinco por ciento del incremento porcentual fijado al salario mínimo general del Distrito Federal en el año en el que el contrato se renovara o prorrogara.

4. Por último, *el contrato de arrendamiento siempre regulará una conducta específica del arrendador en beneficio del arrendatario*. El poder jurídico de disposición que tiene el arrendatario respecto de la cosa arrendada nunca es directo e inmediato, sino que se ejerce a través de la conducta impuesta al arrendador. Lo anterior significa que el arrendador debe conceder el uso y goce, entregar la cosa, no estorbar el derecho del arrendatario, conservar la cosa, etcétera.

⁷ "El derecho del arrendatario tiene por objeto un acto de conducta del arrendador; el usufructuario un bien para obtener un aprovechamiento económico parcial, en cuanto al uso y goce de la cosa (p. 88)... El derecho real siempre tiene por objeto en cuanto a la materia de su ejercicio una cosa, y el personal un acto de conducta (p. 89)... Evidentemente que cuando el arrendador entrega la cosa al arrendatario, está cumpliendo con un acto de conducta, tiene fundamentalmente que realizar un hecho. Si éste no es cumplido, el acreedor tiene el procedimiento de ejecución forzada para obligarlo a cumplir o, si prefiere, para rescindir el contrato. Pero el acreedor no puede de propia autoridad, si no cumple el hecho, entrar en posesión de la cosa arrendada. Si fuere un poder jurídico directo creado por virtud del contrato que no necesitara un acto de conducta del deudor, a través de la entrega de la cosa, el arrendatario entraría en posesión de ella de propia autoridad y ejercería su poder sin recurrir al intermediario, que se llama arrendador. En el derecho real de usufructo, el usufructuario tiene sobre la cosa y desde el momento en que se constituye el derecho, por contrato, acto unilateral, testamento o ley, el poder jurídico directo para aprovecharla, sin recurrir al nudo propietario como intermediario. Su poder jurídico se ejerce en forma directa, como aprovechamiento económico de la cosa." Rojina Villegas, Rafael. *ob. cit.*, tomo sexto, vol. II. pp. 88, 90 y 91.

Las características antes señaladas distinguen tanto el contrato de arrendamiento como los derechos del arrendatario, de cualesquiera otras figuras jurídicas o de otros derechos.

III. LA CLASIFICACIÓN.—El contrato de arrendamiento es *bilateral*, porque genera obligaciones para ambas partes contratantes; *oneroso*, porque origina provechos y gravámenes recíprocos; *formal*, porque la ley exige para su validez la forma escrita; *consensual* en oposición a real, porque para su perfeccionamiento no se requiere de la entrega de la cosa, sino sólo el consentimiento de las partes; *principal*, porque no requiere para su existencia o validez de un contrato o de una obligación válidos previamente existentes; *nominado*, por la amplia regulación que hace de él la ley (es el contrato al que más artículos le dedica el código, del 2398 al 2496) y es por último, un contrato *de tracto sucesivo*, porque las obligaciones de las partes no pueden cumplirse en un solo acto sino que requieran necesariamente de un lapso más o menos largo.

IV. LOS ELEMENTOS

1. *El consentimiento*. En este contrato es el acuerdo de voluntades de ambas partes, una para conceder el uso o el uso y goce de un bien y la otra para pagar como contraprestación un precio cierto. Por lo tanto, el acuerdo de voluntades debe referirse tanto a la cosa respecto de la cual se va a conceder el uso o el uso y goce, como respecto de los bienes que constituyen la contraprestación o precio cierto.

No se requiere que las partes convengan expresamente respecto al uso que deba darse a la cosa arrendada, ni al plazo.

Si se convino el uso y el plazo, debe estarse a lo pactado.

Si no se convino respecto al uso, el arrendatario debe usar de la cosa conforme a la naturaleza y destino de ella (2425-III).

Si no se convino nada respecto al plazo, el contrato se entiende como indefinido o indeterminado y para establecer la forma de su terminación debe distinguirse si el bien es cosa mueble o inmueble y en este último supuesto, si es urbano o si es rústico.

Si el contrato es de plazo indeterminado o indefinido y su objeto son bienes muebles, el arrendatario podrá darlo por terminado devolviendo los bienes en el momento en que lo desee; pero el arrendador no podrá darlo por terminado y exigir la devolución de los bienes, sino pasados cinco días de celebrado el contrato (2460).

Si el objeto del contrato son bienes inmuebles y el plazo es indefinido, la forma de darlo por terminado es diferente si se trata de bienes urbanos o si son rústicos.

Si son inmuebles urbanos, el arrendamiento concluirá a voluntad de cualesquiera de los contratantes previo aviso dado al otro por escrito con treinta días hábiles de anticipación. El artículo 2478 sufrió dos reformas serias, la primera por Decreto publicado en el *D. O.* del 21 de junio de 1993 y la segunda por Decreto publicado en la *Gaceta Oficial* del 16 de enero de 2003. Antes de esas reformas, el plazo para dar por terminado un contrato de arrendamiento respecto de predios urbanos que no se hubieran celebrado por tiempo expresamente determinado, concluían a voluntad de cualesquiera de las partes dando aviso indubitable a la otra con dos meses de anticipación; con base en la reforma de 1993, se precisó que el aviso sería por escrito y con quince días de anticipación, y ahora, con base en las reformas de 2003, el aviso debe ser por escrito y con treinta días hábiles de anticipación. No es posible saber si los señores diputados en 2003 conocían esta historia o no. No es posible dejar pasar la oportunidad de señalar lo inadecuado e impensado de las reformas, en especial la de 1993, ya que, en forma manifiesta, lesiona los intereses de los arrendatarios sin justificación y sin mayor provecho para los arrendadores; nadie se la solicitó así a los legisladores ni ellos tienen una justificación social o política que demuestre que la iniciativa fue caprichosa y la labor de los legisladores ligera. Es injusto presionar al arrendatario de un inmueble urbano para que encuentre un local para poder desocupar el anteriormente arrendado dentro del plazo de quince días y posiblemente por las críticas tan severas que se hizo al artículo ahora lo agrandaron a un mes, que sigue siendo para tal efecto muy corto, ya que ese aviso se da cuando el contrato está vigente y presumiblemente el arrendatario al corriente en sus rentas y en nada daña al arrendador que el plazo fuera como antes de dos meses. Si el inmueble está destinado a habitación le será muy difícil al arrendatario encontrar otra en tan breve plazo, pero si está destinado a comercio o a industria, le resultará imposible. El legislador debiera tener mayor cuidado en su labor, porque disposiciones como ésta, son prácticamente imposibles de cumplir.

Si son bienes rústicos, el contrato con plazo indefinido termina por voluntad de cualesquiera de los contratantes, dando aviso al otro por escrito, con una anticipación de un año; lo que significa que cualesquiera de ellos lo podrá rescindir dando el aviso al otro con la anticipación indicada.

Respecto al consentimiento de las partes de fijar el plazo en los contratos de arrendamiento de fincas urbanas destinadas a la habitación, en el apartado correspondiente se hará la crítica tanto al artículo 2448-C en su redacción actualmente vigente con base en las reformas de 2003, como en su redacción anterior.

Ahora, la duración mínima de los contratos de arrendamiento de inmuebles destinados a la habitación, serán de un año forzoso para ambas

partes, que será prorrogable a voluntad del arrendatario, hasta por un año más, siempre y cuando se encuentre al corriente en el pago de las rentas, salvo convenio en contrario. El derecho de prórroga ya no es de dos años sino de uno; el incremento de la renta es libre excepto si el importe de la renta no excede de ciento cincuenta salarios mínimos generales en el Distrito Federal, en cuyo caso el incremento sólo puede ser de un diez por ciento y en los contratos que no tengan una duración determinada, el plazo para dar por terminado el contrato será de treinta días hábiles y ya no ni de quince días ni de dos meses.

2. *El objeto.* El objeto de este contrato, como contenido de las prestaciones de las partes, es doble: por una parte la cosa arrendada y por la otra el precio.

A. *La cosa.* El principio general en esta materia, es que todos los bienes pueden ser objeto de un contrato de arrendamiento; y las excepciones son, que no pueden ser objeto de este contrato los derechos estrictamente personales, los bienes que la ley prohíbe expresamente arrendar y aquellos que se consuman por su primer uso (2400).

El usuario y el habituario no pueden dar en arrendamiento los bienes sobre los que recae su derecho real, por ser sus derechos personalísimos (1051). Los bienes del dominio del poder público, de uso común y los destinados a un servicio público no pueden darse en arrendamiento por prohibición legal (765 a 771). Los productos alimenticios no pueden darse en arrendamiento para ser usados consumiéndose, porque el arrendatario no podría devolverlos individualmente y como este contrato no transfiere el dominio de los bienes, sino sólo su uso, tal contrato no sería arrendamiento sino otro diverso (mutuo, compraventa, permuta, etc.); sin embargo, estos bienes sí pueden darse en arrendamiento si su uso no consiste en su consunción, *v. gr.* si se dan en arrendamiento para exponerlos en una vitrina, porque aquí el uso convenido no los consumiría.

Por otra parte, el objeto en este contrato sigue las reglas generales de los contratos en el sentido de que la cosa debe existir en la naturaleza (con la excepción de que pueden darse en arrendamiento cosas futuras y si así fuere, aunque no se asentara expresamente en el contrato, el arrendador tendría una obligación previa, consistente en procurar la existencia de la cosa para hacer posible su entrega posterior a efecto de conceder su uso o su uso y goce, como en todo contrato de bienes futuros) y ser determinada o determinable (1825 y 1826).

B. *El precio.* El precio o contraprestación en este contrato debe ser cierto y puede consistir en una suma de dinero o en otros bienes, con tal de que sean ciertos y determinados al momento de efectuarse el pago, excepto en los arrendamientos de fincas destinadas a la habitación, en los

que el precio debe estipularse en moneda nacional, conforme lo establece el artículo 2448-D. Este precepto dispone expresamente que la renta en los arrendamientos de fincas urbanas destinadas a la habitación “deberá estipularse en moneda nacional”.

Las reformas al código en esta materia del año 2003, volvieron a ratificar, como se estableció en el año de 1985, en el artículo 2448 que las disposiciones contenidas en el capítulo del arrendamiento de fincas urbanas destinadas a la habitación, son de orden público e interés social y por tanto son irrenunciables y en consecuencia cualquier estipulación en contrario se tendrá por no puesta. Las reformas de 1993 habían modificado ese artículo para establecer que sólo las disposiciones contenidas en los artículos 2448 A, B, G y H, eran de orden público, interés social e irrenunciables y como no había incluido el artículo el 2448-D podía interpretarse que lo dispuesto en ese artículo, el que la renta se estipulara en moneda nacional, podía convenirse en contrario y pactar la renta en dólares o en otra moneda o bienes. Este precepto es acorde con los artículos 8 y 9 de la Ley Monetaria de los Estados Unidos Mexicanos y el hecho de que el antiguo artículo 2448 no incluyera al 2448-D, no significaba que su contenido no debiera ser considerado de orden público e interés social. Todo precepto legal, por su propia naturaleza, es de orden público e interés social. El legislador no decreta en vistas de órdenes privados o intereses mezquinos, sino para toda la colectividad y por ello, conforme a los artículos 6 y 7 del Código Civil sus disposiciones no son renunciables. Si se pacta una renta en estas materias en moneda extranjera o en otros bienes, lo convenido será nulo y deberá hacerse valer por vía judicial la nulidad.

Si el precio no es cierto, el contrato no será de arrendamiento y normalmente se tratará de un contrato innominado en cuyo caso se aplicarán las reglas ya estudiadas en la parte general, para su análisis e interpretación.

Puede suceder que se celebre un contrato ya sea verbal o por escrito, por el que se conceda el uso o el goce de un bien y no se determine en ese acto el pago de la prestación o precio cierto, ya sea porque las partes hayan convenido en fijarlo posteriormente o porque hayan encomendado a un tercero su determinación, y que posteriormente no se avengan a precisararlo o que el tercero fallezca o se vuelva incapaz antes de señalarlo o no desee hacerlo. En todo caso ese contrato será nulo, en los términos del segundo párrafo del artículo 1857⁸ y si no se ha entregado el bien para ser usado o gozado, no habrá obligación de hacerlo, pero si ya fue entregado,

⁸ “Si las dudas de cuya resolución se trata en este artículo recayesen sobre el objeto principal del contrato, de suerte que no pueda venir en conocimiento de cuál fue la intención o la voluntad de los contratantes, el contrato será nulo.”

el que lo recibió debe pagar una contraprestación que debe determinarse judicialmente con la intervención de peritos⁹ ya que no existiendo en el código una norma expresa que regule esa situación, debe aplicarse el criterio contenido en el mismo artículo 1857, de resolver la duda en favor de la mayor reciprocidad de intereses.

3. *La forma.* El contrato de arrendamiento debe constar por escrito y la falta de esta formalidad es imputable al arrendador (2406).

Antes de la reforma al Código Civil publicada en el *D. O.* del 21 de julio de 1993, el artículo 2406 señalaba que el contrato de arrendamiento debía celebrarse por escrito cuando el monto de la renta excediera de cien pesos anuales, lo que resultaba totalmente inoperante por lo diminuto de esa cantidad y así se propuso desde la primera edición de este libro reformar el artículo para señalar simplemente que el contrato debiera celebrarse por escrito. En materia de arrendamiento para fincas urbanas destinadas a la habitación, se repite la disposición de que el contrato debe celebrarse por escrito y de que es imputable al arrendador la falta de esa formalidad y por una falla de técnica legislativa no se derogó el artículo 2448-F seguramente para mantener la tontera de su segunda parte, que se analizará en el lugar oportuno.

Asimismo, antes de la mencionada reforma, en el artículo 2407 se señalaba que si el objeto del contrato era un predio rústico y la renta excedía de cinco mil pesos anuales, el contrato debía celebrarse en escritura pública. Esta disposición, ahora derogada, tampoco tenía aplicación, ya que los mencionados cinco mil pesos no tenían valor práctico y de hecho esos contratos no se celebraban en escritura pública.

Si el plazo pactado en el contrato excede de seis años o hay anticipos de rentas por más de tres y las partes desean inscribirlo en el Registro Público de la Propiedad para que surta efectos contra terceros (3042), debe constar en documento auténtico (3005) y ese documento auténtico significa que o se otorga en escritura ante notario o en documento privado ratificadas las firmas de los otorgantes ante notario.

⁹ No todas las legislaciones señalan la misma solución: El Código Civil español establece en su Art. 1547: "Cuando hubiere comenzado la ejecución de un contrato de arrendamiento verbal y faltare la prueba del precio convenido, el arrendatario devolverá al arrendador la cosa arrendada, abonándosele por el tiempo que la haya disfrutado el precio que se regule." El código francés, dispone: "ART. 1716.—Cuando se planteara controversia sobre el precio del arrendamiento verbal cuyo cumplimiento haya comenzado y no existiere recibo, el propietario será creído sobre él hajo juramento, si el arrendatario no prefiere la tasación por peritos; en cuyo caso los gastos de la tasación quedan a su cargo, si la estimación excede del precio que haya declarado." Por su parte, el Código Civil chileno, señala en su artículo 1943: "Si entregada la cosa al arrendatario hubiere disputa acerca del precio o renta, y por una o por otra parte no se produjere prueba legal de lo estipulado a este respecto, se estará al justiprecio de peritos, y los costos de esta operación se decidirán entre el arrendador y el arrendatario por partes iguales."

La falta de forma establecida por la ley produce la nulidad relativa del contrato, pero si la voluntad de las partes consta de manera fehaciente, cualquiera de ellas puede exigir que se le dé al contrato la forma legal (1833). En el caso de los contratos con un plazo mayor a seis años o con anticipos de rentas por más de tres, si el contrato no consta en documento auténtico, no podrá inscribirse en el Registro Público, y si no se inscribe ya sea por ese motivo o por cualquier otro, no es oponible a terceros. Los documentos y contratos que conforme a la ley deban inscribirse en el Registro Público de la Propiedad y no se inscriban, sólo producirán efectos entre quienes los otorguen, pero no pueden producir perjuicio a terceros, quienes sí se pueden aprovechar de esa circunstancia en cuanto les fueren favorables (3007).¹⁰

V. LOS PRESUPUESTOS

1. *La capacidad.* Se debe distinguir en este estudio la capacidad del arrendador, de la capacidad del arrendatario.

A. *Del arrendador.* Éste requiere de una capacidad general y además, de una capacidad especial de poder disponer del uso de la cosa. No se requiere que el arrendador tenga la propiedad del bien, sino sólo que pueda disponer del uso o goce, ya sea porque fuere titular de un derecho que le dé tal facultad (como los usufructuarios) o porque esté autorizado por aquel que tenga tal disponibilidad (como los apoderados). El propietario del bien por tener la disponibilidad del uso y goce, puede sin duda darlo en arrendamiento.

El copropietario sólo puede arrendar el bien sobre el que recae la copropiedad con el consentimiento de los otros copropietarios (2403), y los acuerdos para la administración de la cosa común (y el arrendamiento es un acto de administración) deben de tomarse por mayoría de partícipes (946) que representen mayoría de copropietarios y mayoría de intereses (947).

Para que los cónyuges puedan celebrar entre sí el contrato de arrendamiento, sólo es necesario que estén casados bajo el régimen de separación de bienes. Como ya se indicó, los artículos 174 y 175 que exigían la autorización judicial para que los cónyuges pudieran contratar entre ellos o para que uno fuera fiador del otro o se obligara solidariamente con él, en asuntos de interés exclusivo de éste, quedaron derogados conforme al Decreto publicado en el *D. O.* del 8 de enero de 1994 y por ello pueden actualmente contratar entre ellos sin requerir de autorización judicial.

El deudor que ha sido declarado legalmente en estado de concurso, no

¹⁰ El Art. 3003 del código mexicano vigente hasta el 6 de enero de 1979 señalaba: "Los documentos que conforme a esta ley deben registrarse y no se registren, sólo producirán efectos entre quienes los otorguen; pero no podrán producir perjuicios a tercero, el cual sí podrá aprovecharlos en cuanto le fueren favorables."

puede seguir administrando sus bienes y por lo tanto no los puede dar en arrendamiento (2966).

El usufructuario puede dar en arrendamiento su derecho de usufructo, pero el contrato que celebre con ese carácter terminará con su derecho (1002), y al celebrar el contrato, debe manifestar su calidad de usufructuario. Si omite esa mención y al terminar el usufructo y consolidarse con la nuda propiedad, el propietario exige la desocupación del inmueble, tiene derecho el arrendatario para demandar al arrendador la indemnización de daños y perjuicios (2493).

Quien no sea propietario del bien, puede darlo en arrendamiento, si tiene facultades para celebrar el contrato, ya sea por autorización del dueño o por disposición de la ley (2401).

Por autorización del dueño, pueden celebrar el contrato los apoderados generales para actos de administración o para actos de dominio (2554) y los apoderados especiales para celebrar específicamente ese contrato (2553). También pueden celebrar el contrato de arrendamiento como arrendadores si están específicamente autorizados para ello, el arrendatario, el comodatario, el depositario y el aparcerero (2480 y 2500).

Existen disposiciones expresas en la ley para que determinadas personas puedan celebrar este contrato:

a) Los que ejercen la patria potestad pueden arrendar los bienes de quienes están sujetos a ella, siempre que la duración del contrato no exceda de cinco años y no pueden recibir anticipos de rentas por más de dos años (436).

b) Los tutores pueden dar en arrendamiento los bienes de sus pupilos, siempre que la duración del contrato no exceda de cinco años a no ser en caso de necesidad o utilidad para el incapaz, previo el consentimiento del curador y la autorización judicial; y además es nulo todo anticipo de rentas por más de dos años (573 y 574).

c) Los representantes de los ausentes como administradores legítimos de sus bienes, tienen las mismas obligaciones, facultades y restricciones que los tutores (660); y

d) Los albaceas sólo pueden dar en arrendamiento los bienes de la herencia hasta por un año; para darlos por mayor plazo requiere el consentimiento de los herederos o de los legatarios, en su caso (1721).

B. *Del arrendatario.* El arrendatario sólo requiere la capacidad general para celebrar este contrato.

La ley restringe la capacidad de goce de algunas personas, al incapacitarlas para celebrar el contrato de arrendamiento como arrendatarias. Tal es el caso de los magistrados, jueces y empleados públicos no pueden arrendar los bienes que deban ser arrendados en los negocios en que intervengan (2404) y los encargados de establecimientos públicos y los funcionarios y empleados públicos no pueden tomar en arrendamiento los

bienes que con los expresados caracteres administren (2405). Los tutores tampoco pueden tomar en arrendamiento los bienes de sus pupilos.

Las sociedades comerciales por acciones, antes de la reforma a la fracción IV del artículo 27 Constitucional, publicada en el *Diario Oficial* del 3 de enero de 1992, no podían adquirir, poseer ni administrar fincas rústicas, y por ello, si no las podían poseer, no podían ser arrendatarias de ellas. Actualmente esa fracción IV del artículo 27 Constitucional está reformada y ahora, las sociedades mercantiles por acciones no sólo pueden ser arrendatarias, sino propietarias de fincas rústicas, pero sólo en la extensión que sea necesaria para el cumplimiento de su objeto y se respeten los límites señalados en la fracción XV del mismo artículo. Es más, la fracción VII del mismo artículo 27 establece que la ley establecerá los procedimientos por los cuales ejidatarios y comuneros podrán asociarse entre sí, con el Estado o con terceros y otorgar el uso de sus tierras. Esto es, no sólo permite, sino que promueve la posibilidad de que los ejidatarios y comuneros celebren con terceros contratos de arrendamiento respecto de sus predios rústicos.

Los extranjeros pueden celebrar como arrendatarios toda clase de contratos de arrendamiento, ya sea que el objeto sea bienes muebles o inmuebles y tal vez la única limitación sería el que su calidad migratoria les permitiera realizar ese acto; interpretación que podría justificarse cuando la ley hace una mención expresa de los extranjeros transmigrantes, en el artículo 66 de la Ley General de Población, a quienes no autoriza a adquirir los bienes que se precisan en ese artículo.

El artículo 37 del Reglamento de la Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera, establece:¹¹ “No se requiere permiso de la Secretaría de Relaciones para que las personas físicas y morales extranjeras y las sociedades sin “cláusula de exclusión de extranjeros” arrienden bienes inmuebles ubicados fuera de la zona restringida aun cuando sea por un término mayor a diez años”. Según se desprende del precepto transcrito, los extranjeros pueden celebrar contratos de arrendamiento fuera de la zona restringida, y da a entender que dentro de esa zona, sí requieren permiso; pero ni ese mismo reglamento, ni la ley que reglamentaba, ahora abrogada, ni la actual Ley de Inversión Extranjera, lo exigen expresamente. Además, la Constitución en su artículo 27 establece limitaciones a los extranjeros para adquirir el dominio de las tierras, aguas

¹¹ Reglamento publicado en el *Diario Oficial* del 16 de mayo de 1989 y por disposición expresa del artículo cuarto transitorio de la actual Ley de Inversión Extranjera, publicada en el *Diario Oficial* del 27 de diciembre de 1993, continuó aplicándose en todo lo que no se opusiera a la misma ley. Ese reglamento fue abrogado ya por el nuevo Reglamento de la Ley de Inversión Extranjera y del Registro Nacional de Inversiones Extranjeras, publicado en el *Diario Oficial* del 8 de septiembre de 1998.

y sus accesiones o para obtener concesiones de explotación de minas y aguas, pero no para poseer inmuebles en arrendamiento. Es más, ni la Constitución ni las leyes reglamentarias, como la de inversión extranjera, establecen limitaciones para adquirir derechos reales sobre inmuebles, como serían los derechos de uso, usufructo o habitación o de hipoteca. En la Secretaría de Relaciones Exteriores, Dirección de Permisos Artículo 27, existe el criterio ya definido de que los extranjeros no requieren permiso para celebrar el contrato de hipoteca, como acreedores, cuando el bien hipotecado esté ubicado en el territorio nacional, independientemente de que se encuentre dentro o fuera de la zona restringida. (El autor tiene copias de oficios en que asienta ese criterio).

La mención del contrato de arrendamiento por más de diez años, referida a extranjeros, se encuentra en la Ley de Nacionalidad y Naturalización,¹² que establecía “Art. 49.—Para los efectos de esta Ley, se reputa enajenación todo arrendamiento de inmuebles, siempre que el término del contrato exceda de 10 años”; y en el artículo 10 de la Ley Orgánica de la fracción I del artículo 27 de la Constitución, que indicaba: “Para los efectos de esta ley no se reputarán como enajenación de propiedades los arrendamientos de inmuebles por término mayor de diez años en la extensión que sea estrictamente necesaria para los establecimientos o servicios del objeto industrial, minero, petrolero u otro no agrícola de la empresa, sin perjuicio de lo que dispongan las leyes aplicables”.¹³

El artículo 66 de la Ley General de Población, publicada en el *Diario Oficial* del 7 de enero de 1974, señala: “Los extranjeros independientemente de su calidad migratoria, por si o mediante apoderado podrán, sin que para ello requieran permiso de la Secretaría de Gobernación, adquirir valores de renta fija o variable y realizar depósitos bancarios, así como adquirir bienes inmuebles urbanos y derechos reales sobre los mismos, con las restricciones señaladas en el artículo 27 Constitucional, en la Ley para promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera y demás leyes aplicables.”¹⁴

2. *La ausencia de vicios en el consentimiento.* La ausencia de vicios en el consentimiento y la licitud no tienen en este contrato una aplicación espe-

¹² Esta Ley fue publicada en el *Diario Oficial* del 20 de enero de 1934, ahora abrogada por el artículo segundo transitorio de la Ley de Nacionalidad, publicada en el *Diario Oficial* del 21 de junio de 1993 (también abrogada por la actual Ley de Nacionalidad publicada en el *Diario Oficial* del 23 de enero de 1998).

¹³ Esta Ley fue publica en el *Diario Oficial* del 21 de enero de 1926, ahora también abrogada por el artículo primero transitorio de la actual Ley de Inversión Extranjera.

¹⁴ Debe tomarse en consideración que este artículo 66 de la Ley de Población fue reformado por decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 17 de julio de 1990 y que las últimas reformas en esta materia al artículo 27 Constitucional fueron publicadas los días 3 y 28 de enero de 1992; y que la Ley de Inversión Extranjera fue publicada el 27 de diciembre de 1993.

cial y por lo tanto deben aplicarse los principios generales de los contratos, ya vistos en la parte general.

VI. LAS CONSECUENCIAS.—Los efectos de este contrato son crear obligaciones para las partes contratantes y generar derechos especiales para el arrendatario y por el simple hecho de que el arrendamiento continúe sin oposición de las partes al vencimiento del plazo, se actualiza la llamada tácita reconducción. Estas consecuencias se analizarán en su orden:

1. *Obligaciones de las partes.*¹⁵

A. *Del arrendador.*

a) La primera obligación del arrendador es entregar la cosa (objeto del contrato) para que el arrendatario la use o use y goce en los términos convenidos o conforme al empleo al que naturalmente está destinada. No se dice que la obligación sea la de conceder el uso o goce, porque mientras no se entregue la cosa carecería de sentido hablar de uso o goce; técnicamente la obligación es la de entregar la cosa para que pueda ser usada o gozada según lo convenido por las partes o conforme a su naturaleza (2412 frac. I).

Si se trata de inmuebles, el arrendador debe entregarlos con todas sus pertenencias y en estado de servir al uso convenido o al que corresponda conforme a su naturaleza, y en los términos de la reforma publicada en el *D. O.* del 21 de julio de 1993, en condiciones aceptables de higiene y seguridad.

Como en casos anteriores, debe precisarse cuándo, dónde y cómo se entregará la cosa.

La regla general que se desprende de los artículos 1839, 2412 y 2413 es que debe atenderse a la voluntad de las partes; esto es, que la cosa debe entregarse cuándo, dónde y cómo lo hayan convenido y sólo a falta de ese pacto expreso, se aplicarán las reglas supletorias contenidas en la ley y que son:

Tiempo. Si nada se convino, el arrendador debe entregar la cosa tan pronto como sea requerido por el arrendatario (2413). Esta disposición constituye una excepción a la regla general en materia de obligaciones consignada en el artículo 2080, según la cual el acreedor sólo puede exigir la entrega de la cosa después de treinta días de la interpelación correspondiente. En materia de arrendamiento, el arrendatario puede exigir de inmediato esa entrega.

Lugar. Respecto al lugar no se establecen en el arrendamiento disposi-

¹⁵ Las obligaciones y en general todo lo relativo a los arrendamientos de fincas urbanas destinadas a la habitación, se tratará en el apartado IX de este Capítulo.

ciones de excepción a las reglas generales en materia de obligaciones y por lo tanto, si es cosa mueble, debe entregarse en el domicilio del arrendador (deudor en ese momento de la cosa) y si es cosa inmueble, en el lugar de su ubicación a menos que otra cosa se desprenda de las circunstancias o de la naturaleza de la obligación (2082 y 2083).

Modo. El arrendador debe entregar la cosa con todas sus pertenencias y en el estado de servir para el uso convenido por las partes o para aquél a que naturalmente está destinada (2412, fracción I).

b) Conservar la cosa arrendada en el mismo estado durante todo el plazo del arrendamiento y para tal efecto deberá hacer las reparaciones que fueren necesarias (2412, frac. II) y si no lo hiciere, el arrendatario puede pedir la resolución del contrato u ocurrir al juez competente para que estreche al arrendador al cumplimiento de su obligación (2416). El juez, según las circunstancias del caso, decidirá sobre el pago de daños y perjuicios causado al arrendatario por la falta oportuna de las reparaciones (2417).

Las reparaciones que deba hacer el arrendador son sólo aquellas que tienden a conservar la cosa para el uso convenido o aquel al que por su naturaleza está destinada y no aquellas que puedan originarse como consecuencia del uso normal de la cosa o los deterioros de poca importancia que regularmente son causados por las personas que habitan el inmueble, si éste es el objeto del contrato, ya que estas reparaciones le corresponde hacerlas al arrendatario (1910 para los hechos ilícitos y 2444 para los hechos o actos lícitos en materia de arrendamiento).

En la vida cotidiana, las reparaciones que requiere la cosa son motivo de fuertes y graves problemas entre arrendador y arrendatario, ya que siempre uno dice que las reparaciones le corresponden al otro y es muy difícil precisar cuáles son las que se imponen para la conservación de la cosa y cuáles las que se exigen por el uso normal de la cosa o por deterioros regulares causados por las personas que habitan el inmueble. Para muestra, basta un ejemplo: los repuestos que requieren los aparatos en el inmueble, como el calentador de agua, los retretes, lavabos, fregadero, bomba de agua, ¿son de una naturaleza o de otra?

c) No estorbar ni embarazar de manera alguna el uso de la cosa ni variar su forma. Para los efectos de la ley no se considera estorbo ni embarazo la molestia que sufra el arrendatario por la realización de las reparaciones que deba efectuar el arrendador en los términos del inciso anterior (2412, frac. III y 2414).

d) Responder de los daños y perjuicios originados como consecuencia de perturbaciones que por vías de hecho o por actos jurídicos suyos sufra el arrendatario sin tener justificación legal, ya que tal conducta constituiría un hecho ilícito y por lo tanto está obligado a responder de esos daños y perjuicios que origine (1910).

e) Indemnizar al arrendatario por los daños y perjuicios que éste sufra por la privación del uso proveniente de la evicción de la cosa si actuó de mala fe (2434).

Las obligaciones consignadas en los incisos *d)* y *e)* pueden englobarse en una general consistente en garantizar el uso o goce pacífico de la cosa durante todo el tiempo del contrato (2412, frac. IV).

Si las perturbaciones provienen de terceros que no aleguen derechos sobre la cosa arrendada, el arrendatario sólo tendrá acción para exigir de éstos los daños y perjuicios que le originen y no la tendrá en contra del arrendador, aun cuando los terceros fueren insolventes; y además, la ley le da al arrendatario el derecho de defender, como poseedor, la cosa objeto del contrato (2418 y 2419).

f) Responder de los daños y perjuicios que sufra el arrendatario por los defectos o vicios ocultos de la cosa, anteriores a la celebración del contrato.

Para que proceda la responsabilidad del arrendador, se requiere que los vicios o defectos sean ocultos; lo que da a entender que no estén a la vista y que el arrendatario no haya tenido conocimiento de ellos antes de la celebración del contrato; que hagan la cosa impropia para el uso convenido o el que sea natural a la misma y que sean anteriores a la celebración del contrato o que hubieren sobrevenido en el curso del arrendamiento, sin culpa del arrendatario. Al ponerse de manifiesto los vicios que eran ocultos, la ley da al arrendatario el derecho de pedir la disminución de la renta o la terminación del contrato (2412, frac. V y 2421).

g) Pagar las mejoras hechas por el arrendatario, en los siguientes supuestos:

Si se obligó a hacerlo.

Si se trata de mejores útiles y por su culpa se resuelve el contrato, y

Cuando el plazo del contrato es indeterminado, si autorizó al arrendatario a hacerlas y antes de que éste quede compensado con el uso del bien, tomando en cuenta los gastos hechos, da el arrendador por concluido el contrato de arrendamiento. En este caso y en el anterior deberá pagar las mejoras aun cuando se hubiese estipulado en el contrato que quedasen en beneficio de la cosa arrendada (2423 y 2424).

h) El artículo 4447 dispone que en los arrendamientos de inmuebles (distintos de los destinados a casa habitación, porque para éstos rigen las disposiciones del capítulo correspondiente que se analiza después) que han durado más de tres años y si está al corriente en el pago de sus rentas, el arrendatario tiene derecho a que se prefiera a otro interesado en el nuevo arrendamiento del inmueble. Esta parte, no tiene aplicación práctica, porque el propietario no celebra un nuevo contrato de arrendamiento, si el inmueble está ocupado por su inquilino anterior. Cuando celebra o pretende celebrar el nuevo contrato, no conoce ni el paradero ni el domicilio del antiguo inquilino y lo normal es que éste, si requiriera un inmueble

ya lo haya conseguido, celebrando un contrato de arrendamiento con otra persona o lo haya adquirido en propiedad.

i) Conforme al mismo artículo 2447 y supuestos los requisitos de que el arrendamiento haya durado más de tres años, el arrendatario tiene derecho del tanto para adquirir el inmueble arrendado, si el propietario pretende vender el inmueble, aplicándose ahora, en lo conducente lo dispuesto en el artículo 2448 J. De conformidad con las reformas al código en el año 2003, se suprimió el requisito de que el arrendatario hubiera hecho mejoras de importancia para que procediera tanto este derecho, como el señalado en el inciso j) anterior. Respecto a la notificación, ejercicio del derecho y consecuencias del incumplimiento de la obligación del arrendador, ver más adelante en esta obra, lo indicado al respecto en el inciso IX "Del arrendamiento de Fincas Urbanas destinadas a la Habitación".

B. *Del arrendatario.*

a) *Pagar el precio cierto.* Esta obligación se desprende del concepto mismo del contrato (2398).

Como consecuencia de la bilateralidad y onerosidad de este contrato, las obligaciones y los gravámenes de las partes deben de ser correlativos, y por lo tanto el arrendatario sólo está obligado a pagar el precio desde el día que reciba la cosa arrendada (2426) y hasta el día que la entregue (2429) y no estará obligado a pagarlo durante el arrendamiento si por caso fortuito o fuerza mayor se le impide totalmente el uso de la cosa (2431) y por último, si sólo se impide en parte el uso, tiene derecho a una reducción del precio a juicio de peritos (2432).

En el arrendamiento de fincas rústicas, si por causas fortuitas extraordinarias que no puedan ser previstas razonablemente (incendio, guerra, peste, langosta, terremoto, etc.), se pierde más de la mitad de los frutos, el arrendatario tiene derecho a una reducción del precio, proporcional al monto de las pérdidas sufridas. Estas disposiciones no son renunciables (2455).

El arrendatario debe pagar el precio, que también recibe el nombre de renta, en el lugar, tiempo y modo convenidos y sólo si no hubo pacto expreso se aplican las reglas siguientes:

Lugar. La casa habitación o despacho del arrendatario (2427).

Tiempo. Respecto de bienes muebles, si el contrato se celebró por tiempo fijo, al vencimiento del plazo; y si se celebró por lapsos (años, meses, días, etc.) al vencimiento de cada uno de esos plazos (2461 y 2462).

Tratándose de bienes inmuebles urbanos, no destinados a habitación no existe actualmente una norma que supla la voluntad de las partes ya que expresamente se derogó el artículo 2452 que señalaba que a falta de convenio, la renta se pagaría por meses vencidos si excedía de cien pesos; por quincenas vencidas si era de sesenta a cien pesos y por semanas vencidas si era menor a sesenta pesos. Como existe una norma expresa en ma-

teria de contratos de arrendamiento de fincas urbanas destinadas a la habitación, el legislador consideró innecesaria la disposición del artículo 2452, pero evidentemente dejó un vacío que puede originar conflictos. En todo caso, a falta de convenio expreso entre las partes y por ya no haber una norma en materia de arrendamiento, buscando la mayor reciprocidad de intereses conforme al artículo 1857, la renta debe pagarse al vencerse los lapsos sobre los que se haya determinado el pago de esa renta; así, si se convino que el arrendatario pagaría cien pesos al mes, deberá pagar su renta al vencimiento de cada mes; si se pactó una renta de dos mil pesos al año, la deberá pagar al vencimiento de cada año.

Respecto de bienes inmuebles destinados a la habitación la renta debe pagarse en los plazos convenidos y a falta de convenio, por meses vencidos (2448-E).

Si se trata de predios rústicos, a falta de convenio, la renta debe pagarse por semestres vencidos.

Modo. La renta debe pagarse en dinero y si hay pacto expreso, en otra cosa equivalente, con tal de que sea cierta y determinada (2399) y en caso de que deba pagarse en frutos y no se hiciere el pago en el tiempo debido, está obligado a pagar en dinero el mayor precio que tuvieren esos frutos dentro del tiempo convenido (2430).

En los arrendamientos de fincas urbanas para la habitación, la renta debe estipularse en moneda nacional y esta disposición es necesario considerarla, como todas las contenidas en este código, como de orden público e interés social y las estipulaciones en contrario tendrán la sanción drástica del artículo 2448 de considerarse como “no puestas” y no requerirán demandar su nulidad ante los tribunales.

Por otra parte, el arrendatario no puede hacer pagos parciales.

b) *Conservar la cosa.* Esta obligación primaria de conservar la cosa, implica las siguientes obligaciones secundarias:

a' Debe usar la cosa sólo conforme a lo convenido o a lo que naturalmente está destinada (2425, frac. III).

b' Debe realizar las reparaciones de aquellos deterioros de poca importancia que regularmente son causados por las personas que habitan en el inmueble, y las pequeñas reparaciones que exige el uso normal de la cosa (2444 y 2467).

c' No puede variar la forma de la cosa arrendada sin consentimiento del arrendador y si lo hace, debe restablecerla al estado en que la recibió cuando la devuelva, siendo responsable además de los daños y perjuicios que origine (2441).

d' Debe poner en conocimiento del arrendador a la brevedad posible la necesidad de las reparaciones que le corresponda hacer (2415) así como cualquier novedad dañosa o usurpación (2419), bajo la sanción de pagar daños y perjuicios en caso de contravención.

e' Si establece en el inmueble una industria peligrosa, debe asegurarlo contra el riesgo probable que pueda originarse al bien por el ejercicio de esa industria; y

f Es responsable del incendio que destruya total o parcialmente el inmueble arrendado, a no ser que éste provenga de caso fortuito, fuerza mayor o vicio de la construcción. No responde del incendio que se haya comunicado de otra parte, si tomó todas las precauciones para evitar que el fuego se propagara; o cuando pruebe que el fuego no pudo comenzar en la parte que ocupa. Cuando sean varios los arrendatarios y no se sepa dónde comenzó el incendio, todos son responsables en proporción a la renta que paguen y si el arrendador ocupa parte del bien, también será responsable proporcionalmente a la renta que a esa parte fijen peritos. Si se prueba que el incendio comenzó en la habitación de uno de los inquilinos, sólo éste será el responsable.

c) Debe indemnizar al arrendador por los deterioros que sufra la cosa arrendada por su culpa o negligencia, la de sus familiares, sirvientes o subarrendatarios (2425, frac. II) o por su dolo (1910). La pérdida de la cosa en su poder se presume por su culpa, mientras no pruebe lo contrario (2018).

d) Debe devolver la cosa al término del contrato tal como la recibió, salvo que hubiere perecido o se hubiere menoscabado por el tiempo o por causa inevitable (2442 y se presume que la recibió en buen estado, salvo prueba en contrario (2443).

Como no existe disposición derogatoria en esta materia en relación al lugar de la restitución, deben aplicarse las reglas generales en materia de obligaciones; esto es, si se trata de bienes muebles, en el domicilio del arrendatario (deudor) (2082) y si de inmuebles, el lugar de su ubicación (2083).

2. *Derechos especiales del arrendatario*

Sin mencionar aquí los derechos de los arrendatarios de fincas urbanas destinadas a la habitación, por ser materia del apartado IX de este Capítulo, además de los derechos que representan para el arrendatario las obligaciones del arrendador, ya consignadas, tienen los siguientes de carácter especial:

A. Si por caso fortuito, fuerza mayor o por evicción se le impide totalmente el uso de la cosa arrendada, tiene el derecho de no pagar la renta mientras dura el impedimento y si dura más de dos meses podrá pedir la rescisión del contrato (2431 y 2434).

B. Si sólo se impide en parte el uso de la cosa, podrá pedir la reducción parcial de la renta a juicio de peritos o la rescisión del contrato si el impedimento dura más de dos meses (2432).

C. Si por vicios ocultos se impide el uso de la cosa, puede pedir la disminución de la renta o la rescisión del contrato (2421).

Por decreto publicado en el *D. O.* del 21-VII-93 se derogaron los artículos 2485, 2486 y 2488 que concedía a los arrendatarios el derecho a que se les prorrogara hasta por un año el plazo fijado en el contrato, si estaban al corriente en el pago de las rentas y el arrendador tenía derecho al incremento de la renta hasta en un diez por ciento, si probaba que los alquileres en la zona habían sufrido una alza después de que se celebró el contrato.

Por el mismo decreto se reformó el artículo 2448-C respecto del arrendamiento de fincas urbanas destinadas a la habitación y se suprimió el derecho de prórroga que tenía el arrendatario hasta por dos años. En su oportunidad se harán los comentarios procedentes.

3. *La tácita reconducción.*

Si después de terminado el plazo establecido en el contrato y su prórroga si la hubo, el arrendatario continúa sin oposición en el uso o goce de la cosa, se entenderá prorrogado el contrato por tiempo indeterminado, estando obligado el arrendatario a pagar la renta conforme a lo convenido en el contrato (2487), y todas las obligaciones de las partes, deben cumplirse como si el contrato tuviera plazo no vencido.

En el supuesto de la tácita reconducción, cualesquiera de las partes puede dar por terminado el contrato previo aviso dado de manera fehaciente a la otra parte, con treinta días de anticipación, si el predio es urbano y un año, si es rústico, de comercio o de industria (2478)

De conformidad con la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, "La tácita reconducción sólo opera en los contratos por tiempo fijo, no en los indefinidos" y para que opere se requiere que el inquilino continúe en el uso y disfrute de la cosa arrendada después del vencimiento del plazo señalado en el contrato y que no exista oposición por parte del arrendador y la oposición debe llevarse a cabo para que no opere la tácita reconducción, en el plazo de diez días contados a partir de la fecha de vencimiento del contrato. (Jurisprudencia 1917-1975. Apéndice al *Semanario Judicial de la Federación*. Cuarta Parte. Tercera Sala. Tesis 97 y 98. Edición de Mayo Editores, S. de R. L., México, 1975).

VII. EL SUBARRENDAMIENTO.—El subarrendamiento es el contrato por virtud del cual una persona llamada subarrendadora, se obliga a conceder el uso o el uso y goce temporal de un bien, del que a su vez es arrendataria en diverso contrato, a otra persona llamada subarrendataria, quien se obliga a pagar como contraprestación un precio cierto.

El subarrendamiento siempre implica la existencia de dos contratos: el celebrado entre arrendador y arrendatario y el celebrado entre el arrendatario que recibe el nombre de subarrendador y un tercero que recibe el nombre de subarrendatario. En esto se diferencia de la cesión de derechos (que es la convención por la cual un acreedor cede los derechos que tiene contra su deudor, a un tercero, que por ese motivo llega a ser acreedor en lugar de aquél) en la que sólo subsistirá un contrato entre arrendador y cesionario arrendatario.

Si se celebra el contrato de subarrendamiento o la cesión de derechos del arrendatario, sin el consentimiento del arrendador, el arrendatario y el subarrendatario o cesionario, responderán solidariamente de los daños y perjuicios originados a aquél (2480). Además, da acción al arrendador para pedir la resolución del contrato (2489, frac. III).

El capítulo del subarrendamiento en el código civil contenía tres artículos. Con base en la reforma publicada en la *Gaceta Oficial del Distrito Federal* el 16 de Enero de 2003, se reformó el artículo 2481 y se derogó el 2482. Se suprimió la clasificación y efectos del subarrendamiento hecho con base en facultades especiales y el hecho con base en facultades generales.

Ahora, solo se prevé que si el subarrendamiento se hace en virtud de la autorización concedida en el contrato, el arrendatario y el subarrendatario serán responsables ante el arrendador, en los términos pactados en el contrato de subarriendo, a no ser que por convenio se acuerde otra cosa.

Si el arrendador se opone sin motivo fundado al subarrendamiento que pretenda hacer el arrendatario con facultades para ello, da acción a éste para pedir la resolución del contrato (2492).

VIII. LAS CAUSAS DE TERMINACIÓN DEL CONTRATO.—Son causas de terminación del contrato de arrendamiento:

1. Por haberse cumplido el plazo fijado en el contrato (2483) o en los contratos de fincas urbanas destinadas a la habitación, su prórroga. Ver los comentarios relacionados con esta prórroga, en el apartado siguiente (2448 C).

El artículo 2484 precisa que si el arrendamiento se ha hecho por tiempo determinado, concluye en el día prefijado y por la reforma contenida en Decreto publicado en el *D. O.* del 21-VII-93 se le suprimió al artículo la expresión: “sin necesidad de desahucio”.

Conforme al *Diccionario de derecho procesal civil* del maestro Eduardo Pallares (2a. ed. Porrúa, México, 1956, pp. 202) la palabra desahucio significa: “igual a lanzamiento en una de sus acepciones, o sea obligar al arrendatario a desocupar el inmueble arrendado, y el acto judicial de efectuar la desocupación. En otra de sus acepciones, la palabra desahucio sig-

nifica, tanto el aviso que da el arrendador al arrendatario de la conclusión del contrato de arrendamiento, como el que el arrendatario notifica a aquél en el mismo sentido”.

Sin duda, la expresión “sin necesidad de desahucio” que utilizaba el artículo 2484, se refería a la última de las acepciones precisadas por el maestro Pallares y así, al terminar un contrato de arrendamiento, ni el arrendador ni el arrendatario, tenían necesidad de notificar a la otra parte que había vencido el plazo y que el contrato se había terminado. Ahora, ¿qué habrá querido dar a entender el legislador al suprimir esa expresión? ¿Qué ahora ya es obligatorio notificar a la otra parte el vencimiento del plazo fijado en el contrato, para que se dé por terminado? Qué desatino.

2. Si el contrato es por tiempo indeterminado, concluye a voluntad de cualquiera de las partes dando aviso a la otra parte con treinta días hábiles de anticipación si el predio es urbano o con un año si es rústico o destinado a comercio o industria. La reforma consistente en ampliar el plazo para dar por terminado el contrato respecto de inmuebles destinados a comercio o industria es acertada y obedece, posiblemente, a las críticas hechas a la reforma que sólo otorgaba al respecto el plazo de treinta días. Por lo que se refiere a los inmuebles urbanos, puede insistirse en que el artículo 2478, que reduce a treinta días hábiles el plazo para dar por terminado el contrato, es de hecho prácticamente imposible de cumplir, porque un arrendatario de casa habitación difícilmente puede encontrar en ese plazo un local en donde establecer su hogar. Esa reforma, por lo dicho, no beneficia al arrendador; nadie se la pidió a quien formuló la iniciativa ni a los legisladores; los arrendatarios no la tomarán en cuenta por la imposibilidad de su cumplimiento; será una fuente de conflictos originados por personas sin escrúpulos, y todo ello creará malestar social.

Respecto de bienes muebles también concluye a voluntad de cualquiera de las partes, pero el arrendador no podrá pedir la devolución de la cosa sino después de cinco días de la celebración del contrato (2478 y 2460).

3. Por haberse satisfecho el objeto para el que la cosa fue arrendada (2483, frac. I).

4. Por pérdida o destrucción total de la cosa arrendada (2483, frac. VI).

5. Por expropiación y por evicción (2483, fracs. VII y VIII).

6. Como cualquier otro contrato, por convenio expreso de las partes, por nulidad, por confusión y por resolución originada como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones de alguna de las partes.

IX. DEL ARRENDAMIENTO DE FINCAS URBANAS DESTINADAS A LA HABITACIÓN.—En la mayor parte de las poblaciones (por no decir en todas) la necesidad de locales para habitación es cada vez más apremiante. Nuestra gran ciudad, no escapa a este problema. Es necesario darle una habitación digna a cada habitante y para hacerlo se requiere de un gran esfuerzo y de muchos recursos. Es fácil establecer en la Constitución y en las leyes

el derecho a una vivienda digna, segura e higiénica; pero en la práctica y en la vida cotidiana, presenta grandes dificultades. El cuarto párrafo del artículo cuarto Constitucional (creado por Decreto publicado en el *Diario Oficial* del 7 de febrero de 1983), establece "Toda familia tiene derecho a disfrutar de una vivienda digna y decorosa. La ley establecerá los instrumentos y apoyos necesarios a fin de alcanzar tal objetivo". Por su parte, el artículo primero de la Ley Federal de Vivienda (*Diario Oficial* del 7 de febrero de 1984) señala que "La presente ley es reglamentaria del artículo 4º párrafo cuarto de la Constitución General de la República. Sus disposiciones son de orden público e interés social y tienen por objeto establecer y regular los instrumentos y apoyos para que toda familia pueda disfrutar de vivienda digna y decorosa". Han transcurrido aproximadamente veinte años desde la publicación de esos decretos y los avances en materia de habitación son escasos, debido a los altos costos de los inmuebles y de los materiales de construcción.

Es necesario buscar medidas factibles que ayuden no a solucionar el problema, pero sí a atemperarlo. Los gobiernos tanto federal como locales han hecho grandes esfuerzos en ese sentido, pero hay que motivar a la iniciativa privada para que invierta en estos renglones y así ayudar a la población en general. Se han hecho a la fecha grandes avances. Por una parte el sector público y el sector social han incrementado la producción de vivienda de interés social y de habitaciones populares y por la otra el Poder Legislativo y las autoridades administrativas han tratado de crear un marco legal y reglamentario adecuado que permita la utilización máxima de los recursos materiales en esta área y evitar, en lo posible, los conflictos sociales que este problema lleva aparejados.

Es obvio que en la solución de los grandes problemas nacionales y el de la vivienda digna es uno de ellos, como lo prueba el contenido tanto del artículo Cuarto Constitucional, como la Ley Federal de Vivienda, deben participar tanto las autoridades como los particulares. Con iniciativas adecuadas, imaginación y creatividad debiera motivarse a la iniciativa privada para invertir en estos renglones.

Significativos y muy relevantes en esta materia son los programas ejecutados a partir del macrosismo que sufrió la ciudad de México en septiembre de 1985: El Programa Emergente de Renovación Habitacional (en donde los notarios públicos de la capital intervinieron en la titulación de aproximadamente cincuenta mil viviendas), el de casa propia y el de autoconstrucción de vivienda, entre otros.

No obstante estos intentos de solución, existen circunstancias y ordenamientos legales, como la especulación bursátil, las altas tasas de interés, el Código Financiero del Distrito Federal, en el capítulo de impuesto predial y la Ley del Impuesto sobre la Renta, que disuaden a los particulares a invertir en la construcción de edificaciones destinadas a ser arrendadas para

habitación, a tal extremo que en los últimos veinte a veinticinco años, no se ha otorgado una sola licencia para construir edificios de apartamentos para ser rentados por sus propietarios y destinados a habitación.

No hay duda de la gran necesidad que se tiene actualmente de inmuebles para ser destinados a casa habitación. El incremento desmesurado de la población exige nuevos espacios para vivienda. Cada día cientos de jóvenes se casan y requieren un lugar para vivir y la mayoría no tiene los recursos suficientes para comprarlo. Puede pensarse que una solución sería ir a vivir a la casa de la suegra, pero con más frecuencia se da el caso de que ya no es posible esa solución, porque la suegra sigue viviendo en la casa de la suya (de la casa de la suegra de la suegra, se entiende). Este problema de la falta de viviendas no puede ni debe soslayarse y todos los remedios que puedan llegar a proporcionar un alivio deben intentarse.

Es fácil, pero utópico, endilgarle el problema y su solución al Estado. Que el gobierno del Distrito Federal (o en su caso la federación) construya casas para habitación y se les entregue a las personas necesitadas a cambio de una renta que el habitante pueda dejar de pagar cuanto le venga en gana. Esta solución no es viable ni en los países más ricos del mundo, menos lo será en nuestra querida patria tan llena de necesidades y tan sempiternamente pobre. Es necesario proponer soluciones viables. Una de ellas, no debe caber duda, es el motivar a personas con suficientes recursos, para que inviertan en la adquisición o construcción de edificaciones para ser destinadas a la habitación.

Se dice simple. Motivar a esas personas para que destinen sus inmuebles a ser ocupados por personas necesitadas de casa habitación. Si la persona que va a ocupar la vivienda es necesitada, esto es, pobre, por lógica no puede comprarla. No se le va a donar ni a dar en comodato. El destino del inmueble así, no cabe duda, debería ser para darse en arrendamiento para casa habitación. La dificultad es ¿cómo puede hacerse esa motivación? Toda persona requiere un incentivo para la realización de una actividad. En la actualidad tales incentivos no existen y la prueba es que nadie construye para dar en arrendamiento el inmueble destinado a vivienda. Existen miles de inmuebles que se construyen para destinarse a casa habitación, pero no a través del arrendamiento, sino a través de compraventas. Ahí sí existe motivación. Es un gran negocio construir viviendas para venta, porque la gran demanda de inmuebles para casa habitación hace rentable la inversión, pero esta operación no soluciona los graves problemas de vivienda para las clases populares.

En la situación actual, tal parece que el legislador lo que pretende es disuadir a los inversionistas para la construcción de inmuebles para ser dados en arrendamiento para casa habitación. En primer lugar, la legislación civil impone cargas muy pesadas a los arrendadores, tales como plazos y prórrogas forzosos, responsabilidades por daños, limitaciones para enaje-

nar libremente el bien, restricciones para el aumento de rentas y otras. En segundo lugar, el riesgo siempre presente del incumplimiento por parte del arrendatario para el pago de las rentas (recuérdese que los inquilinos siempre son personas de escasos recursos, ya que si no fuera así comprarían el bien, no lo arrendarían), por regla general por situaciones ajenas a su voluntad, como dificultades económicas nacionales, falta de empleos, enfermedades y falta de seguridad en materia de salud, etc. Por último, los graves problemas fiscales, como son el pago del impuesto predial que es significativamente más alto, si la base del tributo es la renta del inmueble que su valor catastral unitario; el pago del impuesto sobre la renta y la gran dificultad para determinar los impuestos y la presentación de manifestaciones incomprensibles para estar al corriente en el cumplimiento de esos deberes.

Los inmuebles actualmente dados en arrendamiento para casa habitación, tienden a cambiar su régimen jurídico de propiedad normal al de propiedad en condominio, para venderse en sus diferentes locales o partes, a diversas personas, ya que los propietarios no quieren ser arrendadores por las graves obligaciones que les impone la ley civil y su responsabilidad fiscal. Estas situaciones agravan el problema de falta de habitaciones en la gran urbe.

Además, siempre han existido problemas sociales y económicos entre arrendadores y arrendatarios, ya que la relación es difícil, lo que es una causa más de disuasión a los propietarios para llegar a ser arrendadores, lo que agrava la motivación de los inversionistas a la construcción de viviendas para renta. El arrendador pretende los mayores ingresos y por lo tanto una renta elevada y no hacer reparaciones, en tanto que el arrendatario pretende a precio bajo una vivienda limpia, segura y permanente.

Se han construido sí, muchas viviendas en los últimos años, pero no para darlas en arrendamiento, sino para venta y han originado a los inversionistas en esa rama, ganancias millonarias, pero éstos no han coadyuvado a solucionar el problema de falta de habitaciones en las clases populares de escasos o medios recursos económicos.

La actividad legislativa en esta materia, en los últimos años, ha sido muy intensa, pero tal parece que no pretende ni ha pretendido nunca incentivar la inversión privada en vivienda para renta o evitar en alguna medida los graves problemas que se originan entre arrendadores y arrendatarios, sino proporcionar, sin conseguirlo por falta de inventiva, pretendidos derechos de los arrendatarios a permanecer en el inmueble aun cuando no cumplan sus obligaciones básicas.

De 1985 a 2003 se han publicado siete Decretos en esta materia:

A. El Decreto de "Reformas y Adiciones a Diversas Disposiciones Rela-

cionadas con Inmuebles en Arrendamiento” de fecha 28 de diciembre de 1984 publicado en el *Diario Oficial* del 7 de febrero de 1985.

B. El Decreto que reforma y deroga diversas disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal, publicado en el *Diario Oficial* del 21 de julio de 1993, que modificó la mayor parte de las reformas que se habían introducido en el primer decreto mencionado y en cuyos transitorios dispuso que entraría en vigor noventa días después de su publicación.

C. El Decreto publicado en el *Diario Oficial* el 23 de septiembre de 1993, que tuvo por finalidad principal prorrogar la entrada en vigor de las reformas contenidas en el Decreto anterior de 1993, hasta el día 19 de octubre de 1998.

D. Decreto publicado en el *Diario Oficial* el 19 de octubre de 1998 que prorrogó la entrada en vigor de las reformas contenidas en el Decreto de 1993, hasta el 19 de abril de 1999.

E. Decreto publicado en la *Gaceta Oficial* del D. F. (el Código Civil que anteriormente era para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal, ahora es sólo Código Civil para el Distrito Federal y por lo tanto sus reformas o adiciones se publican en la *Gaceta Oficial* del D. F. y ya no en el *Diario Oficial* de la Federación) el 17 de abril de 1999 que tuvo como finalidad principal prorrogar la entrada en vigor de las reformas contenidas en el Decreto de 1993, hasta el 30 de abril del año 2000.

F. Decreto publicado en la *Gaceta Oficial* del D. F. el 28 de abril de 2000 que prorrogó la entrada en vigor de las reformas contenidas en el Decreto de 1993, hasta el 31 de diciembre de 2001; y

G. El Decreto publicado en la *Gaceta Oficial* del D. F. el 16 de enero de 2003, que vuelve a reformar la mayor parte de los artículos relacionados con el arrendamiento de fincas urbanas destinadas a la habitación.

Después del Decreto publicado en la *Gaceta Oficial* del 28 de abril de 2000, ya no hubo otra prórroga para que entraran en vigor plenamente las reformas que se habían hecho al Código Civil por el Decreto de 1993 y por lo tanto esas reformas entraron plenamente en vigor a partir del primero de enero de 2002. Esas reformas, en lo general, eran buenas y atemperaron los problemas graves que se suscitaron con la legislación de 1985 y durante todo el año 2002 hubo una relativa tranquilidad en las relaciones entre arrendadores y arrendatarios. Se pensó que esas reformas podrían dar confianza a los arrendadores y crear un clima de moderación en esas relaciones. Sin embargo, ese ambiente sólo duró un año. El Decreto publicado el 16 de enero de 2003 volvió a crear la incertidumbre existente a partir de las reformas de 1985.

Muchos estudiosos de esas disciplinas hicieron votos por que los legisladores estudiaran y se asesoraran de maestros universitarios para que si

se hacían nuevas reformas a la legislación en esa materia, fueran útiles, congruentes y coadyuvaran a resolver el grave problema de la vivienda en esta gran ciudad. Por desgracia no fue así y las reformas seguramente no ayudarán a ese propósito.

Existen otros dos Decretos en materia de arrendamiento que son independientes de los mencionados y que regulan materias diferentes; el publicado en el *Diario Oficial* del 30 de diciembre de 1948 que prorrogó los contratos de arrendamiento de las casas y locales que se citan y el publicado en el *Diario Oficial* del 30 de diciembre de 1992 que abrogó el anteriormente citado de 1948. (Estos Decretos pueden consultarse en el apéndice dos de este Capítulo XI).

Estudio de las disposiciones actualmente vigentes. A continuación se hará un estudio de las disposiciones en materia de contratos de arrendamiento de fincas urbanas destinadas a la habitación tomando en consideración las reformas publicadas en la *Gaceta Oficial* del D. F. el 16 de enero de 2003.

A. *Normas de orden público.* El artículo 2448 con base en las reformas de 1985 establecía que “Las disposiciones de ese Capítulo son de orden público e interés social. Por tanto, son irrenunciables y en consecuencia cualquier estipulación en contrario se tendrá por no puesta”. En el año de 1993 se reforma el artículo para señalar: “Las disposiciones contenidas en los artículos 2448-A, 2448-B, 2448-G y 2448-H son de orden público e interés social, por tanto son irrenunciables y en consecuencia cualquier estipulación en contrario se tendrá por no puesta”. La reforma en ese sentido al artículo no pudo ser más desafortunada, ya que dio pauta para considerar que las disposiciones contenidas en los artículos 2448-C, 2448-D en su primer párrafo, 2448-E, 2448-F, 2448-I, 2448-J, 2448-K y 2448-L no eran de orden público ni de interés social y que los interesados al celebrar un contrato de arrendamiento de un predio urbano para casa habitación, podían libremente pactar cualquier cláusula que contradijera el contenido de esos preceptos, con toda impunidad. Dejaba sólo como de orden público e interés social lo relativo a las condiciones de higiene, salubridad y habitabilidad del predio arrendado, el registro del contrato que como se verá más adelante no existe tal registro y la posibilidad de subrogarse en los derechos del arrendatario las personas que hubieran real y permanentemente habitado el inmueble en vida del arrendatario, situación ésta muy difícil de actualizar.

La reforma de 2003, vuelve el artículo a la redacción anterior señalando “Las disposiciones contenidas en este Capítulo son de orden público de interés social, por tanto son irrenunciables y en consecuencia cualquier estipulación en contrario se tendrá por no puesta”. Ése sí es un acierto de la reforma. El autor de este estudio ya lo había manifestado y ahora lo reitera, aunque no se diga expresamente, es claro que toda disposición conte-

nida en el código es de orden público e interés social, ya que si no fuera así, ¿Qué estaría haciendo el legislador? ¿Disposiciones para ser renunciadas o violadas impunemente? Por otra parte, como se verá en especial en los comentarios a los artículos 2448-G y 2448-H no se entiende ni dónde está el orden público ni el interés social.

B. *Condiciones de higiene y seguridad.* El artículo 2448-A señala que no debe darse en arrendamiento una localidad que no reúna las condiciones de higiene y salubridad necesarias para la habitabilidad del inmueble; en caso contrario, se aplicarán al arrendador las sanciones procedentes. Este artículo es prácticamente igual al 2448 original del código (antes de la reforma de 1985) con la excepción de que antes decía que no podrá y ahora que no deberá y antes lo sujetaba a las disposiciones del Código Sanitario y ahora simplemente a la posibilidad de habitabilidad, sin explicar qué se entiende por eso. Como se ve, la redacción ahora no añade nada a la disposición original y sí muestra la impreparación del legislador de no precisar cuáles son las condiciones de higiene y salubridad necesarias para la habitabilidad del inmueble. Además tuvo la oportunidad y no la aprovechó para evitar el término “condiciones” que tiene en materia civil una connotación muy precisa y usar otro que gramaticalmente fuera más adecuado.

C. *Necesidad de obras higiénicas y seguras.* El artículo 2448-B establece que el arrendador que no haga las obras que ordena la autoridad correspondiente como necesarias para que una localidad sea habitable, higiénica y segura es responsable de los daños y perjuicios que los inquilinos sufran por esa causa. Ese artículo como el anterior, es prácticamente igual al 2449 original del código, con las excepciones de que antes se precisaba al Departamento de Salubridad Pública como el organismo que debería señalar las obras necesarias y ahora simplemente lo deja a la “autoridad correspondiente”, y ahora se agregó la palabra “segura” y por ello precisó que no sólo deben hacerse las reparaciones que ordene la autoridad sanitaria, sino la autoridad competente, porque pueden requerirse reparaciones no sólo sanitarias, sino de seguridad del inmueble.

Estas precisiones se hacen para hacer hincapié en que, en términos generales, las reformas no fueron ni atinadas ni razonablemente comentadas y analizadas: las aparentemente acertadas como las ya comentadas, fueron copiadas de las que ya existían y las nuevas, no fueron suficientemente meditadas. Esta crítica se hace para mostrar a los estudiantes de derecho y público en general que hacer reformas al código o redactar un nuevo capítulo no es fácil, que es necesario estudiar las disciplinas jurídicas y meditar sobre ese estudio y si alguna vez este trabajo llega a manos de los legisladores, para motivarlos a ser más cuidadosos en su labor, para que busquen la asesoría de personas capacitadas y para que los encargados de formular

iniciativas, también se superen en su labor; esta crítica no es pues con el afán de molestar o denigrar.

D. *Plazo*. Respecto al plazo a estipularse en el contrato, la reforma publicada en enero del 2003, reformó dos artículos: el 2398 y el 2448-C.

El artículo 2398 reformado por el Decreto publicado en 1993 antes mencionado, indicaba: “Hay arrendamiento cuando las dos partes contratantes se obligan recíprocamente, una a conceder el uso o goce temporal de una cosa y la otra a pagar por ese uso o goce un precio cierto. El arrendamiento no puede exceder de diez años para las fincas destinadas a habitación y de veinte para las fincas destinadas al comercio o a la industria”.

El artículo 2448-C conforme a la reforma de 1993 señalaba: “La duración mínima de todo contrato de arrendamiento de fincas urbanas destinadas a la habitación será de un año forzoso para arrendador y arrendatario, salvo convenio en contrario”.

No cabe duda de que la redacción de ese artículo 2448-C es una estupidez. En otras palabras indica: La duración mínima del contrato será de un año forzoso, si quieren y si no, no.

En la reforma a este artículo publicada en la *Gaceta* el 16 de enero de 2003, tuvo la gran oportunidad el legislador de derogar ese artículo, o por lo menos redactarlo en forma jurídica normal; pero no. ¡Cómo perder la oportunidad de decir tonteras! Véase por qué.

Ahora el artículo señala: Art. 2448-C. “La duración mínima de todo contrato de arrendamiento de inmuebles destinados a la habitación será de un año forzoso para arrendador y arrendatario, que será prorrogable a voluntad del arrendatario, hasta por un año más, siempre y cuando se encuentre al corriente en el pago de las rentas, *salvo convenio en contrario*”. (Las cursivas son del autor). Otra vez, y ahora seguro para muchos años, la duración mínima del contrato será forzosamente por un año, si quieren y si no, no. Ya el artículo como estaba antes de la reforma era tonto, pero ahora es malintencionado, ya que admite varias interpretaciones. Antes la interpretación era unánime, quienes lo aprobaron eran ignorantes y tontos y simplemente no se hacía caso del artículo, y las partes pactaban el plazo que les daba la gana; pero ahora, el problema se complica. Lo del “convenio en contrario” ¿Se aplica a todo el artículo como una unidad y se puede fijar un plazo en el contrato como convenga a los interesados? ¿Se aplica lo de “convenio en contrario” sólo al plazo? Por último, ¿lo del “convenio en contrario” sólo se aplica a la prórroga? ¿Verdad que el maquillaje al artículo sólo lo empeoró?

Uno de los problemas más serios que se presentan entre arrendadores y arrendatarios, es precisamente el que tiene que ver con el plazo (los otros son los relacionados con el monto o fijación de la renta y con la ne-

cesidad de reparaciones). Como se ha visto, el código no señala solución alguna a este respecto. No se pretende dar una solución definitiva y perfecta, pero sí hubiera sido deseable y conveniente, el que el legislador hubiera dado una respuesta sana a este requerimiento social.

Existe el temor de fijar un plazo forzoso en los contratos en general, porque se puede atentar contra los principios de libertad individual y seguridad de la propiedad, y por otra parte, podría esta medida disuadir a los propietarios a dar en arrendamiento para casa habitación sus inmuebles, pero en esta materia es indispensable, ya que es una exigencia popular la certeza del uso de bienes para habitación. No se pretende dañar al arrendador ni lesionar sus derechos, sino sólo crear un ambiente legal equitativo entre arrendadores y arrendatarios; y si se celebra el contrato, darle a través de una permanencia normal, una seguridad de vida al arrendatario. También hay que prever la posibilidad de que se obligara al arrendatario a renunciar en su perjuicio el plazo y así, para responder a estos planteamientos, se propone la creación de un artículo en esa materia como el siguiente: "Plazo. La duración mínima de todo contrato de arrendamiento de fincas urbanas destinadas a la habitación será de un año forzoso para el arrendador. A solicitud del arrendatario se podrá pactar un plazo menor, siempre que se justifiquen las razones en el mismo contrato. Los términos o expresiones que impliquen violación a este artículo, se tienen por no puestos". Por otra parte, es conveniente establecer el derecho de prórroga, pero en forma clara y precisa, no como está actualmente la redacción del precepto; ya que si se toma en consideración que los arrendadores tienen destinado el inmueble a ser arrendado es mejor que se le prorrogue el contrato al arrendatario que ya lo está ocupando, si está al corriente en el pago de sus rentas y ha cumplido con todas sus obligaciones.

El legislador reformó también el artículo 2398 sin ninguna necesidad y sólo para hacer patente su incapacidad y ligereza. Su reforma fue establecer que "el arrendamiento de inmuebles destinados a casa habitación no podrá ser menor a un año". El precepto lo hizo repetitivo, porque la reforma al artículo 2448-C ya señala, con las grandes fallas anotadas, que el plazo forzoso es de un año, pero en este artículo no habla de prórroga, ni de "salvo convenio en contrario". ¿Ahora, cuál artículo debe aplicarse en forma preferente? ¿El 2398 que en forma tajante precisa el plazo mínimo forzoso sin considerar ninguna prórroga, o el 2448-C que habla de prórroga y de "salvo convenio en contrario"? ¿Debe considerarse el artículo 2448-C como norma de excepción y por lo tanto prevalece sobre el 2398 que sería norma general? Señores legisladores, qué difícil es su trabajo si además de no saber de leyes ni de redacción no se asesoran de profesionales capacitados.

El artículo 2398 no se refería ni debe referirse a la duración del contrato, sino a impedir que los arrendadores, por falta de cuidado, compro-

metan el uso y disposición de sus inmuebles a plazos muy largos que resten valor a las propiedades e impidan su libre circulación, lo que origina tropiezos en el tráfico inmobiliario en perjuicio de la sociedad. El artículo trataba de impedir la obligatoriedad de un contrato de arrendamiento de inmueble destinado a casa habitación por más de diez años. No tenía nada que ver con la duración del contrato. Ahora, como quedó, está equívoco. Sí hace referencia a esa obligatoriedad en los contratos de inmuebles destinados a comercio o industria, pero ya no a la habitación, y por lo tanto, ahora puede celebrarse, que contra sentido, un contrato de arrendamiento para casa habitación por veinte, por cincuenta o más años; y no se puede celebrar por más de veinte si se destina a comercio o industria. Una vez más se reitera que la crítica trata de ser constructiva, aunque no se logre ese propósito.

E. *Pago de la renta en moneda nacional*. La modificación al artículo 2448-D relacionada con la reforma al 2448, es un gran acierto.

Señala actualmente el artículo 2448-D "Para los efectos de este capítulo la renta deberá estipularse en moneda nacional y sólo podrá ser aumentada anualmente. En aquellos contratos en que el importe de la renta mensual no exceda de ciento cincuenta salarios mínimos generales vigentes en el Distrito Federal (en el año 2009 ese salario mínimo es de \$54.80 por lo que la cantidad a determinar es de \$8,220.00), el incremento no podrá exceder del 10% de la cantidad pactada como renta mensual.

Antes de la reforma, con base en el Decreto publicado en 1993, el artículo establecía que "para los efectos de este Capítulo la renta deberá estipularse en moneda nacional", pero como el artículo 2448 señalaba que sólo las disposiciones contenidas en los artículos 2448-A, 2448-B, 24448-G y 2448-H eran de orden público e interés social, se consideró que la renta podría pactarse en dólares, por no ser el artículo 2448-D de orden público e interés social y por lo tanto, admitía pacto en contrario. Según este criterio la disposición podía interpretarse así: "La renta en los contratos de inmuebles destinados a la habitación deberá estipularse en moneda nacional, si los contratantes quieren".

Uno de los pocos aciertos de la reforma de 1985 era precisamente la reiteración del principio contenido en la primera parte del artículo octavo de la Ley Monetaria para evitar los serios daños a la población mayoritaria de convenir contratos de arrendamiento con el pago de la renta en moneda extranjera, y no hay por qué considerar que ese precepto ha cambiado. Cuando el código indicaba que la renta debía pagarse en moneda nacional, no lo hacía como recomendación bondadosa sino como una disposición general y abstracta que debía cumplirse. Quienes quisieron darle otra interpretación, atentaron en contra de la población más necesitada y manifiestamente violando el precepto que era categórico. Ahora, con la refor-

ma de 2003, ya no cabe ninguna duda; el artículo 2448 establece que todas las disposiciones del Capítulo son de orden público e interés social y que cualquier estipulación en contrario se tendrá por no puesta; y el artículo 2448-D, en forma contundente establece que la renta debe estipularse en moneda nacional.

La segunda parte del artículo es congruente con la posibilidad de prorrogar el plazo de vigencia del contrato. Si por voluntad del arrendatario se prorroga por un año la vigencia del contrato porque no hubiera un convenio en contrario, la renta sólo podría incrementarse en un diez por ciento, siempre que su monto no excediera de la cantidad ahí indicada. Si por una parte los arrendadores tienen destinado el inmueble al uso habitacional y necesitan arrendarlo y por otra los arrendatarios pretenden cierta certeza en un uso más o menos prolongado del bien, y si una persona ya lo tiene y además ha cumplido con sus obligaciones emanadas del contrato, no existe una razón normal para no mantenerla en ese uso, cuando a mayor abundamiento puede permitirse un incremento adecuado en el monto de la renta.

En la actualidad, la claridad de las disposiciones indicadas, evitará que la renta de inmuebles destinados a la habitación se pacten en dólares, lo que originaba graves perjuicios a la población necesitada de vivienda.

Las personas de buena voluntad creen sinceramente que la redacción de este artículo impedirá abusos, pero no faltará quien interprete el artículo diciendo que la renta se fija y debe pagarse en moneda nacional, pero después de realizar un ajuste, ya que en el contrato se puede pactar el pago en moneda nacional, en el equivalente a determinados factores, como el valor de ciertas mercancías u otros mecanismos (como el valor de barriles de petróleo o el valor de onzas de plata, etc.) para elevar el monto de la renta.

Sería deseable que el artículo se adicionara con la prohibición expresa de utilizar mecanismos para actualizar o ajustar el monto de la renta, ya sea utilizando los UDIS (Unidades de Inversión), el índice nacional de precios al consumidor, el monto del salario mínimo, el valor de los CETES (Certificados de Tesorería), etcétera.

F. *Plazo para el pago de la renta.* Conforme al artículo 2448-E la renta debe pagarse puntualmente en los plazos convenidos y a falta de convenio por meses vencidos. Al artículo se le agregaron dos párrafos “El arrendador está obligado a entregar un recibo por cada mensualidad que el arrendatario pague; a falta de entrega de recibos de pago de renta por más de tres meses, se entenderá que el pago ha sido efectuado, salvo que el arrendador haya hecho el requerimiento correspondiente en tiempo y forma” y “El arrendador no podrá exigir en su caso, más de una mensualidad de rentas a manera de depósito”:

Por lo que se refiere al primer párrafo, el legislador consideró el problema desde el punto de vista de los recibos que debe entregar el arrendador al arrendatario al momento en que éste hace el pago de una mensualidad de rentas y por lo tanto supuso que el arrendatario siempre paga su renta mes a mes y el arrendador o no entrega recibos o no los entrega puntualmente, y por ese motivo presumió el pago, supuso que los pagos habían sido efectuados y que el arrendador no entregó recibos, y para romper esa presunción, el arrendador debe hacer el requerimiento correspondiente en tiempo y forma. Lo que el legislador olvida, es que quien debe probar el pago efectuado es el arrendatario, mostrando los recibos correspondientes. En la vida cotidiana, ningún arrendatario paga sin recabar al mismo tiempo su recibo, ya que sabe y tiene conocimiento de que el recibo es el único medio de prueba. Ahora, con esta redacción del artículo, lo más seguro es que los arrendadores para suprimir esa presunción de pago, no sólo requieran al arrendatario cuando éste se atrase dos meses en el pago de su renta, sino que le demanden la resolución del contrato por el incumplimiento de sus obligaciones. Si de todas maneras deberán ver a un abogado para que haga el requerimiento, de una vez le demandarán la resolución del contrato; y la medida en vez de haber sido benéfica para el arrendatario, le resultará perjudicial.

Por lo que se refiere al último párrafo, no deja de ser una puerilidad, ya que cuando se exija al arrendatario una cantidad mayor como depósito, basta con no llamarla depósito sino pago anticipado de rentas, para evitar la prohibición.

G. Forma del contrato. El artículo 2448-F establece que el contrato debe otorgarse por escrito y que debe contener “cuando menos” las estipulaciones que ahí se mencionan. Con base en la redacción anterior del artículo, ya se hacía la crítica de que ese “cuando menos” era muy difícil superar, ya que difícilmente un contrato de arrendamiento podría contener algo más que lo que el precepto decía que “cuando menos” debía contener; pero el legislador muy hábil, encontró algo más que podía haber contenido el contrato y no se preveía conforme a la redacción anterior del artículo. Precisar el lugar de pago de la renta, el monto del depósito o en su caso los datos del fiador en garantía y el carácter y facultades con que el arrendador celebrará el contrato, incluyéndose todos los datos del instrumento con que éste acredite su personalidad. Ya con la redacción anterior, se podía formular una pregunta: ¿es posible que un contrato de arrendamiento contuviera algo más que lo que el precepto exigía como “cuando menos”? Y se ve, que sí era posible. Ahora hay que analizar lo que el legislador quiere que se contenga además:

En la reforma se indica que debe pactarse el lugar de pago de la renta. Esta mención no es necesaria, ya que el artículo 2427 no reformado esta-

blece que la renta debe pagarse en el lugar convenido y a falta de convenio en la casa habitación del arrendatario.

El monto del depósito y en su caso los datos del fiador en garantía, no se da en todos los contratos, por eso se dice “en su caso” y por otra parte, el fiador siempre será en garantía, toda fianza es una garantía, por lo que sale sobrando la expresión “fiador en garantía”.

H. *Registro del contrato*. El artículo 2440-G no sólo se mantuvo igual sino que se reitera, por la reforma al 2448, que es de orden público e interés social. Indica el precepto que el arrendador deberá registrar el contrato de arrendamiento ante la autoridad competente; que el arrendatario tendrá acción para demandar el registro y además el derecho de registrar por su cuenta la copia de su contrato. Lo que el legislador olvidó antes y ahora reitera el olvido, es que no existe ningún registro de contratos de arrendamiento; no hay dónde registrar esos contratos y por ende, no hay autoridad competente para registrarlos.

Los únicos contratos que se inscriben en el Registro Público de la Propiedad (que no en un registro de contratos que no existe) son aquellos en que se pacte un anticipo de rentas por más de tres años o un plazo por más de seis años y ese registro es potestativo y no obligatorio y su finalidad es hacer pública esa situación, que podría afectar y perjudicar a terceras personas adquirentes del inmueble y proteger los derechos del arrendatario frente a futuros propietarios. Señala el artículo 3,042 “En el Registro Público de la Propiedad inmueble se inscribirán: (y en la fracción) III. Los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles por un periodo mayor de seis años y aquellos en que haya anticipos de rentas por más de tres años”.

Este artículo (2448-G), como se ve, es una tontería doble, ya que por una parte, no existe un registro de contratos de arrendamiento y por otra, singulariza esa disposición en el artículo 2448 como de “orden público e interés social”. Aquí sí, el legislador debió aprovechar por segunda vez (la primera fue en la reforma de 1993), la oportunidad para revocar ese estúpido artículo y no lo hizo.

I. *El contrato no termina por la muerte de los contratantes*. El artículo 2448-H merece el mismo comentario que el anterior en el sentido de que el legislador desaprovechó otra oportunidad de derogar un artículo impropio y confuso y no lo hizo, y por el contrario le ratifica la categoría de orden público e interés social. Tal parece que desde la reforma de 1993 al legislador le gustó lo del “orden público e interés social”; consideró impropio suprimir esas menciones y al no encontrar a qué artículos comprender dentro de esos conceptos, ahora los incluyó a todos los del capítulo; antes, en 1993 al no encontrar qué artículos comprender dentro de

esos conceptos, tomó parece al azar los que consideró más adecuados y no le atinó.

Señala que el contrato de arrendamiento no termina por muerte ni del arrendador ni del arrendatario. Nunca ha terminado por esos motivos, ni en el país, ni conforme a la legislación comparada.

Por otra parte, establece la subrogación en los derechos del arrendatario que muere en favor del cónyuge, concubina o concubinario, hijos, ascendientes en línea consanguínea o por afinidad, "siempre y cuando hubieren habitado real y permanentemente el inmueble en vida del arrendatario", pero no establece quién tiene derecho preferente, si todos por igual y por ende todos serán arrendatarios o sólo uno o alguno de ellos, ni cómo se harán valer esos derechos, si a través de la tramitación de la sucesión, conforme a las reglas generales o no, ni cómo se probará esa habitación real y permanente, ni por cuánto tiempo, etc., etc., lo que hace del precepto una regla confusa e inaplicable.

J. *Derecho del tanto*. El artículo 2448-J establece actualmente en favor del arrendatario un derecho del tanto, aunque el artículo lo llama de preferencia, para adquirir en igualdad de condiciones el inmueble arrendado que pretenda vender el arrendador.

En caso de que el propietario decida vender el inmueble arrendado, el o los inquilinos, siempre que estén al corriente en el pago de sus rentas, tienen derecho preferente para adquirirlo, en igualdad de condiciones que un tercero y para ese efecto, el propietario deberá dar aviso por escrito a los arrendatarios de su deseo de vender el inmueble, precisando el precio, términos, condiciones y modalidades de la compraventa, y el o los inquilinos tienen un plazo de treinta días para dar aviso por escrito al arrendador de su voluntad de ejercer su derecho de preferencia, exhibiendo para ello las cantidades exigibles al momento de la aceptación de la oferta, conforme a las condiciones señaladas en ésta. Si el arrendador cambia cualquiera de los términos de la oferta inicial, estará obligado a dar un nuevo aviso por escrito al arrendatario, quien a partir de esa fecha, tendrá un nuevo plazo de treinta días para ejercer su derecho. Si el cambio se refiere al precio, el arrendador sólo estará obligado a dar ese nuevo aviso cuando el incremento o decremento sea de más de un diez por ciento.

La compraventa realizada en contravención a lo dispuesto en el artículo, otorga al arrendatario el derecho a la acción de retracto y además a reclamar daños y perjuicios, sin que la indemnización por dichos conceptos pueda ser menor a un 50% de las rentas pagadas por el arrendatario en los últimos doce meses, así como a la acción de nulidad, establece el mismo precepto. Estas acciones prescribirán sesenta días después de que tenga conocimiento el arrendatario de la realización de la compraventa respectiva.

El artículo que se comenta señala además que si el arrendatario no cumple con las condiciones establecidas en las fracciones II y III de ese artículo, precluirá su derecho y se le agregó un párrafo para señalar que “Los notarios en términos de las disposiciones legales aplicables incurrirán en responsabilidad cuando formalicen compraventas contrarias a este precepto, si tienen conocimiento de tal situación”.

Cuando la ley otorga al arrendatario el derecho a la acción de retracto, significa que el derecho concedido no es simplemente de preferencia, como lo era hasta antes de la reforma de 2003, sino un derecho del tanto, ya que la acción de retracto es la acción procesal para restablecer el derecho del tanto violado por el arrendador. En el siguiente apartado se verá cómo funcionan en la práctica esos derechos.

K. *Derechos del tanto y de la acción de retracto.* Si se celebra una compraventa sin respetarse el derecho de preferencia que tiene el arrendatario para adquirir el inmueble, ¿qué derechos le otorga la ley? Antes de responder a esta pregunta es necesario hacer un pequeño análisis de algunos antecedentes.

a. En la Ley sobre el Régimen de Propiedad y Condominio de los Edificios Divididos en Pisos, Departamentos, Viviendas y Locales, publicada en el *D. O.* del 15 de diciembre de 1954 señalaba:

Art. 22.—En caso de que un propietario desee vender su piso departamento, vivienda o local, lo notificará al inquilino por medio del administrador del edificio, de notario o judicialmente con expresión del precio ofrecido y demás condiciones de la operación, a efecto de que, dentro de los diez días siguientes, *manifieste si hace uso del derecho del tanto.*

Art. 23.—Si el piso, departamento, vivienda o local se enajenare con infracción a lo dispuesto en el artículo anterior, *el inquilino podrá subrogarse en lugar del adquirente*, con las mismas condiciones estipuladas en el contrato de compraventa, *siempre que haga uso del derecho de retracto, con exhibición del precio*, dentro de los quince días siguientes al en que haya tenido conocimiento de la enajenación. Los notarios... se abstendrán de autorizar una escritura de compraventa de esta naturaleza si antes no se cercioran de que el vendedor ha respetado el derecho del tanto.

b. La Ley sobre el Régimen de Propiedad en Condominio de Inmuebles para el Distrito Federal, publicada en el *D. O.* del 28 de diciembre de 1972, establecía el derecho del tanto para los inquilinos al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones y que por más de un año hubiere ocupado con ese carácter el departamento, vivienda, casa o local y en segundo lugar a favor de las instituciones oficiales que hayan construido o financiado el condominio y señalaba el artículo 28 “Si el departamento, vivienda, casa o local se enajenare con infracción a lo dispuesto en el artículo anterior, *el inquilino o la institución oficial* que haya financiado o construido el

condominio, *podrá subrogarse en lugar del adquirente*, con las mismas condiciones estipuladas en el contrato de compraventa, *siempre que haga uso del derecho de retracto*, con exhibición del precio, dentro de los 15 días siguientes al en que haya tenido conocimiento de la enajenación”.

c. Las actual Ley de Propiedad en Condominio de Inmuebles para el Distrito Federal (*D. O.* del 31 de diciembre de 1998 con última reforma publicada en la *Gaceta Oficial* el 16 de enero de 2003), no obstante que establece un derecho de preferencia para el arrendatario en caso de venta de la unidad (Art. 22), ya no establece el procedimiento para que el arrendatario preterido en una operación de compraventa entre el copropietario y un tercero, haga uso de su derecho. (El derecho del tanto de los copropietarios tiene prioridad sobre el derecho de preferencia del arrendatario.)

d. El Código Civil, de conformidad con las últimas reformas publicadas en el *Gaceta Oficial* el 16 de enero de 2003, señala en su artículo 2448-J:

En caso de que el propietario del inmueble arrendado decida enajenarlo, el o los arrendatarios, siempre que están al corriente en el pago de sus rentas tendrán derecho a ser preferidos a cualquier tercero en los siguientes términos:

I. En todos los casos el propietario deberá dar aviso de manera fehaciente...

II. El o los arrendatarios dispondrán de treinta días para dar aviso por escrito al arrendador, de su voluntad de ejercitar el derecho de preferencia...

IV. Tratándose de bienes sujetos al régimen de propiedad en condominio, se aplicarán las disposiciones de la ley de la materia...

V. La compraventa realizada en contravención de lo dispuesto en este artículo *otorga al arrendatario el derecho a la acción de retracto* y por otro lado *a reclamar daños y perjuicios*, sin que la indemnización por dichos conceptos pueda ser menor a un 50% de las rentas pagadas por el arrendatario en los últimos 12 meses; *así como a la acción de nulidad*. Las acciones mencionadas prescribirán sesenta días después de que tenga conocimiento el arrendatario de la realización de la compraventa respectiva.

e. ¿Qué es la acción de retracto? Pudimos no hacernos esta pregunta entre el 1° de enero de 1999 en que entró en vigor la actual Ley de Propiedad en Condominio y el 17 de enero de 2003 en que entró en vigor la reforma al artículo 2448-J del Código Civil, porque en la legislación vigente no existía el término, pero ahora ya no.

Ningún ordenamiento vigente define que es el retracto, ni la acción de retracto, ni la forma de hacerla valer.

El diccionario razonado de legislación y jurisprudencia mexicanas del Lic. Antonio de J. Lozano (Edición Facsimilar hecha por el Tribunal Superior de Justicia del D. F. en 1991) señala: “RETRACTO. El derecho que

compete a ciertas personas para retraer o quedarse por el tanto con la cosa vendida a otro; o bien, el derecho que por ley, costumbre o pacto compete a alguno para anular alguna venta y tomar para sí por el mismo precio la cosa vendida a otro. Hay varias especies de retracto... En todos los retractos el que retrae se subroga en lugar del primer comprador, teniendo lugar en él los efectos de la venta primera y si se hubiesen hecho después otras ventas, quedan anuladas como si no se hubieran celebrado... El retracto tiene también el nombre de tanteo”.

El *Diccionario de derecho privado* bajo la dirección de los señores D. Ignacio de Casso y Romero y D. Francisco Cervera y Jiménez Alfaro, publicado por “Editorial Labor”, impreso en Barcelona, España, en 1954, establece: “El derecho en virtud del cual puede su titular adquirir una cosa, dejando sin efecto una transmisión anterior de la misma, mediante el cumplimiento de ciertas condiciones, es el derecho de retracto, el cual puede ser convencional o legal... Es retracto legal el derecho que, por ministerio de la ley, se concede a ciertas personas, y en ciertas condiciones, para adquirir una cosa, dejando sin efecto una transmisión anterior, subrogándose, con las mismas condiciones estipuladas en el contrato, en lugar del adquirente”.

Con los antecedentes expuestos, se pueda dar ya una respuesta a la pregunta planteada.

Si a un inquilino no se le respeta su derecho del tanto para adquirir el inmueble que ocupa, la ley le otorga la acción de retracto.

No hay que olvidar que si se viola ese derecho del tanto, generalmente existe una escritura notarial de compraventa entre el arrendador como vendedor y el tercero como adquirente y existe una inscripción registral de esa operación. Cuando el arrendatario pretende subrogarse en los derechos del adquirente y al efecto ejercita la acción de retracto es necesario que aquella escritura notarial deje de tener validez y efectos al igual que la inscripción registral y esas finalidades no se consiguen si no se demanda su nulidad; y además requiere un título notarial que lo acredite como nuevo propietario y por ello debe demandar también el otorgamiento de ese título.

Cuando es violado el derecho del tanto, su titular debe demandar primero la nulidad de la escritura de compraventa celebrada en su perjuicio; en segundo lugar, debe demandar la nulidad de la inscripción registral del título anterior; en tercer lugar demandar la sustitución del comprador en *el acto*, contrato de compraventa, para ser él substituido en vez del comprador original y por último demandar el otorgamiento de la escritura notarial en que se haga constar esa sustitución y le sirva de título de propiedad del bien.

La acción de retracto pretende que se haga efectivo judicialmente el

derecho del tanto del inquilino y que se haga mediante un procedimiento directo y sin mayores trámites ni complicaciones.

Si no existiera esa acción de retracto, el camino para reparar la violación al derecho del tanto del inquilino sería: Primero, habría que demandar la nulidad tanto de la escritura de compraventa como del acto jurídico, contrato de compraventa y la nulidad de la inscripción registral correspondiente. La sentencia debe declarar nula la escritura (título) de compraventa y condenar a las partes, vendedor y comprador en esa escritura a sufrir esa nulidad; ordenar al notario que intervino en ella, a asentar en nota complementaria la resolución de nulidad pronunciada por el juez y a ordenar al registrador la cancelación de la inscripción del título declarado nulo. Segundo, una vez obtenida esa nulidad y ejecutada, esto es, hecha la anotación complementaria y la cancelación registral, demandar el otorgamiento y firma de la escritura de compraventa por la cual el propietario venda al inquilino el inmueble en el precio y demás circunstancias o condiciones en que celebró la operación anterior.

Las dificultades que pueden presentarse con esta última solución, es que entre el primero y segundo pasos, puede el propietario vender una vez más a un tercero el inmueble y el inquilino no terminaría nunca una serie de juicios de nulidad o puede haber circunstancias que impidan o dificulten el otorgamiento de la escritura de compraventa a favor del inquilino, como sería el caso de que el inmueble en ese periodo fuera embargado.

Las acción de retracto por economía procesal, se ejecuta prácticamente en un solo acto toda la operación de nulidad y sustitución, con efectos desde la fecha de celebración de la compraventa y como indica el licenciado Lozano en su *Diccionario razonado*, “en todos los retractos el que retrae se subroga en lugar del primer comprador, teniendo lugar en él los efectos de la venta primera y si se hubiesen hecho después otras ventas, quedan anuladas como si no se hubieran celebrado”.

L. *Prelación en el derecho de preferencia*. El artículo 2448-K establece el derecho de preferencia entre los arrendatarios que hicieren uso de su derecho para adquirir el inmueble, señalando que lo tiene el que tuviere mayor antigüedad arrendando parte del inmueble y en caso de ser igual, el que primero exhiba la cantidad exigible en los términos de la oferta. Señala el artículo “salvo convenio en contrario” y no puede uno imaginar en dónde y cuándo habrá ese convenio en contrario.

Ya antes se apuntó que este contrato es una fuente continua y permanente de problemas y preocupaciones. Las partes en el contrato siempre están en dificultades; en general el arrendador considera que están o han destruido su inmueble y el arrendatario que está pagando una renta excesiva por un uso precario y limitado; por otra parte, para el legislador siempre es un riesgo inclinarse hacia una u otra parte, ya que si lo hace en

favor del inquilino, disuade a los propietarios a arrendar para casa habitación, inclusive para construir para esos fines y si lo hace en favor del arrendador, perjudica los intereses de las mayorías desprotegidas. Encontrar el justo medio aristotélico es una labor difícil y por regla general imposible, sin embargo, hay que proponer, por lo menos, algunas soluciones.

Tres pueden considerarse los problemas fundamentales en esta materia y son los relacionados con el monto o fijación de la renta, el plazo del contrato y la necesidad de reparaciones en la finca arrendada, ya que el arrendador pretende una renta lo más cuantiosa posible y la conservación de su inmueble, y el arrendatario, una renta reducida, un lugar habitable seguro y la seguridad de un plazo razonable.

Cuando se trató del plazo del contrato, ya se sugirió el establecimiento de un mínimo para estos contratos destinados a la habitación y con la posibilidad de prórroga.

Por lo que se refiere al monto de la renta, es conveniente señalar bases generales para fijar los límites máximos, que vayan acorde con los intereses de ambas partes y sólo el legislador puede establecerlas. Al dejar al libre juego del mercado el monto de las rentas, siempre existe y existirá un abuso por parte de los arrendadores.

Si se toma en consideración que conforme al artículo 149 del Código Financiero del Distrito Federal, puede determinarse el valor catastral con base en valores unitarios o con base en las rentas que produzca un inmueble y se determina multiplicando por 38.47 el total de las contraprestaciones correspondientes a un bimestre y el resultado se multiplica por diez; si una renta se estipula por cuatro mil pesos mensuales, el valor catastral del predio sería de tres millones setenta y siete mil seiscientos pesos; y si se capitaliza la renta al 12% anual, el valor del predio sería de cuatrocientos mil pesos, podría autorizársele una renta mensual de cuatro mil pesos; lo que daría un valor de capitalización de rentas al doce por ciento anual, lo que es muy provechoso. Por ello, podría proponerse un artículo en esta materia que expresara:

Art. ___ MONTO MÁXIMO DE LA RENTA.—El monto de la renta mensual no podrá exceder del cero punto uno por ciento del valor catastral determinado con base en rentas o del uno por ciento del valor catastral determinado con base en valores unitarios o del uno por ciento del valor de avalúo del inmueble. Para tal efecto, el arrendador podrá mandar practicar un avalúo a personas autorizadas por la Tesorería para practicar avalúos para efectos fiscales y deberá presentarlo por lo menos con ocho días de anticipación a la celebración del contrato a la Oficina de Catastro, con la solicitud de que sea revisado para efectos de poder fijar el monto de la renta en los contratos que después celebre. Presentado el avalúo a la Tesorería, tendrá un plazo de vigencia para fijar la renta en los contratos de arrendamiento de un año”.

Por último, es necesario proponer algo sensato en materia de reparaciones que es el otro punto crítico en esta materia. Existen reparaciones que desde un punto de vista práctico y normal corresponde hacerlas al arrendatario, como son todas aquellas que se originan por el uso normal del inmueble y existen otras que para conservar la estabilidad y funcionalidad del bien, le corresponden al arrendador. Deben precisarse cuáles son las que le corresponden al propietario y establecer un medio práctico para que las haga.

Se propone señalar como obligaciones del arrendador, entre otras, la de efectuar las reparaciones necesarias que garanticen la estabilidad del inmueble, las buenas condiciones sanitarias, el buen funcionamiento de las instalaciones eléctricas, de drenaje, hidráulicas y las que eviten todo tipo de filtraciones, y la de cambiar por otros de mediana calidad los muebles de baño, cocina, el calentador de agua y otros similares, que tengan más de diez años de uso y que por su estado no presten un buen servicio, y establecer un artículo como el siguiente:

Art. ____ NECESIDAD DE REPARACIONES.—El arrendador no puede durante el arrendamiento mudar la forma del bien arrendado ni intervenir en el uso legítimo de él, salvo el caso de que deba hacer reparaciones urgentes, a cuyo efecto el arrendatario deberá poner en conocimiento del arrendador, a la brevedad posible, la necesidad de las reparaciones, bajo pena de pagar los daños y perjuicios que su omisión origine. Si el arrendador no cumpliera con hacer las reparaciones a que está obligado, quedará a elección del arrendatario demandar la resolución del arrendamiento u ocurrir al juez para que estreche al arrendador al cumplimiento de su obligación, mediante el procedimiento rápido que se establezca en el Código de Procedimientos Civiles; en la inteligencia de que si el arrendador no hiciera las reparaciones en el término que en ejecución de sentencia fije el juez, éste podrá autorizar al arrendatario a que las haga, a cuenta de rentas”.

Es muy difícil el estudio del contrato de arrendamiento sujetándose sólo a las disposiciones legales vigentes, cuando se ha demostrado que éstas son insuficientes y mal redactadas, y por ello la crítica sin propuestas no es sana. A ello obedece el que se sugiera alguna solución, tomando en cuenta la realidad en este medio y la práctica jurídica mexicana.

En los apéndices de este Capítulo se hace un estudio de las disposiciones que se implantaron a partir del año de 1985 que ya no están en vigor pero que son útiles para evitar caer a futuro en los mismos errores (propósito que no se ha logrado, como se aprecia del análisis hecho antes) y una transcripción de los decretos últimos en estas materias.

APÉNDICE NÚMERO UNO DEL CAPÍTULO XI

REFORMAS AL ARRENDAMIENTO DEL AÑO DE 1985

SUMARIO: I. Antecedentes.—II. Permanencia de las reformas del año 1985.—III. Normas de orden público e interés social.—IV. Requisitos de higiene y salubridad.—V. Duración mínima del contrato.—VI. Renta en moneda nacional.—VII. Plazo para el pago de la renta.—VIII. Forma del contrato.—IX. Registro del contrato.—X. Muerte del arrendador o del arrendatario.—XI. Derecho del tanto.—XII. Necesidad de transcribir las disposiciones del código en los contratos que se celebren.—XIII. Decreto de prórroga de 1948.

I. ANTECEDENTES.—El Congreso de la Unión promulgó el Decreto de fecha veintiocho de diciembre de mil novecientos ochenta y cuatro, publicado en el *Diario Oficial* de la Federación del siete de febrero de mil novecientos ochenta y cinco, como un intento para incentivar la inversión privada en la construcción de viviendas para arrendamiento y para tratar de solucionar algunos de los problemas que se originan como consecuencia de la celebración de contratos de arrendamiento de fincas urbanas destinadas a la habitación.

Es una pena que el intento haya resultado fallido. Pero la explicación es lógica. La iniciativa del Decreto que se denomina “Reformas y Adiciones a Diversas Disposiciones Relacionadas con Inmuebles en Arrendamiento” (el público en general la llamó “Ley Inquilinaria” y el maestro D. Ramón Sánchez Medal, en un artículo publicado en *Excélsior* el 15 de febrero de 1985, “Una Ley Anti-Inquilinaria”) se discutió y aprobó en el Congreso en forma apresurada y descuidada, y previamente los autores de la iniciativa cuidaron más los aspectos políticos de su propia seguridad burocrática, que los conceptos legales y su trascendencia jurídica y social, y la prueba de ello es que pidieron el asesoramiento de asociaciones de inquilinos de colonias proletarias, pero no de los maestros de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. Claro, por eso salió como salió el decreto. Es un auténtico desatino jurídico y un desacierto social, porque si ya antes del Decreto los particulares no invertían en la construcción de edificios de vivienda para arrendar, ahora menos; y si antes ya eran muchos los juicios planteados en estas materias, después se incrementaron.

No obstante que ese decreto debió quedar derogado como consecuencia del decreto publicado en el *Diario Oficial* del 21 de julio de 1993, los Decretos uno del Congreso de la Unión publicado en el *Diario Oficial* del 19 de octubre de 1998 y dos de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal publicados en la *Gaceta Oficial* de los días 17 de abril de 1999 y 28 de abril de 2000, se prorrogó el plazo de vigencia y por lo tanto esas disposiciones se aplicarán desde el 31 de diciembre del año 2001 y aun para el caso de que vuelva a prorrogarse ese plazo, se mantiene aquí su estudio y su crítica, como un recordatorio a los que puedan a futuro formular iniciativas legales en materia de arrendamiento, para evitar que incurran en los mismos errores y falta de técnica legislativa.

Los problemas fundamentales que se presentan entre arrendadores y arrendatarios de casa habitación, son los relacionados con el monto o fijación de la renta, el plazo del contrato y la necesidad de reparaciones y precisamente en estos aspectos el Decreto no apuntó soluciones y sólo en lo referente al plazo hizo algunos señalamientos que resultaron totalmente desafortunados.

El Decreto indicado (*D. O.* 7-II-85) reestructuró el Capítulo IV del Título Sexto de la Segunda Parte del Libro Cuarto del Código Civil que trata del arrendamiento de fincas urbanas destinadas a la habitación y que se mantuvo sin cambios hasta que apareció el Decreto publicado en el *Diario Oficial* el 21 de julio de 1993, que reformó y reestructuró prácticamente todo el mismo capítulo pero que sigue vigente y se aplica a los contratos de arrendamiento de fincas urbanas destinadas a la habitación que estuvieren vigentes el día 19 de octubre de 1993. Lo anterior se desprende del Decreto publicado en el *Diario Oficial* del veintitrés de noviembre de 1993.

Es prudente llamar la atención en relación con la redacción del artículo segundo transitorio (después de la reforma que sufrió por el Decreto publicado el 23 de noviembre de 1993) del Decreto de fecha 14 de julio de 1993 publicado el 21 de julio de 1993. Ese transitorio señala: "Segundo.— Las disposiciones del presente decreto se aplicarán a partir del 19 de octubre de 1993, únicamente cuando se trate de inmuebles que: I. No se encuentren arrendados al 19 de octubre de 1993. II. Se encuentren arrendados al 19 de octubre de 1993 siempre que sean para uso distinto del habitacional, o III. Su construcción sea nueva, siempre que el aviso de terminación sea posterior al 19 de octubre de 1993".

La redacción del precisado artículo transitorio puede crear la confusión de considerar que las disposiciones del Código Civil después de las reformas sufridas por el Decreto publicado en el *D. O.* del 7-II-85 se seguirán aplicando no sólo a los contratos de arrendamiento celebrados con anterioridad al 19 de octubre de 1993 y que estuvieren vigentes en esa fecha, sino también a los contratos que se celebren con posterioridad a esa fe-

cha y hasta el 19 de octubre de 1998 en relación con los mismos inmuebles. Ello, porque el mencionado artículo transitorio no se refiere a los contratos sino a los inmuebles. Así, si al día 19 de octubre de 1993 la casa número 10 de la calle del Clavel en la colonia las Flores estaba arrendada para casa habitación, a ese contrato no hay duda que se le aplicarán las disposiciones vigentes con anterioridad al 19 de octubre de 1993; pero si ese contrato termina y se celebra un nuevo contrato, inclusive con un nuevo inquilino durante el lapso entre el 20 de octubre de 1993 y el 19 de octubre de 1998, a ese nuevo contrato se le aplicarán las mismas normas y no las reformas publicadas en el *D. O.* del 21-VII-93.

Lo que no hay duda es que las reformas de 1993 no se aplicaron a los contratos de arrendamiento para casa habitación celebrados con anterioridad al 20 de octubre de ese año y por ello fue necesario estudiar las disposiciones que entraron en vigor el 8 de febrero de 1985 (al día siguiente al de su publicación en el *Diario Oficial*) y que continuaron rigiendo a esos contratos; disposiciones que debieron aplicarse a partir del 19 de octubre de 1998, en que debieron entrar en vigor en forma plena las nuevas reformas contenidas en el Decreto publicado en el *Diario Oficial* del 21 de julio de 1993, pero como ya se dijo como consecuencia de los últimos Decretos tanto del Congreso de la Unión como de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, se prorrogó la fecha de entrada en vigor, hasta el 31 de diciembre del año 2001.

A continuación y tomando en consideración que estos comentarios sólo son aplicables a los contratos de arrendamiento que se hubieran encontrado arrendados y destinados a casa habitación al 19 de octubre de 1993 (con la salvedad de la posible interpretación antes indicada de que se refiera a inmuebles y no a contratos), se hacen los comentarios y crítica a esas disposiciones.

II. PERMANENCIA DE LAS REFORMAS DEL AÑO 1985.—Deben distinguirse las disposiciones contenidas en el Decreto publicado en el *Diario Oficial* del 7 de febrero de 1985 que se encuentran vigentes (en este año 2000 y en el año 2001, si no llega a existir otro Decreto que prorrogue su vigencia) en estas materias y cuales y en qué casos ya no se aplican, por haber sido derogadas o modificadas por el Decreto publicado en el *Diario Oficial* del 21 de julio de 1993.

Las reformas publicadas en el *Diario Oficial* del 21 de julio de 1993, ya entraron en vigor respecto de:

A. Bienes inmuebles que no se encontraran arrendados el 19 de octubre de 1993; por lo tanto, si esos inmuebles se dieron o dan en arrendamiento a partir del 20 de octubre de 1993, a los contratos de arrendamiento se les aplicarán ya las reformas publicadas el 21 de julio de 1993.

B. Inmuebles arrendados para un uso distinto al de habitación, ya sea que hayan estado arrendados al 19 de octubre de 1993 o que se den para ese uso distinto al de habitación con posterioridad al 19 de octubre de 1993.

C. A todos los bienes inmuebles con construcciones nuevas siempre que el aviso de terminación de obra se haya presentado con posterioridad al 19 de octubre de 1993.

Tomando en cuenta lo anterior, los únicos contratos de arrendamiento a los que no se aplican las reformas publicadas en el *Diario Oficial* del 21 de julio de 1993, son aquellos que recaigan sobre inmuebles, que se haya pactado como uso el de casa habitación y que se hayan celebrados con anterioridad al 19 de octubre de 1993. A estos contratos se aplican las disposiciones publicadas en el *Diario Oficial* del 7 de febrero de 1985 y conforme al último Decreto publicado en la *Gaceta Oficial* del Distrito Federal, dejarán de aplicárseles esas normas y entrarán a ser regidos por las disposiciones publicadas en el *Diario Oficial* del 21 de julio de 1993, hasta el 31 de diciembre del año 2001.

Ahora bien, es necesario reflexionar un poco en los siguientes aspectos:

A. A cuántos contratos de arrendamiento se les está aplicado la legislación de 1985.

B. Si vale la pena el mantener esa doble reglamentación a los contratos de arrendamiento de fincas urbanas destinadas a la habitación.

C. Cuáles son las diferencias fundamentales entre una y otra reglamentación.

Respecto al primer cuestionamiento, si se toma en consideración que ahora es el año 2000 y que los contratos de arrendamiento de inmuebles destinados a habitación que supuestamente están protegidos por la legislación vigente en 1985 debieron haberse celebrado con anterioridad al 19 de octubre de 1993, ya han transcurrido más de 7 y hasta 15 años desde su celebración.

Lo normal y lo común es que en los contratos de arrendamiento de inmuebles destinados a habitación se pacte una duración de un año y la prórroga conforme al artículo 2448-C es hasta por dos años.

Salvo raras excepciones un contrato de arrendamiento sobre inmuebles destinados a habitación se prorroga por dos veces y en este supuesto, un contrato celebrado en 1993 habría terminado en 1998. Si el contrato se celebró de 1985 a 1990 su terminación fue de hace cinco a diez años si hubiera sido prorrogado por dos ocasiones.

Si se toma en cuenta además que la legislación vigente a partir de 1985 fue altamente lesiva a los intereses de los arrendadores, lo que originó que decreciera mucho la celebración de contratos de arrendamiento de inmue-

bles destinados a habitación, es muy improbable que aún existan vigentes contratos de ese tipo celebrados con anterioridad al 19 de octubre de 1993.

En virtud de que no hay un registro de contratos de arrendamiento (como erróneamente supone el artículo 2448-G); que los contratos de arrendamiento que se inscriben en el Registro Público de la Propiedad sólo son en los que se pacta una duración de más de seis años (se destinen los inmuebles a casa habitación o a otro uso) o en que existan anticipos de rentas por más de tres años y esto no ocurre en los contratos de arrendamiento de inmuebles destinados a habitación y por ello el autor de esta obra nunca ha visto la inscripción registral de un contrato de arrendamiento de inmuebles destinados a habitación en el Registro Público de la Propiedad y por último que muchos contratos de arrendamiento ni siquiera se presentan a las oficinas de la Tesorería para efectos de determinar el pago del impuesto predial con base en las rentas producidas por el inmueble, es prácticamente imposible detectar si existe algún contrato de arrendamiento de inmueble destinado a habitación, celebrado antes del 19 de octubre de 1993, pero presumiblemente ya no existe ninguno o son tan pocos, que no vale la pena mantener esta doble reglamentación. Sería interesante hacerle este cuestionamiento a alguno de los señores diputados que intervinieron en la aprobación de los Decretos que prorrogaron la vigencia de las normas de 1985.

El autor de este libro como investigador jurídico y como notario público no ha visto en los últimos doce años un solo contrato de arrendamiento de inmuebles para habitación celebrado antes del 19 de octubre de 1993 y mucho menos que exista en vigor y aplicándose alguno.

Respecto al segundo cuestionamiento, es importante hacer notar que el Decreto publicado en el *Diario Oficial* del 21 de julio de 1993, tuvo como finalidad primordial corregir los errores y evitar los conflictos originados por la legislación vigente desde 1985; que los señores legisladores consideraron benéfica y útil la derogación o modificación de diversos artículos de esa legislación de 1985 y por ello se aprobó el Decreto de 1993. Ahora bien, ¿por qué mantienen la prórroga a la vigencia de ese Decreto si se aprobó como necesario y conveniente? El autor no lo sabe y duda que alguien lo sepa.

Tal parece que los legisladores del Congreso de la Unión, antes y ahora los de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, nunca se han hecho estas reflexiones y el hecho de mantener la aplicación de las normas vigentes en 1985, posiblemente sólo obedezca a una gran confusión de ideas o a una ignorancia crasa en estas materias.

La única explicación congruente para mantener esa nefasta legislación de 1985, sería la confusión entre esa reglamentación y la relacionada con

el Decreto de Prórroga de los Contratos de Arrendamiento de 1948 (la mal llamada de "contratos de renta congelada").

El Decreto publicado en el *Diario Oficial* del 7 de febrero de 1985 que reformó el Código Civil en el capítulo de arrendamiento de fincas urbanas destinadas a la habitación, fue una medida que pretendió ayudar a los arrendatarios para darles seguridad tanto en el pago justo de las rentas, como en la ocupación más o menos prolongada de su vivienda. Lo apresurado en la elaboración de la iniciativa como la manifiesta falta de capacidad de los legisladores que intervinieron en la misma, con argumentos más políticos que sociales o legislativos, dio por resultado el rotundo y escandaloso fracaso de esa medida y la necesidad de modificar la legislación, lo que se hizo en alguna forma con la aprobación del Decreto publicado el 21 de julio de 1993 y que aún no es aplicable a los contratos de arrendamiento para casa habitación celebrados antes del 19 de octubre de 1993 y que aquí se está comentando.

El Decreto de Prórroga de los Contratos de Arrendamiento de las Casas o Locales que se citan, publicado en el *Diario Oficial* del 30 de diciembre de 1948, fue un decreto que amplió el campo de aplicación de las leyes de emergencia como consecuencia de la Segunda Guerra Mundial y que dieran en la época de su publicación, certeza a los inquilinos en sus relaciones con los arrendadores de inmuebles, para mantenerse en la ocupación de los bienes arrendados y en la renta a pagar y que por no haberse abrogado en tiempo oportuno creó un gran malestar social, abusos sin fin por parte tanto de los arrendadores como de los arrendatarios y una parálisis del comercio inmobiliario; daños estos que se corrigieron ya desde el año de 1992, cuando por Decreto publicado en el *Diario Oficial* del 30 de diciembre de 1992, se abrogó ese Decreto y que aun cuando se dio una serie de plazos para su entrada en vigor, éstos concluyeron cuatro años después de su publicación. Así, ese decreto abrogó el diverso de 1948 y tuvo plena aplicación, en todos sus supuestos a partir del 31 de diciembre de 1996, sin que hubiera modificación alguna para la entrada en vigor de esa vigencia plena. No obstante que los dos sistemas legales (el decreto de 1948 de prórroga forzosa de los contratos de arrendamiento mal llamado de congelación de rentas y el de 1985 que regula a los contratos de arrendamiento de fincas urbanas destinadas a la habitación) no pueden confundirse por un estudioso de estas disciplinas, sí puede haber confusión para personas ignorantes de esta materia. En el periódico *El Heraldo de México* del día 1 de abril de 1999 en lugar preferente de la primera plana, se lee "Miles de familias en riesgo de ser desalojadas. Terminará en 18 días la congelación de rentas en el Distrito Federal" y continúa el artículo o artículos en la totalidad de las páginas 8A y 9A.

Los periodistas confundieron lamentablemente las dos reglamentaciones antes precisadas, que ya se dijo, sólo lo pueden hacer los ignorantes

en esta materia. No se discute el valor y trascendencia social de los artículos periodísticos, pero desde el punto de vistas jurídico, los periodistas cometieron graves y serios errores y proporcionaron una información equívoca. Efectivamente, en la primera plana al indicar que “terminará en 18 días la ‘congelación’ de rentas en el D. F.”, es absolutamente falsa, ya que esa “congelación” (se refiere al Decreto que Prorroga los Contratos de Arrendamiento de las Casas o Locales que se citan) ya había terminado como antes se indica, desde hacía de 3 a 6 años, pues fue derogado por Decreto publicado en el *Diario Oficial* el 30 de diciembre de 1992. Si se pregunta uno ¿de dónde sacaron los periodistas la fecha del 19 de abril de 1999 como aquella en que pone a “miles de familias en riesgo de ser desalojados”? Ésa fue precisamente la fecha en que debieron entrar en vigor las reformas precisadas en el Decreto publicado en el *Diario Oficial* del 21 de julio de 1993, que reformó las muy desafortunadas en materia de contratos de arrendamiento de fincas destinadas a la habitación de 1985. Nada tiene que ver esa fecha con la “congelación de rentas”.

En busca de una justificación para el aplazamiento de la vigencia plena del Decreto que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones del Código Civil en materia de arrendamiento de fincas urbanas destinadas a la habitación, publicado en el *Diario Oficial* del 21 de julio de 1993, puede pensarse que así como los periodistas de *El Heraldo de México* confundieron ese decreto con el mal llamado de “rentas congeladas”, los legisladores primero los federales y después los del Distrito Federal, cometieron el mismo error. Posiblemente y tal vez influidos por los mencionados periodistas. Es explicable el que se cometan esos graves errores. En los periodistas porque no tienen idea de la regulación jurídica del Estado, y en los legisladores porque si no es requisito indispensable saber leer y escribir para ser legislador, menos es necesario que sepan de leyes.

Por último, para precisar los derechos y obligaciones tanto de arrendadores como de arrendatarios, es indispensable precisar la fecha de celebración del contrato. Ya se asentó que los únicos contratos de arrendamiento que siguen sujetándose a las disposiciones del Código Civil vigentes hasta el 19 de octubre de 1993, son aquellos cuyo objeto sean fincas urbanas destinadas a la habitación celebrados precisamente hasta esa fecha. Esto es, los contratos de arrendamiento con ese objeto celebrados entre el 9 de febrero de 1985 y el 19 de octubre de 1993. A esos contratos deberán aplicarse las normas y comentarios contenidos en este apéndice.

Por último, respecto al tercer cuestionamiento de cuáles son las diferencias fundamentales entre una y otra reglamentación, precisamente en este anexo se precisan los derechos y obligaciones de las partes con base en la legislación de 1985 y en el inciso IX del Capítulo X los derechos y obligaciones de las partes con base en la legislación vigente a partir de 1993.

En virtud de la poca o nula aplicación de esas disposiciones y no obstante que todavía se encuentran vigentes para los casos o supuestos señalados, no se reforma el inciso IX del capítulo X y se dan de hecho, en la práctica como vigentes en su totalidad, las reformas publicadas en el *Diario Oficial* del 21 de julio de 1993 y este apéndice se mantiene como si no tuviera ya vigencia. A continuación y tomando en consideración que estos comentarios sólo son aplicables a los contratos de arrendamiento que se hubieran encontrado arrendados y destinados a casa habitación al 19 de octubre de 1993 (con la salvedad de la posible interpretación antes indicada de que se refiera a inmuebles y no a contratos), se hacen los comentarios y crítica a esas disposiciones.

III. NORMAS DE ORDEN PÚBLICO E INTERÉS SOCIAL.—De conformidad con el artículo 2448 del Código, lo dispuesto en este capítulo es de orden público e interés social. Es una pena que lo dispuesto en ese artículo no se establezca en las disposiciones preliminares y referirse a todo el contenido del Código. Es un gran inconveniente que los preceptos contenidos en el Código Civil se consideren en general como normas de carácter dispositivo y quede su cumplimiento al arbitrio de los particulares. Esto origina falta de respeto a los legisladores y que las disposiciones legales se consideren poco serias. ¿Para qué se toma el legislador la molestia de estructurar un ordenamiento si deja a la buena voluntad de los particulares su cumplimiento? El artículo 6 señala con toda propiedad que “la voluntad de los particulares no puede eximir de la observancia de la ley, ni alterarla o modificarla”; sin embargo, como en la segunda parte permite la renuncia de derechos privados que no afecten directamente al interés público, cuando la renuncia no perjudique derechos de tercero, con una interpretación equívoca y en beneficio de quien detenta el poder económico, se ha considerado que, excepto en los casos en que expresamente la ley lo prohíba, todos los derechos patrimoniales consagrados en el Código Civil (que están dirigidos por lógica a proteger a las clases socioeconómicas débiles) son renunciables. Esto no debe ser tolerado. Cuando el legislador consagra en un texto legal un derecho a quien se coloque en el supuesto jurídico, ese derecho debe ser respetado y cumplido; no se estableció por arbitrariedad o simplemente como un deber de cortesía, sino porque el legislador consideró que era una necesidad social. Los únicos derechos establecidos en la ley que pueden ser renunciados son los que en la propia ley se autoriza su renuncia (porque generalmente quien lo hace va a obtener una contraprestación por ella o porque en las circunstancias del momento no se podría celebrar normalmente la operación sin la renuncia). Todos los demás son de orden público e interés social, porque precisamente el legislador al actuar lo hace en interés de la sociedad y para salvaguardar el orden público. Los derechos privados son los que nacen de las

convenciones entre particulares y por ello son los únicos renunciables, no los que establece e impone la ley. Las partes pueden rescindir voluntariamente un contrato de compraventa celebrado entre ellas o el vendedor puede hacer remisión parcial de la obligación del comprado del pago del precio; pero no se debe renunciar a un derecho establecido en la ley, como sería el de responder por los vicios ocultos.

La segunda parte de este artículo señala que las disposiciones contenidas en el capítulo son irrenunciables y que cualquier estipulación en contrario se tendrá por no puesta. Es de hacer notar que una contravención a estas normas tiene una sanción mayor que la de la nulidad absoluta, porque ésta requiere de declaración judicial para destruir retroactivamente los efectos que hubiere producido (2226), y una violación a estas normas no requiere de declaración judicial dada la redacción "cualquier estipulación en contrario se tendrá por no puesta".

Éste es un artículo muy bien logrado, y los problemas se presentan por la mala redacción de otros, como cuando se dice que la duración mínima de un contrato de arrendamiento para casa habitación es de un año, sin distinguir a quién debe beneficiar el precepto, si al arrendatario o a ambos contratantes.

IV. REQUISITOS DE HIGIENE Y SALUBRIDAD.—El artículo 2448-A es igual al antiguo artículo 2448, y el 2448-B coincide con el 2449 que por no haberlo mencionado el legislador en el Decreto que se comenta (por una falta de técnica legislativa), no se sabía si quedó o no derogado, porque la nueva disposición no contiene disposiciones incompatibles con la anterior, simplemente la repitió y no la derogó expresamente. (Ahora sí ya se sabe que no había quedado derogada, porque el Decreto publicado el 21 de julio de 1993 sí deroga el artículo expresamente, lo que significa que antes no lo había sido).

V. DURACIÓN MÍNIMA DEL CONTRATO.—El artículo 2448-C con el supuesto ánimo de proteger a los arrendatarios asegurándoles una permanencia razonable en su casa habitación, daña a todas aquellas personas que no tienen porqué ni desean arrendar un inmueble para habitación por un año. Piénsese en los turistas extranjeros que vienen a México por seis meses; en los novios que desean casarse y en cuatro o cinco meses les entregarán el departamento que adquirieron, o en quienes quieren hacer reparaciones en su casa y no soportar las molestias de la obra, etcétera.

Al autor de la iniciativa y al propio legislador les faltó creatividad e imaginación. Es válido el propugnar por una permanencia razonable del inquilino en su casa habitación, pero no lo es el proponer y redactar preceptos en forma precipitada, inmadura y no meditada y que originan consecuencias perjudiciales.

La prórroga forzosa por dos años más también origina consecuencias imprevistas. A muchas personas les es casi imposible tomar en arrendamiento un inmueble para casa habitación porque no son conocidos del posible arrendador, porque no tienen ingresos que justifiquen para dos o tres años su solvencia, o porque son conocidos como personas morosas, molestas o incumplidas. Este plazo desalienta la inversión en bienes para destinar a renta para casa habitación. Por último origina una elevación desproporcionada en la fijación original de la renta, ya que si el contrato y sus prórrogas puede durar tres años y la renta no se puede incrementar sin sujetarse a lo dispuesto por el artículo 2448-D, el arrendador al inicio del contrato exige una renta muy elevada, para compensar la pérdida del poder adquisitivo del dinero y la imposibilidad de incremento sustancial posterior de las rentas.

VI. RENTA EN MONEDA NACIONAL.—El artículo 2448-D aunque incompleto, contiene disposiciones muy acertadas. La primera es que la renta sólo pueda estipularse en moneda nacional, y la segunda, que en caso de prórroga por voluntad del arrendatario en los términos del artículo anterior, la renta no pueda ser incrementada si no es en el porcentaje máximo ahí fijado.

En los contratos de arrendamiento de bienes muebles o de inmuebles no destinados a casa habitación, el precio o renta puede consistir en dinero o en cualquier otra cosa, con tal que sea cierta y determinada (2399). En materia de arrendamiento para la habitación, el precio o renta sólo podía convenirse en dinero, moneda nacional. Este artículo, además, no dejaba lugar a dudas de que no era posible convenir un pago de rentas en moneda extranjera.

Es lamentable el que los tribunales y los juristas no hayan interpretado con un criterio nacionalista y de solidaridad con las grandes masas de la población (que tienen un nivel socioeconómico bajo) el artículo octavo de la Ley Monetaria que expresamente establece que “la moneda extranjera no tendrá curso legal en la República”, sólo porque el mismo precepto establece, refiriéndose a las obligaciones ya contraídas con anterioridad a la vigencia de la ley, que se hubieren pactado en moneda extranjera, se solventarán al tipo de cambio que rija en el lugar y fecha en que se haga el pago.

La seguridad y confianza de un pueblo debe depender de su población, sus autoridades y de sus propias instituciones. La moneda nacional es un factor que garantiza la independencia económica y la seguridad jurídica del pueblo. Todo contrato celebrado en moneda extranjera debiera entenderse celebrado en moneda nacional, haciendo la conversión al tipo de cambio vigente en el momento de la concertación. El poder económico de las empresas y de los grandes capitalistas para los que no existe el concep-

to de nacionalidad, han tergiversado la interpretación de la Ley Monetaria, permitiendo la concertación de operaciones privadas en moneda extranjera, que han arruinado o dañado seriamente la economía y con ello la seguridad de muchos mexicanos trabajadores y responsables.

El artículo que se comenta tiene una gran falla. No establece ningún mecanismo para fijar el monto máximo de la renta de un inmueble destinado a la habitación, en el momento de la celebración del contrato. Si con imaginación y creatividad se hubiera establecido un sistema para precisar el monto máximo de las rentas mensuales de un inmueble destinado a casa habitación, se hubieran podido suprimir la mayor parte de esas reformas. Por otra parte, sin ese sistema, se hacen prácticamente nugatorios todos los derechos ahí consagrados en beneficio del arrendatario. No se puede incrementar arbitrariamente la renta, pero la primera en el contrato sí se puede fijar con toda libertad por el arrendador.

VII. PLAZO PARA EL PAGO DE LA RENTA.—La primera parte del artículo 2448-E mantiene en su contenido el sentido del 2452 pero lo deroga tácitamente por contener disposiciones parcialmente incompatibles con las de éste, al indicar que la renta debe pagarse en los plazos convenidos, y a falta de convenio, por meses vencidos. La falta de técnica legislativa es manifiesta al mantener en el ordenamiento el artículo 2452 (que ya ahora está derogado expresamente por el Decreto publicado el 21-VII-93).

La segunda parte del artículo 2448-E sólo suprime la posibilidad de pactar algo en contrario, contenido en el art. 2426.

VIII. FORMA DEL CONTRATO.—El contrato de arrendamiento de fincas urbanas destinadas a la habitación debe constar por escrito, y la falta de esta formalidad es imputable al arrendador.

El art. 2448-F señala lo que debe contener el contrato “cuando menos” y después de leer las ocho fracciones siguientes, cabría una pregunta: ¿Puede contener algo más? Ver en el texto normal del libro un comentario más amplio a este artículo.

IX. REGISTRO DEL CONTRATO.—El artículo 2448-G establece para el arrendador el deber de registrar el contrato “ante la autoridad competente”. La incongruencia de este artículo estriba en que ni en el propio artículo ni en el capítulo al que pertenece, ni en todo el código, ni en ninguna otra ley u ordenamiento, existe un registro para estos contratos, ni la obligación de registrarlos, y consecuente y lógicamente no hay ninguna “autoridad competente”. Éste es un artículo increíble, y menos creíble es que se refiera a la posibilidad de inscribir el contrato en el Registro Público de la Propiedad en los términos del artículo 3042 porque difícilmente un contrato de arrendamiento de finca urbana para la habitación se pacta-

ría con un plazo mayor de seis años o con anticipos de rentas por más de tres, y si así fuera, su registro es potestativo, lo regulan otras disposiciones y son aplicables a todo tipo de contratos de arrendamiento y no sólo a los de habitación.

X. MUERTE DEL ARRENDADOR O DEL ARRENDATARIO.—El artículo 2448-H es repetitivo y confuso. Repetitivo porque ya el artículo 2408 señala que el contrato de arrendamiento no termina por la muerte del arrendador ni del arrendatario y sólo suprime en éste el pacto en contrario que es tan útil en muchos supuestos, que lógicamente el legislador no vio. Confuso, porque no precisa la forma ni el procedimiento para que las personas que ahí se indican se subroguen en los derechos y obligaciones del arrendatario difunto. El legislador en este caso, tontamente, destruyó de un plumazo toda una tradición milenaria en materia de sucesiones y por lo tanto causa desconcierto y confusión. ¿Los causahabientes se excluyen unos a otros; todos se convierten en subrogatarios; se mantienen los derechos hereditarios que establece el código en materia sucesoria; el procedimiento es el mismo que el que fija el código adjetivo en materia sucesoria o en materia de arrendamiento, que en este caso no existe? Estas y muchas otras preguntas se harán los interesados y los estudiosos. El legislador, por su parte, no dio ninguna respuesta.

XI. DERECHO DEL TANTO.—Los artículos 2448-I y 2448-J establecen en favor del arrendatario el derecho del tanto para el caso de que el propietario quiera vender la finca arrendada o celebrar un nuevo contrato de arrendamiento y la forma de hacer valer ese derecho. Los únicos requisitos para su procedencia es que esté al corriente en el pago de las rentas y notifique en forma indubitable al arrendador su voluntad de ejercitar su derecho en los términos y condiciones de la oferta. Se señala que el arrendador deberá dar aviso en forma indubitable al arrendatario de su deseo de vender el inmueble, precisando el precio, término, condiciones y modalidades de la compraventa y los arrendatarios dispondrán de un plazo de quince días para notificar su voluntad de ejercer su derecho; que los notarios deberán cerciorarse del cumplimiento de este artículo antes de la autorización de la compraventa, y que tanto la compraventa como su escrituración serán *nulos de pleno derecho* y los notarios incurrirán en responsabilidad en los términos de la ley de la materia, si la operación se realiza en contravención a lo estipulado. Además se indica que la acción de nulidad prescribe a los seis meses, y en caso de que el arrendatario no dé el aviso de aceptación en el plazo señalado, precluirá su derecho.

Estos dos artículos son los que han dado lugar al mayor número de dificultades y juicios en esta materia, todo porque el legislador no previó las

múltiples dificultades que se iban a originar por falta de precisión y de claridad legal.

Los artículos son inútiles respecto al derecho de preferencia para un nuevo contrato de arrendamiento, ya que cuando el nuevo contrato se celebra, no hay forma de localizar al antiguo arrendatario, porque por regla general no se celebra un nuevo contrato mientras no esté desocupada y remodelada la finca, y para entonces ya no es posible localizar al antiguo inquilino.

Por lo que se refiere al derecho del tanto en caso de venta, no hay precisión en múltiples aspectos:

a. No se precisa si el derecho sólo se otorga al inquilino cuando vaya a enajenarse únicamente la vivienda que ocupa, o si también lo tiene cuando se vaya a vender el inmueble que puede tener dos o cien viviendas.

b. Si el derecho les corresponde a todos los inquilinos del mismo inmueble, no se precisa quién tiene derecho preferente entre ellos para adquirir todo el inmueble o si el derecho es sólo para que se pongan de acuerdo todos los que pretenden adquirir, para que adquieran una parte indivisa proporcional a la vivienda que ocupan. ¿Tendrá derecho preferente el que ocupe la vivienda más grande; los que sean mayoría en número entre los que pretenden adquirir; los que sean mayoría por la mayor superficie ocupada; los que hayan notificado primero su deseo de adquirir aunque no hayan pagado ni garantizado el pago del precio; el o los que hayan pagado primero; los que hayan notificado y solicitado un crédito?

c. No se sabe si el inquilino tiene derecho del tanto en caso de venta de derechos de copropiedad o en caso de la venta de la nuda propiedad.

d. Si el inquilino tiene derecho en caso de venta de derechos de copropiedad, no se precisa el grado de prelación en los derechos entre el inquilino y el copropietario ni en relación con el usufructuario si lo que se pretende vender es la nuda propiedad.

Desde el punto de vista jurídico, se dice que en caso de contravención al derecho del tanto, la venta será nula de pleno derecho. ¿Qué quiso dar a entender el legislador? ¿Que es nula con nulidad absoluta conforme a los artículos 8, 1910 y 2226? ¿Si es nula con nulidad absoluta porqué prescribe la acción para hacerla valer? ¿Será que no se requiere declaratoria judicial? ¿En ese caso, cómo opera?

¿Verdad que no es fácil legislar a la ligera y a trompicones? Por esos y otros cuestionamientos, estas disposiciones han originado múltiples problemas entre arrendadores y arrendatarios y múltiples juicios y además han entorpecido el tráfico inmobiliario, porque los inquilinos con razón o sin ella, cada vez que se vende o pretende vender un inmueble arrendado, presentan juicio de nulidad sólo para crear dificultades, evitarse el pago de las rentas mientras dura el litigio y permanecer en el inmueble aun vencido el plazo del contrato; y por su parte, los notarios no desean verse

involucrados en un litigio que en nada les incumbe y que en el que, en el mejor de los casos, va a perder tiempo y dinero por el pago de los gastos del juicio y del abogado postulante.

Este tema se complementa con el estudio que aparece como anexo dos "El Derecho del Tanto de los Arrendatarios de Casa Habitación y la Intervención Notarial" en esta misma obra.

El artículo 2448-K repite en lo general el contenido del 2450 pero sin derogarlo expresamente, lo que evidencia una falta de cuidado y de técnica legislativa. (Ahora ya está expresamente derogado conforme al Decreto publicado el 21-VII-93.)

XII. NECESIDAD DE TRANSCRIBIR LAS DISPOSICIONES DE ESTE CÓDIGO EN LOS CONTRATOS QUE SE CELEBREN.—Por último, el artículo 2448-L establece la obligación de transcribir en todo contrato de arrendamiento para habitación, las disposiciones íntegras de este capítulo. Será para que se recuerde cotidiana y permanentemente la labor insulsa y ligera del legislador.

XIII. EL DECRETO QUE PRORROGA LOS CONTRATOS DE ARRENDAMIENTO DE LAS CASAS O LOCALES QUE SE CITAN (publicado en el *Diario Oficial* del 30 de diciembre de 1948).—Como consecuencia del estado de guerra en que México se vio involucrado con los países del Eje en el año de 1942, fue necesario dictar diversos decretos para afrontar internamente el conflicto. Entre otros, se promulgaron los de suspensión de garantías individuales, suspensión de pagos y éste, que se comentará ahora, de prórroga de contratos de arrendamiento. Al término de la guerra, poco a poco la situación en el país fue volviendo a la normalidad, pero por presiones de carácter social y político el Decreto de Prórroga de Contratos de Arrendamiento fue sustituido por otros con similares disposiciones, siendo el último el publicado en el *Diario Oficial* el 30-XII-48 que prorrogó por ministerio de ley (sin necesidad de declaración judicial) los contratos de arrendamiento de las casas y locales siguientes, siempre y cuando se hubieran celebrado con anterioridad al primero de enero de 1949 (14): *a*) Los destinados exclusivamente a habitación cuando las rentas en vigor a la fecha del decreto no fueran mayores de trescientos pesos; *b*) Los ocupados por trabajadores a domicilio; *c*) Los ocupados por talleres, y *d*) Los destinados a comercio o industria. No quedaron comprendidos en la prórroga los destinados a habitación cuando las rentas fueran mayores de trescientos pesos, los locales que el arrendador necesitare ocupar para establecer en ellos una industria o comercio de su propiedad previa justificación ante los tribunales, de ese requerimiento, y las casas o locales destinados a cantinas, pulquerías, cabaretes, centros de vicio destinados a juegos permitidos y salones de espectáculos públicos.

No obstante que con el transcurso de los años la protección que daba el decreto a los arrendatarios se hizo innecesaria, nadie se atrevió en más de cuarenta años a plantear la posibilidad de derogarlo. El Decreto originó multitud de abusos, tanto por parte de los arrendadores, como de los arrendatarios. Los arrendadores buscaban la desocupación de la localidad a toda costa, empleando inclusive medios criminales, como mandar personas que violentaran a las mujeres de la casa para obligarlas a terminar en la delegación de policía por causas de riña, o como cortarles el agua o taparles los drenajes. Por su parte los arrendatarios, aun cuando ya no necesitaran la localidad, ocultamente cedían el uso a terceros para aprovecharse de una renta.

El Decreto fue causa de una inmovilidad de las fincas arrendadas, ya que nadie deseaba comprarlas para adquirir el problema que parecía no tener solución. Además, nadie se preocupó nunca de hacer reparaciones a las fincas y por ello se deterioraron y muchas se desplomaron sobre los inquilinos, con los consecuentes problemas judiciales y de hecho que ello originó. El Decreto estableció la posibilidad de un pequeño incremento de rentas en los locales destinados a habitación, pero no a los destinados a comercio o industria y empleó el término "cuyas rentas quedan congeladas". No obstante esa expresión, el Decreto indicado no fue de congelación de rentas, porque si se daba por terminado un contrato que se hubiese encontrado regido por el mismo, el propietario o arrendador, al celebrar un nuevo contrato de arrendamiento, podía establecer convencionalmente con el nuevo arrendatario la renta que estimara pertinente, superior o inferior a la renta anterior; y si el Decreto fuese de congelación de rentas, no importaría ni la persona del arrendatario ni el contrato en especial, sino sólo el hecho de que a determinada localidad no se le podía aumentar el importe de la renta o precio.

El Decreto indicado no alteraba ninguna de las cláusulas de los contratos regidos por él, y sólo prorrogaba indefinidamente el plazo de duración de los mismos, los que sólo podían darse por terminados por voluntad de las partes o por las causas de resolución que el mismo establece.

Todo ese daño causado por el Decreto, por fin tuvo un remedio. Cuarenta y cuatro años después y a iniciativa del presidente Carlos Salinas de Gortari, el Congreso, con fecha 21 de diciembre de 1992, aprobó el Decreto por el que se abroga el diverso que prorroga los contratos de arrendamiento de las casas o locales que se citan, publicado en el *Diario Oficial* el 30 de diciembre de 1948 y estableció como plazos de la abrogación: a) treinta días para las casas o locales destinados a comercios o industrias; b) dos años para las casas o locales ocupados por trabajadores a domicilio o talleres y casas habitación cuya renta mensual fuera de doscientos cincuenta pesos o más; c) tres años para las casas o locales destinados a habitación cuya renta fuera de más de cien pero menos de doscientos cincuenta pe-

sos, y *d*) cuatro años para las casas o locales destinados a habitación, cuya renta mensual fuera hasta de cien pesos.

Además, este Decreto derogatorio prevé la posibilidad de prestar ayuda económica a los inquilinos a los que afecta para que puedan llegar a adquirir su propia vivienda.

APÉNDICE NÚMERO DOS DEL CAPÍTULO XI

DECRETOS RELACIONADOS CON EL CONTRATO
DE ARRENDAMIENTO

SUMARIO: I. Decreto publicado en el *Diario Oficial* del 7 de febrero de 1985.—II. Decreto publicado en el *Diario Oficial* del 21 de julio de 1993.—III. Decreto publicado en la *Gaceta Oficial* del D. F. del 16 de enero de 2003.—IV. Decreto publicado en el *Diario Oficial* del 30 de diciembre de 1948.—V. Decreto publicado en el *Diario Oficial* del 30 de diciembre de 1992.

I. DECRETO PUBLICADO EN EL *DIARIO OFICIAL*
EL 7 DE FEBRERO DE 1985

Al margen un sello con el Escudo Nacional, que dice: Estados Unidos Mexicanos.—Presidencia de la República.

MIGUEL DE LA MADRID H. Presidente Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos, a sus habitantes, sabed:

Que el H. Congreso de la Unión se ha servido dirigirme el siguiente

DECRETO

“El Congreso de los Estados Unidos Mexicanos decreta:

REFORMAS Y ADICIONES A DIVERSAS DISPOSICIONES
RELACIONADAS CON INMUEBLES EN ARRENDAMIENTO

ARTÍCULO PRIMERO.—Se reforma el Capítulo IV del Título Sexto de la Segunda Parte del Libro Cuarto del Código Civil para el Distrito Federal y el Artículo 3042 del mismo ordenamiento para quedar como sigue:

CAPÍTULO IV

Del arrendamiento de fincas urbanas destinadas a la habitación

ART. 2448.—Las disposiciones de este capítulo son de orden público e interés social. Por tanto son irrenunciables y en consecuencia, cualquier estipulación en contrario se tendrá por no puesta.

ART. 2448-A.—No deberá darse en arrendamiento una localidad que no reúna las condiciones de higiene y salubridad exigidas por la ley de la materia.

ART. 2448-B.—El arrendador que no haga las obras que ordene la autoridad sanitaria correspondiente como necesarias para que una localidad sea habitable e higiénica, es responsable de los daños y perjuicios que los inquilinos sufren por esa causa.

ART. 2448-C.—La duración mínima de todo contrato de arrendamiento de fincas urbanas destinadas a la habitación será de un año forzoso para arrendador y arrendatario, que será prorrogable, a voluntad del arrendatario, hasta por dos años más siempre y cuando se encuentre al corriente en el pago de las rentas.

ART. 2448-D.—Para los efectos de este Capítulo la renta deberá estipularse en moneda nacional.

La renta sólo podrá ser incrementada anualmente; en su caso, el aumento no podrá exceder del 85 por ciento del incremento porcentual, fijado al salario mínimo general del Distrito Federal, en el año calendario en el que el contrato se renueve o se prorrogue.

ART. 2448-E.—La renta debe pagarse en los plazos convenidos, y a falta de convenio, por meses vencidos.

El arrendatario no está obligado a pagar la renta sino desde el día en que reciba el inmueble objeto del contrato.

ART. 2448-F.—Para los efectos de este capítulo el contrato de arrendamiento debe otorgarse por escrito, la falta de esta formalidad se imputará al arrendador.

El contrato deberá contener, cuando menos las siguientes estipulaciones:

I. Nombres del arrendador y arrendatario.

II. La ubicación del inmueble.

III. Descripción detallada del inmueble objeto del contrato y de las instalaciones y accesorios con que cuenta para el uso y goce del mismo, así como el estado que guardan.

IV. El monto de la renta.

V. La garantía, en su caso.

VI. La mención expresa del destino habitacional del inmueble arrendado.

VII. El término del contrato.

VIII. Las obligaciones que arrendador y arrendatario contraigan adicionalmente a las establecidas en la ley.

ART. 2448-G.—El arrendador deberá registrar el contrato de arrendamiento ante la autoridad competente del Departamento del Distrito Fede-

ral. Una vez cumplido este requisito, entregará al arrendatario una copia registrada del contrato.

El arrendatario tendrá acción para demandar el registro mencionado y la entrega de la copia del contrato.

Igualmente el arrendatario tendrá derecho para registrar su copia del contrato de arrendamiento ante la autoridad competente del Departamento del Distrito Federal.

ART. 2448-H.—El arrendamiento de fincas urbanas destinadas a la habitación no termina por la muerte del arrendador ni por la del arrendatario, sino sólo por los motivos establecidos en las leyes.

Con exclusión de cualquier otra persona, el cónyuge, él o la concubina, los hijos, los ascendientes en línea consanguínea o por afinidad del arrendatario fallecido se subrogarán en los derechos y obligaciones de éste, en los mismos términos del contrato, siempre y cuando hubieran habitado real y permanentemente el inmueble en vida del arrendatario.

No es aplicable lo dispuesto en el párrafo anterior a las personas que ocupen el inmueble como subarrendatarias, cesionarias o por otro título semejante que no sea la situación prevista en este artículo.

ART. 2448-I.—Para los efectos de este capítulo, el arrendatario, si está al corriente en el pago de la renta, tendrá derecho a que, en igualdad de condiciones, se le prefiera a otro interesado en el nuevo arrendamiento del inmueble. Asimismo, tendrá el derecho del tanto en caso de que el propietario quiera vender la finca arrendada.

ART. 2448-J.—El ejercicio del derecho del tanto se sujetará a las siguientes reglas:

I. En todos los casos el propietario deberá dar aviso en forma indubitable al arrendatario de su deseo de vender el inmueble, precisando el precio, términos, condiciones y modalidades de la compraventa.

II. El o los arrendatarios dispondrán de 15 días para notificar en forma indubitable al arrendador su voluntad de ejercitar el derecho del tanto en los términos y condiciones de la oferta.

III. En caso de que el arrendador cambie cualquiera de los términos de la oferta inicial estará obligado a dar un nuevo aviso en forma indubitable al arrendatario, quien a partir de ese momento dispondrá de un nuevo plazo de 15 días para los efectos del párrafo anterior. Si el cambio se refiere al precio, el arrendador sólo está obligado a dar este nuevo aviso cuando el incremento o decremento del mismo sea de más de un diez por ciento.

IV. Tratándose de bienes sujetos al régimen de propiedad en condominio, se aplicarán las disposiciones de la ley de la materia.

V. Los notarios deben tener conocimiento de la realización del contrato.

En caso de que el arrendatario no dé el aviso a que se refieren las fracciones II y III de este artículo precluirá su derecho.

ART. 2448-K.—El propietario no puede rehusar como fiador a una persona que reúna los requisitos exigidos por la ley para que sea fiador.

Tratándose del arrendamiento de viviendas de interés social es potestativo para el arrendatario dar fianza o sustituir esa garantía con el depósito de un mes de renta.

ART. 2448-L.—En todo contrato de arrendamiento para habitación deberán transcribirse íntegras las disposiciones de este capítulo.

ART. 3042.—Se adiciona el artículo 3042 del código vigente para quedar como sigue:

I. ...

II. ...

III. ...

IV. ...

“No se inscribirán las escrituras en las que se transmita la propiedad de un inmueble dado en arrendamiento, a menos de que en ellas conste expresamente que se cumplió con lo dispuesto en los artículos 2448-I y 2448 J de este código en relación con el derecho del tanto correspondiente al arrendatario.”

TRANSITORIO

ARTÍCULO PRIMERO.—Los contratos celebrados con anterioridad a la promulgación del presente decreto continuarán en vigor respecto al término pactado por las partes.

ARTÍCULO SEGUNDO.—Se adiciona al Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal el Título Décimo Cuarto-bis para quedar como sigue:

ARTÍCULO TRANSITORIO

ÚNICO.—El presente Decreto entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el *Diario Oficial* de la Federación.

México, D. F., a 28 de diciembre de 1984.—*Enrique Soto Izquierdo*, D. P.—*Celso Humberto Delgado Ramírez*, S. P.—*Arturo Contreras Cuevas*, D. S.—*Rafael Armando Herrera Morales*, S. S.—Rúbricas.”

En cumplimiento de lo dispuesto por la fracción I del artículo 89 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y para su debida publicación y observancia, expido el presente Decreto en la residencia del Poder Ejecutivo Federal, en la Ciudad de México, Distrito Federal, a los veintiocho días del mes de diciembre de mil novecientos ochenta y cua-

tro.—*Miguel de la Madrid H.*—Rúbrica.—El Secretario de Gobernación, *Manuel Bartlett D.*—Rúbrica.

II. DECRETO PUBLICADO EN EL *DIARIO OFICIAL* EL 21 DE JULIO DE 1993

Al margen un sello con el Escudo Nacional, que dice Estados Unidos Mexicanos.—Presidencia de la República.

CARLOS SALINAS DE GORTARI, *Presidente Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos, a sus habitantes, sabed:*

Que el H. Congreso de la Unión se ha servido dirigirme el siguiente

DECRETO

“El Congreso de los Estados Unidos Mexicanos decreta:

SE REFORMA, ADICIONA Y DEROGA DIVERSAS DISPOSICIONES DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA COMÚN, Y PARA TODA LA REPÚBLICA EN MATERIA FEDERAL; CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL Y LEY FEDERAL DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR

ARTÍCULO PRIMERO.—Se reforman los artículos 2398, segundo párrafo; 2406; 2412, fracción I; 2447; 2448; 2448-B; 2448-C; 2448-J; 2448-K; 2478; 2484; 2487; 2489, fracción I; y 2490; se adiciona el artículo 2490; se adiciona el artículo 2489 con las fracciones IV y V; y se derogan los artículos 2407; 2448-D, segundo párrafo; 2448-I; 2448-L; 2449; 2450; 2451; 2452; 2453; 2485; 2486; 2488; 2491; 2494; y 3042, último párrafo del Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, para quedar como sigue:

ART. 2398.—...

El arrendamiento no puede exceder de diez años para las fincas destinadas a habitación, y de veinte años para las fincas destinadas al comercio o a la industria.

ART. 2406.—El contrato de arrendamiento debe otorgarse por escrito. La falta de esta formalidad se imputará al arrendador.

ART. 2407.— (Se deroga).

ART. 2412.—...

I. A entregar al arrendatario la finca arrendada con todas sus pertenencias y en estado de servir para el uso convenido, y si no hubo convenio expreso, para aquél a que por su misma naturaleza estuviere destinada; así

como en condiciones que ofrezcan al arrendatario la higiene y seguridad del inmueble;

II a V.—...

ART. 2447.—En los arrendamientos que han durado más de cinco años y cuando el arrendatario ha hecho mejoras de importancia en la finca arrendada, tiene éste derecho si está al corriente en el pago de la renta, a que, en igualdad de condiciones, en caso de venta sea preferido en los términos del artículo 2448-J de este código.

ART. 2448.—Las disposiciones contenidas en los artículos 2448-A, 2448-B, 2448-G y 2448-H son de orden público e interés social, por tanto son irrenunciables y en consecuencia cualquier estipulación en contrario se tendrá por no puesta.

ART. 2448-B.—El arrendador que no haga las obras que ordene la autoridad correspondiente como necesarias para que una localidad sea habitable, higiénica y segura es responsable de los daños y perjuicios que los inquilinos sufran por esa causa.

ART. 2448-C.—La duración mínima de todo contrato de arrendamiento de fincas urbanas destinadas a la habitación será de un año forzoso para arrendador y arrendatario, salvo convenio en contrario.

ART. 2448-D.—(Se deroga).

ART. 2448-I.—(Se deroga).

ART. 2448-J.—En el caso de que el propietario del inmueble arrendado decida enajenarlo, él o los arrendatarios tendrán derecho a ser preferidos a cualquier tercero en los siguientes términos:

I. En todos los casos el propietario deberá dar aviso por escrito al arrendatario de su deseo de vender el inmueble, precisando el precio, términos, condiciones y modalidades de la compraventa;

II. El o los arrendatarios dispondrán de quince días para dar aviso por escrito al arrendador de su voluntad de ejercitar el derecho de preferencia que se consigna en este artículo en los términos y condiciones de la oferta, exhibiendo para ello las cantidades exigibles al momento de la aceptación de la oferta, conforme a las condiciones señaladas en ésta;

III. En caso de que el arrendador cambie cualquiera de los términos de la oferta inicial estará obligado a dar un nuevo aviso por escrito al arrendatario, quien a partir de ese momento dispondrá de un nuevo plazo de quince días. Si el cambio se refiere al precio, el arrendador sólo estará obligado a dar este nuevo aviso cuando el incremento o decremento del mismo sea de más de un diez por ciento;

IV. Tratándose de bienes sujetos al régimen de propiedad en condominio, se aplicarán las disposiciones de la ley de la materia, y

V. La compraventa realizada en contravención de lo dispuesto en este artículo otorgará al arrendatario el derecho de demandar daños y perjuicios, sin que la indemnización por dichos conceptos pueda ser menor a un 50% de las rentas pagadas por el arrendatario en los últimos doce meses. La acción antes mencionada prescribirá sesenta días después de que tenga conocimiento el arrendatario de la realización de la compraventa respectiva.

En caso de que el arrendatario no cumpla con las condiciones establecidas en las fracciones II o III de este artículo, precluirá su derecho.

ART. 2448-K.—Si varios arrendatarios hicieren uso del derecho de preferencia a que se refiere el artículo anterior, será preferido el que tenga mayor antigüedad arrendando parte del inmueble y, en caso de ser igual, el que primero exhiba la cantidad exigible en los términos de la fracción II del artículo anterior, salvo convenio en contrario.

ART. 2448-L.—(Se deroga).

ART. 2449.—(Se deroga).

ART. 2450.—(Se deroga).

ART. 2451.—(Se deroga).

ART. 2452.—(Se deroga).

ART. 2453.—(Se deroga).

ART. 2478.—Todos los arrendamientos que no se hayan celebrado por tiempo expresamente determinado, concluirán a voluntad de cualquiera de las partes contratantes, previo aviso por escrito dado a la otra parte con quince días de anticipación, si el predio es urbano, y con un año si es rústico.

ART. 2484.—Si el arrendamiento se ha hecho por tiempo determinado, concluye en el día prefijado. Si no se ha señalado tiempo, se observará lo que disponen los artículos 2478 y 2479.

ART. 2485.—(Se deroga).

ART. 2487.—Si después de terminado el plazo por el que se celebró el arrendamiento, el arrendatario continúa sin oposición en el uso y goce del bien arrendado, continuará el arrendamiento por tiempo indeterminado, estando obligado el arrendatario a pagar la renta que corresponda por el tiempo que exceda conforme a lo convenido en el contrato; pudiendo cualquiera de las partes solicitar la terminación del contrato en los térmi-

nos del artículo 2478. Las obligaciones contraídas por un tercero con objeto de garantizar el cumplimiento del arrendamiento cesan al término del plazo determinado, salvo convenio en contrario.

ART. 2488.—(Se deroga).

ART. 2489.—...

I. Por falta de pago de la renta en los términos previstos en la fracción I del artículo 2425;

II y III.—...

IV. Por daños graves a la cosa arrendada imputables al arrendatario, y

V. Por variar la forma de la cosa arrendada sin contar con el consentimiento expreso del arrendador, en los términos del Art. 2441.

ART. 2490.—El arrendatario puede exigir la rescisión del contrato:

I. Por contravenir el arrendador la obligación a que se refiere la fracción II del artículo 2412 de este ordenamiento;

II. Por la pérdida total o parcial de la cosa arrendada en los términos de los artículos 2431, 2434 y 2445, y

III. Por la existencia de defectos o vicios ocultos de la cosa, anteriores al arrendamiento y desconocidos por el arrendatario.

ART. 2491.—(Se deroga).

ART. 2494.—(Se deroga).

ART. 3042.—...

I a IV.—(Se deroga).

ARTÍCULO SEGUNDO.—Se reforman los artículos 42; 114, fracción VI; 271, cuarto párrafo; 731; 957 a 966; y la denominación del Título Décimo Sexto-Bis; se adicionan los artículos 285 con un último párrafo; y 517 con un último párrafo; y se derogan los artículos 489 a 499 y 525, último párrafo del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, para quedar como sigue:

TRANSITORIOS

PRIMERO.—El presente decreto entrará en vigor a los 90 días de su publicación en el *Diario Oficial* de la Federación.

SEGUNDO.—Las disposiciones contenidas en el presente decreto no serán aplicables a los contratos de arrendamiento celebrados con anterioridad a la entrada en vigor del mismo.

TERCERO.—Los juicios y procedimientos judiciales o administrativos actualmente en trámite se seguirán rigiendo por las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigor del presente decreto.

México, D. F., a 14 de julio de 1993.—Dip. *Juan Ramiro Robledo Ruiz*, Presidente.—Sen. *Mauricio Valdés Rodríguez*, Presidente.—Dip. *Luis Moreno Bustamante*, Secretario.—Sen. *Gustavo Salinas Iñíguez*, Secretario.—Rúbricas.

En cumplimiento de lo dispuesto por la fracción I del artículo 89 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y para su debida publicación y observancia, expido el presente Decreto en la residencia del Poder Ejecutivo Federal, en la Ciudad de México, Distrito Federal, a los diecinueve días del mes de julio de mil novecientos noventa y tres.—*Carlos Salinas de Gortari*.—Rúbrica.—El Secretario de Gobernación, *José Patrocinio González Blanco Garrido*.—Rúbrica.

III. DECRETO PUBLICADO EN LA *GACETA OFICIAL* DEL DISTRITO FEDERAL EL 16 DE ENERO DE 2003

DECRETO QUE REFORMA, ADICIONA Y DEROGA DIVERSOS ARTÍCULOS
DEL CÓDIGO CIVIL Y DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES,
AMBOS PARA EL DISTRITO FEDERAL

ANDRÉS MANUEL LÓPEZ OBRADOR, *Jefe de Gobierno del Distrito Federal*, a sus habitantes, sabed:

Que la Honorable Asamblea Legislativa se ha servido dirigirme el siguiente

DECRETO

La Asamblea Legislativa del Distrito Federal, II Legislatura

DECRETA:

ARTÍCULO PRIMERO.—Se reforman los artículos 2398, 2401, 2402, 2406, 2409, 2410, 2412, 2416; se reforman las fracciones I y II del artículo 2423; se reforman los artículos 2426, 2435, 2437 y 2440; se adiciona un segundo párrafo y el actual segundo se recorre como tercero del artículo 2446; se reforman los artículos 2447, 2448, 2448-A y 2448-C; se reforma y se le adiciona un segundo párrafo al artículo 2448-D; se reforma y se le adiciona un párrafo al artículo 2448-E; se reforma la fracción IV y se le adicionan las fracciones IX y X al artículo 2448-F; se reforman las fracciones I, II, III y V.

Adicionando las fracciones VI y VII al artículo 2448-J, se adiciona el artículo 2448-M; se reforman los artículos 2478, 2479 y 2481; se adiciona la fracción IX al artículo 2483; se adiciona la fracción VI al artículo 2489; se reforma el artículo 2495 y se deroga el artículo 2482 del Código Civil para el Distrito Federal, para quedar como se indica:

TÍTULO SEXTO

Del arrendamiento

CAPÍTULO I

Disposiciones generales

ART. 2398.—El arrendamiento es un contrato mediante el cual las partes contratantes se obligan recíprocamente, una, a conceder el uso o goce temporal de una cosa, y la otra, a pagar por ese uso o goce un precio cierto.

El arrendamiento de inmuebles destinados a casa habitación no podrá ser menor a un año.

El arrendamiento de inmuebles destinados al comercio o a la industria, no podrá exceder de veinte años.

ART. 2401.—El que no fuere propietario de la cosa, podrá arrendarla si tiene facultad para celebrar ese contrato ya en virtud de mandato del propietario, ya por disposición de la ley.

ART. 2402.—En el primer caso del artículo anterior, la constitución del arrendamiento se sujetará a los límites fijados en el mandato; de conformidad a lo previsto en los artículos 2555 y 2556 de este código.

ART. 2406.—El contrato de arrendamiento debe otorgarse por escrito. La falta de esta formalidad se imputará al arrendador y en su caso, dará derecho al arrendatario a que demande cuando por virtud de tal omisión se cause un daño o perjuicio, siempre que éstos sean consecuencia directa de aquélla.

ART. 2409.—Si durante la vigencia del contrato de arrendamiento, por cualquier motivo se transmitiere la propiedad del inmueble arrendado, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 2448-J, el arrendamiento subsistirá en los términos del contrato. Respecto al pago de las rentas el arrendatario tendrá obligación de pagar al nuevo propietario la totalidad de las rentas adeudadas y las que se causen, de conformidad a lo establecido en el contrato. A su vez el arrendador tiene la obligación de notificar de manera fehaciente al arrendatario de inmediato que le han otorgado el correspondiente título de propiedad, para estar en aptitud de reclamar el pago de rentas, aun cuando el arrendatario manifieste haber pagado por adelantado al propietario anterior, a no ser que el adelanto de rentas aparezca expresamente estipulado en el contrato, o lo acredite con los recibos de pago correspondientes.

ART. 2410.—Si la transmisión de la propiedad se hiciere por causa de utilidad pública, el contrato, sea verbal o escrito, se rescindirán, pero el arrendador y el arrendatario deberán ser indemnizados por el expropia-

dor; el primero siempre y cuando sea el propietario, en los términos y conforme a lo que establezca la ley respectiva; el segundo, con un monto equivalente a seis meses de renta, siempre y cuando compruebe haber habitado el inmueble al menos por un año; además, el arrendatario tendrá derecho a que se le indemnice con el importe de las mejoras que acredite haber realizado en el inmueble arrendado, siempre y cuando sean necesarias y se hayan efectuado durante los últimos seis meses.

CAPÍTULO II

De los derechos y obligaciones del arrendador

ART. 2412.—...

I. ...

II. A conservar la cosa arrendada en buen estado, salvo el deterioro normal del uso que sufra el inmueble durante el arrendamiento, haciendo para ello todas las reparaciones necesarias; así como las obras de mantenimiento para la conservación, funcionalidad y seguridad del inmueble;

III a V. ...

ART. 2416.—Si el arrendador no cumpliera con hacer las reparaciones necesarias para el uso a que esté destinada la cosa, quedará a elección del arrendatario rescindir el arrendamiento u ocurrir al juez para que resuelva lo que en derecho corresponda. El arrendador será responsable de los daños y perjuicios que se cause al arrendatario por su omisión.

ART. 2423.—...

I. Si en el contrato, o posteriormente por escrito, lo autorizó para hacerlas, se obligó a pagarlas;

II. Cuando se trata de mejoras útiles o urgentes por causa de fuerza mayor, o bien por esta circunstancia y por culpa del arrendador se rescindiere el contrato; y

III. ...

CAPÍTULO III

De los derechos y obligaciones del arrendatario

ART. 2426.—El arrendatario está obligado a pagar la renta desde el día en que reciba la cosa arrendada, aun cuando el contrato se hubiese celebrado con anterioridad.

ART. 2435.—El arrendatario es responsable del incendio y quedará obligado a cubrir los daños materiales y perjuicios que se causen, a no ser que provenga de caso fortuito, fuerza mayor o vicio de construcción.

ART. 2437.—Cuando son varios los arrendatarios y no determine dónde comenzó el incendio, todos son responsables proporcionalmente en re-

lación con los daños materiales y perjuicios que se causen y de la responsabilidad civil que se genere; y si el arrendador ocupa parte de la finca, también responderá proporcionalmente en los términos anteriores.

Si se prueba que el incendio comenzó en la habitación de uno de los inquilinos, solamente éste será el responsable. Si el incendio es intencional, sólo responderá aquel que lo provocó.

ART. 2440.—El arrendatario que va a establecer en la finca arrendada una industria peligrosa, tiene obligación de asegurar dicha finca contra el riesgo probable que origine el ejercicio de esa industria, en un término no mayor de dos meses, contados a partir de la fecha en que se demuestre que se generó la relación de arrendamiento; y si no lo hace, será causa de rescisión.

ART. 2446.—Si la misma cosa se ha dado en arrendamiento separadamente a dos o más personas y por el mismo tiempo, prevalecerá el arrendamiento primero en fecha, salvo que se tenga la posesión material; en todo caso, predominará el arrendamiento del que tiene en su poder la cosa arrendada.

El arrendatario que resulte afectado en virtud del supuesto anterior, será indemnizado por los daños y perjuicios causados, sin que sea menor al equivalente a tres meses del monto de la renta acordada.

...

ART. 2447.—En los arrendamientos que han durado más de tres años, tiene el arrendatario derecho, si está al corriente en el pago de la renta, a que en igualdad de condiciones, se le prefiera a otro interesado en el nuevo arrendamiento del inmueble. También gozará del derecho de preferencia si el propietario quiere vender el inmueble arrendado, aplicándose en lo conducente lo dispuesto en el artículo 2448-J de este código.

CAPÍTULO IV

Del arrendamiento de fincas urbanas destinadas a la habitación

ART. 2448.—Las disposiciones contenidas en este capítulo son de orden público e interés social, por tanto son irrenunciables y en consecuencia cualquier estipulación en contrario se tendrá por no puesta.

ART. 2448-A.—No deberá darse en arrendamiento una localidad que no reúna las condiciones de higiene y salubridad necesarias para la habitabilidad del inmueble. En caso contrario, se aplicarán al arrendador las sanciones procedentes.

ART. 2448-C.—La duración mínima de todo contrato de arrendamiento de inmuebles destinadas a la habitación será de un año forzoso para

arrendador y arrendatario, que será prorrogable a voluntad del arrendatario, hasta por un año más, siempre y cuando se encuentre al corriente en el pago de las rentas, salvo convenio en contrario.

ART. 2448-D.—Para los efectos de este capítulo la renta deberá estipularse en moneda nacional y solo podrá ser aumentada anualmente.

En aquellos contratos en que el importe de la renta mensual no exceda de ciento cincuenta salarios mínimos generales vigentes en el Distrito Federal, el incremento no podrá exceder del 10% de la cantidad pactada como renta mensual.

ART. 2448-E.—La renta debe pagarse puntualmente, en los plazos convenidos y a falta de convenio por meses vencidos.

El arrendador está obligado a entregar un recibo por cada mensualidad que el arrendatario pague; a falta de entrega de recibos de pago de renta por más de tres meses, se entenderá que el pago ha sido efectuado, salvo que el arrendador haya hecho el requerimiento correspondiente en tiempo y forma.

El arrendador no podrá exigir en su caso, más de una mensualidad de renta a manera de depósito.

ART. 2448-F.—...

I. a III. ...

IV. El monto y lugar del pago de renta;

V. a VIII. ...;

IX. El monto del depósito o en su caso los datos del fiador en garantía;

X. El carácter y las facultades con el arrendador celebrará el contrato, incluyéndose todos los datos del instrumento con que éste acredite su personalidad.

ART. 2448-J.—En caso de que el propietario del inmueble arrendado decida enajenarlo, el o los arrendatarios siempre que estén al corriente en el pago de sus rentas tendrán derecho a ser preferidos a cualquier tercero en los siguientes términos:

I. En todos los casos el propietario deberá dar aviso de manera fehaciente al arrendatario de su voluntad de vender el inmueble, precisando el precio, términos, condiciones y modalidades de la compraventa;

II. El o los arrendatarios dispondrán de treinta días para dar aviso por escrito al arrendador, de su voluntad de ejercitar el derecho de preferencia que se consigna en este artículo, en los términos y condiciones de la oferta, exhibiendo para ello las cantidades exigibles al momento de la aceptación de la oferta, conforme a las condiciones señaladas en ésta.

III. En caso de que el arrendador, dentro del término de treinta días a que se refiere la fracción anterior, cambie cualquiera de los términos de la

oferta inicial, estará obligado a dar un nuevo aviso por escrito al arrendatario, quien a partir de ese momento dispondrá de un nuevo plazo de treinta días. Si el cambio se refiere al precio, el arrendador sólo estará obligado a dar este nuevo aviso cuando el incremento o decremento del mismo sea de más de 10 por ciento.

IV. ...

V. La compraventa realizada en contravención de lo dispuesto en este artículo otorgará al arrendatario el derecho a la acción de retracto y por otro lado a reclamar daños y perjuicios, sin que la indemnización por dichos conceptos pueda ser menor a un 50% de las rentas pagadas por el arrendatario en los últimos 12 meses; así como a la acción de nulidad. Las acciones mencionadas prescribirán sesenta días después de que tenga conocimiento el arrendatario de la realización de la compraventa respectiva;

VI. En caso de que el arrendatario no cumpla con las condiciones establecidas en las fracciones II o III de este artículo, precluirá su derecho, y

VII. Los notarios en términos de las disposiciones legales aplicables incurrirán en responsabilidad cuando formalicen compraventas contrarias a este precepto, si tienen conocimiento de tal situación.

ART. 2448-M.—Si durante el arrendamiento se suscitare el divorcio del arrendatario, y la guarda y custodia de los menores habidos en el matrimonio, se le otorga judicialmente a su cónyuge, éste o ésta se subrogarán voluntariamente, en los derechos y obligaciones correspondientes del arrendamiento, en los términos y condiciones del contrato respectivo, quedando desde luego en posesión del inmueble arrendado, siempre y cuando lo hayan cohabitado durante el matrimonio, lo mismo se aplicará en el caso de concubinato.

CAPÍTULO VII

Disposiciones especiales respecto de los arrendamientos por tiempo indefinido

ART. 2478.—Todos los arrendamientos que no se hayan celebrado por tiempo expresamente determinado, concluirán a voluntad de cualquiera de las partes contratantes, previo aviso por escrito dado a la otra parte, de manera fehaciente con treinta días hábiles de anticipación, si el predio es urbano, y con un año si es rústico, de comercio o de industria.

ART. 2479.—Dado el aviso a que se refiere el artículo anterior, el arrendatario del predio urbano, de comercio o de industria, está obligado a poner cédulas y a mostrar el interior del inmueble a los que pretendan verlo. Respecto de los predios rústicos, se observará lo dispuesto en los artículos 2456, 2457 y 2458.

CAPÍTULO VIII

Del subarriendo

ART. 2481.—Si el subarriendo se hiciere en virtud de la autorización concedida en el contrato, el arrendatario y subarrendatario serán responsables ante el arrendador, en los términos pactados en el contrato de subarriendo, a no ser que por convenio se acuerde otra cosa.

ART. 2482.—(Derogado).

CAPÍTULO IX

Del modo de terminar el arrendamiento

ART. 2483.—El arrendamiento puede terminar

I a VIII. ...;

IX. Por venta judicial en términos del artículo 2495.

ART. 2489.—El arrendador puede exigir la rescisión del contrato.

I. a V. ...; y

VI. En los demás casos previstos por la ley.

ART. 2495.—Si el inmueble dado en arrendamiento fuere enajenado judicialmente, el contrato del arrendamiento subsistirá, a menos que aparezca que se celebró dentro de los setenta días anteriores al secuestro del inmueble, en cuyo caso el arrendamiento podrá darse por concluido.

ARTÍCULOS TRANSITORIOS

PRIMERO.—Túrnese al Jefe de Gobierno del Distrito Federal para su promulgación y publicación en la *Gaceta Oficial* del Distrito Federal y para su mayor difusión en el *Diario Oficial* de la Federación.

SEGUNDO.—El presente Decreto entrará en vigor al día siguiente de su publicación en la *Gaceta Oficial* del Distrito Federal.

ARTÍCULO SEGUNDO.—Se reforma la fracción VI del artículo 114; se reforma el último párrafo del artículo 517; se reforma el segundo párrafo del artículo 957; se reforma el artículo 959 y se adiciona un segundo párrafo al artículo 962, todos del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, para quedar como se indica.

ART. 114.—Será notificado personalmente en el domicilio señalado por los litigantes:

I. a V. ...

VI. La sentencia dictada por el juez o la Sala del Tribunal que condene al arrendatario de casa habitación a desocuparla, así como el auto de su ejecución.

VII. ...

ART. 517.—...

...

I. a III. ...

En el caso que el arrendatario, en la contestación de la demanda, confiese o se allane a la misma, siempre y cuando esté y se mantenga al corriente en el pago de las rentas, el juez concederá un plazo de nueve meses para la desocupación del inmueble. Cuando la demanda se funde exclusivamente en el pago de rentas, este beneficio será de seis meses, siempre y cuando exhiba las rentas adeudadas y se mantenga al corriente en el pago de las mismas.

ART. 957.—...

A las acciones que se intenten contra el fiador que haya otorgado fianza de carácter civil o terceros por controversias derivados del arrendamiento, se aplicarán las reglas de este título, en lo conducente. Igualmente, la acción que intente al arrendatario para exigir al arrendador, el Derecho de Preferencia y el pago de los daños y perjuicios a que se refieren los artículos 2447 y 2448-J del Código Civil para el Distrito Federal, se sujetará a lo dispuesto en este título.

ART. 959.—Una vez admitida la demanda con los documentos y copias requeridas, se correrá traslado de ella a la parte demandada, señalando el juez en el auto de admisión, fecha para la celebración de la audiencia de ley, que deberá fijarse entre los 40 y 50 días posteriores a la fecha del auto de admisión de la demanda.

El demandado deberá dar contestación y formular en su caso reconvencción dentro de los 5 días hábiles siguientes a la fecha del emplazamiento; si hubiere reconvencción se correrá traslado de ésta a la parte actora para que la conteste dentro de los 5 días hábiles siguientes a la fecha de notificación del auto que la admita.

Una vez contestada la demanda y, en su caso, la reconvencción, o transcurridos los plazos para ello, el juez en el mismo auto admitirá las pruebas ofrecidas conforme a derecho y desechará las que no cumplan con las condiciones apuntadas en el Capítulo III, del Título Sexto de este Código, fijando la forma de preparación de las mismas, a efecto de que se desahoguen a más tardar en la audiencia de ley, sin que ésta pueda diferirse por ninguna circunstancia, salvo caso fortuito o de fuerza mayor.

ART. 962.—...

En el caso de que al contestar la demanda, se acredite que se encuentra al corriente en dichos pagos, el juez concluirá el juicio.

ARTÍCULOS TRANSITORIOS

PRIMERO.—Túrnese al Jefe de Gobierno del Distrito Federal para su promulgación y publicación en la *Gaceta Oficial* del Distrito Federal y para su mayor difusión en el *Diario Oficial* de la Federación.

SEGUNDO.—El presente Decreto entrará en vigor al día siguiente de su publicación en la *Gaceta Oficial* del Distrito Federal.

TERCERO.—Los asuntos iniciados con anterioridad a la entrada en vigor de este decreto continuarán tramitándose hasta su conclusión, en los términos de la legislación vigente en el momento de su inicio.

Recinto de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, a los veintitrés días del mes diciembre del año dos mil dos. Por la Mesa Directiva.—*Dip. Marco Antonio Michel Díaz*, Presidente.—*Dip. Alicia Virginia Téllez Sánchez*, Secretaria.—*Marcos Morales Torres*, Secretario.—Firmas.

IV. DECRETO PUBLICADO EN EL *DIARIO OFICIAL*
EL 30 DE DICIEMBRE DE 1948

MIGUEL ALEMÁN, *Presidente Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos*, a sus habitantes hace saber:

Que el H. Congreso de la Unión se ha servido dirigirme el siguiente

DECRETO

El Congreso de los Estados Unidos Mexicanos decreta:

Art. 1.º.—Se prorrogan por ministerio de la ley, sin alteración de ninguna de sus cláusulas, salvo lo que dispone el artículo siguiente, los contratos de arrendamiento de las casas o locales que en seguida se mencionan:

- a) Los destinados exclusivamente a habitación que ocupen el inquilino y los miembros de su familia que viven con él;
- b) Los ocupados por trabajadores a domicilio;
- c) Los ocupados por talleres, y
- d) Los destinados a comercios o industrias.

Art. 2.º.—No quedan comprendidos en la prórroga que establece el artículo anterior los contratos que se refieran:

I. A casas destinadas para habitación, cuando las rentas en vigor, en la fecha del presente Decreto, sean mayores de trescientos pesos.

II. A las casas o locales que el arrendador necesite habitar u ocupar para establecer en ellos una industria o comercio de su propiedad, previa justificación ante los tribunales de este requisito.

III. A las casas o locales destinados a cantinas, a pulquerías, a cabarets, a centros de vicio, a explotación de juegos permitidos por la ley, y a salones de espectáculos públicos, como teatros, cinematógrafos y circos. (Fracción añadida por Decreto de 30 de noviembre de 1951.)

ART. 3º.—La rentas estipuladas en los contratos de arrendamiento que se prorrogan por la presente ley, y que no hayan sido aumentadas desde el 24 de julio de 1942, podrán serlo en los siguientes términos: *a)* De más de cien a doscientos pesos, hasta un 10%, y *b)* De más de doscientos a trescientos pesos, hasta un 15%. Las rentas que no excedan de cien pesos no podrán ser aumentadas. Los aumentos que establece este artículo no rigen para locales destinados a comercio o industria, cuyas rentas quedan congeladas.

ART. 4º.—La prórroga a que se refieren los artículos anteriores, no priva a los arrendadores del derecho de pedir la rescisión del contrato y la desocupación del predio en los casos previstos por el artículo 7º de esta ley.

ART. 5º.—En los casos previstos en el inciso 2º del artículo 2º, los arrendatarios tendrán derecho a una compensación por la desocupación del local arrendado, que consistirá: *a)* En el importe del alquiler de tres meses, cuando el arrendamiento sea de un local destinado a habitación; *b)* En la cantidad que fijen los tribunales competentes tratándose de locales destinados a comercio o industria, tomando en consideración los siguientes elementos: los guantes que hubiera pagado el arrendatario, el crédito mercantil de que éste goce, la dificultad de encontrar nuevo local y las indemnizaciones que en su caso tenga que pagar a los trabajadores a su servicio, conforme a la resolución que dicten las autoridades del Trabajo.

ART. 6º.—Cuando el arrendador haga uso del derecho que le concede el inciso 2º del artículo 2º, deberá hacerlo saber al arrendatario de una manera fehaciente, con tres meses de anticipación, si se trata de casa habitación, y con seis meses, si se trata de establecimiento mercantil o industrial. El arrendatario no estará obligado a desocupar el local arrendado, en los plazos fijados en el párrafo anterior, mientras el arrendador no garantice suficientemente el pago de la compensación a que se refiere el artículo 5º.

ART. 7º.—Procede la rescisión del contrato de arrendamiento en los siguientes casos: I. Por falta de pago de tres mensualidades, a no ser que el arrendatario exhiba el importe de las rentas adeudadas antes de que se lleve a cabo la diligencia de lanzamiento; II. Por el subarrendamiento total o parcial del inmueble, sin consentimiento expreso del propietario; III. Por

traspaso o cesión expresa o tácita de los derechos derivados del contrato de arrendamiento sin la expresa conformidad del arrendador; IV. Por destinar el arrendatario, sus familiares, o el subarrendatario, el local arrendado a usos distintos de los convenidos en el contrato; V. Porque el arrendatario o el subarrendatario lleven a cabo, sin el consentimiento del propietario, obras de tal naturaleza que alteren sustancialmente, a juicio de peritos, las condiciones del inmueble; VI. Cuando el arrendatario, sus familiares, sirvientes o subarrendatario causen daños al inmueble arrendado que no sean la consecuencia de su uso normal; VII. Cuando la mayoría de los inquilinos de una casa soliciten, con causa justificada, del arrendador la rescisión del contrato de arrendamiento respecto de alguno o algunos de los inquilinos; VIII. Cuando la finca se encuentre en estado ruinoso que haga necesaria su demolición total o parcial, a juicio de peritos; IX. Cuando las condiciones sanitarias de la finca exijan su desocupación a juicio de las autoridades sanitarias.

ART. 8º.—La rescisión del contrato por las causas previstas en el artículo anterior no da derecho al inquilino al pago de indemnización alguna.

ART. 9º.—Serán nulos de pleno derecho los convenios que en alguna forma modifiquen el contrato de arrendamiento en contravención de las disposiciones de esta ley. Por lo tanto, no producirán efecto jurídico los documentos de crédito suscritos por los inquilinos con el objeto de pagar rentas mayores que las autorizadas en esta ley.

TRANSITORIOS

ART. 1º.—La presente ley empezará a regir desde el primero de enero de mil novecientos cuarenta y nueve.

ART. 2º.—Queda derogado el decreto de 31 de diciembre de 1947 publicado en el *Diario Oficial* de 31 del mismo mes y año, que congeló las rentas de las casas o locales destinados a habitación.

ART. 3º.—Se derogan los artículos del Código Civil y del de Procedimientos Civiles que se opongan a las disposiciones de la presente ley.

ART. 4º.—Los juicios y procedimientos judiciales en tramitación que tengan por objeto la terminación del contrato de arrendamiento por haber concluido el plazo estipulado, y que estén comprendidos en el artículo 1º de esta ley, se sobreseerán, sea cual fuere el estado en que se encuentren.

ART. 5º.—En los procedimientos judiciales, o administrativos, pendientes de resolución ante las autoridades correspondientes, los interesados podrán hacer valer los beneficios que les concede la presente ley.

Eugenio Prado, D. P.—Gustavo Díaz Ordaz, S. P. Manuel Flores Castro, D. S.—Fausto A. Marín, S. S.—Rúbricas.

En cumplimiento de lo dispuesto por la fracción I del artículo 89 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y para su debida publicación y observancia, expido el presente Decreto en la residencia del Poder Ejecutivo Federal, en la ciudad de México, Distrito Federal, a los veinticuatro días del mes de diciembre de mil novecientos cuarenta y ocho. *Miguel Alemán. Rúbrica.—El Jefe del Departamento del Distrito Federal. Fernando Casas Alemán. Rúbrica.—El Secretario de Gobernación. Adolfo Ruiz Cortinez. Rúbrica.*”

V. DECRETO PUBLICADO EN EL *DIARIO OFICIAL*
EL 30 DE DICIEMBRE DE 1992

Al margen un sello con el Escudo Nacional, que dice: Estados Unidos Mexicanos.—Presidencia de la República.

CARLOS SALINAS DE GORTARI, Presidente Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos, a sus habitantes, sabed:

Que el H. Congreso de la Unión se ha servido dirigirme el siguiente

DECRETO

El Congreso de los Estados Unidos Mexicanos decreta

SE ABROGA EL DIVERSO QUE PRORROGA
LOS CONTRATOS DE ARRENDAMIENTO DE LAS CASAS
O LOCALES QUE SE CITAN

ART. 1º.—Queda abrogado el Decreto que prorroga los Contratos de Arrendamiento de las casas o locales que se citan, publicado en el *Diario Oficial* de la Federación el 30 de diciembre de 1948, dentro de los plazos que a continuación se indican, contados a partir de la publicación del presente Decreto en el *Diario Oficial* de la Federación:

- I. Las casas o locales destinados a comercios o industrias, a los 30 días;
- II. Las casas o locales ocupados por trabajadores a domicilio o talleres, a los dos años;
- III. Las casas o locales destinados exclusivamente a habitación, y cuya renta mensual sea de doscientos cincuenta pesos o más, a los dos años;
- IV. Las casas o locales destinados exclusivamente a habitación, cuya renta mensual sea de más de cien pesos, y menos de doscientos cincuenta pesos, a los tres años; y

V. Las casas o locales destinados exclusivamente a habitación cuya renta mensual sea hasta de cien pesos, a los cuatro años.

ART. 2º.—Los organismos de vivienda, de conformidad con el calendario señalado en el artículo anterior, establecerán de acuerdo con sus reglas de operación, un programa específico con soporte crediticio, facilidades administrativas y asesoría jurídica, que permita apoyar a quienes tengan derecho a ocupar casas o locales destinados exclusivamente a la habitación y que hayan sido regulados por el Decreto que se abroga, a efecto de:

I. Promover la adquisición por parte de los arrendatarios, de los inmuebles que ocupan, así como su rehabilitación;

II. Buscar la reducción de los costos de las viviendas incluidas en las acciones referidas;

III. Incluir en el “Acuerdo de Subsidios Fiscales y Facilidades Administrativas para la Vivienda Popular”, publicado en el *Diario Oficial* de la Federación el 7 de octubre de 1992, las operaciones que se realicen conforme al presente Decreto, y

IV. Considerar en forma prioritaria a los inquilinos que así lo deseen y reúnan los requisitos, para integrarse a los programas de vivienda que desarrollan los organismos oficiales y a los que en el futuro se desarrollen en cumplimiento de este Decreto.

ART. 3o.—Los propietarios de los inmuebles objeto del presente Decreto, que tengan el carácter de históricos o artísticos, deberán conservarlos y, en su caso, restaurarlos de conformidad con lo establecido por la Ley Federal sobre Monumentos y Zonas Arqueológicas, Artísticas e Históricas.

TRANSITORIOS

ARTÍCULO PRIMERO.—El presente Decreto entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el *Diario Oficial* de la Federación.

ARTÍCULO SEGUNDO.—Por ser de interés general, publíquese también en la *Gaceta Oficial* del Departamento del Distrito Federal.

ARTÍCULO TERCERO.—El Departamento del Distrito Federal deberá informar sobre la ejecución y los avances del programa específico de vivienda a que se refiere el artículo 2 de este Decreto, en los informes trimestrales que envía a la Cámara de Diputados y a la Asamblea de Representantes del Distrito Federal, para su adecuada verificación y seguimiento.

ARTÍCULO CUARTO.—Se derogan las disposiciones que se opongan al contenido del presente Decreto.

México, D. F., a 21 de diciembre de 1992.—*Dip. Guillermo Pacheco Pulido*, Presidente.—*Sen. Carlos Sales Gutiérrez*, Presidente.—*Dip. Luis Pérez Díaz*, Secretario.—*Sen. Roberto Suárez Nieto*, Secretario.—Rúbricas.

En cumplimiento de lo dispuesto por la fracción I del artículo 89 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y para su debida publicación y observancia, expido el presente Decreto en la residencia del Poder Ejecutivo Federal, en la ciudad de México, Distrito Federal, a los veintiocho días del mes de diciembre de mil novecientos noventa y dos.—*Carlos Salinas de Gortari*.—Rúbrica.—El Secretario de Gobernación, *Fernando Gutiérrez Barrios*.—Rúbrica.

CAPÍTULO XII

EL CONTRATO DE COMODATO

SUMARIO: I. El concepto.—II. Las características.—III. La clasificación.—IV. Los elementos: 1. El consentimiento.—2. El objeto.—3. La forma.—V. Los presupuestos: 1. La capacidad.—2. La ausencia de vicios en el consentimiento y la licitud.—VI. Las consecuencias: 1. Las obligaciones del comodante.—2. Las obligaciones del comodatario.—VII. Las causas de terminación.

I. EL CONCEPTO.—El contrato de comodato es aquel por virtud del cual una persona llamada comodante se obliga a conceder en forma gratuita y temporal el uso de una cosa no fungible a otra llamada comodatario, quien se obliga a restituirla individualmente al término del contrato.¹

II. LAS CARACTERÍSTICAS

1. El comodato es un contrato translativo de uso. No transfiere ni el dominio ni el goce del bien. Si hubiese esa transferencia existiría posiblemente otro contrato pero no el de comodato.

2. La concesión del uso siempre es temporal. La ley no establece limitaciones para pactar el plazo que convengan las partes y sólo indica que termina con la muerte del comodatario. Si no se pacta plazo, el comodante puede exigir la restitución de la cosa cuando le parezca (2511).

3. Es un contrato siempre gratuito y por lo tanto implica una liberalidad por parte del comodante.

4. El objeto del contrato deben ser bienes no fungibles; esto es, que el comodatario no se libera de su obligación de restituir, sino entregando precisamente los bienes recibidos y no otros, aun cuando sean de la misma especie y calidad.

¹ El comodato "es un préstamo de uso, en virtud del cual el comodatario recibe una cosa no fungible para usarla durante cierto tiempo, al cabo del cual ha de restituirla". Díez-Picazo, Luis y Gullón, Antonio, *Sistema de derecho civil*, vol. II. Edit. Tecnos, Madrid, España, 1977, p. 321.

"Comodato es la cesión gratuita de una cosa para su uso con estipulación de su futura devolución." Enneccerus, Ludwig, *Derecho de obligaciones*, vol. II, Doctrina Especial, Primera parte, Bosch, Casa Edit. Barcelona, 1966, p. 400.

El Código Civil argentino en su Art. 2255 lo conceptúa en la siguiente forma: "Habrà comodato o préstamo de uso, cuando una de las partes entregue a la otra gratuitamente alguna cosa no fungible, mueble o raíz, con facultad de usarla."

5. El comodato siempre regula una conducta específica del comodante en beneficio del comodatario. El poder de disposición no es directo respecto de la cosa, sino que se ejerce a través de la conducta del comodante, quien debe conceder el uso y entregar la cosa.

Estas características son las que diferencian a este contrato de otras figuras jurídicas afines.

III. LA CLASIFICACIÓN.—El contrato de comodato es *bilateral*, porque genera obligaciones para ambas partes contratantes, como se estudiará en su oportunidad; *gratuito*, ya que sólo genera provechos para el comodatario y gravámenes para el comodante; *consensual* en oposición a real y a formal, porque se perfecciona por el simple consentimiento de las partes, sin depender de la entrega de la cosa y porque la ley no impone necesariamente ninguna formalidad para la validez del contrato; *principal*, porque tiene existencia por sí mismo y no depende de un contrato diverso u obligación preexistente; *nominado*, por la regulación que de él hace la ley, y de *tracto sucesivo*, porque las prestaciones de las partes se ejecutan o cumplen en un plazo determinado, mientras conserve la posesión de la cosa el comodatario, lo que significa que las prestaciones no pueden cumplirse en un solo acto.

IV. LOS ELEMENTOS

1. *El consentimiento* El consentimiento en este contrato, es la unión acorde de voluntades de las partes, una para conceder el uso de un bien en forma temporal y gratuita y la otra para recibirlo, usarlo y restituirlo en el plazo convenido o cuando sea requerido para ello por la primera.

No se requiere que las partes convengan expresamente respecto del uso y del plazo de duración del contrato, ya que a falta de estipulación en relación al uso, el comodatario debe emplearla conforme a su uso ordinario, conforme a la naturaleza misma de la cosa; y si no se determinó uso o plazo en el contrato, se presume por disposición legal, que el comodante se reservó el derecho a pedir su restitución cuando le pareciere (2511).

2. *El objeto*. La cosa, como contenido de las obligaciones de dar de las partes, debe ser un bien no fungible. Los bienes fungibles son aquellos que tienen unos en relación con otros, el mismo poder liberatorio al momento de efectuarse un pago. En el comodato, el comodatario no se libera de su obligación de restituir si no es entregando la misma cosa que recibió.

Además, el objeto debe ser de bienes que no se consuman por su primer uso, ya que si así fuese, el comodatario no podría restituir las cosas recibidas y necesariamente habría de devolver otras de la misma especie y calidad y en ese supuesto, existiría una transmisión de dominio de los bienes, y el contrato ya no sería de comodato, sino de mutuo.

No obstante lo anterior, pueden darse en comodato bienes que sean consumibles por su primer uso, siempre que no se utilicen conforme a su uso ordinario o según su naturaleza, que sería el uso que los agotara; sino que se usen en tal forma que no se consuman, para que el comodatario pueda cumplir su obligación de restituirlos individualmente (2498). *V. gr.* se pueden dar en comodato manzanas para ponerlas uno o dos días en exposición en una vitrina.²

Como una excepción a la regla general y por un principio de equidad, puede darse el caso de que la propiedad de la cosa entregada en comodato se transmita al comodatario, cuando éste en forma culposa la ha deteriorado en tal forma que no pueda volver a emplearse en su uso ordinario, pues en ese supuesto el comodante puede exigirle el valor anterior de ella, abandonando su propiedad al comodatario (2503).

Por último, nada impide que los inmuebles puedan ser objeto de este contrato, ya que desde un punto de vista amplio, son bienes no fungibles y además no son consumibles por su primer uso.³

3. *La forma.* La ley no impone forma alguna para la validez de este contrato, y por lo tanto las partes pueden escoger libremente la manera de exteriorizar su voluntad.

Es conveniente para efectos de prueba, celebrar el contrato por escrito; pero no es indispensable que se haga en esa forma ni para su validez, ni para probar su existencia, ya que inclusive la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha resuelto que el comodato tiene que considerarse probado por virtud de presunciones, entre ellas la que resulta de excluir la relación contractual de arrendamiento.⁴

V. LOS PRESUPUESTOS

1. *La capacidad.* Como en otros contratos, debe distinguirse la capacidad de cada una de las partes.

A. *Del comodante.* Éste requiere la capacidad especial de poder disponer del uso de las cosas que sean objeto del contrato. Puede disponer del uso

² “Es unánime, sin embargo, la opinión de que ello no implica la imposibilidad de un comodato que recaiga sobre cosas consumibles, siempre y cuando el uso pactado no lleve aparejada su consumición. Así, por ejemplo, el préstamo de botellas de licores raros para exponerlos al público (*ad pompam vel ostentationem*).” Díez-Picazo, Luis y Gullón, Antonio, *ob. cit.*, p. 322.

³ “Pueden ser objeto de comodato las cosas muebles o inmuebles, y también partes de éstos, por ejemplo: una bodega, un lugar para vertedero o para guardar un coche, la vía pública para el tendido de una línea eléctrica y también cosas consumibles, si el uso permitido no consiste en consumirlas.” Enneccerus, Ludwig, *ob. cit.*, p. 401.

⁴ Tesis 660. Jurisprudencia y Tesis Sobresalientes 1966-1970. Actualización II Civil. Mayo Ediciones, México, 1968.

de un bien, quien sea su propietario o quien esté autorizado por éste o por la ley; por lo tanto, pueden celebrar este contrato como comodantes, los propietarios de los bienes y los que tengan facultades expresas del dueño para celebrar el contrato, como lo serían los apoderados especiales.

El usufructuario, aun cuando no sea propietario del bien puede celebrar el contrato de comodato, por estar autorizado por la ley (1002).

Además de los apoderados especiales, pueden dar en comodato los bienes de sus representados los apoderados generales para actos de dominio (2554-III), en vista de que gozan de todas las facultades de dueño y si pueden lo más que es enajenar, pueden lo menos que es conceder el uso.

Los apoderados generales para actos de administración no pueden dar en comodato los bienes por existir una prohibición expresa en el artículo 2499 y menos los apoderados generales para pleitos y cobranzas, ya que la celebración de este contrato no es un acto ni de pleitos ni de cobranzas.

Los representantes legales como los que ejercen la patria potestad, los tutores, los representantes de los ausentes, los albaceas, etc., no pueden dar en comodato los bienes de sus representados (2499) y tampoco lo pueden hacer el arrendatario (2480), el comodatario (2500), el usuario y el habituario (1051) y en general los que administren bienes ajenos (2499) a no ser que tengan facultades expresas del dueño para ello.

B. *Del comodatario.* Éste sólo requiere la capacidad general, pudiendo los incapaces celebrar el contrato por conducto de sus representantes legales.

2. La ausencia de vicios en el consentimiento y la licitud en el objeto, motivo o fin, no presentan reglas especiales en este contrato y por lo tanto se regularán por las disposiciones generales ya tratadas con anterioridad.

VI. LAS CONSECUENCIAS.—Tradicionalmente y desde el derecho romano, el comodato ha sido considerado como un contrato real.⁵ Esto es, requiere para su perfeccionamiento de la entrega de la cosa del comodante al comodatario y por lo tanto es un contrato unilateral y en ocasiones, debido a las circunstancias y durante su vigencia, un contrato sinalagmático imperfecto. Así también fue regulado en el derecho mexicano en los códigos de 1870 y 1884,⁶ pero a partir del código vigente de 1928, cambia la postura y se regula como un contrato consensual; ya no requiere para su

⁵ Ortolán, M., *Explicación histórica de las instituciones del emperador Justiniano*. Tomo II, Madrid, España, 1877, pp. 163 y sigs.

Art. 2255 del Código Civil argentino.

Art. 1740 del Código Civil español.

⁶ Artículo 2785 del Código Civil mexicano de 1870 y Art. 2661 del Código Civil mexicano de 1884.

perfeccionamiento y existencia de la entrega de la cosa y por lo tanto la entrega constituye una obligación del comodante y el contrato pasa a ser bilateral, por lo que deben estudiarse tanto las obligaciones del comodante como las del comodatario.

1. *Las obligaciones del comodante.*

A. Entregar la cosa objeto del contrato al comodatario para que éste la use según lo convenido o conforme a su naturaleza. No siendo este contrato real, al perfeccionarse por el simple acuerdo de voluntades, nace la obligación del comodante de entregar la cosa y como la ley no establece disposiciones supletorias en esta materia, para el caso de que las partes no hayan convenido respecto al tiempo, lugar y modo de entrega, deben aplicarse las reglas generales en materia de obligaciones (2080, 2082, 2083 y 2012).

El comodante puede exigir la devolución de la cosa aun antes de que venza el plazo fijado en el contrato, si le sobreviene necesidad urgente de ella, si prueba que existe peligro de que perezca si continúa en poder del comodatario o si éste ha autorizado a un tercero a servirse de ella, sin su consentimiento (2512). Si el comodante puede exigir la devolución de la cosa antes de que venza el plazo fijado en el contrato si le sobreviene necesidad urgente de ella, puede pensarse que no existe obligación de su parte de entregarla, simplemente aduciendo que tiene necesidad de ella aun antes de entregarla; sin embargo, como la existencia y validez de las obligaciones no puede quedar al arbitrio de uno de los contratantes (1797), para no entregar la cosa, no basta el solo hecho de que diga que tiene necesidad urgente de ella, sino que deberá probar esa necesidad, a riesgo de incumplir con su obligación y por lo tanto ya no se deja a su arbitrio el cumplimiento de esa obligación, sino que ésta se verá afectada por las circunstancias relacionadas con el contrato en atención a la gratuidad y liberalidad que implica el comodato.

B. Debe rembolsar al comodatario de los gastos urgentes y necesarios para la conservación de la cosa que éste haya efectuado y que por la premura no hubiera podido dar aviso al comodante para obtener previamente la autorización respectiva (2513).

C. Debe indemnizar al comodatario de los daños y perjuicios que le originen los defectos de la cosa, si los conocía y no le dio aviso oportuno (2514). En realidad ésta no es una obligación emanada del contrato, sino del hecho de haber causado un daño obrando ilícitamente o en contra de las buenas costumbres (1910). Esta indemnización está dirigida a reparar un daño causado no a proteger el uso de un bien exento de vicios.

2. *Las obligaciones del comodatario.* Las obligaciones del comodatario dependen del cumplimiento de la obligación del comodante de entregar la

cosa, dado que el comodatario mal podría usar, conservar y devolver una cosa que no ha recibido.

A. Debe usar la cosa sólo conforme a lo convenido o a lo que es normal según su naturaleza (2504) y no puede conceder ese uso a un tercero sin autorización del comodante (2500). Técnicamente no está obligado a usar, sino que tiene el derecho de hacerlo, pero si usa la cosa, deberá hacerlo en los términos convenidos o conforme a su naturaleza.

B. Debe conservar la cosa empleando al efecto toda su diligencia y es responsable de su perecimiento y de todo deterioro que sufra por su culpa (2502); y por disposición legal la pérdida o deterioro de la cosa en poder del deudor, en este caso del comodatario, se presume por su culpa, mientras no pruebe lo contrario (2018).

Para que el comodatario no sea responsable de la pérdida o deterioro, debe probar que los daños se produjeron por el solo efecto del uso para el que fue prestada y sin su culpa (2507); por culpa del comodante (2017-IV), o por caso fortuito o fuerza mayor (2017-V).

No obstante lo anterior, el comodatario también responde de la pérdida o deterioro de la cosa en su poder aunque provengan de caso fortuito o fuerza mayor, en los siguientes cinco supuestos:

a) Si la cosa fue estimada al prestarla (2506). En este caso, la ley sólo señala que el comodatario responde por la pérdida, pero nada indica respecto al monto de su obligación. Específicamente no señala que deba pagar el precio en que haya sido estimada la cosa al prestarse. Si se presenta el supuesto, el comodatario por equidad, deberá pagar el valor del bien fijado por peritos si no se pone de acuerdo con el comodante y siempre que ese valor sea inferior al fijado al estimar el bien en el contrato, porque de no ser así, sólo quedaría obligado a pagar el valor estimado.

b) Si la emplea en uso diverso al convenido o al que sea conforme a su naturaleza ordinaria (2504).

c) Si el siniestro acontece vencido el plazo fijado en el contrato para la devolución (2504).⁷

d) Si pudiendo evitar el daño empleando una cosa propia no lo hizo (2505), y

⁷ El codificador argentino, D. Dalmacio Vélez Sársfield, en la nota al Art. 2269 hace una distinción interesante en relación con la pérdida de la cosa: "Es preciso no confundir el caso en que el comodatario es culpable por haberse servido de la cosa prestada, por más tiempo que el destinado en el contrato, y que por causa de esta culpa perece por caso fortuito o de fuerza mayor, con el caso en que la cosa perece por un accidente de esa naturaleza, pero independientemente de toda culpa del comodatario, después de haberse constituido en mora de devolverla. El comodatario, puede, en este último caso, invocar la excepción establecida en el Art. 789 si la cosa hubiese igualmente perecido en poder del dueño, mientras que en el primero su culpa no permite la aplicación de esta excepción."

e) Si pudiendo salvar sólo una, prefiere la propia en vez de la recibida en comodato (2505).

En caso de que el deterioro imputable al comodatario sea tal que la cosa no pueda destinarse a su uso ordinario, puede el comodante exigirle su valor, abandonando su propiedad al comodatario.

C. Debe entregar o respetar al comodante los frutos, productos o accesorios de la cosa (2501), ya que éstos no le corresponden al comodatario en ningún caso.

D. Debe hacerle saber al comodante la necesidad de las reparaciones extraordinarias para la conservación de la cosa (2513).

E. Debe hacer los gastos ordinarios que se requieran para el uso y conservación de la cosa (2508), y

F. Debe restituir la cosa en su individualidad a la terminación del contrato (2497), y no puede retenerla con el pretexto de que no le hayan devuelto lo que por expensas o por cualquier otra causa le debiera el comodante (2509).

La restitución debe hacerse en el lugar, tiempo y modo convenidos y a falta de pacto expreso, se aplicarán las normas supletorias que señala la ley para las obligaciones de dar (2011) dado que en este contrato no se establecen disposiciones especiales.⁸

VII. LAS CAUSAS DE TERMINACIÓN.—Este contrato termina y por lo tanto se actualiza en ese momento la obligación del comodatario o de sus causahabientes de restituir la cosa, en los siguientes casos:

1. Por el vencimiento del plazo fijado en el contrato (2497 y 2509).

2. Por la voluntad del comodante antes de que venza el plazo, en los siguientes casos:

A. Si en el contrato no se determinó el uso que deba darse a la cosa. En este caso, la prueba de haber convenido el uso incumbe al comodatario (2511).

B. Si el comodatario concede el uso a otra persona sin estar autorizado para ello (2512).

C. Si prueba la necesidad urgente de la cosa (2512).

D. Si prueba que existe peligro de que perezca si continúa en poder del comodatario (2512).

3. Por voluntad del comodante si no se estableció plazo en el contrato. En este caso la prueba de haber convenido plazo, le incumbe al comodatario (2511).

⁸ "Las obligaciones fundamentales del comodatario son dos: la diligente conservación y la restitución de la cosa a la terminación del contrato." Díez-Picazo, Luis y Gullón, Antonio, *ob. cit.*, p. 323.

4. Por muerte del comodatario (251), y
5. En los demás casos normales de terminación de los contratos como son: por nulidad, por resolución, por pérdida de la cosa, por haberse cumplido la condición resolutoria, etcétera.

TÍTULO CUARTO
LOS CONTRATOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS

CAPÍTULO XIII
EL CONTRATO DE DEPÓSITO

SUMARIO: I. El concepto.—II. Las características.—III. La clasificación.—IV. Los elementos: 1. El consentimiento.—2. El objeto.—3. La forma.—V. Los presupuestos: 1. La capacidad.—2. La ausencia de vicios en el consentimiento y la licitud.—VI. Las consecuencias: 1. Las obligaciones del depositante.—2. Las obligaciones del depositario.—VII. Las causas de terminación.—VIII. Las clases.

I. EL CONCEPTO.—El contrato de depósito es aquel por virtud del cual una de las partes llamada depositario se obliga a recibir una cosa mueble o inmueble que la otra parte llamada depositante le confía, para conservarla y restituirla cuando éste se la pida o a la conclusión del contrato.¹

Puede decirse que el depósito es tan antiguo como el derecho de propiedad. En la práctica no es posible que una persona pueda tener la posesión y custodia de todos sus bienes y necesita encargar a otras su cuidado y tener la seguridad de su restitución. Ya el Código de Hammurabi en las leyes o apartados del 120 al 125 establecía reglas relacionadas con el depósito. Señalaba, entre otros aspectos, que si el depositario de granos tomaba para sí parte de los bienes depositados sin consentimiento del dueño o negaba el hecho del depósito y éste le era probado, debía pagar el doble de lo dispuesto o de lo negado.²

II. LAS CARACTERÍSTICAS

1. Es un contrato de prestación de servicios.

¹ “Por el contrato de depósito el depositario toma a su cargo la obligación de custodiar una cosa mueble a él entregada por el depositante. El contrato de depósito es también regulado por la ley como un contrato real, que se perfecciona por la entrega de la cosa a custodiar y el acuerdo sobre el depósito.” Enneccerus, Ludwig, *ob. cit.*, p. 643.

El artículo 2182 del Código Civil argentino señala: “El contrato de depósito se verifica cuando una de las partes se obliga a guardar gratuitamente una cosa mueble o inmueble que la otra le confía, y a restituir la misma e idéntica cosa”.

² *Código de Hammurabi*. Editora Nacional, Madrid, 1982, p. 104.

2. Los servicios que se obliga a realizar el depositario son los de conservar el bien objeto del contrato, en el mismo estado en que se reciba.³ La finalidad principal perseguida por el depositante es la guarda y conservación de la cosa y en su oportunidad su devolución.

3. Sólo puede recaer sobre bienes no fungibles, ya que el depositario sólo se libera de su obligación de restituir, cuando devuelve las mismas cosas recibidas. Los llamados depósitos irregulares o son mercantiles o si se trata de operaciones civiles, son contratos de mutuo.

4. Desde un punto de vista negativo, el depósito no es un contrato translativo de dominio ni translativo de uso o goce. La ley mexicana no prevé el supuesto de que el depositante autorice al depositario a servirse de la cosa. Si el depositante concede tal autorización deben distinguirse dos situaciones: *a)* Que el uso que se concede al depositario sea meramente accidental y secundario y no altere la obligación principal de custodia, o que sea en beneficio del depositante, para conseguir una mejor conservación de la cosa, como sería el caso de permitir el uso moderado de un automóvil para evitar que se desafine o dañe el motor, y *b)* Que se conceda el uso en forma amplia y en beneficio del depositario. En el primer supuesto el contrato no cambia su naturaleza y sigue siendo depósito. En el segundo, el contrato no sería depósito sino comodato si es gratuito, o un contrato de arrendamiento o de prestación de servicios si es oneroso si ese uso es en beneficio del depositante.⁴

5. Finalmente, es un contrato que, salvo convenio expreso en contrario, genera la obligación a cargo del depositante de retribuir al depositario (2517).

Estas características diferencian al depósito de cualesquiera otros contratos.

Se diferencia del arrendamiento, en que en éste se concede el uso y en ocasiones el goce al arrendatario, en cambio no se concede el uso al depositario. En la práctica mercantil bancaria ha existido la duda respecto a si el contrato de caja de seguridad es un contrato de depósito o de arrendamiento.

Se diferencia del comodato, en que en éste se concede el uso, siempre

³ "Pero no siempre que se guarda gratuitamente una cosa hay depósito. Para que la entrega de una cosa tome el carácter de depósito, es preciso que ella tenga por fin principal la guarda de la cosa. Cuando la guarda de la cosa es sólo secundaria, cuando no es sino la consecuencia de un contrato ya perfecto, en nada cambia la naturaleza de este contrato. Si yo, por ejemplo, os encargo recibir de un tercero una cosa, y guardarla hasta que yo disponga de ella, el contrato es mandato y no depósito. Lo mismo sería si por resultado de una convención quedare en poder del mandatario una suma de dinero, y el mandante le encarga que se la guarde hasta disponer de ella". Nota al Art. 2182 del Código Civil argentino.

⁴ El Art. 1768 del Código Civil español establece: Cuando el depositario tiene permiso para servirse o usar de la cosa depositada, el contrato pierde el concepto de depósito y se convierte en préstamo o comodato. El permiso no se presume, debiendo probarse su existencia.

es gratuito y se celebra en beneficio del comodatario; en cambio en el depósito, sólo será gratuito si así se pacta expresamente, no se concede el uso y se celebra en beneficio de depositante.

Se diferencia del mutuo, en que en éste, el objeto del contrato son bienes fungibles y existe una transmisión de dominio y en el depósito no existe transmisión de dominio y los bienes, objeto del contrato, no son fungibles, por lo que hay que devolver precisamente los bienes recibidos.

Tanto el Código Civil español (Art. 1760) como el argentino (Art. 2182), señalan que el contrato de depósito, en principio, es gratuito; en cambio, el mexicano y el italiano (Art. 1767), es oneroso, a menos que expresamente se pacte su gratuidad.

III. LA CLASIFICACIÓN.—Es un contrato *principal*, porque no depende de otro contrato u obligación para su existencia o validez; generalmente *bilateral*, porque genera obligaciones para ambas partes como se verá más adelante, y sólo por excepción *unilateral*, cuando se pacte expresamente que el depositante no tendrá obligación de retribuir al depositario; generalmente *oneroso*, por existir provechos y gravámenes recíprocos y también por excepción *gratuito*, cuando no exista retribución para el depositario; *consensual* en oposición a real y a formal, porque se perfecciona por el simple consentimiento sin requerir para ese efecto la entrega de la cosa, y porque la ley no impone formalidad alguna en su celebración; de *tracto sucesivo*, porque las prestaciones, por lo menos las del depositario, deben cumplirse en un lapso, mientras no se restituya el bien; *definitivo*, porque satisface en sí mismo la intención de las partes y no sirve de antecedente a otro, y es *nominado*, por la regulación que hace al respecto el código.

IV. LOS ELEMENTOS

1. *El consentimiento*.—Es el acuerdo de voluntades de dos sujetos uno para recibir, conservar y restituir un bien y el otro para remunerar esos servicios o pactar expresamente que no exista esa remuneración.

No se requiere que exista el acuerdo de voluntades respecto a la forma de conservar el bien o el tiempo de restitución, ya que el depositario como no puede usar ni disponer del bien, debe conservarlo en la misma forma en que lo recibió y debe devolverlo cuando se lo pida el depositante.

2. *El objeto*. El objeto como contenido de las prestaciones de las partes, puede consistir en toda clase de bienes muebles o inmuebles.

Existen legislaciones que en forma amplia y sin restricciones, permiten la celebración del contrato de depósito respecto tanto de bienes muebles, como de bienes inmuebles, como la mexicana y la argentina (ver Art. 2182 del código argentino; y otras, como los códigos suizo de las obligaciones (Art. 472), el español (Art. 1761) y el francés (Art. 1918), que expresamente

indican que el contrato de depósito sólo puede recaer sobre bienes muebles; aunque el español, permite el secuestro tanto de muebles como de inmuebles (Art. 1959).

Tomando en consideración que el depositario no puede usar de los bienes depositados y que debe devolverlos en especie, éstos tienen la característica de no fungibles; esto es, que el depositario sólo se libera de su obligación de restituir devolviendo precisamente los bienes recibidos y no otros, porque cualesquiera otros no tendrían el poder liberatorio en el pago.

3. *La forma.* La ley no establece para el perfeccionamiento de este contrato una forma determinada; lo que significa que las partes pueden libremente escoger cualquier manera al efecto.

V. LOS PRESUPUESTOS

1. *La capacidad.* En el depósito, basta para la celebración válida del contrato, la capacidad general tanto para el depositante, como para el depositario. Lo anterior obedece a que éste no es un contrato translativo de dominio ni de uso, y por lo tanto todo aquel que tenga una cosa en su poder sea o no su propietario, puede darla en depósito; y el que quiera celebrar el contrato para obligarse a prestar el servicio de guarda y custodia, puede hacerlo siendo simplemente capaz de ejercicio.

Los incapaces de ejercicio pueden celebrar válidamente este contrato en cualquier parte de la relación, por conducto de sus representantes legales.

Si el contrato se celebrare por algún incapaz sin que interviniera su representante legal, dispone la ley que la incapacidad de cualesquiera de los contratantes no exime al otro de sus obligaciones (2519). Si el depositario es incapaz, queda obligado de cualquier forma a conservar y a devolver el bien si lo conserva en su poder cuando se le exija su restitución o el provecho que hubiere recibido de su enajenación (2520) y sólo puede oponer la excepción de falta de capacidad, para eximirse del pago de daños y perjuicios.

La ley dispone que “cuando la incapacidad no fuere absoluta” el incapaz depositario puede ser condenado al pago de daños y perjuicios si obró con dolo o con mala fe (2521); sin embargo, tal expresión no es atinada, ya que en ningún caso señala cuando existen incapacidades absolutas en oposición a incapacidades que no lo sean o sean relativas. Gramaticalmente puede tener un sentido hablar de incapacidades no absolutas, pero desde el punto de vista legal, se es o no capaz, pero no existe un concepto jurídico de incapacidad relativa. Sin embargo, el precepto trata de ajustar mediante normas de equidad y buena fe, la conducta de los sujetos incapaces en relación con este contrato, con las necesidades sociales y es por ello que debe buscarse una respuesta práctico-jurídica a la cuestión de quienes

son incapaces no absolutos. En ese orden de ideas, pueden servir de pauta diversas disposiciones del código y así considerar que tienen incapacidad relativa o no absoluta: los mayores de edad disminuidos o perturbados en su inteligencia cuando tienen intervalos lúcidos (450-II); los que padezcan alguna afección o deficiencia persistente de carácter físico, psicológico o sensorial o por adicción a sustancias tóxicas como el alcohol, los psicotrópicos o los estupefacientes, cuando no están bajo los efectos de las drogas o del alcohol y por lo tanto en ese momento están claros de razonamiento (450-II); los menores de edad si gozan de discernimiento y han cumplido dieciséis años (537-III); los menores de edad cuando hubieren contratado sobre materias de la profesión o arte en que sean peritos (639) o hubiesen presentado certificados falsos del Registro Civil, para hacerse pasar como mayores o hubieren manifestado dolosamente que lo eran (640).

2. La ausencia de vicios en el consentimiento y la licitud en el objeto, motivo o fin. En este contrato no se establecen normas especiales sobre esta materia y por lo tanto debe estarse a lo tratado en la parte general.

VI. LAS CONSECUENCIAS.—Las consecuencias que genera el contrato de depósito son las obligaciones a cargo de ambas partes, por lo que se indicarán primero las del depositante y después las del depositario.

1. *Las obligaciones del depositante*

A. La primera y principal obligación es remunerar al depositario, ya sea en los términos convenidos o a falta de pacto conforme a los usos del lugar en donde se constituye el depósito (2517).

B. La segunda y última de las obligaciones del depositante, es que debe cubrir al depositario todos los gastos que éste hubiere hecho como consecuencia de la conservación de la cosa y los perjuicios que hubiere sufrido por el mismo motivo (2532).

La primera obligación puede no existir por convenio expreso entre las partes, y la segunda es eventual o contingente, pues puede darse el supuesto de que el depositario no requiera erogar ninguna cantidad para la conservación de la cosa ni sufra perjuicios. En estos supuestos, el contrato sería unilateral, ya que sólo generaría obligaciones para el depositario.

El depositante no tiene obligación de entregar la cosa; ya que si puede pedir su restitución aun antes de que venza el plazo fijado en el contrato, a mayor abundamiento puede no entregarla; y si puede no entregarla, lógicamente no está obligado a hacerlo.

2. *Las obligaciones del depositario*

A. La primera obligación del depositario es recibir la cosa, aun cuando no exista obligación del depositante de entregarla, ya que precisamente el recibir, el conservar y el restituir, constituyen la razón misma de ser de este contrato. Si el depositante no entrega la cosa, no significa que el de-

positario no tenga la obligación de recibirla y por la simple celebración del contrato, el depositario debe ponerse y conservarse en aptitud de poder recibir y conservar la cosa y por lo tanto, también nace por ese hecho su derecho a cobrar la remuneración pactada o la que sea conforme a los usos del lugar (2516).

B. El depositario tiene la obligación de guardar y conservar la cosa (2516) y es responsable de los daños y deterioros o pérdida de la cosa si sobrevienen por su malicia, es decir, por su intención de causar daño, y por su negligencia, que es su culpa (2522). Esta conservación debe ser según se haya recibido la cosa; esto es, debe conservarla en el estado en que se recibió.⁵

C. Por último, tiene la obligación de restituir la cosa (2516). La restitución debe hacerse cuando venza el plazo fijado en el contrato o cuando la pida el depositante, aun cuando no haya vencido ese plazo o no se hubiere fijado ninguno (2522). Por su parte, el depositario puede devolver la cosa antes del vencimiento del plazo pactado si prueba judicialmente una causa justa (2529),⁶ ya que de no ser así incumpliría su contrato y podrá ser obligado al pago de daños y perjuicios o al cumplimiento forzoso (1949); y puede también devolver la cosa cuando lo estime pertinente, si no se fijó contractualmente un plazo al efecto, pero debe dar un aviso con prudente anticipación al depositante si se requiere preparar algo para la guarda de la cosa (2531).

El lugar de restitución debe ser el estipulado y a falta de pacto el lugar en donde se halle depositada la cosa (2527).

En relación al modo, como ya se indicó, debe restituirse precisamente la cosa depositada y no otra.

La falta de convenio expreso, si existen varios depositantes, el depositario sólo puede restituir previo el consentimiento de la mayoría, computado por cantidades y no por personas (2525), y puede devolver una parte de la cosa a cada depositante, si al constituirse éste se señaló la que a cada uno correspondía (2526).

El depositario no puede retener la cosa aduciendo que no le han pagado la remuneración a que tiene derecho (2533) y tampoco puede retenerla

⁵ Cuidar o conservar la cosa. Esta obligación implica la custodia material, para conservar la integridad física de la cosa, y la custodia jurídica consiste en la realización de actos conservatorios, como por ejemplo, la interpelación judicial para evitar la prescripción extintiva de un crédito, el cobro de intereses o del crédito mismo, el ejercicio de interdictos posesorios por parte del depositario como poseedor derivado". Sánchez Medial, Ramón. *ob. cit.*, p. 223.

⁶ La ley no aclara que debe entenderse por "justa causa", pero desde un punto de vista práctico, pueden considerarse, entre otras, las siguientes: a) Si el depositante no cumple con sus obligaciones; b) Si tiene el temor fundado de sufrir un daño si continúa en posesión del bien, y c) Si existe la posibilidad de que la cosa llegue a perecer o a demeritarse si continúa en su poder.

como prenda para garantizar otro crédito que tenga contra el depositante (2534).⁷

Sin embargo, existen cuatro supuestos en que el depositario puede retener la cosa aun cuando se la pida el depositante:

a) Si tiene conocimiento de que la cosa es robada y quien es el verdadero dueño, en cuyo caso debe dar aviso a éste o a la autoridad competente con la reserva debida y si dentro del plazo de ocho días no se le manda judicialmente retenerla o entregarla, puede devolverla al depositante sin responsabilidad para él (2523 y 2524).

b) Si judicialmente se le manda retener o embargar (2528).

c) Si descubre o prueba que la cosa es suya; y si el depositante insiste en la devolución, puede pedir al juez orden para retenerla o depositarla judicialmente (2530); y

d) Si judicialmente se le permite retenerla para garantizar el cobro de la remuneración a que tiene derecho por efecto del contrato (2533).

Las obligaciones de conservar y restituir, dependen de la entrega de la cosa que haga el depositante.

VII. LAS CAUSAS DE TERMINACIÓN.—Este contrato termina por causas específicas y por causas generales a todos los contratos.

Como causas específicas, por vencimiento del plazo pactado, y por la devolución de la cosa en los términos ya estudiados anteriormente.

Como causas generales, por perecimiento de la cosa, por nulidad, por rescisión, por confusión, etc.

VIII. LAS CLASES.—De conformidad con varios ordenamientos diferentes el Código Civil, el depósito puede ser:

1. *Depósito mercantil*. Cuando las cosas depositadas sean objeto de comercio, se haga como consecuencia de una operación mercantil, se haga por causas de comercio los depósitos en Almacenes Generales (75 fracciones XVII y XVIII del Código de Comercio). Igualmente será depósito mercantil el bancario de dinero o de títulos de crédito. Este depósito se regula por el Código de Comercio (artículos 332 a 338), la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito (artículos 267 a 287) y la Ley de Instituciones de Crédito.

El artículo 332 del código de comercio señala que “se estima mercantil el depósito si las cosas depositadas son objeto de comercio o si se hace a consecuencia de una operación mercantil”.

El depósito mercantil, como el civil, es generalmente oneroso, excepto cuando haya pacto expreso en contrario y si no se fija una remuneración en el contrato, ésta se arreglará conforme a los usos de la plaza en que se constituya.

⁷ Ver en el glosario “el derecho de retención”.

A diferencia del civil, el depósito mercantil es real, ya que conforme al artículo 334 el depósito queda constituido mediante la entrega al depositario de la cosa que constituya su objeto.

En el depósito mercantil, como en el civil, el depositario responde de los menoscabos, daños y perjuicios que las cosas depositadas sufran por su malicia o negligencia.

Como depósito regular, puede constituirse respecto de numerario con especificación de las monedas que lo constituyan o cuando se entreguen en sobres cerrados y sellados. Si el depositario con el consentimiento del depositante dispusiese para sí o para sus negocios de las cosas que fueren materia del depósito, cesarán los derechos y obligaciones propios del depositante, surgiendo los del contrato que se celebrare.

Los artículos del 229 al 251 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, reglamenta los certificados de depósito y los bonos de prenda que tienen una relación directa con el depósito hecho en Almacenes Generales de Depósito, como Organizaciones Auxiliares del Crédito.

El certificado de depósito, es el título de crédito que acredita la propiedad de las mercancías o bienes depositados en un Almacén General de Depósito.

El bono de prenda es el título de crédito que acredita la constitución de un crédito prendario sobre las mercancías o bienes indicados en el certificado de depósito correspondiente.

2. *Depósito administrativo.* Cuando el mismo se realice como consecuencia del cumplimiento de una disposición administrativa. Generalmente esta operación es una forma de garantizar el cumplimiento de obligaciones, por lo que técnicamente es una prenda y no un contrato de depósito, aunque así se le denomina en las leyes administrativas que lo establecen. (Art. 141 del Código Fiscal de la Federación).

3. *Depósito judicial.* Es aquel que “se constituye por decreto del juez”. (2544). Técnicamente éste no es un contrato de depósito, sino un acto de carácter procesal que se rige por disposiciones del código de procedimientos civiles (2545) y sólo en forma supletoria por las normas del secuestro convencional.

4. *El llamado secuestro convencional.* Es el depósito que de común acuerdo hacen los litigantes en un juicio respecto de la cosa controvertida, en poder de un tercero, quien debe devolverla a quien resulte vencedor en el procedimiento, con sentencia firme a su favor, o a todos los depositantes cuando de común acuerdo la pidan o por una causa que el juez declare legítima (2542). Al secuestro convencional se le aplican supletoriamente las normas del depósito (2543).

5. *Depósito irregular*. Es aquel que recae sobre bienes fungibles y faculta al depositario a disponer de los bienes con la obligación de restituir otros de la misma especie y calidad, cuando sea requerido para ello por el depositante. Un ejemplo, es el depósito bancario de dinero en banca de depósito. En materia civil, no existen depósitos irregulares, en que se permita al depositario disponer de los bienes, porque técnicamente serían contratos de mutuo, ya que el depósito no transmite la propiedad de los bienes y por lo tanto deben restituirse los bienes recibidos en especie.

6. *Depósito de garantía*. Es aquel depósito que se celebra en beneficio del depositario y no del depositante y en el que no existe la obligación de aquél de devolver los bienes, porque están destinados a ser objeto de un contrato o acto translativo de dominio en favor del depositario, a menos que se resuelva la obligación que dio origen al depósito. *V. gr.* cuando el promitente vendedor entrega la cosa que será objeto de la compraventa que se obliga a celebrar, al beneficiario, para garantizar el cumplimiento de su obligación de celebrar el contrato. También recibe el nombre de depósito en garantía aquel que se celebra para garantizar el cumplimiento de una obligación y que le da derecho al acreedor, en caso de incumplimiento del deudor, a ser pagado con el valor de esos bienes. Este contrato técnicamente no es un depósito, sino una prenda.

7. *Depósito voluntario y depósito necesario*. Para efecto de imponer mayores responsabilidades en el cuidado y custodia de las cosas depositadas, en Argentina el Art. 2187 del Código Civil distingue entre el depósito voluntario y el necesario. “Será voluntario cuando la elección del depositario dependa meramente de la voluntad del depositante; y necesario, cuando se haga por ocasión de algún desastre, como incendio, ruina, saqueo, naufragio u otros semejantes, o de los efectos introducidos en las casas destinadas a recibir viajeros”.

CAPÍTULO XIV

EL CONTRATO DE MANDATO

SUMARIO: I. El concepto.—II. Las características.—III. La distinción con otras figuras afines: 1. El mandato y la representación.—2. El mandato y el poder.—3. El mandato y el contrato de prestación de servicios profesionales.—IV.—La clasificación.—V.—Los elementos: 1. El consentimiento.—2. El objeto.—3.—La forma.—VI.—Los presupuestos: 1. La capacidad.—2. La ausencia de vicios en el consentimiento y la licitud.—VII. Las consecuencias: 1. Las obligaciones del mandante.—2. Las obligaciones del mandatario.—VIII. Las causas de terminación.—IX. Las clases de mandatos: 1. Mandatos gratuitos y onerosos.—2. Mandatos con representación y no representativos.—3. Mandatos civiles y mercantiles.—X. Clases de poderes: 1. Poderes generales y especiales.—2. Poderes revocables e irrevocables.—3. El poder judicial.—XI. Contrato celebrado a nombre de otro por quien no es su representante.—XII. Ejemplos de mandatos y de poderes.

I. EL CONCEPTO.—El contrato de mandato es aquel por virtud del cual una persona llamada mandatario se obliga a ejecutar, por cuenta de otra llamada mandante, los actos jurídicos que ésta le encarga.¹

II. LAS CARACTERÍSTICAS

1. Es un contrato de prestación de servicios. El contenido de la conducta del mandatario manifestada como una prestación, es un hacer, consistente en actos jurídicos.

2. Los actos que debe ejecutar el mandatario, son precisamente actos jurídicos y no hechos materiales.

3. Los actos jurídicos que realice el mandatario, como consecuencia del contrato, siempre serán por cuenta del mandante, lo que significa que inmediata o mediatamente repercutirán en el patrimonio, o en general, en la esfera jurídica de éste.

4. Por último y desde un punto de vista negativo, el mandatario no

¹ "Mandato (contrato de mandato propiamente) es el contrato por el cual una de las partes (el mandatario) se obliga, hacia la otra (el mandante) a la gestión gratuita de negocios que se le encargan." Enneccerus, Ludwig, *ob. cit.*, vol. segundo. Doctrina Especial. Primera parte, p. 588.

obra siempre e indefectiblemente a nombre del mandante, pues puede obrar a nombre propio.

III. LA DISTINCIÓN CON OTRAS FIGURAS AFINES.—Las características anotadas diferencian con toda precisión al mandato de cualquier otra figura jurídica.

Sin embargo, en la práctica forense y también en la legislación, tiende a confundirse o a equipararse el mandato con el poder o con la representación y en ocasiones con el contrato de prestación de servicios profesionales, por lo que es procedente establecer las distinciones que existen entre ellos.

Hay que recalcar en primer término que el mandato es un contrato, esto es, un acuerdo de voluntades entre dos personas y que origina obligaciones y derechos para ellos. Es un acto que produce efectos entre los contratantes, independientemente de las relaciones que se establecen entre el mandatario y terceras personas, como consecuencia de la realización de los actos jurídicos que realice el mandatario en cumplimiento de sus obligaciones derivadas del contrato.

1. *El mandato y la representación.* La representación es la figura jurídica que permite alterar o modificar el ámbito personal o patrimonial de una persona, por la actuación de otra capaz, quien actúa siempre a nombre de la primera.²

La representación puede conferirse directa y exclusivamente por la ley, como en el caso de la patria potestad; por el simple hecho del nacimiento de una persona física, sus padres son sus representantes en ejercicio de la patria potestad. También puede conferirse por virtud de un procedimiento judicial con fundamento en una norma que imponga la necesidad de nombrar un representante a una persona que sea incapaz de hacer valer por sí misma sus derechos o cumplir con sus obligaciones, a un ausente o a un sujeto o sujetos que sean causahabientes a título universal de otro que ha fallecido, como es el caso de los tutores, del representante del ausente o del albacea. No obstante que la representación es una figura jurídica y que por lo tanto toda representación es siempre legal, este tipo especial de representación toma la calificación de legal, para diferenciarla de aquella que no es imprescindible y necesaria, sino que se confiere intencionalmente y a la que se califica de voluntaria.

² "La representación. 406. Noción: Hay representación cuando una persona celebra a nombre y por cuenta de otra un contrato (o en general un acto jurídico) de manera que sus efectos se producen directa e inmediatamente en la persona y en el patrimonio del representado, como si él mismo hubiera celebrado el contrato (o ejecutado el acto); se produce una relación obligatoria directa entre el representado y un tercero." Borja Soriano, Manuel, *Teoría general de las obligaciones*. Tomo primero, 6a. ed., Porrúa, México, 1969, p. 280.

Si la representación se confiere deliberadamente por una persona capaz a otra, para que a su nombre realice determinados actos jurídicos, toma el nombre de voluntaria.

Se puede señalar como diferencias principales entre estas dos clases de representación, las siguientes: la representación legal es necesaria, ya que de otra manera se suprimiría la personalidad jurídica de las personas que no pudieran hacer valer por sí mismas sus derechos, y la situación de no tener un derecho se equipara a tenerlo y no poder hacerlo valer; es en términos generales irrenunciable, porque se dejarían desamparados a los incapaces; no es revocable, porque el incapaz no puede realizar el acto revocatorio, y las facultades del representante son fijas, ya que ni él ni su representado las pueden restringir ni ampliar. La representación voluntaria en cambio, es prescindible, eludible, revocable a voluntad del representado, renunciable por el representante y las facultades del representante son variables, diversas, según la intención de quien las confiere.³

La distinción entre mandato y representación salta a la vista si se toman en cuenta los conceptos de uno y otra y las características del primero. El mandato es un contrato; la representación no. El mandato nace por el acuerdo de las voluntades de mandante y mandatario; la representación legal se origina directamente por la ley o de un procedimiento fundado en una norma de derecho. El mandatario sólo puede realizar actos jurídicos, en cambio el representante legal o voluntario puede realizar actos jurídicos o materiales, ya que la ley no establece ninguna limitación. Por último, puede celebrarse un mandato con representación, caso en el cual el mandatario deberá obrar en nombre del mandante y por su cuenta, o puede celebrarse sin representación y en ese supuesto, el mandatario deberá obrar a nombre propio aunque por cuenta del mandante.

De lo anterior se desprende que existen mandatos con o sin representación; y representación con o sin mandato.

2. *El mandato y el poder.* El poder o apoderamiento es el acto unilateral de voluntad por medio o por conducto del cual se confiere la representación voluntaria.

Para otorgar un poder, basta la comparecencia del interesado ante el notario (si se hace en escritura pública) o la actividad individual del sujeto (si se hace documento privado), para expresar su deseo de conferir a una

³ Puede encontrarse un tipo o clase adicional de representación que sería intermedia entre la legal y la voluntaria, la llamada estatutaria, que es la representación que se confiere por las personas morales a las personas físicas, para que actúen a su nombre y así poder hacer valer sus derechos y cumplir con sus obligaciones. Esta representación se confiere mediante un acto de designación y tiene como característica el ser indispensable y necesaria, pero es revocable, renunciable y las facultades del representante pueden ampliarse o restringirse en los términos del estatuto social.

persona ciertas facultades para que ésta pueda realizar determinados actos a nombre del poderdante.

El poder es el instrumento o el medio para conferir la representación voluntaria. Un apoderado siempre actúa en nombre del poderdante o representado.

Cuando se confiere a una persona facultades para realizar cierto tipo de actos a nombre de otra, se presume lógicamente que existe un convenio previo o una relación anterior entre el poderdante y el apoderado. Si tal relación no existe podría decirse válidamente que ese acto de otorgamiento de facultades es un "poder a lo loco". En este momento el lector podría ir ante un notario y otorgar un poder para actos de administración al autor de este libro sin que exista un negocio previo entre ambos. El poder existe, pero sería un acto atolondrado, insensato y por ende no origina consecuencias jurídicas. Puede llegar a manos del apoderado y éste no sabría qué hacer con él, no tendría posibilidad seria de actuar. Sería un "poder a lo loco".

El negocio previo o el convenio preexistente entre el poderdante y el apoderado es el negocio subyacente del poder. Este negocio puede ser de lo más variado. Si una persona vende a otra un bien y las partes no desean documentar formalmente el acto por cualquier razón, pueden convenir en que el vendedor otorgue al comprador facultades para que actuando en su nombre pueda éste realizar cualquier acto de disposición, de administración o para pleitos y cobranzas en relación al bien vendido; en este caso el negocio subyacente será un contrato de compraventa. Un padre puede otorgar un poder a su hijo para que venda un inmueble y se aproveche del producto de la venta en forma gratuita; en este supuesto el negocio subyacente será un contrato de donación. Un cliente puede otorgar facultades a un licenciado en derecho para que en su nombre plantee o conteste una demanda judicial, por haberse celebrado un contrato de prestación de servicios profesionales entre ellos, siendo este contrato en este supuesto, el negocio subyacente. Una persona puede otorgar un poder para que otra cobre de un tercero, en su nombre, una suma de dinero que se le adeuda, como consecuencia de haberse celebrado entre ambos un contrato de cesión de derechos, que en este caso sería el negocio subyacente. En todos estos supuestos, así como en muchos otros que pueden plantearse, existe un poder que no tiene ninguna relación con el contrato de mandato. Así, existen poderes con compraventa, con donación, con el contrato de prestación de servicios profesionales, con cesión de derechos, etc., y por lo tanto, existen poderes sin mandato.

Es usual y común que el poder tenga como antecedente, como negocio previo o subyacente, un contrato de mandato. Pueden dos personas celebrar un contrato de mandato, por virtud del cual, una se obliga a comprar para la otra un inmueble, a conservarlo y a efectuar pagos de contribucio-

nes mientras lo entrega y a cambio recibir una prestación determinada. Para que pueda realizar esos actos, si la intención de los interesados es que se realicen a nombre de la primera, deberá otorgarse un poder. Este poder puede otorgarse dentro del mismo contrato de mandato, si no hay inconveniente en que terceras personas conozcan los compromisos de los contratantes, u otorgarse por separado. En cualquiera de ambos casos, existirá un mandato con poder. En ocasiones es indispensable otorgar el poder como consecuencia del contrato de mandato. Piénsese en el supuesto de un joven que celebra un contrato de mandato con otro, para que éste realice los actos jurídicos consistentes en casarse con su novia y en pactar determinadas capitulaciones matrimoniales y como contraprestación por la realización de esos actos, se obliga a pagarle una suma de dinero y a indemnizarlo de los gastos que realice. Se requiere el otorgamiento del poder para que el mandatario actúe en nombre del mandante y tal poder también puede otorgarse en el mismo acto y documento en que se consigne el mandato o por separado.

Existen circunstancias en que el mandatario debe actuar en nombre propio y por lo tanto no puede otorgarse un poder, ya que éste implica necesariamente el actuar a nombre del poderdante. Si un organismo público pretende desarrollar un proyecto importante y de interés social en una región y requiere comprar varios inmuebles, puede celebrar un contrato de mandato con una persona, para que ésta en nombre propio, compre poco a poco esos bienes, los conserve a su nombre y en su oportunidad los titule a nombre del organismo. Si los actuales propietarios de los predios que se pretenden adquirir supieran de aquel proyecto o que los bienes simplemente los pretende adquirir un organismo público, podría despertarse su codicia y vender a un precio más elevado o pretender conservar los bienes para que éstos incrementen su valor con la plusvalía que les daría el desarrollo del proyecto. Aquí, necesariamente, se celebraría un mandato sin poder.

Cuando se celebra un contrato de mandato con poder, recibe el nombre doctrinal de mandato con representación. Si se celebra sin poder, se llama contrato de mandato sin representación.

Como diferencias fundamentales entre mandato y poder se pueden señalar las siguientes: el mandato es un contrato; el poder es un acto monosubjetivo.⁴ Por el contrato de mandato se crean obligaciones y derechos entre mandante y mandatario; por el otorgamiento del poder, sólo se confieren facultades para la realización de actos a nombre del poderdante, no se originan obligaciones o derechos, ya que éstos se crean o tienen su ori-

⁴ Barrera Graf, Jorge, *La representación voluntaria en el derecho privado*. Instituto de Derecho Comparado, UNAM, México, 1967, p. 52.

gen en el negocio subyacente, pero no en el poder. El mandato es un acto que sólo interesa a los contratantes —con las excepciones generales de la máxima “*res inter alios acta...*”—, es un acto privado; en cambio, el poder es un acto público, ostensible, que necesariamente deben conocer las personas que tratan con el apoderado. En el mandato, el mandatario puede actuar a nombre propio; en el poder, el apoderado sólo puede, en su ejercicio, actuar en nombre del poderdante. En el mandato, el mandatario sólo puede realizar actos jurídicos; en cambio, el apoderado no tiene esa limitación impuesta por la ley y por lo tanto nada impide que pueda realizar actos materiales. En el mandato el mandante no requiere necesariamente una capacidad especial en el momento de la celebración del contrato o en el momento en que el mandatario realice los actos, para adquirir los derechos que pueden generarse por la actuación del mandatario cuando éste actúa sin representación, y puede adquirir esa capacidad con posterioridad; en cambio, el poderdante sí requiere de esa capacidad cuando actúe el apoderado.

De lo anterior se desprende que puede haber mandatos con poder, mandatos sin poder y poderes sin mandato.⁵

3. *El mandato y el contrato de prestaciones de servicios profesionales.* El mandatario sólo puede realizar actos jurídicos; el profesor, en cambio, realiza generalmente actos materiales. Tales son los actos que realiza un profesional de la medicina, de la arquitectura, de la ingeniería, etcétera.

El mandatario puede actuar a nombre propio y a nombre del mandante; el profesor siempre actúa en nombre propio y por su cuenta al hacer ejercicio de su actividad profesional, aunque los actos los realice en beneficio de su cliente, y

Por último, los actos que realiza un profesional siempre son técnicos y los que realiza un mandatario no.

IV. LA CLASIFICACIÓN.—Es un contrato generalmente *bilateral*, porque existen obligaciones recíprocas entre las partes como se verá más adelante y sólo por excepción *unilateral*, cuando se pacte expresamente que el mandante no tendrá obligación de retribuir al mandatario; generalmente *oneroso*, por existir provechos y gravámenes recíprocos y también por excepción *gratuito*, cuando no exista retribución para el mandatario; *principal*, porque su existencia y validez no dependen de la existencia o validez de otro contrato u obligación previamente existentes o válidos; es un contrato

⁵ El señor licenciado y ahora notario público del Distrito Federal, don Rafael Oliveros Lara, presentó para optar por el grado de licenciado en derecho, en la Facultad de Derecho de la UNAM (1975) una tesis muy interesante titulada *El poder y el mandato en derecho civil mexicano* y dio oportunidad al autor de este libro para que se la dirigiera, en donde se pueden apreciar los estudios serios y enjundiosos de este joven jurista, en relación con estos temas.

instantáneo, pero de los que generan obligaciones que no pueden cumplirse en un solo acto inmediatamente después de su celebración, sino que requieren forzosamente de un lapso entre su perfeccionamiento y la del cumplimiento de las obligaciones que genera, ya que el mandante, al encomendar la realización de ciertos actos jurídicos al mandatario, no quiere o no puede físicamente realizarlos por su propio derecho y de ahí que le encargue a otro, por lo que deberán estudiarse las causas de su terminación, lo que no significa que sea un contrato preparatorio, porque las partes no se están obligando a celebrar un contrato determinado en cierto tiempo; es un contrato *formal*, en oposición a consensual, porque la ley siempre exige una forma determinada para la validez del contrato; por último, es un contrato *intuitu personae* por celebrarse en atención a las cualidades personales del mandatario.

V. LOS ELEMENTOS

1. *El consentimiento*. El consentimiento en este contrato, consiste en el acuerdo de voluntades entre el mandante y el mandatario para encomendar al primero la realización de determinados actos jurídicos y aceptar el segundo su ejecución.

El consentimiento en todo contrato se integra, lógicamente, por la aceptación que hace una persona de la policitud de otra y el mandato no escapa a esta regla general, por lo que es ociosa la disposición contenida en el artículo 2547 que establece que el mandato “se reputa perfecto por la aceptación del mandatario”. Además, “el consentimiento puede ser expreso o tácito” (1803) y por ende, será expreso si el mandatario manifiesta su voluntad de celebrar el contrato en forma indubitable ya sea por escrito o verbalmente, y será tácito por la ejecución de los actos jurídicos encomendados (2547).

En relación con este tema, varios autores mexicanos⁶ opinan que el silencio constituye una forma de aceptación por parte del mandatario, ya que el segundo párrafo del artículo 2547 del código establece: “El mandato que implica el ejercicio de una profesión se presume aceptado cuando es conferido a personas que ofrecen al público el ejercicio de su profesión, por el solo hecho de que no lo rehúsen dentro de los tres días siguientes.”

⁶ Rojina Villegas, Rafael, *ob. cit.*, tomo sexto, vol. II, p. 244: “En efecto, el acuerdo de voluntades puede realizarse en forma expresa o tácita por parte del mandatario y también, en algunos poderes, el silencio del mandatario equivalente a aceptación.”

García López, Agustín. Apuntes citados, p. 256: “...Pero también se entenderá aceptado el mandato por el silencio del mandatario. Éste es uno de los casos de excepción de nuestro derecho respecto a que el silencio no implica aceptación tácita. En efecto, previene el artículo 2547 que...”

Treviño García, Ricardo, *ob. cit.*, p. 278: “Es el único contrato en que el silencio produce efectos jurídicos.”

Deben hacerse a este respecto algunas aclaraciones. En primer lugar, el artículo confunde los contratos de mandato y de prestación de servicios profesionales, ya que requiere que la persona a quien va dirigida la comunicación ofrezca al público “el ejercicio de su profesión”, por lo que el artículo debiera estar situado dentro del capítulo II del título décimo de la segunda parte del libro cuarto del código, que regula al contrato de prestación de servicios profesionales y no en el título noveno que se refiere al mandato. En segundo término, para que esa disposición pueda ser operante, se requiere que el posible cliente formule una clara y completa policitud del contrato de prestación de servicios profesionales, señalado con toda precisión el servicio que pretende recibir del profesor; y por último, se requiere que le proporcione al profesional los medios necesarios para que éste pueda actuar. Da a entender el artículo que debe recibirse un poder (ya que el código confunde los términos de poder y mandato) que faculte a quien ofrece al público el ejercicio de su profesión, para actuar en determinado negocio y que si no se rehúsa su ejercicio en el término señalado, se tiene la obligación de actuar conforme a las facultades conferidas. El artículo puede ser operante si junto con el poder se recibe la policitud adecuada de un contrato de prestación de servicios profesionales, ya que, como se ha indicado antes, el sólo otorgamiento de un poder no produce obligaciones ni derechos para el poderdante ni para el apoderado.

2. *El objeto.* El hecho, como contenido del hacer que es la manifestación de la conducta que constituye el objeto del contrato, debe consistir en actos jurídicos.

En otras palabras, el objeto de este contrato lo constituyen actos jurídicos (no materiales), los que deben ser posibles para la existencia misma del contrato, y lícitos para su validez; ya que si no son posibles jurídica o naturalmente, no existiría objeto y por lo tanto el contrato como mandato, sería inexistente. Así, no es posible jurídicamente encomendar el otorgamiento de un testamento; y no es posible naturalmente encomendar la adquisición de un minotauro real. Si los actos son ilícitos, el contrato estará afectado de una nulidad absoluta, amén de que técnicamente no serían actos, sino hechos (ilícitos). Como una aplicación de este criterio, se puede señalar que es nulo de pleno derecho el mandato por el que se encomienda a una persona vender estupefacientes a estudiantes universitarios.

3. *La forma.* La ley siempre exige una forma determinada para la celebración válida de este contrato. Debe ser en forma verbal o por escrito.

Sólo puede celebrarse verbalmente, si el interés del negocio para el que se concede no excede de la cantidad que resulte de multiplicar por cincuenta el salario mínimo general vigente en el Distrito Federal al momento de otorgarse (2556), pero debe ratificarse por escrito, antes de que

concluya el negocio para el que se otorgó y no se requiere que haya testigos (2552).

Si el interés del negocio excede de la cantidad que resulte de multiplicar por cincuenta el salario mínimo general vigente en el Distrito Federal, pero no de la que resulte de multiplicar ese salario por mil, el mandato podrá otorgarse en escrito privado firmado ante dos testigos, sin que sea necesaria la ratificación de las firmas (2556).

Por último, debe constar en escritura pública o en documento privado firmado ante dos testigos y ratificadas las firmas del otorgante y testigos ante notario, ante juez o ante la autoridad administrativa ante quien se vaya a hacer valer el documento: *a)* Cuando sea general. *b)* Cuando el interés del negocio para el que se confiere excede de la cantidad que resulte de multiplicar por mil el salario mínimo general vigente en el Distrito Federal, y *c)* Cuando los actos que deba ejecutar el mandatario a nombre del mandante, deban constar para su validez en escritura pública conforme a la ley (2555).

La falta de forma en los términos indicados, produce la nulidad relativa del contrato, ya que puede confirmarse el acto dándole la forma omitida (2231). "La acción y la excepción de nulidad por falta de forma compete a todos los interesados (2229) y la ley reputa interesado además del mandante y mandatario, a los terceros que hayan tenido relación con éste si procedieron de buena fe (2558 en sentido contrario). Hay que tener presente que si la voluntad de las partes consta de manera fehaciente, cualquier interesado puede exigir que se le dé al contrato la forma omitida (2232).

En materia de la forma en el contrato de donación, ya se hizo una crítica a los funcionarios públicos que no respetan la ley, y ahora, no se pasará por alto otra en esta materia de mandato. En el *Diario Oficial* del 27 de enero de 1994, aparece publicado el poder general para pleitos y cobranzas que otorgó el procurador general de Justicia del Distrito Federal, licenciado Humberto Benítez Treviño en favor de varios licenciados en derecho, empleados de la misma dependencia. Si los funcionarios públicos no respetan la ley, están dando un pésimo ejemplo a la ciudadanía; y este caso es más grave que el señalado en materia de donación, porque en aquél puede justificarse la actuación del funcionario diciendo que no es perito en derecho y que tenía malos asesores, pero en éste, el procurador de Justicia por ley debe ser abogado y no obstante no cumple con la ley, debiendo conocerla. Si la conoce y no la cumple, malo. Si no la conoce, peor. Una vez más el autor de este libro hace votos sinceros porque a futuro se cuiden estos detalles de su conocimiento.

VI. LOS PRESUPUESTOS

1. *La capacidad.* En este contrato los principios sobre la capacidad operan en forma diversa según se trate del mandante o del mandatario.

A. *La capacidad del mandante.* El mandante requiere la capacidad normal de ejercicio para celebrar este contrato, pero también pueden celebrarlo los menores de edad y los incapaces por conducto de sus representantes legales. Los ascendientes en ejercicio de la patria potestad, pueden celebrar un contrato de mandato con una persona para la realización de determinados actos jurídicos por cuenta de los menores. También pueden otorgar poderes con ese carácter para la realización de actos de administración y pleitos y cobranzas y aun para ejercer actos de dominio con la salvedad de que el apoderado deberá satisfacer los requisitos legales para hacer ejercicio de sus facultades, como las de obtener la autorización judicial si se enajenan inmuebles (436).

Además, se requiere que el poderdante tenga capacidad para ser titular de los derechos y obligaciones que le origine el ejercicio de las facultades conferidas al mandatario. Por eso, sólo una persona de nacionalidad mexicana (si es sociedad debe tener cláusula de exclusión de extranjeros) puede celebrar el contrato de mandato para que otra adquiera a su nombre un inmueble ubicado en zona prohibida.

Por último, también es necesario que el mandante tenga la capacidad especial respecto a los bienes en relación con los cuales se refieran los actos jurídicos que realice el mandatario, si se va a disponer de ellos. Así, se requerirá que el mandante sea propietario del bien si encarga a otro su venta, o que pueda disponer del uso o uso y goce si encarga el darlo en arrendamiento.

B. *La capacidad del mandatario.* Para determinar la capacidad que requiere el mandatario, debe distinguirse si el mandato es con representación o sin representación.

Si el mandato es con representación, el mandatario sólo requerirá de una capacidad general de ejercicio, ya que todas las consecuencias de los actos que realice se imputarán directamente al mandante.

Si el mandato es sin representación, el mandatario requerirá, además de la capacidad de ejercicio para poder actuar, de la capacidad de goce necesaria para poder ser titular en lo personal de los derechos y obligaciones que se originen de los actos que realice en su propio nombre.

2. La ausencia de vicios en el consentimiento y la licitud en el objeto, motivo o fin del contrato, siguen las reglas generales y no sufren modificación alguna en este contrato.

VII. LAS CONSECUENCIAS.—Las consecuencias que origina la celebración de este contrato, como cualquier otro, son la creación de obligaciones.

1. *Las obligaciones del mandante:*

A. *Retribuir al mandatario.* El artículo 2549 establece que “Solamente será gratuito el mandato cuando así se haya convenido expresamente.”

Por eso, el mandatario tiene derecho a una retribución por los actos jurídicos que realice por cuenta del mandante, con la única excepción de que se haya pactado expresamente la gratuidad en el contrato. La retribución puede consistir en cualquier clase de bienes o servicios con las únicas limitaciones normales que establece la teoría general de las obligaciones en el sentido de que la conducta regulada del deudor sea lícita y posible. El problema que puede presentarse es el que origina la falta de estipulación expresa respecto a la gratuidad y onerosidad del contrato. Si no hubo pacto expreso, el mandante debe retribuir al mandatario, pero la ley no señala, en la regulación de este contrato, cómo debe determinarse esa retribución. Aplicando por analogía las disposiciones del contrato de prestación de servicios profesionales, se considera que debe retribuirse conforme al arancel si los servicios prestados estuvieren regulados por él, y si no existiere, conforme a las costumbres del lugar, a la importancia de los actos realizados del negocio, a las posibilidades económicas del mandante y a la reputación del mandatario (2607).

B. Debe anticipar al mandatario, si éste lo pide, las cantidades necesarias para la ejecución de los actos encargados (2577).

C. Reembolsar al mandatario todas las cantidades que éste hubiera puesto para la ejecución de los actos encargados, con inclusión de los intereses legales sobre esas cantidades desde el día en que se hizo la erogación (2577).

D. Indemnizar al mandatario por los daños y perjuicios que hubiere sufrido por la ejecución de los actos encargados y que no se hayan originado por su culpa o imprudencia (2578).

El mandatario tiene derecho a retener en prenda los bienes que obren en su poder relacionados con el ejercicio de las facultades, mientras no le sean liquidadas las cantidades mencionadas en los incisos C y D (2579).

Si fueren varios los mandantes, todos quedan obligados solidariamente ante el mandatario en los términos expuestos (2580).

2. *Las obligaciones del mandatario.*

A. Debe ejecutar los actos jurídicos que constituyen el objeto del contrato (2546) en la siguiente forma:

a) Siguiendo las instrucciones recibidas por el mandante (2562).

b) Si no hubo instrucciones expresas, debe consultar con el mandante, siempre que lo permita la naturaleza del negocio; y si no es posible hacerlo o si tiene facultades para obrar discrecionalmente, lo hará cuidando del negocio como si fuera propio (2563).

c) Personalmente, a menos que tenga facultades para otorgar poderes a nombre del mandante o para sustituir sus facultades a un tercero. Si tiene facultades para otorgar poderes y lo hace, los actos jurídicos encomendados los podrá realizar tanto él, en lo personal, como el apoderado desig-

nado; pero si sustituye sus facultades, teniendo autorización para ello, no podrá actuar ya él, y sólo lo podrá hacer el sustituto, quien tendrá los derechos y obligaciones del mandatario (2576). Si el mandante designa la persona del sustituto, no podrá el mandatario nombrar a otro diferente; pero si sólo se le facultó para sustituir las facultades sin designarse específicamente a la persona del sustituto, el mandatario lo podrá hacer a quien él elija y sólo es responsable de los daños y perjuicios que se le pudieren originar al mandante, si la persona elegida fuera de mala fe o se hallare en notoria insolvencia (2575).

B. Debe dar aviso al mandante de cualquier circunstancia que pudiera determinar que éste modificara o revocara el encargo.

C. Debe rendir cuentas e informar de la ejecución de los actos encargados, en los términos convenidos, cuando sea requerido para ello por el mandante y en todo caso al término del contrato (2569 y 2566).

D. Debe entregar al mandante todo lo que hubiere recibido como consecuencia de la ejecución de los actos encomendados aun cuando lo recibido no fuere debido al mandante (2569 y 2570).

E. Debe indemnizar al mandante de todos los daños y perjuicios que éste sufra por el incumplimiento de sus obligaciones ya sea que haya obrado con violación a las instrucciones recibidas o con exceso del encargo (2565) y pagar los intereses de las sumas que pertenezcan al mandante y que hubiere distraído de su ejercicio invirtiéndolas en provecho propio, desde la fecha de la inversión, o que debiéndolas entregar no lo hubiere hecho, desde que se constituyó en mora (2572).

VIII. LAS CAUSAS DE TERMINACIÓN.—Son causas de terminación de este contrato, las siguientes:

1. Porque el mandante revoque al mandatario el encargo que le hubiere dado para la ejecución de los actos encargados. La revocación no implica la liberación de las obligaciones del mandante, ya que la validez y el cumplimiento de los contratos, no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes (1797).

2. Por la renuncia del mandatario a sus facultades para realizar los actos encargados. Como en el caso anterior su renuncia no implica la liberación de sus obligaciones.

Tanto quien revoque, como quien renuncie las facultades conferidas en un mandato, si lo hace en tiempo inoportuno, debe indemnizar a la otra parte por los daños y perjuicios que le origine. Con posterioridad se tratará de los mandatos no revocables.

3. Por muerte o interdicción del mandante o del mandatario.

4. Por vencimiento del plazo fijado en el contrato.

5. Por la conclusión del negocio que dio origen a la celebración del contrato.

6. Si el mandante desaparece o se ignora el lugar donde se halle y pasados tres años no garantiza el mandatario el resultado de sus gestiones en los mismos términos en que deba hacerlo el representante del ausente; y

7. Por nulidad y por resolución.

Al tratar del mandato judicial, se tratarán las causas específicas de terminación de esta clase de mandato.

En la actualidad es muy importante tomar en cuenta el lugar y fecha de otorgamiento del poder y de los contratos de mandato, ya que en algunos Estados de la república, su código civil les establece un plazo de vigencia. Así, el Código Civil para el Estado de México, en su artículo 7.768, indica: "El mandato debe contener el plazo por el que se confiere, de no contenerlo se presume que ha sido otorgado por tres años". Igual disposición se contiene en el Código Civil para el Estado de Michoacán.

En el Código Civil para el Distrito Federal, no existe una disposición similar y por lo tanto, los mandatos y poderes terminan sólo por las causas arriba señaladas, pero en los Estados en que sí se establezca, puede ser que al hacer ejercicio del poder no baste con que el apoderado manifieste que su poderdante o mandante tiene capacidad legal y que su representación conserve íntegro su vigor, por no habersele revocado ni limitado en forma alguna, porque puede estar extinguido por el vencimiento del plazo, que no en todos los casos es de tres años, puede ser de mayor o menor plazo.

IX. LAS CLASES DE MANDATOS. Los mandatos, como contratos, pueden clasificarse tomando en consideración si existe o no una contraprestación que deba pagar el mandante por los servicios que encarga al mandatario; si el mandante autoriza o no al mandatario a actuar en su nombre, o si están regulados por la legislación civil o mercantil. Así, existen las siguientes clases:

1. *Mandatos gratuitos y onerosos.* Son contratos de mandato gratuitos, exclusivamente aquellos en que se haya pactado expresamente entre mandante y mandatario, que éste no perciba retribución alguna, por la ejecución de los actos encomendados.

Son contratos de mandato onerosos, todos los demás, ya sea que se pacte expresamente que el mandatario percibirá una retribución por la ejecución del encargo o que simplemente no exista pacto al respecto, pues en este último supuesto, la retribución se regulará en los términos asentados al referirse a la primera obligación del mandante.

2. *Mandatos con representación y no representativos.* Los mandatos con representación son aquellos en los que el mandante otorga facultades al mandatario para que éste actúe en nombre del primero, y por lo tanto, los actos que realice el mandatario, repercutirán inmediatamente en la persona o patrimonio del mandante quien debe cumplir con todas las obligacio-

nes que aquél hubiere contraído dentro de los límites del mandato (2560 y 2581).

Los mandatos sin representación son aquellos en que se pacta que el mandatario deberá obrar a nombre propio y por lo tanto los efectos del contrato repercutirán en forma mediata en el patrimonio del mandante en virtud de que se está actuando por su cuenta, pero no inmediatamente y en este caso, el mandante “no tiene acción contra las personas con quienes el mandatario ha contratado, ni éstas tampoco contra el mandante” (2560 y 2561).

3. *Mandatos civiles y mercantiles.* El mandato mercantil es el que se aplica a actos concretos de comercio y recibe el nombre de comisión mercantil. Respecto a las partes se llama comitente a quien encarga la realización de los actos y comisionista a quien desempeña la comisión. Este contrato está regulado por los artículos del 273 al 308 del Código de comercio.

Son mandatos civiles los que no son mercantiles y que hagan referencia a actos que pueden llegar a afectar la situación personal o patrimonial del mandatario.

X. LAS CLASES DE PODERES. En virtud de que los mandatos son diferentes a los poderes, aun cuando la ley los confunde y trata de ellos en el mismo apartado, no deben confundirse las clases de unos con las clases de otros. Así, la clasificación de generales y especiales, de revocables y no revocables, y de judiciales o no, corresponde a los poderes y no a los mandatos, como se precisa a continuación.

1. *Poderes generales y especiales.* Esta clasificación es propia de los poderes, ya que los mandatos, por su propia naturaleza siempre son especiales, porque es un requisito de existencia de todo contrato la precisión y determinación de su objeto y al señalarse que en el contrato de mandato el mandatario se obliga a ejecutar los actos jurídicos que le encargue el mandante, se requiere precisar tales actos y al precisarlos, siempre será especial. En cambio, como el poderdante puede otorgar facultades amplias al apoderado dentro de cierto tipo de asuntos o restringirlas, para que pueda realizar los actos o hechos previstos en el negocio subyacente, a nombre del poderdante, los poderes serán generales o especiales. Ejemplo: se celebra un contrato de mandato entre A y B por virtud del cual B se compromete a adquirir una superficie de un mil metros cuadrados en determinada colonia, por cuenta y a nombre de A y puede requerirse la compra de tres o más terrenos, en la cual A pretende construir su casa habitación y como prestación pagará a B una cierta cantidad de dinero, y para que pueda cumplir con ese encargo, le otorga un poder general para actos de dominio.

Los poderes generales son aquellos que confieren al apoderado amplias facultades para pleitos y cobranzas, para actos de administración y

para actos de riguroso dominio, respecto de la totalidad de los bienes y derechos del poderdante o para una o dos de esas categorías de facultades amplias (2553 y 2554).

Por lo tanto existen tres tipos de poderes generales, a saber:

A. *Generales para pleitos y cobranzas* y bastará que se diga que se otorgan con todas las facultades generales, incluyendo las especiales que para su ejercicio requieran poder o cláusula especial, para que se entiendan conferidos sin limitación alguna (2554 párrafo primero).

B. *Generales para actos de administración* y bastará expresar que se otorgan con ese carácter para que el apoderado tenga clase de facultades administrativas. Este poder implica la facultad de cobranzas aunque no se especifique expresamente, porque al efectuar cobros debe considerarse desde un punto de vista técnico, como un acto administrativo y también implica la posibilidad de representar al poderdante en juicio, en asuntos de carácter estrictamente patrimonial, pero no en asuntos relacionados directamente con la situación personal del poderdante. Así, un apoderado general para actos de administración, podrá contestar una demanda de pago de pesos, pero no una de divorcio (2554 párrafo segundo); y

C. *Generales para actos de dominio* y bastará que se den con ese carácter, para que el apoderado tenga todas las facultades de dueño, tanto en lo relativo a los bienes, como para hacer toda clase de gestiones a fin de defenderlos, y por lo tanto este poder implica las facultades de administración y de pleitos y cobranzas en relación con los bienes del poderdante, aunque no se especifique expresamente (2554 párrafo tercero).

Los poderes especiales son aquellos que se otorgan para la realización de determinados actos jurídicos o los que habiéndose otorgado con facultades para pleitos y cobranzas, para actos de administración o para actos de dominio, se le imponen limitaciones al apoderado (2553 y 2554 párrafo cuarto).⁷

Siempre que se otorgue un poder general, como debe hacerse en escritura pública (o en documento privado ratificado ante notario) el fedatario que intervenga debe transcribir en los testimonios correspondientes, el artículo 2554 del Código Civil, por imperativo contenido en la última parte del mismo artículo.

⁷ El maestro don Ramón Sánchez Medal parece tener un criterio diverso al asentado y considerar que existe mandato general aun cuando se le impongan limitaciones a las facultades del mandatario señala: "Acertadamente suelen en la práctica combinarse las ventajas del mandato especial con las del mandato general, para que las facultades conferidas al mandatario no sean insuficientes, pero tampoco excedan peligrosamente la medida exigida por la finalidad del mandato que va a otorgarse. Con este doble propósito, se confiere al mandatario un *mandato general* en cualquiera de las tres especies previstas en el Art. 2554 del Código Civil, pero a la vez se limita expresamente en el texto del mismo contrato el ejercicio de dicho mandato sólo a todo lo referente a un determinado bien o a un determinado negocio". (Las cursivas no son del maestro don Ramón Sánchez Medal). *Ob. cit.*, p. 231.

2. *Poderes revocables y no revocables.* Siendo el poder un acto monosubjetivo de voluntad del poderdante que no origina obligaciones ni derechos ni para el poderdante ni para el apoderado (donde se originan unos y otros es en el negocio subyacente), puede el poderdante, en principio, revocarlo libremente. Además, el otorgamiento de un poder implica la autorización del poderdante al apoderado, para usar su nombre, para actuar necesariamente a nombre del primero y éste puede, por lo tanto, revocar libremente, en principio, esa autorización. Por ello, los poderes son por regla general revocables, y así lo reconoce la ley en el artículo 2596 cuando señala que el poderdante puede revocar el poder cuando y como le parezca. El artículo equivocadamente, como ya se indicó, señala que el mandante puede revocar el mandato cuando y como le parezca, pero lo que se revoca técnicamente es el poder, no el mandato. Los mandatos, como contratos se resuelven o se rescinden, pero no se revocan, aun cuando puedan revocarse las instrucciones o encargos encomendados al mandatario, pero esto no significa que puede revocarse el mandato, porque éste contiene no sólo ese encargo, sino que da origen a determinadas obligaciones del mandante que no pueden quedar en su cumplimiento a su arbitrio (1797).

Como excepción al principio general, los poderes pueden ser irrevocables si las facultades otorgadas al apoderado se hubieren estipulado, señala la ley (2596), como condición en un contrato bilateral o como un medio para cumplir una obligación contraída por el poderdante. La redacción de este artículo es poco afortunada y además, el empleo de la palabra "condición" es francamente equívoca, ya que el origen de la irrevocabilidad de un poder no puede ser una "condición" sino una obligación, y es también equívoco el señalamiento de que la irrevocabilidad obedece a una obligación en su contrato bilateral o como medio para cumplir una obligación contraída por el poderdante, porque es una repetición inútil y anfibológica. Bastaría con que el artículo señalara que el poderdante no puede revocar el poder cuando su otorgamiento se hubiere estipulado como una obligación en un contrato. Es claro que si en un contrato, que es el negocio subyacente, se obliga una de las partes a otorgar un poder y en cumplimiento de esa obligación lo otorga, no lo puede revocar posteriormente, porque si tal hiciera, estaría descumpliendo una obligación cumplida. Si ya de por sí es un ilícito civil el incumplimiento de una obligación, sería una aberración jurídica el que se permitiera descumplir una obligación cumplida, y tal sucedería, si legalmente se pudiera revocar el poder que su otorgamiento implica el cumplimiento de tal obligación. El artículo, ya se dijo, es poco afortunado porque además, en su última parte, señala que "la parte que revoque o renuncie al mandato (debe decir poder) en tiempo inoportuno debe indemnizar a la otra de los daños y perjuicios que le cause", originando la confusión de si tal revocación puede darse respecto de los poderes en general o también respecto de aquellos que su otorgamiento se estipuló como una obligación en un contrato, lo que ha dado como origen

en la práctica, que los poderdantes revoquen o pretendan revocar un poder conferido como irrevocable, aduciendo que lo revocan y admiten la responsabilidad del pago de los daños y perjuicios que puedan originarse al apoderado o a un tercero por tal revocación, y lo más dramático es que también algunos notarios se prestan a intervenir en tales revocaciones. Si el no otorgamiento del poder impuesto como una obligación en un contrato es un incumplimiento y por lo tanto un ilícito civil (1830 en relación al 1797) la revocación del poder otorgado en cumplimiento de una obligación, es el descumplimiento de la misma y por lo tanto doblemente ilícito y si por otra parte la Ley del Notariado para el Distrito Federal establece en su artículo 44 que queda prohibido a los notarios: "... VIII. Ejercer sus funciones si el objeto, el motivo —expresado o conocido por el notario—, o el fin del acto es contrario a la ley o a las buenas costumbres, asimismo si el objeto del acto es física o legalmente imposible..." obviamente ningún Notario podrá intervenir en la revocación de un poder otorgado como irrevocable

Por lo anterior, los poderes otorgados en cumplimiento de una obligación impuesta al poderdante son irrevocables. Puede no obstante demandarse, si existen razones para ello, la nulidad del contrato, negocio subyacente, en que se contenga la obligación del otorgamiento del poder o la nulidad sólo de esa obligación y como consecuencia, demandar la nulidad del poder, pero nunca revocar el poder.

En relación a los poderes irrevocables, el apoderado no puede renunciar al ejercicio de las facultades conferidas (2596). Podrá no hacer ejercicio de ellas, pero no puede renunciar al poder.

Por otra parte, cabría el cuestionamiento de si los poderes irrevocables terminen o no por la muerte del poderdante o del apoderado. La Ley (2395) señala que "el mandato (debería también indicar el poder pero por la confusión legal que existe entre ambas figuras no se dice) termina: ...III. Por la muerte del mandante o del mandatario (igualmente debería señalar también al poderdante o el apoderado)..." y por lo tanto es determinante que el poder deja de tener aplicación cuando fallece el poderdante o el apoderado y no existe más excepción a este principio, que la señalada por el Art. 2600 que indica que aunque el mandato (deberá indicarse el poder) termina por la muerte del mandante (poderdante) debe el mandatario (apoderado) continuar la administración, entre tanto los herederos proveen por sí mismos a los negocios, siempre que de lo contrario pueda resultar algún perjuicio. Debe de tenerse en cuenta que el poder no es un medio legal idóneo para asegurar el cumplimiento de obligaciones y que su utilización, cuando se pretende con él esta finalidad, lleva aparejado el riesgo de su falta de efectividad, por la muerte del poderdante o del apoderado. Además la utilización del poder entraña el uso del nombre del poderdante y la actuación jurídica de éste, y cuando un individuo fallece, deja de ser persona jurídica y por lo tanto ya no puede ser parte en rela-

ciones de derecho y el atributo de su personalidad que es el nombre, no puede seguir utilizándose en tales relaciones. Por ello y fuera de la excepción señalada en la ley, el fallecimiento del poderdante origina la terminación del poder.

3. *El poder judicial.* Es aquél en el cual se le confieren facultades al apoderado para actuar en procedimientos judiciales. A este poder se le aplican las mismas reglas que al poder común, con las siguientes excepciones:

A. El apoderado judicial, llamado procurador, requiere de facultades expresas para que pueda: desistirse, transigir, comprometer en árbitros, articular y absolver posiciones, hacer cesión de bienes, recusar, recibir pagos y para los demás actos que expresamente determine la ley. Sin embargo, si se otorga el poder como general con facultades amplias para pleitos y cobranzas, en los términos del artículo 2554, se entienden comprendidas las facultades enunciadas (2587).

B. Respecto a la forma, debe otorgarse en escritura pública o en documento presentado y ratificado ante el juez de los autos sin necesidad de testigos, que sólo se exigirán como de identidad, si el juez no conoce al poderdante (2585).

C. No pueden ser procuradores los funcionarios y empleados de la administración de justicia en ejercicio, dentro de los límites de su jurisdicción, ni los empleados de la Hacienda Pública, en cualquier causa en que puedan intervenir de oficio, dentro de los límites de sus respectivos distritos (2585). El mismo artículo establece que no pueden ser procuradores los incapacitados, pero esto no constituye una excepción a las reglas generales de la capacidad.

D. En relación a las obligaciones del procurador, una vez aceptado el encargo, debe seguir el juicio por todas sus instancias, mientras no haya cesado su representación; debe anticipar los gastos que puedan originarse (independientemente de su derecho a que se le reembolsen) y debe realizar las diligencias necesarias conforme a las instrucciones recibidas o conforme a la naturaleza o índole del litigio, para la defensa de los intereses del poderdante (2588).

E. El procurador no puede admitir el poder o representación del contrario aunque renuncie el que le hubiere conferido el poderdante (2589).

F. El procurador es responsable de los daños y perjuicios que puedan originarse al poderdante, además de las sanciones que determine el Código Penal, si revela al contrario los secretos de su poderdante o cliente y si le proporciona documentos o datos que lo perjudiquen (2590).

G. El procurador que ha substituido sus facultades, puede revocar la substitución si tiene facultades para ello (2593).

H. Aunque el procurador tenga justos impedimentos para desempeñar el encargo, no podrá abandonarlo sin substituir sus facultades si está autorizado para ello, o en su defecto sin dar aviso a su poderdante, para que designe a otra persona (2591).

I. Por último, además de las causas normales de terminación de todo poder, el judicial concluye: por separarse el poderdante de la acción u oposición que haya formulado; por terminar su personalidad; por haber transmitido el poderdante sus derechos a otra persona, luego que la transmisión sea debidamente notificada y se haga constar en autos; por hacer el dueño del negocio cualquier gestión en el juicio, manifestando que revoca las facultades del procurador, y por nombrar el poderdante otro procurador para el mismo negocio (2592).⁸

XI. CONTRATO CELEBRADO A NOMBRE DE OTRO POR QUIEN NO ES SU REPRESENTANTE. Los contratos pueden celebrarse por las partes a nombre propio o con la representación de un tercero.

Si al celebrarse el contrato no se indica expresamente por alguno de los contratantes que está actuando en representación de un tercero, se presume que está actuando a nombre propio o por su propio derecho. Para actuar a nombre de un tercero, hay que indicarlo expresamente (1802).

Ahora bien, si se actúa en representación de un tercero, pueden darse cuatro situaciones: que exista efectivamente esa representación y se pruebe en la celebración del contrato; que exista pero se pruebe posteriormente; que no exista esa representación aun cuando en el contrato se dé a entender que sí existe, y que no exista y en el momento de celebrarse el contrato se reconozca expresamente que no existe. En definitiva las consecuencias son iguales en los dos primeros supuestos y también en los dos últimos. En los primeros, los efectos jurídicos se imputan directamente al representado, y en los segundos, se está en presencia del llamado contrato a nombre de otro, por quien no es su representante.

Al celebrarse un contrato a nombre de otro por quien no es su representante, pueden darse varias situaciones que originarán consecuencias diversas.

a) Una persona puede celebrar un contrato translativo de dominio a nombre del enajenante, sin ser su representante. Si el contrato es de compraventa, se está en presencia de la compraventa de cosa ajena, ya tratada en el capítulo respectivo, y si se trata de otro contrato se le aplicarán las reglas de la venta de cosas ajenas, por analogía.

b) Que la persona celebre un contrato translativo de dominio a nombre del adquirente sin ser su representante o cualquier otro contrato en esas mismas circunstancias, pero actuando de tal forma que el contratante crea de buena fe que está actuando con el representante de su contraparte; y

c) En los supuestos del inciso anterior, declarando expresamente quien actúa a nombre de otro, no ser su representante.

En los últimos dos supuestos, el Código Civil en su Art. 1802 señala

⁸ A riesgo de turbar aún más al lector estudiante, se optó por distinguir una vez más los mandatos de los poderes y así al judicial se le trata como poder y no como mandato, no obstante la terminología legal.

que el contrato será nulo, pero podrá validarse si la persona a cuyo nombre fue celebrado lo ratifica antes de que exista una retractación por la otra parte y exige que esa ratificación sea hecha con las mismas formalidades que para la celebración del contrato seale la ley y que si no se obtiene la ratificación, el otro contratante tendrá derecho de exigir daños y perjuicios a quien indebidamente contrató.

Si el contrato se celebró en los términos del inciso *b*), el contratante que obró a nombre propio o debidamente representado, no tendrá por qué esperar ningún plazo para pedir la nulidad del contrato si tiene un interés jurídico para ello y si obtiene la nulidad antes de que el tercero ratifique el contrato, tendrá derecho a reclamar daños y perjuicios.

Si el contrato se celebró en los términos del inciso *c*), el contratante que obró a nombre propio o debidamente representado, deberá (en respeto a lo establecido respecto a la buena fe en la celebración de los contratos conforme al Art. 1796) esperar el tiempo convenido en el propio contrato o el que sea acorde según la naturaleza del negocio, para darle oportunidad al tercero para que ratifique el contrato y sólo al vencimiento de ese plazo, y siempre y cuando tenga y demuestre un interés jurídico, podrá pedir la nulidad del contrato y nunca la condena de daños y perjuicios, porque obró a ciencia y paciencia de que no existía representación alguna en su contratante.

Independientemente de que la ley califique a este contrato como nulo, no prohíbe su celebración, antes por el contrario por la redacción del artículo 1802, es una clara invitación a la población en general, para hacer uso de esta figura del contrato celebrado a nombre de otro, por quien no es su representante. A mayor abundamiento, la ley expresamente permite que los actos nulos produzcan provisionalmente sus efectos, los que sólo serán destruidos retroactivamente cuando se pronuncie por el juez competente su nulidad y como el defecto en este caso es subsanable, sólo podrá pedir la nulidad el contratante en la forma y términos antes indicados y ningún empleado o servidor público puede válidamente objetar uno de estos contratos.

De ninguna manera debe confundirse el contrato celebrado a nombre de otro por quien no sea su representante, con la gestión de negocios ajenos.

La gestión de negocios requiere necesariamente los siguientes supuestos: que exista un negocio, previo a la gestión, que puede ser un bien, un derecho, una obligación o una negociación o empresa; que exista una situación tal respecto de esos bienes, derechos o empresas que requieran cierta actuación para evitar un daño a su propietario: que no se encuentre presente el propietario para que con su actuación evite ese daño, y que un tercero, sin la intención de crear un vínculo obligatorio entre él y el dueño del negocio, deseando sólo evitarle daños, realice la actividad que los impida. Los ejemplos que señala la propia ley (1908 y 1909) son: proporcionar alimentos a un deudor alimentista y pagar gastos funerarios. De esos supuestos no se da ninguno en la figura de que se trata en este apartado.

XII. EJEMPLOS DE MANDATOS Y PODERES. Para mostrar y explicar de una forma objetiva la distinción entre mandatos y poderes, se señalan a continuación varios ejemplos que pueden ayudar a la comprensión de estos temas:

A. Mandato con representación

“... yo, Miguel Ángel Zamora Valencia, notario número setenta y ocho del Distrito Federal hago constar el CONTRATO DE MANDATO que celebran, de una parte como mandante A; y de otra parte como mandataria B, al tenor de las siguientes cláusulas:

Primera. El mandante A le encarga a la mandataria B que realice los actos jurídicos consistentes en la celebración del matrimonio con la señorita C en la ciudad de Puebla de los Ángeles, el próximo día dos de febrero y la celebración del contrato de capitulaciones matrimoniales bajo el régimen de separación de bienes.

Segunda. Como consecuencia de la celebración de este contrato, la mandataria se obliga: 1. A estar presente en la ciudad de Puebla de los Ángeles, a más tardar el día veinticinco de enero de este año. 2. A hospedarse en un hotel de primera categoría y permanecer en él, hasta un día después de la boda. 3. A asistir a la ceremonia civil con un vestido nuevo y elegante, propio para la ocasión; y 4. A celebrar el matrimonio el día indicado, con la señorita C y a celebrar el contrato de capitulaciones matrimoniales bajo el régimen de separación de bienes; firmando todos los documentos públicos y privados que se hagan necesarios, para el cumplimiento de su encargo.

Tercera. Por su parte, el mandante A se obliga a pagar todos los gastos que se originen, como consecuencia del cumplimiento de las obligaciones de la mandataria y al efecto, en el momento de la firma de este contrato le entrega a cuenta y a reserva de la rendición de cuentas correspondiente, la cantidad de diez mil pesos, moneda nacional.

Cuarta. El mandante A pagará a la mandataria B como contraprestación por los servicios que le preste, la cantidad de cinco mil pesos, moneda nacional, cantidad que entregará en el momento de la rendición de cuentas, que será a más tardar dentro de los ocho días siguientes a la celebración del matrimonio.

Quinta. Todo lo no previsto en este contrato, se regirá por las disposiciones del Código Civil del Distrito Federal.

(Como es fácilmente comprensible, este contrato no está hecho para darle publicidad y por ello, es conveniente darle toda la discreción posible y otorgar por separado un poder especial ante notario, para cumplir la formalidad del artículo cuarenta y cuatro del Código Civil.)

B. Poder especial

“...Ante mí, Miguel Ángel Zamora Valencia, notario número setenta y ocho del distrito federal, comparece el seor a quien por medio de este

acto otorga en favor de la señorita B, *un poder especial*, para que en su representación contraiga matrimonio con la señorita C en la ciudad de Puebla de los Ángeles, el próximo día dos de febrero y celebre el contrato de capitulaciones matrimoniales bajo el régimen de separación de bienes. En ejercicio de este poder, la apoderada podrá firmar todos los documentos públicos y privados que se hagan necesarios y en el contrato de capitulaciones, convenir todas las cláusulas que estime pertinente...”

C. *Mandato sin representación*

En este ejemplo, el señor M desea vender su casa habitación para llevar a pasear a su esposa y su hijo A desea adquirir el inmueble, pero si le hace saber eso a su padre, éste se lo donaría o se lo vendería muy barato y como A no quiere contrariar los deseos de su padre, decide adquirir el inmueble a través de una tercera persona y ya que su padre haya regresado de su viaje, documentar a su nombre la adquisición y para tal efecto, utilizará este contrato de mandato sin representación, el que deberá celebrarse en escritura pública.

“...Yo, Miguel Ángel Zamora Valencia, notario número setenta y ocho del Distrito Federal, hago constar el *contrato de mandato sin representación* que celebran, de una parte, como mandante, el señor A y de otra parte, como mandataria, la señorita B, al tenor de las siguientes cláusulas:

Primera. El señor A encarga a la señorita B la adquisición, por compraventa, de la casa número diez de la calle del Clavel en la colonia Las Flores, en esta ciudad de México, con la superficie, medidas, linderos y descripción que legalmente le corresponda.

Segunda. Como consecuencia de este contrato, la señorita B se obliga: 1. A actuar a nombre de ella y no del mandante, al adquirir el inmueble y hasta el día de la rendición de cuentas. 2. A pagar por cuenta del mandante el precio de la compraventa, los gastos de escrituración y registro y los de conservación del inmueble por el tiempo precisado en este contrato. 3. A rendir cuentas a su mandante cada vez que éste se lo solicite y en definitiva en el plazo que después se indica. 4. A firmar el reconocimiento ante notario público, de haber actuado a nombre propio pero por cuenta del mandante y hacer así posible documentar el inmueble a nombre del poderdante en su oportunidad.

Tercera. Por su parte, el mandante se obliga: 1. A entregar a su mandataria con toda oportunidad las cantidades que ésta requiera para el cumplimiento de su encargo. En el momento de la firma de este contrato, el mandante entrega a su mandataria un cheque certificado por la cantidad de un millón de pesos para que se destinen a efectuar el pago del precio y los gastos antes mencionados; y 2. A indemnizar a su mandataria de todos los daños que pudiera originar el ejercicio del encargo.

Cuarta. El mandatario se obliga a pagar a la mandataria como contraprestación por los servicios que le encomienda en los términos de este contrato, la cantidad de diez mil pesos, moneda nacional, más la cantidad

de quinientos pesos, por cada mes de vigencia de este contrato. La primera cantidad, se pagará dentro de los quince días siguientes a la celebración del contrato de compraventa y los siguientes pagos al vencimiento del contrato.

Quinta. La mandataria se obliga a mantener a su nombre el inmueble por el plazo de un año. A su vencimiento, reconocerá ante notario que actuó por cuenta del mandante, pero a su nombre.

Sexta. Todo lo no previsto en este contrato se regirá por lo que dispone el Código Civil del Distrito Federal...”

(Obviamente, la celebración de un contrato de mandato sin representación no admite el otorgamiento de un poder.

D. Mandato con representación para cobro de rentas

Recuérdese la forma en que debe celebrarse un contrato de mandato y en su caso el otorgamiento de un poder. En este caso, dependiendo del monto del asunto, el mandato podría celebrarse en documento privado, sin embargo es recomendable en todos los asuntos de interés darles la forma de escritura pública y el poder también debe otorgarse en escritura pública, para evitarle problemas al apoderado.

“*Contrato de mandato* que celebran en esta ciudad de México, el día veinticinco de enero de mil novecientos noventa y dos, de una parte, como mandante, el señor A y de otra parte, como mandataria la señorita abogada B al tenor de las siguientes cláusulas:

Primera. El señor A encarga a la señorita B el cobro judicial o extrajudicial de las rentas que produzca el edificio de productos de su propiedad, marcado con el número diez de las calles del Clavel, en la colonia Las Flores, en esta ciudad de México.

Segunda. Como consecuencia de este contrato, la señorita abogada B se obliga: 1. A cobrar judicial o extrajudicialmente las rentas indicadas y a depositar su importe en una cuenta bancaria a nombre del poderdante. 2. A demandar judicialmente a los arrendatarios que no paguen puntualmente sus rentas, a juicio de la mandataria y a proseguir por todos sus trámites e instancias los procedimientos respectivos. 3. A rendir cuentas mensualmente a su mandante.

Tercera. El mandatario se obliga a proporcionarle a su mandataria todos los documentos que ésta requiera para que pueda cumplir su encargo; a otorgarle un poder general para pleitos y cobranzas y a pagarle, como contraprestación, la cantidad de tres mil pesos mensuales.

Cuarta. Este contrato tendrá una vigencia de un año y se entenderá prorrogado por anualidades, si dentro del último mes de vigencia, alguna de las partes no desea darlo por terminado.

Este contrato se firma por duplicado, un tanto para cada parte.”

E. Poder general para pleitos y cobranzas

“...Ante mí, Miguel Ángel Zamora Valencia, notario número setenta y

ocho del Distrito Federal, comparece el señor A, quien por medio de este acto otorga en favor de la señorita abogada B, *un poder general*, para pleitos y cobranzas, con todas las facultades generales y aun las especiales que conforme a la ley requieran poder o cláusula especial, en los términos del primer párrafo del artículo dos mil quinientos cincuenta y cuatro del Código Civil vigente en el Distrito Federal y podrá otorgar poderes especiales, dentro de sus facultades a licenciados en derecho y revocarlos...”

Después de ver estos ejemplos, se capta claramente la diferencia entre poder y mandato. Recuérdese los conceptos vertidos anteriormente.

APÉNDICE NÚMERO UNO DEL CAPÍTULO XIV
PODERES PARA ACTOS ADMINISTRATIVOS
ALCANCE Y LÍMITES

SUMARIO: I. Planteamiento del tema.—II. Precisión del tema.—III. Poderes especiales y generales.—IV. Precisión del concepto de acto de administración. A. Por el tipo de patrimonio. B. Por las universalidades de hecho. C. Por exclusión.—V. Actos de pleitos y cobranzas. A. Alcance. B. Límites.—VI. Actos de dominio.—A. Alcance. B. Límites.—VII. Actos de administración.—VIII. Facultades implícitas.—IX. Redacción de poderes.—X. Facultades de los administradores de las personas morales.—XI. Conclusiones.

I. PLANTEAMIENTO DEL TEMA.—En el estudio de la representación voluntaria, se presentan varios aspectos prácticos de gran importancia:

Primero.—Precisar cuál es la extensión del poder. Cuáles son las facultades que tiene y cuáles las que no tiene un apoderado, en casos concretos; en otras palabras, cuál es el alcance y cuáles los límites de un poder.

Segundo.—Determinar hasta dónde queda obligado el poderdante frente a terceros por la actuación del apoderado.

Tercero.—Hasta dónde llega la responsabilidad del apoderado al hacer ejercicio de las facultades contenidas en el poder otorgado; y

Cuarto.—Resolver a quién le corresponde calificar la extensión del poder.

Los planteamientos anteriores, como se desprende de su simple enunciado, no son sólo teóricos, sino de un gran interés práctico y una respuesta satisfactoria puede, por una parte, evitar muchos conflictos, y por otra, dar certeza a la conclusión de los negocios jurídicos.

II. PRECISIÓN DEL TEMA.—Al hablar de la representación voluntaria, puede confundirse, por la estructura del Código Civil mexicano, si se hace referencia al contenido y alcance de los poderes o de los mandatos y por ello, es indispensable, en primer término, precisar cuáles son los aspectos a plantearse en este estudio.

Interesa precisar el alcance y límites de los poderes; no de los mandatos, ya que en relación a éstos, se considera que no existe problema alguno.

El contenido del poder, son las facultades generalmente amplias que confiere el poderdante al apoderado, para que las haga valer frente a ter-

ceras personas a efecto de conseguir los resultados previstos entre poderdante y apoderado en el negocio que dio origen al otorgamiento del poder y que tanto puede ser un mandato, como cualquier otro negocio¹. Este contenido puede ser muy amplio o restringido, dependiendo de la voluntad del poderdante; puede otorgar facultades sólo para un determinado acto; para una serie de actos que constituyan un negocio, o puede otorgar facultades amplias y así se originan los poderes especiales o generales. Es aquí donde toma relevancia este tema y es en donde se dará una respuesta a las inquietudes antes planteadas.

En la celebración de los contratos de mandato, no se presentan los cuestionamientos apuntados, porque como todo contrato, su objeto debe de ser preciso, determinado o determinable y por ello, el alcance y límite de ese objeto lo precisan las partes y surte efectos entre ellas; las obligaciones tanto de mandante como del mandatario están precisadas en el contrato y éste es un acto que no tiene por qué proyectarse hacia terceros y que cuando lo hace, funciona como cualquier otro contrato; esto es, que a los terceros se les impone en los términos de su celebración y no puede beneficiarlos o perjudicarlos, sino cuando la ley así lo determina. (*Res inter alios acta*).

En cambio, en los poderes es en donde toma toda su importancia el tema, porque éstos sí se proyectan hacia terceros, quienes deben aceptarlos o rechazarlos y al relacionarse con el poderdante a través del apoderado, resultarán directamente afectados.

El autor Ernesto A. Sánchez Urite manifiesta "... la extensión del poder tiene fundamental interés para el tercero, que será el más interesado en conocer la extensión del mismo, para determinar si el representante actuó dentro de los límites en que podía válidamente obligar al principal. El poder, y por lo tanto la extensión del mismo, son decisivos para las relaciones del tercero con el poderdante o principal, por cuyo nombre y cuenta concluye el representante el negocio representativo. De la diligencia empleada por el tercero frente al representante, resultará la eficacia o no del negocio, el tercero podrá siempre que quiera, pedir al apoderado la exhibición del instrumento en que constan sus facultades, si no lo hace, son a su cargo los riesgos que le traerá el hecho que el apoderado exceda los límites de su poder; no podrá en ese caso el poderdante ser molestado ni pedírsele que cumpla lo que el apoderado prometió excediendo los límites del poder...".²

¹ Para recordar la relación entre mandato y poder y lo relativo al negocio subyacente del poder, ver en este libro el capítulo XIV.

² Sánchez Urite, Ernesto A. "*Mandato y representación*". Segunda ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1986, pp. 98 y 99.

III. PODERES ESPECIALES Y GENERALES.—Los aspectos a estudio en este trabajo, pueden darse tanto en los poderes especiales, como en los poderes generales.

Los poderes son especiales:

A. Si se confieren facultades precisas al apoderado para la realización de un sólo acto. *V. gr.* Para que reciba del empleado pagador el cheque de la primera quincena del mes de septiembre que le corresponde como maestro universitario.

B. Si se le confieren facultades precisas al apoderado para la realización de un negocio que requiere de diversos actos. *V. gr.* El manejo y explotación de un negocio mercantil; o la compra de un inmueble, obteniendo un crédito para pagar su precio y la constitución de una hipoteca sobre el mismo inmueble, para garantizar el crédito. El apoderado debe primero comprar el inmueble, después conseguir el crédito y por último constituir la garantía.

C. Si se otorga como poder general en los términos del artículo 2554 en cualesquiera de sus fracciones,³ pero se establecen limitaciones. *V. gr.* Poder general para actos de pleitos y cobranzas, pero para ejercitarse sólo en el territorio del Distrito Federal; o si se otorga un poder amplio para actos de administración y para pleitos y cobranzas, pero sólo para ejercitarse respecto de un inmueble determinado.

Por otra parte, serán generales, los poderes que se otorguen respecto de una serie general de actos de los que enumera el artículo 2554, sin limitación. Así, serán generales:

- a) Los poderes amplios sin limitación para pleitos y cobranzas.
- b) Los poderes amplios sin limitación para actos de administración, y
- c) Los poderes amplios sin limitación para actos de riguroso dominio.

También serán generales si se otorgan sin limitación respecto de dos o de las tres series de actos antes precisados.

Ya se trate de poderes especiales o generales siempre podrán presentarse los cuestionamientos antes anotados, en el sentido de precisar, entre otros aspectos, cuáles son las facultades precisas que puede ejercer el apoderado y cuáles son los límites de su actuación, aunque en la práctica, el problema se plantea normalmente en los poderes generales, ya que en los especiales, por regla general, se hace una descripción precisa de las facultades del apoderado.

Por la redacción y la estructura en esta materia que tiene el Código Civil mexicano, el mal llamado “mandato judicial” tiene una categoría diferente al poder general para pleitos y cobranzas y desde un punto de vista técni-

³ Siempre que se cite un artículo, se entiende que es del Código Civil mexicano vigente en el Distrito Federal, excepto cuando expresamente se indique que corresponde a otro ordenamiento.

co no es un poder especial, a menos que se redacte fijando señaladamente las facultades del apoderado. Por esto en esta categoría de poderes también se presenta la duda de su alcance y límites.

Así, es importante determinar en general, cuáles son las facultades de pleitos y cobranzas, cuáles son las administrativas y cuáles las de riguroso dominio.

IV. PRECISIÓN DEL CONCEPTO DE ACTO DE ADMINISTRACIÓN.—El Código Civil en su artículo 2554 establece que en los poderes generales para actos de administración bastará expresar que se dan con ese carácter, para que el apoderado tenga toda clase de facultades administrativas, pero no dice cuáles son esas facultades administrativas.

Para precisar el concepto de actos de administración, se puede recurrir a diversos criterios: uno de ellos sería la determinación del tipo de patrimonio respecto del cual se van a ejercer esos actos; otro, tomando en cuenta si las facultades se ejercerán sobre una universalidad de hecho o sobre universalidades de derecho, o sobre bienes individuales y por último, con un criterio de exclusión, considerando actos administrativos los que no sean ni actos de pleitos y cobranzas, ni actos de dominio.

A. *Desde el punto de vista del tipo de patrimonio.* Considerando las finalidades o destino de los bienes, puede decirse que existen tres tipos de patrimonio; el de derecho común, el de explotación y el de liquidación.

Si el patrimonio es de liquidación, la enajenación de los bienes que lo integran será un acto administrativo, en cambio, si el patrimonio es de derecho común, los actos de enajenación no serán administrativos. El maestro Manuel Borja Soriano determina el acto administrativo tomando en consideración los patrimonios⁴ de derecho común, de explotación y de liquidación y señala ejemplos que a su criterio son actos de administración y otros de disposición, pero no hace ninguna precisión; así, respecto al patrimonio de derecho común, establece tres reglas para distinguir los actos de administración de los de dominio y señala, primero que para un determinado administrador un acto es de administración o de disposición según que un precepto legal expresamente lo faculte para ejecutarlo o le niegue esa facultad, segundo para un administrador son actos de administración o de disposición, los demás que tengan uno u otro carácter para los otros administradores, según la regla primera, y tercero que faltando texto legal, debe acudirse a la noción de acto de administración como lo expone Bonnacase, y así será un acto de administración el que tiende a conservar o a hacer fructificar el capital y de disposición comprende la enajenación del capital y todo acto susceptible de acarrear la pérdida de

⁴ *Teoría general de las obligaciones.* Porrúa, México, 1982, pp. 259 y ss.

ese elemento; respecto al patrimonio de explotación es aún más vaga la distinción y señala que "hay casos en que la administración es imposible sin actos de disposición", y respecto al patrimonio de liquidación no hace ninguna distinción y se limita a decir a su criterio cuál es ese patrimonio.

Un criterio de distinción entre los actos de administración y los de disposición basado en el tipo de patrimonios, por regla general no conduce a solucionar problemas prácticos, ya que se da un patrimonio de liquidación, la ley en forma precisa señala cuáles son las facultades que tiene el liquidador y en caso de duda, el juez que conoce de esa liquidación, resolverá. Así sucede con toda claridad en materias hereditarias y concursales. Por otra parte, tampoco presenta problema el patrimonio de explotación, porque éste se confunde con las universalidades de hecho.

B. *Desde el punto de vista de las universalidades de hecho.* Las universalidades de hecho son el conjunto de bienes agrupados bajo un criterio técnico, científico o cultural que pretende su engrandecimiento en beneficio de la colectividad o su explotación comercial.⁵ Así, son universalidades de hecho las hemerotecas, los museos, las negociaciones mercantiles, etcétera.

Para que este concepto sea útil, es necesario distinguir el todo de cada una y en su caso de la suma de sus partes. Lo importante, lo valioso social, es el todo y para que tenga una razón de ser, normalmente hay que sacrificar ya sea mediante su enajenación o destrucción bienes que en determinado momento forman parte de ese todo, y que con su sacrificio se mantiene o se incrementa la universalidad. Así, para que se mantenga la colmena, con frecuencia se destruyen o se enajenan algunas de sus abejas. Igual sucede con un bosque, una colección, etcétera.

El criterio de distinción en este orden de ideas, sería referido a tales universalidades de hecho. La enajenación de los bienes individuales que integran la universalidad con el ánimo de comercializarlos manteniendo la unidad económica o empresa, o con la finalidad de incrementar su acervo deshaciéndose de unos bienes, con el objetivo de obtener otros más valiosos o numerosos, será un acto de administración; no así la enajenación de la totalidad de la universalidad o de los bienes que la integran, si es con la finalidad de terminar con ella, que serían actos de dominio, no de administración.

En particular se observa la importancia de este criterio de distinción, al referirse a las negociaciones mercantiles, ya que se estima que el resultado económico patrimonial de esas negociaciones son frutos industriales.⁶

⁵ Respecto a universalidades de hecho, ver Ibarrola, Antonio de. "Cosas y Sucesiones". 3a. ed., Porrúa, México, 1972, pp. 36 a 41 y Rojina Villegas, Rafael. "Derecho Civil Mexicano", Tomo tercero. *Teoría General de los Derechos Reales*, 4a. ed., Porrúa, 1976, pp. 19 y sigs.

⁶ Ver los arts. 886 a 890 que se refieren a los frutos industriales.

Todo acto que tienda a la obtención de frutos, sin agotar y conservando los bienes, debe considerarse como un acto administrativo.

Todo acto que realice un apoderado encargado de vigilar la conservación o engrandecimiento de una universalidad de hecho y que no comprometa objetivamente su existencia como tal, debe ser considerado acto administrativo, aun cuando implique la enajenación de los bienes que la integran.

C. *Actos administrativos por exclusión.* Un tercer criterio para precisar cuáles son los actos administrativos y para diferenciarlos de los actos de pleitos y cobranzas y de los de dominio, es el de la exclusión. Serán actos administrativos los que no sean de dominio ni de pleitos o cobranzas. Por ello, es necesario investigar y precisar cuáles son los actos de pleitos y cobranzas y cuáles son los de dominio.

Todo esto tiene una amplia aplicación práctica, ya que, conforme a la legislación civil y en especial al artículo 2554 se establece una clara distinción entre actos administrativos y actos de dominio, y entre actos administrativos y actos de pleitos y cobranzas. Si se otorga un poder sólo para pleitos y cobranzas, el apoderado no tendrá facultades administrativas ni para actos de dominio; y si se otorga un poder para actos de administración, se entiende que el apoderado no tendrá facultades de dueño, pero ¿cuáles son las facultades administrativas que tiene o no, en su caso, el apoderado?

La ley no da una respuesta clara a estos problemas y por ello, la solución corresponde a los autores de libros jurídicos y en última instancia legal, a la resolución de los tribunales, que por no tener un apoyo claro y nítido en la ley, deberán basarse en la opinión de los autores.

V. ACTOS DE PLEITOS Y COBRANZAS.—Como primer paso hay que determinar qué se entiende por un acto de pleitos, un acto de cobranzas, cuáles son sus alcances y cuáles son sus límites.

A. *Concepto y alcance.*—Es necesario hacer en primer término un distinguo entre las facultades de pleitos y cobranzas que puede tener un apoderado no especializado y las facultades que requiere un apoderado jurídico, esto es, un profesional en materia jurídica, para poder defender con toda propiedad los intereses de su cliente. Una persona puede tener la necesidad de encomendar a un descendiente o a un amigo el cobro de ciertas rentas periódicas o de alguna cantidad o bien determinado sin requerir que esa persona sea un abogado, sino sólo una persona de su confianza, o puede haber celebrado un contrato de prestaciones profesionales de carácter jurídico y necesitar darle al profesional técnico facultades para llevar adelante el negocio. En el primer supuesto le otorgará a esa persona de su confianza un poder general para pleitos y cobranzas; en el segundo, re-

querirá otorgarle al profesional un poder especializado, llamado en la ley "mandato judicial" que incluye una serie de facultades que no son sólo para pleitos y cobranzas, sino para actos de dominio, como se verá más adelante.

Un profesional del derecho, para poder actuar en forma efectiva en beneficio de su cliente, requiere de facultades de pleitos y cobranzas, como lo prevé el primer párrafo del artículo 2554 del código, pero por regla general, también requerirá de las facultades que se precisan en el artículo 2587, y éstas ya no son técnicamente de pleitos y cobranzas. En cambio, a una persona de la confianza del poderdante para realizar en su beneficio ciertos cobros, le bastará simplemente el poder de pleitos y cobranzas previsto en el artículo 2554.

Como el Código Civil no precisa la distinción entre actos de pleitos y cobranzas, actos de administración y de dominio, no se tiene un criterio claro para catalogar los diferentes actos que pueda realizar un apoderado general para una sola de las categorías previstas en el artículo 2554 (de pleitos y cobranzas, de administración y de dominio). Es más, el código hace en el artículo 2587 un listado de facultades que requiere un procurador que se le otorguen en forma expresa con cláusula especial, al otorgársele un poder para asuntos judiciales, que por el sitio en que está ubicado el artículo, hace presumir que se trata de actos de pleitos y cobranzas; pero que después de un análisis y meditación media, se puede llegar a la conclusión de que ninguna de esas facultades es de pleitos y cobranzas, y que precisamente por ello, si se otorga un poder judicial con facultades amplias de pleitos y cobranzas a un abogado o licenciado en derecho, no gozará de las facultades precisadas en ese artículo 2587, si no hay una cláusula expresa y la voluntad determinada del poderdante para otorgárselas. Manifiestamente las facultades de desistimiento, para transigir, para comprometer en árbitros y para hacer cesión de bienes, no son ni de pleitos ni de cobros, y las facultades para absolver y articular posiciones y para recusar, presentan serias dudas. En donde no hay duda, es que la facultad de recibir pagos, es una facultad de cobros y sale sobrando su inclusión en ese artículo, ya que un apoderado general para pleitos y cobranzas, precisamente tiene la facultad de recibir pagos, sin que requiera cláusula especial que así lo señale; esta inclusión, no demuestra más que una falta de técnica legislativa al redactar el artículo.

Cuando la fracción I del artículo 2554 señala que al otorgarse un poder para pleitos y cobranzas en los términos de ese artículo quedan comprendidas las facultades que requieran cláusula especial conforme a la ley, manifiestamente no se refiere a las precisadas en el artículo 2587 que ya se indicó no son de pleitos y cobros, sino en forma especial, a las que precisa el código de procedimientos civiles.

Son actos de pleitos y cobros, los que tienden a exigir el cumplimiento de deberes y obligaciones y los que pretendan exceptuarse de las exigencias de terceros de esos mismos deberes u obligaciones. Parece claro que un acto de cobro, es precisamente el que tiende a obtener el cumplimiento de una obligación, ya sea en una gestión extrajudicial o a través del ejercicio de una acción procesal, y uno de pleito será tanto el que se ejercite para la exigibilidad del cumplimiento del deber o de la obligación, como el que pretenda eximirse de ese cumplimiento, ante la exigencia de un tercero, ambos por vía jurisdiccional.

Cuando el tribunal ante quien se realizan los actos es judicial y la materia objeto de la litis es patrimonial, no hay duda de que los actos antes precisados, son de pleitos y cobros. La duda se presenta, cuando el tribunal no es judicial o los actos ventilados no son patrimoniales.

Si se toma en consideración que el Código Civil es una unidad y que una institución reglamentada en una parte puede aplicarse a las materias reguladas en otra, sin que se afecte su naturaleza o función, una consecuencia lógica es que los poderes para pleitos y cobranzas otorgados en los términos del artículo 2554 pueden utilizarse en toda clase de materias reglamentadas en el mismo código y por ello, en asuntos de familia, sucesorios, concursales y los relacionados con los derechos de la personalidad y obviamente en los patrimoniales, sin importar el tribunal ante quien se ventilen. Así, los poderes para actuar en materia familiar, como la controversia se ventilará en tribunales judiciales del fuero común, serán de pleitos y cobranzas y es factible que un apoderado general para pleitos y cobranzas, pueda presentar demandas de divorcio o contestarlas, aun cuando la litis no sea patrimonial.

Los actos más comunes pueden ser de naturaleza civil, mercantil, administrativa, laboral, penal y política. Si son de naturaleza civil pueden ser referidos a materia familiar, sucesoria, patrimonial y aquellos que hacen referencia a los derechos de la personalidad.

Los actos que tienden a exigir el cumplimiento de deberes u obligaciones ante tribunales judiciales del fuero común, o a eximirse de ese cumplimiento exigido por terceros ante el mismo tipo de tribunales y todos aquellos que tengan un contenido directamente patrimonial, serán los actos que menciona el artículo 2554 en su primer párrafo, esto es, actos de pleitos y cobranzas. Esto obedece a que el Código Civil como ordenamiento sustantivo, precisa derechos, obligaciones y forma de hacerlos valer y serán los tribunales ordinarios del fuero común, los encargados de dirimir las diferencias en esas materias, tribunales que precisa y reglamenta el código adjetivo. También serán actos de pleitos aquellos que se realicen en tribunales no judiciales pero que las partes tengan una posición similar frente al juzgador y se ventilen derechos patrimoniales, como es el caso de

los tribunales del trabajo, siempre que no se trate de la etapa conciliatoria, ya que en ésta no existe ni pleito ni cobro.

Los que no tengan una u otra característica, esto es, que se ventilen en tribunales no judiciales o la materia no sea patrimonial, no serán actos de pleitos y cobranzas, para efectos de otorgamiento de poderes de este tipo. (Si no se quiere tomar un partido radical, por lo menos se puede decir que existe una seria duda de que sean de pleitos y cobranzas).

Así, para intervenir en un procedimiento de amparo, o se otorga un poder especial o el apoderado deberá tener facultades administrativas, porque el problema a dilucidar no es directamente económico, sino legal, consistente en aclarar si la autoridad ajustó o no su actuación a los preceptos constitucionales. En materia penal, la actuación del particular se proyecta a denunciar hechos que puedan constituir delitos, para que se ejercite la acción penal o a coadyuvar con el Ministerio Público, y los del particular no son actos de pleitos ni de cobros, y por ello, el apoderado requerirá de un poder especial o de uno general para actos de administración. Igual tratamiento debe darse a los procedimientos políticos previstos en la Constitución en los que al apoderado no le bastará para actuar, un poder general para pleitos y cobranzas.

Si se otorga un poder para pleitos y cobranzas en los términos del primer párrafo del artículo 2554, el apoderado podrá, sin duda:

- a) Exigir extrajudicialmente el cumplimiento de cualquier obligación de carácter patrimonial debida a su poderdante o excepcionarse legalmente también extrajudicialmente del mismo cumplimiento si su poderdante es el requerido.
- b) Exigir ante tribunales judiciales (formalmente judiciales) o excepcionarse, de esas obligaciones patrimoniales.
- c) Intervenir en controversias civiles familiares, sucesorias o concursales, siempre que se promuevan ante tribunales judiciales del fuero común.
- d) Exigir ante tribunales no judiciales el cumplimiento de una obligación patrimonial o excepcionarse de la que le exijan, siempre que las partes tengan frente al juzgador, una posición igualitaria. Ejemplo, la actuación frente a las Juntas de Conciliación y Arbitraje, con la salvedad indicada; o actuar ante Juzgados de Distrito y Tribunales de Circuito en procedimientos civiles o mercantiles de naturaleza federal.
- e) Actuar en representación de su poderdante ante tribunales de jerarquía superior a los del orden común, que conozcan de asuntos relacionados con los tramitados en éstos.

B. *Límites de los poderes de pleitos y cobros.* En sentido contrario, un apoderado general sólo para pleitos y cobranzas, no podrá:

- a) Intervenir en controversias que no tengan un contenido directamente patrimonial si el tribunal no es judicial del orden común.

Como ejemplos de lo anterior, la actuación de un apoderado en el Tribunal Contencioso Administrativo requiere de un poder especial, o de un poder general para pleitos y cobranzas con cláusula especial para actuar frente a ese tribunal, o de un poder general para actos administrativos, ya que la materia de la controversia no es directamente patrimonial, sino que es de índole legal, se discute si el acto reclamado es ilícito y por lo tanto nulo, o si la actuación de la autoridad se ajustó al precepto legal y por ello es válido.

Para intervenir en un juicio de amparo (con la excepción de que ese juicio constitucional se origine de un procedimiento en que las facultades del apoderado se hayan ajustado a lo mencionado en los párrafos anteriores, ya que el juez de Distrito o el tribunal, debe reconocer la personalidad que tenía el representante del quejoso ante la autoridad responsable), en un procedimiento ante el Tribunal Fiscal de la Federación o en un juicio político previsto en la Constitución, se necesitan iguales requisitos.

b) Intervenir en actos que no impliquen la exigencia del cumplimiento de obligaciones (cobrar) o excepcionarse de la exigencia de terceros (evitar que le cobren).

c) Intervenir en actos que no sean juicios (pleitos). Pretender intervenir en la etapa conciliatoria en un juicio laboral. No sucede lo mismo en la etapa conciliatoria de un procedimiento civil, porque ésta se lleva a cabo frente al órgano judicial.

VI. ACTOS DE DOMINIO.—Así como los actos de pleitos y cobranzas tienen alcance y límites, también los tienen los de dominio.

A. *Concepto y alcance de los actos de dominio.* Si se parte de los principios que se contienen en el derecho civil, serán actos de dominio aquellos que sólo puede realizar el dueño y que tiendan a transmitir la propiedad u otro derecho real a otra persona o que menoscaben sus derechos o bienes, sin una contraprestación que justifique ese menoscabo.

A través del contrato se puede transmitir la propiedad de los bienes y los contratos que producen ese efecto, se les llama precisamente contratos translativos de dominio. Si una persona pretende autorizar a otra para que celebre en su nombre uno de esos contratos, deberá darle un poder con facultades de dominio.

Como los derechos reales diferentes de la propiedad, tienen a ésta como base o fundamento, para constituirlos o transmitirlos a través de un representante, también se requerirá de un poder para actos de dominio. Esto se explica porque esos derechos reales son una limitación o una modalidad de la propiedad.

Es normal considerar que si un acto limita la propiedad del dueño o le impide su uso o disfrute normal y el dueño no obtiene por esa limitación

o impedimento una contraprestación, tal acto deba realizarlo sólo el propietario y no otra persona a menos que esté expresamente autorizada por aquél o por la ley. Así para celebrar un contrato de comodato, el apoderado del comodante requerirá de facultades de dominio.

En materia civil cuando una persona otorga a otra facultades para actuar en su nombre, no debe presentarse la duda respecto a si el apoderado tiene o no facultades generales de dominio, porque en el poder con toda claridad se precisa si se le otorgaron o no. La duda se presenta cuando un apoderado con facultades de administración o para pleitos y cobranzas pretende realizar ciertos actos respecto de los cuales no hay un criterio de que sean actos administrativos o de pleitos y cobranzas, como son todos aquellos que sin transmitir la propiedad o constituir o transmitir la propiedad o constituir o transmitir derechos reales, implican un peligro de disminución patrimonial o directamente disminuyen el patrimonio del poderdante. La cesión de derechos, la remisión de deuda, la aceptación de una dación en pago, son ejemplos de actos de dominio que no puede realizar un apoderado para actos de administración.

En las sociedades civiles como no pueden tener por objeto o finalidad principal y normal la adquisición y enajenación de bienes, ya que tal finalidad sería de naturaleza claramente mercantil, los actos translativos de dominio que celebre el administrador, en principio, serán actos de dominio, excepto aquellos respecto de bienes muebles que se llevan a cabo para equipar lugares de trabajo o para cambiar o mejorar el equipo, ya que en términos generales, los centros de trabajo, como oficinas, talleres, escuelas, pueden considerarse como universalidades de hecho y por ello no debe haber duda de que el director, con fundamento en el artículo 26 del Código Civil, puede realizar, como actos de administración, esos actos de disposición o enajenación. Situación diferente se presenta si pretende adquirir, enajenar o gravar bienes inmuebles, porque, no siendo esta actividad la cotidiana de las sociedades civiles, para realizarla el director requerirá de facultades de dominio.

En la materia mercantil es en donde se presentan serias dudas para determinar si un apoderado para actos de administración puede realizar enajenaciones. En las empresas mercantiles, ya sea que pertenezcan a personas físicas o a personas morales, se pueden realizar y de hecho se realizan cotidianamente actos de enajenación, especialmente de bienes muebles y en muchos casos de bienes inmuebles. Si la enajenación de los bienes es indispensable para la continuación o subsistencia de la empresa los apoderados para actos de administración deberán poder realizarlas, sin requerir facultades expresas para actos de dominio. Pero si el acto de enajenación y en su caso de adquisición no es indispensable para la subsistencia de la negociación, el apoderado no deberá realizarlo si no tiene facultades de dominio.

Conforme al artículo 10 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, el administrador puede realizar todas las operaciones inherentes al objeto social, por ello, es determinante conocer ese objeto para precisar las facultades del administrador. Si por ejemplo el objeto es la comercialización de bienes inmuebles, no hay duda de que un administrador con facultades de administración, podrá adquirir y enajenar esos bienes sin que se especifique si tiene o no facultades de dominio.

Para obtener un criterio general de distinción entre acto administrativo y de dominio, es prudente recurrir al concepto de empresa y más general, al de universalidad de hecho. Las sociedades mercantiles normalmente establecen y explotan una empresa, aunque pueden tener dos o más, que son universalidades de hecho; y todos los actos que tiendan al mantenimiento, conservación, fortalecimiento y explotación de esa negociación, serán actos de administración, y los que tiendan a su enajenación como unidad o a su extinción, serán actos de dominio, igual que aquellos de enajenación o adquisición, que realicen los administradores respecto de bienes o derechos que no están afectados directamente a la negociación o empresa, como universalidad de hecho.

Los conceptos de bienes de activo fijo y de activo circulante deben ser rechazados en esta materia, en primer lugar por que no son términos jurídicos y todo este asunto de distinción es netamente legal, y además, porque no dan una cabal comprensión del tema, ya que puede haber bienes que pertenezcan al activo fijo, como un escritorio o una máquina de escribir usados y en mal estado, y sería imprudente exigir a un administrador que tuviera expresamente conferidas facultades para actos de dominio para poder cambiarlos por otros que los reemplacen o para poder venderlos con un valor de recuperación bajo, en beneficio de la negociación.

“90. Acto de Administración. Acto de Dominio.—Se ha hablado en el fallo antes transcrito de actos de disposición y de actos de administración, tema acerca del cual la doctrina no ha llegado a poner límites precisos, no obstante ello hay un fallo de la Cámara Nacional Federal, sala civil y comercial de fecha 11-8-69 que dijo: “Acto de administración es el que tiende por procedimientos normales a la conservación y explotación del patrimonio, así como el empleo de las ventas, verbigracia, la explotación de un establecimiento rural, la continuación del giro comercial de un negocio, la percepción de alquileres, etcétera... Acto de disposición es el que introduce una modificación sustancial en el patrimonio, ya porque causa el desplazamiento de un valor integrante de la masa, por ejemplo, la venta del establecimiento rural, del negocio o de un edificio, ya porque realiza la gestión patrimonial por procedimientos normales, que reportaban algún riesgo para el mantenimiento del capital, por ejemplo, el arrendamiento por un lapso prolongado. Excepcionalmente no se consideran actos de

disposición, pese a que importan un desplazamiento de bienes, la enajenación de frutos" (*El derecho*, t. 34, p. 564).⁷

Los actos de dominio no necesariamente tienden a conservar, a proteger o a incrementar los bienes y por ello, sólo debe realizarlos el dueño o su apoderado con facultades de dominio.

Los actos de administración deben tender a la conservación, fortalecimiento, incremento y protección de los bienes y por ello, todo acto que vaya en contra de esos propósitos, no debe realizarlo un apoderado con estas facultades. Siempre debe precisarse la naturaleza del bien, para aplicar estos principios de conservación. No deben confundirse los bienes, con sus partes o con los elementos que los integran. No es igual una abeja que una colmena; un apicultor puede matar abejas al hacer la limpieza del panal o la extracción de la miel y no por ello se dice que esté matando la colmena; o puede vender parte de las abejas como una forma de conservar su colmena. Igual sucede con una miscelánea mercantil y los productos que contiene, o con una librería respecto de los libros, etc. En general las universalidades de hecho para su conservación, por regla general, requieren del intercambio, enajenación y adquisición de los bienes que las constituyen y tales actos deben implicar un acto administrativo y no uno dispositivo.

B. *Límites a las facultades de dueño*. En principio, los propietarios, los dueños, no tienen limitaciones en el uso, disfrute y disposición de sus bienes, salvo las limitaciones y modalidades que se establezcan en la ley, en vista del bien común y del orden público.⁸

Al referirse a los apoderados para actos de dominio, pueden señalarse varias limitaciones a sus facultades.

Así, un apoderado para actos de riguroso dominio tendrá las siguientes limitaciones:

- a) Las que le imponga el propio poderdante.
- b) Las que se establezcan por ley al propietario en vista del orden público y del interés común; ya sea que esas limitaciones se precisen en el Código Civil o en otro ordenamiento.⁹

⁷ Sánchez Urite, Ernesto A. *Mandato y representación*, ob. cit., pp. 95 y 96.

⁸ "Propiedad es el derecho real más amplio, para usar, gozar y disponer de las cosas, dentro del sistema jurídico positivo de limitaciones y modalidades impuestas por el legislador de cada época". Gutiérrez y González, Ernesto. *El patrimonio*, 5a. ed., Porrúa, 1995, p. 246.

⁹ Código Civil del D.F.

Art. 16 "Los habitantes del Distrito Federal tienen obligación de ejercer sus actividades y de usar y disponer de sus bienes en forma que no perjudiquen a la colectividad, bajo las sanciones establecidas en este código y en las leyes relativas".

Art. 843 "Nadie puede edificar ni plantar cerca de las plazas, fuertes, fortalezas y edificios públicos, sino sujetándose a las condiciones exigibles en los reglamentos especiales de la materia".

c) Las que se imponen por la naturaleza de los actos jurídicos a realizar. Quien goce de facultades para actos de dominio en los términos del tercer párrafo del artículo 2554, no tendrá facultades para suscribir títulos de crédito, ya que para tener esas facultades, se requiere de un poder o cláusula especial conforme al artículo noveno de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito. Por otra parte, nada tiene que ver la facultad conferida conforme al artículo 2554 con la posibilidad de suscribir títulos de crédito, ya que las actitudes de dueño se refieren a bienes materiales determinados que son los únicos susceptibles de ser materia del derecho de propiedad o dominio y la facultad de suscribir títulos de crédito hace referencia a bienes incorporeales.

VII. ACTOS ADMINISTRATIVOS.—Si por lo expuesto, los conceptos de actos de cobros, de pleitos y de dominio son claros y si se toma en cuenta la posición del legislador en el sentido de que todo acto susceptible de ser encomendado a un apoderado necesariamente tendrá que ser de alguna de las tres categorías precisadas en el artículo 2554, por exclusión se llega a la conclusión de que todo acto que no sea de dominio, ni de pleitos y cobros, tendrá que ser un acto administrativo o de administración.

Si tal argumento es cierto, y si además se toma en consideración lo expuesto respecto a la precisión del concepto de acto administrativo desde el punto de vista de las universidades de hecho, se entiende que el apoderado general para actos de administración a que se refiere el segundo párrafo del artículo 2554 del Código Civil, podrá:

a) Celebrar todos los contratos civiles excepto aquellos que la ley considera como contratos translativos de dominio, aquellos que impliquen una enajenación de bienes, la creación o transmisión de derechos reales, una renuncia de derechos y los que trasladen el uso o goce de bienes, sin existir una contraprestación en beneficio del transmitente.

b) Pactar en los contratos que legalmente pueda celebrar las cláusulas que estime pertinentes o necesarias.

c) La actuación ante autoridades y tribunales que no sean judiciales del orden común, en defensa de derechos no patrimoniales o que no sean directamente patrimoniales.

d) Atender la conservación, incremento o explotación de negociaciones mercantiles, esto es, adquirir bienes y comercializarlos dentro y como consecuencia del giro normal de la empresa.

e) Mantener y en su caso incrementar las universalidades de hecho, como por ejemplo una biblioteca o un museo y para tal efecto poder adquirir y enajenar bienes que sean propios de esa actividad. La enajenación de frutos sólo debe considerarse un acto de administración, si el apoderado o representante tiene la administración del bien que los produce; si no es así, será un acto de dominio.

f) Presentar ante autoridades todo tipo avisos, manifestaciones y promociones y darles trámite.

g) Conformarse o inconformarse con resoluciones de autoridades; y

h) En general realizar todos los actos que tiendan a la conservación, mantenimiento, incremento, mejoramiento y productividad (obtención de frutos) de los bienes del representado.

VIII. FACULTADES IMPLÍCITAS.—Las facultades implícitas deben entenderse desde dos puntos de vista: las que implica un poder general para actos de dominio o de administración y las que implica que todo poder sea general o especial.

A. *Las del poder general.* Si un apoderado goza de facultades de dominio en los términos de la ley, se entiende que tendrá facultades de administración y para pleitos y cobranzas, porque el tercer párrafo del artículo 2554 menciona que “En los poderes generales para ejercer actos de dominio, bastará que se den con ese carácter para que el apoderado tenga todas las facultades de dueño, tanto en lo relativo a los bienes, como para hacer toda clase de gestiones a fin de defenderlos” y si tiene esas facultades para defenderlos se entiende que puede actuar en ese sentido ante tribunales y además podrá conservarlos o mejorarlos, que son actitudes propias de los actos administrativos. Sin embargo, tales facultades implícitas para actos de administración y para pleitos y cobranzas, deben referirse sólo a los bienes de carácter patrimonial y no a derechos familiares, de la personalidad o de otra naturaleza. Así, un apoderado para actos de riguroso dominio en los términos del tercer párrafo del artículo 2554 no podría contestar una demanda de divorcio entablada en contra de su representado.

Quien tenga facultades generales de administración, tendrá necesariamente facultades de pleitos y cobranzas, ya que el poder cobrar, aceptar el cumplimiento de una obligación, es una forma de conservar los bienes del representante. Como en su caso anterior, tales facultades deben referirse a los bienes patrimoniales.

En sentido contrario, quien tenga con el fundamento antes precisado (artículo 2554) sólo facultades de administración, no tendrá facultades de dominio; y quien las tenga sólo para pleitos y cobranzas, no tendrá ni de administración ni de dominio.

B. *Las de todo poder.* Todo apoderado gozará, además de las facultades precisas que le fueron conferidas por su poderdante, las que sean necesarias para hacer efectivo su ejercicio. Así, si un apoderado tiene facultades para comprar un inmueble, se entiende que las tiene para firmar todos los documentos públicos y privados que se hagan necesarios. Si tiene poder para cobrar, deberá poder expedir recibos, etcétera.

IX. REDACCIÓN DE PODERES.—En la actuación de los representantes de las personas morales y de personas físicas capaces, siempre hay que distinguir el instrumento con el que se ostentan como representantes ante terceros, de la relación interna que debe existir entre representado y representante.

En los contratos de mandato, de prestación de servicios profesionales, de administración, etc., se establecen y precisan las obligaciones de las partes y entre ellas, la posibilidad de actuar del mandatario, del profesional y del administrador, tanto respecto al resultado final previsto y deseado por las partes, como respecto a los medios para llegar a él. En esos contratos se deben precisar las facultades y limitaciones del prestador del servicio y en su caso cuáles serán sus responsabilidades si se excede o queda corto en su actuación; contiene los compromisos, forma de actuar y de concluir el cargo o negocio y la manera de rendición de cuentas.

En el poder, se contienen las facultades del apoderado para actuar frente a terceros y conforme a su contenido y su redacción, los terceros sabrán si el apoderado tiene o no la posibilidad de actuar o si las limitaciones que ahí consten, le impide hacerlo.

A los terceros no les afecta el contenido del contrato que dio origen al poder. A ellos sólo importa la redacción del poder y si éste tiene contenidas las facultades que permiten actuar al apoderado en cierto sentido, los actos realizados tendrán plena validez para el tercero y responsabilizarán al poderdante.

De igual manera, el apoderado no podrá tratar de irresponsabilizarse frente a su poderdante, argumentando que el poder lo facultaba a actuar, si el contrato que dio origen al poder, sea de mandato, de prestación de servicios, de administración u otro, le imponía limitaciones o la necesidad de recabar autorizaciones o dar ciertos avisos previos a su actuación.

En la práctica mexicana y en especial en la notarial, cuando se redacta un poder para actos de pleitos y cobranzas es muy común encontrar la expresión “De una manera enunciativa y no limitativa, el apoderado podrá:...” y enseguida se listan una serie de facultades que en opinión del redactor, son de pleitos y cobranzas y tan es así, que concluye su lista con la expresión “debiéndose entender estas facultades conferidas en forma enunciativa y no limitativa”. También, cuando se otorga un poder para actos de dominio se acostumbra enunciar una serie de facultades que puede, dentro de sus posibilidades, realizar el apoderado, como vender, gravar, hipotecar, aportar a sociedades, etc. Pero, en materia de otorgamiento de poderes para actos de administración, no se acostumbra, porque no se conocen, hacer una lista similar y simplemente se otorga el poder así, “con facultades generales para actos de administración” y que otro u otros in-

terpreten. Uno de los propósitos de este estudio es el de precisar en los poderes para actos de administración, las facultades que pueda ejercer el apoderado y darles un sustento ideológico y racional.

X. FACULTADES DE LOS ADMINISTRADORES DE PERSONAS MORALES.—En materia de personas morales y de conformidad con los artículos 26 del Código Civil y 10 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, debe entenderse que los administradores tienen todas las facultades que sean necesarias para el desarrollo de su objeto. Pero si no se precisa cuáles son esas facultades necesarias y a quién corresponde calificar la actuación del administrador, y en su caso frente a quién tiene que justificar su actuación, la frase parece que carece de sentido. En todo caso, el significado de tal expresión será que el administrador tiene facultad jurídica para realizar cualquier acto.

Los administradores de personas morales (cualesquiera que éstas sean, tanto civiles, como mercantiles) tienen la facultad de realizar todos los actos que tiendan a la realización y ejecución del objeto o de las finalidades sociales. Como se presume que el objeto de las personas morales es lícito, para conseguirlo se necesita de la actividad de sus administradores que en última instancia serán ciertas personas físicas. Si la razón de ser de las personas morales, es precisamente el desarrollo de su objeto y si los únicos a quienes se encomienda su realización son las personas físicas encargadas de su administración, éstas tendrán por fuerza la facultad de realizar todos los actos que tiendan a tal desarrollo u obtención.

Debe considerarse que todos los actos que realiza el administrador de personas morales son actos de administración, porque precisamente ésa es su función, y por ello las facultades que la ley y el estatuto social le confieren son para actos administrativos. Cuando un administrador actúa exigiendo el cumplimiento de obligaciones o excepcionándose de requerimientos hechos por terceros, ya sea judicial o extrajudicialmente, está realizando actos administrativos. También los realiza cuando adquiere o enajena bienes porque se presume y se supone que todos los actos los lleva a cabo para el cumplimiento de los objetivos sociales. No hay duda de que si el acto realizado por el administrador pretende o tiende al desarrollo o ejecución directa e inmediata del objeto social, será un acto administrativo; pero la duda surge porque la mayor parte de los actos que realiza un administrador no tienen o pretenden directa e inmediatamente a tal desempeño, sino que son actos previos, posteriores o relacionados indirectamente con la consecución del objeto social. Piénsese en cualquier ejemplo: una sociedad que tiene por objeto la fabricación y comercialización de chocolates; difícilmente el administrador elaborará un chocolate y lo venderá; en cambio, contrata personal, adquiere cacao y otros insumos,

arrenda locales, adquiere vehículos, abre cuentas bancarias, contrata créditos, etcétera, etcétera.

La práctica cotidiana impone la necesidad de considerar que todo administrador de personas morales al actuar está realizando actos de administración y por ello, está capacitado para esa actuación, excepto en esos casos muy raros, en que, en el estatuto social o en el acto de su designación se le imponen límites a sus facultades o se le establecen prohibiciones. Excepto en esos casos, se presume que el administrador tiene facultades para actuar en representación de la persona moral. Si no fuera así, las personas morales no podrían subsistir, ya que la actuación del administrador la cuestionaría todo tercero y le imposibilitaría el desarrollo de su objeto.

Por ello, el único capacitado para determinar si la ejecución de un acto está encaminada a la obtención del objeto, es precisamente el administrador que lo va a realizar, porque es el que conoce la forma de operar de la sociedad y lo que se necesita para el logro de sus objetivos. Además, el administrador es el único responsable de los daños que pueda originarle a la sociedad por la realización de los actos si a criterio del órgano de decisión, que es la asamblea de socios, tales actos fueron acertados o no. Por otra parte, la propia asamblea de socios, como órgano de decisión de la sociedad, le exigirá cuentas al administrador y en ese proceso, se determinará si actuó o no legalmente; si su actuación fue encaminada al desarrollo de su objeto o no y si incurrió o no en responsabilidad el administrador; pero estas decisiones no le corresponden nunca a los terceros con los que trata el administrador.

En la práctica, al redactar el estatuto social de las sociedades civiles y mercantiles y de las asociaciones civiles, se precisan las facultades del órgano de administración y generalmente se indica que el administrador o el consejo, tendrán poderes generales para actos de dominio, para actos de administración y para pleitos y cobranzas, y después se señalan una serie de facultades para apoyar la actuación amplia del administrador. Además, no es normal que se establezcan limitaciones al administrador. Por lo anterior, difícilmente se cuestiona si un administrador puede o no realizar determinados actos, ya que sus facultades están señaladas en forma muy amplia y sólo en ocasiones, cuando el acto a realizar, a criterio de la persona con la que se relaciona la sociedad, es totalmente ajeno a los fines u objetivos de la sociedad, se exige una ratificación de facultades o un otorgamiento de facultades expresas para tal acto, por parte de la asamblea de socios o asociados. Un ejemplo de lo anterior sería cuando una persona moral va a otorgar una fianza o un aval ante una institución bancaria para garantizar créditos de otra persona relacionada con aquella.

XI. CONCLUSIONES

Primera.—El poderdante queda obligado frente a los terceros con quienes haya contratado el apoderado, en los términos del contenido del poder conferido y de la actuación del apoderado dentro de esos límites.

Segunda.—El apoderado no tendrá responsabilidad frente al poderdante, si actuó en cumplimiento de las instrucciones recibidas por éste. Normalmente esas instrucciones se contienen en el negocio que dio origen al otorgamiento del poder; sin embargo, nada obsta para que consten en documento por separado.

Tercero.—El tercero que contrata con el apoderado, debe siempre exigir la exhibición del documento en donde constan sus facultades (el poder) para constatar si tiene las necesarias para concluir el negocio en que interviene. Si no lo hace y llega a sufrir un daño porque el apoderado se hubiera excedido en sus facultades, no podrá responsabilizar ni comprometer al poderdante.

Cuarto.—El alcance y límites de la actuación de los apoderados son:

a) Quien tenga un poder para actos de dominio pero sin facultades expresas de pleitos y cobranzas, sólo gozará de estas facultades en actos de naturaleza patrimonial. Sí tendrá facultades de administración.

b) Quien tenga facultades de administración podrá celebrar todo tipo de contratos civiles o mercantiles, excepto los que la ley califica como translativos de dominio, los que impliquen una enajenación de bienes, la creación o transmisión de derechos reales o la transmisión del uso o goce de bienes sin existir una contraprestación en beneficio del transmitente; pactar las cláusulas que estime pertinentes o necesarias en los contratos que celebre; actuar ante autoridades y tribunales para la defensa de intereses no patrimoniales; atender la conservación, incremento, mantenimiento, fortalecimiento y explotación de las universalidades de hecho; presentar ante las autoridades todo tipo de avisos, manifestaciones y promociones y darles trámite; conformarse o inconformarse con resoluciones de autoridades; realizar todos los actos que tiendan a la conservación, mantenimiento, incremento, mejoramiento y productividad de los bienes del representado; y aunque no se le hayan dado facultades expresas para actos de pleitos y cobranzas, gozará de éstas respecto de bienes y negocios que tengan carácter patrimonial.

c) Las facultades de pleitos y cobranzas, facultan al apoderado para exigir extrajudicialmente el cumplimiento de cualquier obligación de carácter patrimonial o excepcionarse de ese cumplimiento si su poderdante es el requerido; exigir o excepcionarse ante los mismos tribunales de esas obligaciones patrimoniales; intervenir en controversias civiles familiares, sucesorias o concursales, cuando se promuevan ante tribunales judiciales

del fuero común; defender los intereses del poderdante ante tribunales no judiciales siempre que las obligaciones o asuntos sean patrimoniales y las partes tengan frente al juzgador una posición de igualdad; y actuar en los tribunales de jerarquía superior a los del orden común, siempre que conozcan de asuntos relacionados con los tramitados originalmente ante ellos.

d) En casos de duda fundada, por los términos en que se hubiera redactado el instrumento, la calificación respecto a la amplitud de las facultades en la actuación de un representante de personas morales le corresponde al propio representante, quien deberá responder por su actuación frente a la persona moral que representa, y en su caso indemnizarla de los daños que pudiera haberle originado, si actuó excediéndose en sus facultades.

APÉNDICE NÚMERO DOS DEL CAPÍTULO XIV
LA GESTIÓN DE NEGOCIOS AJENOS

SUMARIO: I. Concepto.—II. Naturaleza jurídica.—III. Requisitos.—IV. Obligaciones del gestor.—V. Obligaciones del dueño.—VI. Diferencia con la actuación a nombre de otro por quien no es su representante.

I. CONCEPTO.—La gestión de negocios ajenos es la acción de intervenir en asuntos que no son propios, sin estar autorizado por el interesado o dueño ni tener obligación legal de hacerlo.

Las motivaciones que obligan a realizar este estudio son dos: La primera, que uno de los anhelos del autor, muchas veces fallido, es el de permitir que las personas que viven cerca de él, puedan desarrollarse con la mayor libertad posible dentro del marco de normas jurídicas, morales y sociales que se imponen en una colectividad que tiende a superarse y que ha hecho de la máxima “*no te metas en lo que no te importa*” un lema de vida cotidiano. Meterse en asuntos que no son de su incumbencia, lo menos que puede originar son gastos. La segunda, el hecho de ver, con cierta frecuencia, que los notarios, en todo el país, aceptan la utilización de la figura para la realización de actos o la celebración de contratos, cuando por alguna razón no pueden obtener el documento que justifique la representación de una persona; así, hacen comparecer a cualquier otro, como su gestor oficioso.

En principio nadie tiene derecho a entrometerse en los asuntos de otros. La máxima “no te metas en lo que no te importa”, es una norma de conducta de aceptación universal, que se basa en el principio del respeto al derecho ajeno.

Esta materia está así ligada a los principios que fundamentan la convivencia entre los individuos y entre las naciones. La expresión del presidente Juárez: “Entre los individuos, como entre las naciones el respeto al derecho ajeno es la paz”, toma una importancia especial en la materia civil bajo el postulado de que, en principio, los individuos tienen el deber de atender sus propios asuntos y abstenerse de intervenir en los ajenos.

En especial no debe permitirse nunca la intervención de personas ajenas en asuntos que no son propios, cuando la intención sea causar un daño al interesado, la simple obtención de un beneficio para el gestor o

simplemente satisfacer su curiosidad. En este principio se basa el combate al espionaje.

No obstante lo anterior, cuando a una persona la anima un auténtico espíritu de solidaridad humana y social y cuando pretende evitar daños de importancia ya sea a la colectividad o al interesado, el derecho autoriza su intervención en esos asuntos que le son ajenos; Y SIEMPRE Y CUANDO ESOS ASUNTOS TENGAN UN CARÁCTER PATRIMONIAL. Fuera de la esfera patrimonial no se admite legalmente la gestión de negocios ajenos.

Ya en el derecho romano, se reconocía la *negotiorum gestio* sobre una base de equidad y utilidad social y a partir de entonces, todas las legislaciones en una menor o mayor medida, reconocen la gestión de negocios ajenos y regulan sus efectos.

Pomponio: "*Culpa est inmiscere se rei ad se non pertinente*". (Culpa es inmiscuirse en cosas que no sean pertinentes) (Ley 36, 50, 17 D.) Cita tomada de *Teoría general del contrato*, de Mosset Iturraspe, Jorge, ed. Jurídicas Orbir, Rosario, Argentina, 1970, p. 530.

II. NATURALEZA JURÍDICA.—Ubicación del tema dentro del campo del derecho patrimonial civil. Éste es un problema de metodología.

Si de conformidad con el concepto que se ha proporcionado, la gestión de negocios ajenos implica una actuación del gestor sin estar autorizado por el interesado o dueño del negocio, falta el acuerdo de voluntades entre los involucrados en la figura y por lo tanto sus efectos no pueden originarse de un contrato. En otras palabras, la gestión de negocios ajenos no es un contrato. Si no es un contrato, obviamente no debe reglamentarse en un Código Civil dentro del estudio de los contratos.

Como la gestión de negocios origina derechos y obligaciones para el gestor y para el dueño y tales efectos se parecen a los generados por los contratos, se ha pensado que su estudio debe hacerse después del de éstos, como un "cuasi-contrato". También se argumenta que si los derechos y obligaciones del dueño y del gestor son similares a los del mandante y mandatario y que en ocasiones, en virtud de la ratificación de la gestión por el dueño, la gestión se torna en mandato, esta figura debe reglamentarse después del contrato de mandato.

Si se toma en consideración que el concepto "cuasi-contrato" ha perdido importancia dentro de la doctrina en general, por carecer de un significado preciso y por haberse comprendido dentro de ellos a figuras que no tienen nada en común, como sería la tutela, la copropiedad que se da en algunas formas de incorporación o mezcla o de construcción en terreno ajeno a vista y paciencia del dueño o el pago de lo indebido, es necesario buscar para la gestión de negocios una naturaleza jurídica adecuada y colocar su estudio y reglamentación legislativa, en un lugar adecuado.

“El cuasi contrato. La notoria imposibilidad de conceptualizar la figura en estudio y mucho menos aún de intentar siquiera formular una teoría general válida para todas las especies romanas, nos conduce renunciar a toda definición y afirmar que se trata de un concepto carente de sentido”. Mosset Iturraspe, Jorge, *ob. cit.*, p. 525.

En la doctrina mexicana, el maestro Manuel Borja Soriano, parece aceptar la teoría del cuasi contrato en relación con la gestión de negocios. Así, expresa: “664.—La cuestión en nuestro derecho. En la exposición de motivos del código de 1870, se designa a la gestión de negocios como cuasi contrato, y en este código y en el 1884 la gestión de negocios se reglamenta en un capítulo del título denominado ‘El mandato o procuración y de la prestación de servicios profesionales’. Esta observación y la doctrina de Cunha Gonçalves, expuesta en el número anterior, nos induce a aceptar la noción de cuasi contrato respecto de la gestión de negocios en nuestros códigos antiguos... Por último, confirmo lo expuesto en el título anterior y en este apéndice sobre la naturaleza de la gestión de negocios, después de haber leído la crítica infundada de Rojina Villegas”. *Teoría general de las obligaciones*. 8a. ed., Porrúa, México, 1982, pp. 343 y 344).

El maestro Miguel Gual Vidal (apuntes tomados en su cátedra y reproducidos mimeográficamente que obran en la biblioteca del autor) considera que la gestión de negocios es un mandato oficioso o presunto, tanto porque el Código Civil de 1884 así lo conceptuó como porque lo reglamenta después del contrato de mandato.

El maestro Rafael Rojina Villegas (*Derecho civil mexicano*. Tomo Quinto. Obligaciones, vol. II, Antigua Librería Robredo, México, 2a. ed., 1960 p. 260) señala “La solución que consideramos de acuerdo con las reglas jurídicas, es la de que el dueño del negocio queda obligado por el principio que prohíbe el enriquecimiento sin causa... aceptando la teoría del enriquecimiento sin causa, decimos: el dueño se obliga no por la voluntad del gestor, sino en tanto y cuanto ha recibido un beneficio. Si no hay beneficio, no hay obligación. Pero si el dueño ratifica la gestión, entonces ya propiamente hay un mandato retroactivo...”

El maestro Ernesto Gutiérrez y González, señala que la gestión de negocios es un hecho jurídico *strictu sensu*, critica la reglamentación de esta figura en los códigos civiles de Puebla y Tlaxcala por considerarlos como “mandatos oficiosos”, pero no determina su naturaleza jurídica. (Ver *Derecho de las obligaciones*, 10a. ed. Porrúa, 1995, pp. 523 y sigs.).

El Código Civil francés (Código Napoleón) con base en la doctrina de los posglosadores y en la obra de Potier, reglamenta a la gestión de negocios, dentro del Capítulo “De los cuasi-contratos”, en los artículos del 1372 al 1375, como sigue:

“1372.—Cuando voluntariamente se gestiona el negocio de otro, sea que el propietario conozca la gestión, sea que la ignore, el gestor contrae

el compromiso tácito de continuar la gestión que ha iniciado y de concluirla hasta que el propietario esté en posibilidad de poder hacerlo por sí mismo; debe encargarse igualmente de todas las situaciones relacionadas con el negocio.

El gestor queda sometido a todas las obligaciones que resulten de un mandato que le hubiera conferido el propietario”.

“1373.—Esta obligado a continuar la gestión cuando el dueño muera, hasta que los herederos puedan tomar la dirección”.

“1374.—Debe realizar la gestión como un buen padre de familia.

El juez, tomando en cuenta las circunstancias que motivaron al gestor a intervenir, puede moderar los daños y perjuicios que le hayan resultado por su falta o negligencia”.

“1375.—Si el negocio fue bien administrado el dueño debe cumplir los compromisos que el gestor haya adquirido a su nombre, pagar los gastos que haya hecho y reembolsar los gastos útiles o necesarios hechos por el gestor”.

El Código Civil español reglamenta a la gestión de negocios ajenos de los artículos 1888 al 1894, dentro del Capítulo Primero al que llama “De los cuasi contratos” del Título XVI que denomina “De las obligaciones que se contraen sin convenio”. No contiene ninguna disposición digna de llamar la atención. Indica que el gestor deberá desempeñar su encargo como un buen padre de familia y que la responsabilidad de los gestores si fueren dos o más será solidaria. Como en otras legislaciones comentadas, la ratificación de la gestión por parte del dueño del negocio produce los efectos del mandato expreso.

Los códigos civiles de 1884 y de 1870 reglamentan esta materia como un mandato oficioso después de haber tratado el contrato de mandato. Los artículos 2533 del código de 1870 y 2416 del código de 1884 establecen: “Bajo el nombre de mandato oficioso o de gestión de negocios se comprenden todos los actos que por oficiosidad y sin mandato expreso, sino sólo presunto, desempeña una persona a favor de otra, que está ausente o impedida de atender a sus cosas propias”.

Opinión del autor: la gestión de negocios en principio no es un contrato por no existir el acuerdo de voluntades entre el dueño y el gestor antes del inicio de la actividad de éste y por lo tanto no puede ni debe reglamentarse dentro del capítulo de los contratos en el Código Civil. Tampoco se debe considerar como un cuasi contrato, porque esta figura está ya reprobada en la doctrina mexicana, por no tener un contenido propio.

La gestión de negocios ajenos tiene dos sustentos: en el mayor número de supuestos, descansa en el principio de ser un hecho jurídico voluntario lícito que se propone evitar el enriquecimiento sin causa. Es así, un hecho que debe reglamentarse dentro de los otros que impidan el enriquecimiento sin causa; y por otra parte, en algunos supuestos, cuando la inter-

vención del gestor, es para cumplir un deber del dueño para evitar daños a la colectividad, descansa en la función protectora y preventiva de daños del Estado, a través del órgano legislativo, para lograr la seguridad y protección de la integridad física de los individuos, y nada impide su reglamentación y estudio dentro de cualquier materia y en especial en el capítulo del enriquecimiento sin causa.

III. REQUISITOS:

1. La existencia previa de un negocio patrimonial.

Las legislaciones modernas no precisan este requisito en la gestión de negocios ajenos, pero con un fundamento de orden, debe entenderse que un gestor no puede encargarse de un negocio ajeno, si no existe tal negocio; y si el legislador no ha precisado este requisito, los autores en general no lo tratan. Si ya de por sí es peligroso permitir que una persona se inmiscuya en los asuntos y negocios de otra, sería atentatorio de sus derechos, el permitir no sólo esa intervención, sino que otros iniciaran, administraran y concluyeran sus asuntos y negocios, para pasarle después una factura por esos trabajos que él ni siquiera imaginó.

Velez Sarsfield, en la nota al artículo 2288 del Código Civil argentino, señala claramente la necesidad de la existencia previa del negocio, aun cuando no incorporó en el texto ese requisito, al indicar: "Es preciso que el negocio preexista a la gestión. Si yo hago trabajos en una casa ajena que necesita reparaciones, hay gestión de negocios, pero si construyo una casa en terreno de otro, hay creación, pero no gestión de negocios. Esta creación no da por sí nacimiento al cuasi-contrato de que tratamos".

Don Fernando J. López de Zavalía (*Teoría de los contratos. Parte general*. 3a. ed., Victor P. de Zavalía, Editor, Buenos Aires, 1984, p. 331) indica: "Según una corriente doctrinaria, es necesario que el negocio preexista a la gestión. Así pareciera que lo entendía el codificador a estar a la nota del art. 2288. Las orientaciones modernas, prescinden de este requisito y otro tanto debemos hacer nosotros, al no dimanar de un precepto de la ley."

El maestro Jorge Mosset Iturraspe (*ob. cit.*, pp. 538 y 539) señala: "Un presupuesto muy discutido en la doctrina es el relativo a la preexistencia del negocio respecto a la gestión. ¿Puede el gestor ocuparse de negocios nuevos, crearle negocios al *dominus*, o debe limitarse a atender o administrar los ya iniciados por éste?... Sería sumamente peligroso para los intereses del dueño autorizar la creación de negocios por el gerente".

No obstante la opinión de tan autorizado autor, el maestro Fernando J. López de Zavalía, debe considerarse como un requisito indispensable y primario la preexistencia del negocio en la figura de la gestión.

Sólo si preexiste el negocio, se justifica la actuación del gestor. Es más,

en la época actual y basándose en los principios de solidaridad y de seguridad a la colectividad, el campo de aplicación de la gestión de negocios ajenos, adquiere una dimensión inusitada, que aquí se pretende resaltar. Los serios problemas ecológicos que afectan a la humanidad; la degradación del ambiente; la protección de la fauna y de la flora; el cuidado en la generación, utilización, transporte y desecho de residuos de sustancias peligrosas, imponen a todos los individuos deberes que día a día el legislador pretende identificar, clasificar y reglamentar, y que en ocasiones por situaciones ajenas a la voluntad del sujeto pasivo, descuida o no cumple oportunamente, y que es posible que un tercero se encargue de ellos a través de este mecanismo de la gestión de negocios ajenos. La intervención oportuna del gestor para suplir el cumplimiento del dueño en uno de esos deberes, puede salvar muchas vidas humanas y hacer más digno el medio en que se desenvuelve la comunidad.

El negocio así, puede consistir no sólo en un bien mueble o inmueble, un derecho, una empresa como la combinación de bienes, trabajo y servicios, sino también en un deber que imponga la ley o las reglas de convivencia del grupo, o en una obligación emanada de un contrato previamente celebrado.

Precisamente, la intervención del gestor en el cumplimiento de los deberes antes apuntados, obliga al dueño a reembolsar al gestor todos los gastos y en su caso a indemnizarle de sus daños, independientemente de que la gestión haya sido útil, en el sentido de haber dejado una utilidad o rédito patrimonial al dueño, lo que amplía el campo de la gestión, que antes se reducía a considerarla como una especie de enriquecimiento sin causa.

2. Que el interesado no pueda atenderlo. Esto no significa que el dueño del negocio esté ausente en el concepto de ignorarse su paradero, sino simplemente que en el momento en el que se den los supuestos completos de la figura, no pueda atenderlo; no pueda realizar las acciones adecuadas para evitar el daño a la colectividad o a su patrimonio.

3. Que la falta de atención origine un daño a la colectividad o al dueño. La actuación del gestor debe ser para evitar precisamente ese daño. No es permisible la intromisión en los asuntos de otros, si no se trata de evitar un daño. Así, no se considera gestión de negocios, si el gestor simplemente desea ver más bella la fachada de la casa de su vecino y la manda reparar.

4. Que la acción del gestor sea espontánea (es una diferencia con el mandato, que implica un acuerdo de voluntades) y que no esté legalmente obligado a actuar, ni tenga autorización del dueño.

5. Que la intención del gestor sea evitar ese daño y obligar al dueño al reembolso de sus gastos; y por ello, no debe existir un espíritu de liberalidad respecto de los gastos que origine su intervención, aun cuando la gestión sea gratuita respecto a una posible contraprestación. Debe tener la in-

tención y el sentimiento de querer obligar a la otra persona para la recuperación de esos gastos.

6. Que no haya disposición legal que la impida ni otra que obligue al gestor a actuar.

Ejemplos:

1. Pago de deudas. Es normal, y así lo reconoce el código, la posibilidad de intervención de un gestor cuando se trata de pagar los gastos de alimentos en favor de personas normalmente incapaces a quienes se les debe por el ausente, o los gastos de defunción de parientes de una persona, que por estar ausente en el momento en que se necesitan, está conforme en liquidarlos por lo pronto el gestor. Ver los artículos 1908 y 1909.

2. Reparar la casa del ausente para evitar que se convierta en ruinas. Ver la nota al Art. 2288 del Código Civil argentino.

3. La conservación y manutención productiva de inmuebles. (De Gásperi, citado por Fernando J. López de Zavalía, en la *ob. cit.*).

4. La destrucción de un árbol o de una obra o el cuidado de un animal que amenaza la seguridad o integridad física de las personas.

5. La construcción de obras o mecanismos que impidan que sustancias tóxicas o en general peligrosas para la comunidad invadan vías públicas o lleguen a lugares de uso común.

IV. DEBERES Y OBLIGACIONES DEL GESTOR.—Quien realiza la gestión de un negocio ajeno, en virtud de los principios que animan a esta figura tanto prohibitivos como permisibles, debe tener y legalmente se le imponen ciertas obligaciones y deberes jurídicos.

Estas obligaciones y deberes dependen de varias circunstancias, entre ellas, que el gestor hubiere actuado en contra de la voluntad expresa del dueño o sin su oposición ya sea con su conocimiento o sin él; y que la actuación del gestor hubiere sido para evitar un daño grave a la colectividad o al dueño, o simplemente para evitar un daño normal no considerado como grave.

En general y sin tomar en consideración esas circunstancias, el gestor tiene las siguientes obligaciones:

A. El primero de ellos, es que debe obrar conforme a los intereses del dueño. En principio no debe considerar su interés en primer término, ni el interés de la colectividad, sino el interés del dueño; y por ello, en especial, cualquier exceso en su actuación, puede originar una responsabilidad frente al dueño para pagarle daños y perjuicios. Art. 1896.

B. El gestor debe desempeñar su actividad con toda la diligencia que emplea en sus propios negocios sin que se le permita realizar operaciones arriesgadas, aun cuando él las acostumbre y por ello, la ley lo responsabili-

za del pago de daños y perjuicios que pudieran originársele al dueño por su culpa o negligencia (Arts. 1897 y 1900).

Si la actuación del gestor fue para evitar daños graves a la colectividad o al dueño, el sentido común aconseja atemperar la responsabilidad del gestor y sólo lo hace responsable por su culpa grave en el desempeño de la gestión. Sin embargo, es prudente tomar en consideración que si su intervención es para evitar daños a la colectividad, como sería por ejemplo evitar el deterioro ecológico, el gestor debe emplear los medios que sean necesarios para conseguir esa finalidad y debe tener una mayor justificación en los gastos, que si se tratara de daños simples al patrimonio del dueño. La responsabilidad por dolo de que habla el artículo 1898, no es originada por la gestión de negocios ajena, sino por un ilícito.

C. Debe continuar su gestión hasta concluir el negocio, excepto cuando al dar aviso de gestión al dueño, éste toma bajo su dirección el negocio.

D. Debe dar aviso de su gestión y rendirle cuentas al dueño, tan pronto como le sea posible.

E. Debe entregar al dueño todos los documentos y bienes que estuvieren en su poder al terminar su gestión y rendir cuentas.

Actio negotiorum gestorum directa. Es la acción que tiene el dueño del negocio, para exigir al gestor:

a) Que concluya la gestión iniciada con toda diligencia.

b) Que le rinda cuentas de la gestión.

c) Que le devuelva todo lo que obre en su poder como consecuencia de la gestión.

Si fueren dos o más gestores, su responsabilidad en derecho mexicano es solidaria (Art. 1901). No sucede igual en Argentina, en donde esa responsabilidad no es solidaria conforme al Art. 2293.

V. OBLIGACIONES DEL DUEÑO.—Por su parte las obligaciones del dueño frente al gestor, también dependen de las circunstancias: si el gestor obró en contra de su voluntad expresa; y si la gestión fue para evitar daños graves a la comunidad o al dueño.

Si el gestor obró sin prohibición expresa del dueño y simplemente para evitar daños normales, el dueño está obligado:

A. Si el asunto fue útilmente gestionado (1903), está obligado a cumplir las obligaciones que el gestor hubiere contraído a su nombre y a pagar los gastos que el gestor hubiere erogado.

¿Qué debe entenderse por útilmente gestionado? El Código Civil mexicano, no señala nada al respecto. Si se toma en consideración que la gestión de negocios ajenos sólo está permitida en materia patrimonial, parece lógico suponer que el término "útil" hace referencia a que existan ventajas económicas al dueño, como consecuencia de la gestión. El Código Civil

mexicano no precisa que debe entenderse por esa utilidad y por ello, es preciso hacer varias precisiones.

En principio es cierto que un asunto útilmente gestionado es que proporciona beneficios de carácter económico y así, el artículo 2309 del Código Civil argentino señala: "Júzgase útil todo empleo de dinero que aumentó el precio de cualquiera cosa de otro, o de que le resultó una ventaja, o mejora en sus bienes, aunque después llegase a cesar la utilidad".

Sin embargo, si una interpretación de los preceptos del código mexicano no lo impide, es conveniente ampliar el concepto de esa utilidad. Los términos "utilidad" o "útil" pueden considerarse bajo diversos aspectos:

a) La gestión pudo haber sido útil (idónea y oportuna) para evitar el daño previsto. Aquí el término sólo se refiere al aspecto teleológico, las causas finales, los resultados. No toma en cuenta el valor de los medios empleados ni la utilidad económica que pudo haber dejado al dueño.

b) La gestión pudo realizarse utilizando útilmente los gastos necesarios. Aquí el concepto de utilidad hace referencia al haber empleado los medios, los utensilios y los procedimientos más baratos para conseguir la finalidad propuesta, independientemente de haber conseguido o no esa finalidad o haberla conseguido en su totalidad o sólo parcialmente; y

c) El dueño obtuvo una utilidad como consecuencia de la gestión realizada y los gastos hechos por el gestor. En este caso, se toma en consideración el incremento patrimonial o el ahorro del dueño por la gestión, sin considerar si pudo ser menor el costo de los materiales o procedimientos empleados o si la gestión consiguió las finalidades propuestas de evitar o no el daño o evitarlo sólo parcialmente.

Como puede apreciarse de las consideraciones anteriores, la gestión de negocios es una fuente de conflictos, porque con toda certeza no se puede precisar cuál es la obligación del dueño para pagar las erogaciones hechas por el gestor. Cualquiera de los lectores puede ampliar o restringir esa obligación del dueño. Si la actuación sólo fue para evitar daños al dueño, o si fue para evitar daños a la colectividad; si el gasto fue exagerado en vista de los resultados; si los resultados alcanzados fueron proporcionados a la utilidad para el dueño, etcétera.

B. En el mismo supuesto de la gestión útil, debe pagar los intereses legales de las cantidades erogadas por el gestor (1904). Esta obligación puede originar los mismos comentarios que la anterior.

C. Si la gestión se hizo en contra de la voluntad del dueño, éste sólo está obligado a pagar los gastos hechos por el gestor, en la medida en que alcancen los beneficios recibidos (1905) y esto para evitar un enriquecimiento sin causa.

Como una excepción a este principio, si la gestión se hizo contra la voluntad del dueño, pero fue para liberar al dueño de un deber impuesto en

interés público, ya que en ese caso, deberá pagar los gastos necesarios hechos.

En ningún caso la ley le da derecho al gestor a cobrar al dueño los daños y perjuicios que pudiera haberle originado su intervención en ese negocio ajeno.

El gestor NO TIENE DERECHO a cobrar retribución por el desempeño de la gestión (1904), EXCEPTO en el caso de que el dueño ratifique expresamente la gestión, ya que en ese supuesto. la ratificación produce los efectos del mandato y es de la naturaleza del mandato, en derecho mexicano, el ser oneroso, y por ello tendría el gestor el derecho a cobrar una remuneración.

Actio negotiorum gestorum contraria. Es la acción que tiene el gestor para exigir del dueño del negocio:

a) El reembolso de las cantidades que hubiere hecho para gastos útiles, en su provecho y en su calidad de gestor; y siempre que no hubiere obrado con espíritu de liberalidad.

b) Que lo libere de compromisos contraídos con terceros como consecuencia de la gestión.

¿Si la intervención del gestor NO ORIGINA un beneficio económico, un enriquecimiento, un incremento patrimonial, queda obligado el dueño a indemnizar al gestor?

R: En principio, NO.

Excepciones: a) Si el objeto es liberar de un deber impuesto en interés público; y

b) Si el dueño ratifica la gestión.

VI. DIFERENCIA ENTRE LA GESTIÓN DE NEGOCIOS AJENOS Y LA ACTUACIÓN A NOMBRE DE OTRO POR QUIEN NO ES SU REPRESENTANTE.—El artículo 1802 del Código Civil mexicano indica:

Art. 1802.—Los contratos celebrados a nombre de otro por quien no sea su legítimo representante, serán nulos, a no ser que la persona a cuyo nombre fueron celebrados, los ratifique antes de que se retracten por la otra parte. La ratificación debe ser hecha con las mismas formalidades que para el contrato exige la ley. Si no se obtiene la ratificación, el otro contratante tendrá derecho de exigir daños y perjuicios a quien indebidamente contrató.

Este tema está ampliamente tratado en el texto del libro y por ello sólo se hará aquí una síntesis.

La posibilidad de celebrar un contrato a nombre de otro por quien no es su representante, no solamente no está prohibido en derecho mexicano, sino que el artículo transcrito lo permite e invita a su celebración. Con toda propiedad señala cómo debe hacerse la ratificación y da una solución para el caso de que ésta no se consiga.

Además hay que tomar en cuenta que con la utilización de esa posibilidad no debe buscarse un lucro indebido o un daño al contratante que está actuando por su propio derecho o debidamente representado, sino un beneficio al tercero o una facilidad de actuación a quien contrató a su nombre.

Si se actúa de buena fe, y es de suponerse que en la celebración de todo contrato se presupone la buena fe de los contratantes, en la celebración de un contrato a nombre de otro por quien no es su representante, quien actúa le hace saber a quien actúa por su propio derecho o debidamente representado, que no tiene la indicada representación y que por lo tanto espera la confirmación de aquel por quien se está actuando y que para tal efecto es necesario fijar un plazo. Si esa persona ratifica el contrato, éste se entiende celebrado con ella; y si no ratifica, lo normal sería pactar que el contrato se entiende celebrado con quien actuó en su nombre sin representación, y en cualesquiera de ambos supuestos, la otra parte no sufre ningún daño. Puede convenirse que si el tercero no ratifica el contrato, la parte debidamente representada pueda demandar la nulidad del contrato, pero en ese supuesto la otra en ningún caso pagaría daños y perjuicios, porque obró a ciencia y paciencia de que no existía representación alguna en su contratante.

Si quien actúa a nombre de otro sin ser su representante no avisa de esa circunstancia a su contraparte y éste con posterioridad demuestra su interés jurídico en demandar la nulidad del contrato, podrá hacerlo hasta antes de que el falsamente representado ratifique el contrato y en ese supuesto sí tendría derecho al cobro de daños y perjuicios.

Existe sólo otro supuesto que puede darse en el caso de una persona que actúa a nombre de otra, sin ser su representante, y es el caso de la enajenación de un bien determinado, en cuyo caso se estaría en presencia de la enajenación de cosa ajena, que conforme a los artículos 2270, 2271 y 2272 del Código Civil, la operación sería nula; expresamente si es una venta y por analogía si es otro contrato translativo de dominio.

Como puede apreciarse de lo expuesto, nada tiene de semejante un contrato celebrado a nombre de otro por quien no es su representante, con la gestión de negocios. La operación primeramente mencionada no es gestión de negocios, no se dan ninguno de sus requisitos, ni produce ninguno de sus efectos y por ello, cuando una persona pretende celebrar un contrato o intervenir en su celebración, en el que una persona pretende comparecer a nombre de otra sin ser su representante, no tiene por qué decir que está actuando como gestor oficioso de la primera. En todo caso, que en forma clara y transparente así lo indique, que está actuando a nombre de otro de quien no es su representante y que reglamente su intervención para evitar una actuación de mala fe. No hacerlo así muestra en primer lugar ignorancia y puede inducir la creencia de una actua-

ción de mala fe. Si no está actuando de mala fe, pero sí en esa forma engañosa, de cualquier manera está faltando a la limpieza y buena fe en los tratos que debe privar en toda la materia contractual. Parafraseando la expresión popular, puede decirse que: “El notario en su actuación y los contratantes al celebrar un contrato, no sólo deben ser decentes, sino también deben parecerlo”.

CAPÍTULO XV

EL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES

SUMARIO: I. El concepto.—II. Las características.—III. Diversas clases del contrato: A. El contrato llamado de iguala.—B. El contrato llamado de *cuota litis*.—C. El contrato llamado de "reserva profesional".—IV. La clasificación.—V. Los elementos: 1. El consentimiento.—2. El objeto.—3. La forma.—VI. Los presupuestos: 1. La capacidad.—2. La ausencia de vicios en el consentimiento y la licitud.—VII. Las consecuencias: 1. Las obligaciones del profesional.—2. Las obligaciones del cliente.—3. Pluralidad de partes.—VIII. Las causas de terminación.

I. EL CONCEPTO.—El contrato de prestación de servicios profesionales, es un contrato por virtud del cual una persona llamada profesional o profesor, se obliga a prestar un servicio técnico en favor de otra llamada cliente, a cambio de una retribución llamada honorario.

II. LAS CARACTERÍSTICAS

A. Éste, como su nombre lo señala, es un contrato de prestación de servicios.

B. Los servicios que se obliga a prestar el profesor son siempre actos técnicos y por regla general actos materiales, como los que realiza un médico en una intervención quirúrgica, un arquitecto en la construcción de un conjunto habitacional o un notario en la redacción de una escritura, y

C. El profesor siempre actúa en nombre propio y obra por su cuenta al hacer ejercicio de una actividad profesional, independientemente de que como consecuencia del contrato celebrado con su cliente, su trabajo deba aprovechar y sea en beneficio de éste.

Como ya se hizo notar en el capítulo anterior, el Código Civil y la doctrina, tienden a confundir este contrato con el de mandato y si se añade además el hecho de que la ley confunde y puede decirse que equipara los conceptos de poder y mandato, el desconcierto se agrava.

En múltiples ocasiones el otorgamiento de un poder tiene como causa o antecedente un contrato de prestación de servicios profesionales, pero son figuras y actos jurídicos muy diferentes uno del otro, y tomando en consideración lo ya tratado para diferenciar el poder del mandato, saltan a la vista las diferencias entre poder y prestación de servicios profesiona-

les. Como distinción fundamental, piénsese que el poder es un acto monosubjetivo y la prestación de servicios profesionales es un contrato.

Por lo que respecta a la distinción entre los contratos de mandato y de prestación de servicios profesionales, puede decirse que: en el primero, el mandatario debe realizar siempre actos jurídicos y que éstos deben ser siempre por cuenta y generalmente a nombre del mandante, en cambio, en el segundo, los actos son técnicos y no necesariamente jurídicos y éstos se realizan por cuenta y a nombre del profesor, aun cuando se dan en provecho y beneficio del cliente.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, con grave falta de precisión y en forma incompleta ha diferenciado estos contratos señalando sólo la circunstancia de actuar a nombre del mandante en el contrato de mandato y de obligarse por sí mismo el profesor en el contrato de prestación de servicios profesionales.¹

III. DIVERSAS CLASES DEL CONTRATO.—En el contrato de prestación de servicios profesionales, el profesor se obliga a realizar una actividad del más alto grado de perfección, para hacer posible el logro de los resultados propuestos y ello implica el evitar toda injerencia del cliente en la dirección o en la utilización de medios relacionados con el negocio.

La actividad del profesor se proyecta en interés de su cliente, pero es una responsabilidad de aquél, es el cumplimiento de su obligación de actuar con toda pericia y oportunidad, y eso se traduce también en un interés para el profesional, en su prestigio y buen nombre. El interés del cliente es tratar de obtener un resultado satisfactorio en su negocio o asunto a través del profesor; el interés de éste, es personalísimo, su prestigio.

De lo anterior se desprende la necesidad de que el profesor actúe en

¹ Tesis 279. Prestación de Servicios Profesionales y Mandato.

“Las razones que tuvo el legislador para hacer supletorios del contrato de prestación de servicios profesionales, las disposiciones relativas al mandato, fueron que tanto en uno como en otro hay prestación de servicios, y en ambos se tienen muy en cuenta las cualidades morales y la aptitud del mandatario; pero entre ambos contratos también existen diferencias radicales: en uno y otro hay prestación de servicios, pero en el mandato, el mandatario obra a nombre de otro y no se obliga personalmente, sino que obliga al mandante; en la prestación de servicios, el que los presta, se obliga por sí mismo; sus actos no obligan a la persona en favor de la cual ejecuta algo. Esas diferencias aconsejan que interpretando rectamente la ley, se apliquen al contrato de prestación de servicios, sólo las disposiciones del mandato que tengan fundamento en las semejanzas que entre ambos existen; así, las disposiciones relativas a la forma y aplicables al mandato, no lo son al contrato de prestación de servicios, pues esas disposiciones se refieren única y exclusivamente a la representación, que no existe tratándose de la prestación de servicios.”

Jurisprudencia. Poder Judicial de la Federación. Tesis de Ejecutorias 1917-1975. Apéndice al *Semanario Judicial de la Federación*. Cuarta parte. Tercera Sala. Ministro Inspector: Lic. Raúl Cuevas Mantecón. Mayo Edic., México, 1975, p. 832.

forma personal. La atención, el cuidado y el escuchar a su cliente debe ser una labor personal y la toma de decisiones, el decidir cuál debe ser la trayectoria a seguir y cuáles deben ser los medios o mecanismos a emplear, también es una actividad personalísima del profesor. ¿Quién debe ejecutar el trabajo planeado por el director? Eso ya no tiene importancia capital. Puede ser una enfermera, una secretaria, un pasante, un colaborador, en fin, puede ser una computadora u ordenadora.

Por su contenido y consecuencias este contrato puede tener diversas formas de manifestarse; esto es, puede haber varias clases de contratos de prestación de servicios profesionales: El llamado de "igualada"; el conocido como de "*cuota litis*" y el de "reserva profesional".

A. El contrato llamado de igualada.

En el campo de la contratación de servicios profesionales y sin reconocimiento legal del término, se le llama "igualada" al contrato que celebra un profesional para obligarse a prestar sus servicios durante cierto tiempo, por un honorario fijo mensual o anual y no por cada servicio prestado en forma individual a su cliente o a un grupo determinado de personas que pueden ser los miembros de su familia o los empleados de una empresa.

Es muy común que un médico se obligue a atender profesionalmente a un paciente o a su familia y a cambio se le pague como honorarios, una cantidad fija por semestre o por año.

Igual práctica se sigue por veterinarios y por abogados.

Éste es un contrato que aceptan generalmente profesionales al inicio de su ejercicio para darse a conocer y tener la posibilidad de tener a futuro una clientela de mayor nivel económico y por ello, con frecuencia, a través de este contrato, se abusa de los jóvenes profesionales.

En el mundo de las grandes corporaciones, este contrato lo utilizan algunas compañías de seguros y centros hospitalarios. El hospital a través de profesionales especializados, se obliga a prestar servicios médicos a toda persona que compruebe con una póliza de seguro de determinada compañía, tener derecho a esos servicios y cobra a la compañía de seguros una cantidad fija señalada comúnmente al año. (Sobre este tema, ver el libro *Curación fatal* de Cook, Robin. Edit. Reader's Digest, México, 1996.)

B. El contrato llamado de *cuota litis*.

El contrato de prestación de servicios profesionales con pacto de *cuota litis*, es aquel por virtud del cual una de las partes contratantes, el profesional licenciado en derecho, se obliga a prestar sus servicios técnico-jurídicos en beneficio de la otra parte llamada cliente, quien como contraprestación se obliga a pagar una parte proporcional de los beneficios que obtenga del patrocinio o dirección del negocio previsto en el contrato.

Desde un punto de vista muy preciso, son contratos de *cuota litis* aquellos en que el cliente se obliga a pagar al profesor un porcentaje de lo que

se consiga en el juicio; sin embargo, también deben considerarse con ese carácter:

- a. Los que contengan la obligación del cliente de pagar una cantidad mayor o menor, según sea el resultado económico obtenido por el cliente.
- b. En los que se convenga en que sólo se causarán honorarios si se obtiene una sentencia favorable, y
- c. En los que el cliente se obligue a pagar una cierta cantidad si el resultado es favorable y otra diferente si la sentencia es adversa.

Es normal que entre abogados y clientes se celebre este contrato, en virtud de que el interesado no tiene dinero para pagar los honorarios y conviene en darle al profesional un porcentaje (15%, 20% o más) de los resultados económicos que se obtengan del asunto que se le atienda. No obstante, la utilidad práctica que puede tener este contrato, desde un punto de vista social y moral, no ha sido muy aceptado, ya que se presta a abusos en contra del cliente y a un malestar en la comunidad, ya que puede originar corrupción y una desviación en la recta administración de justicia.

Don Eduardo Pallares, en el *Diccionario de derecho procesal* señala: “*Quota litis*. En el derecho romano, los legisladores se opusieron a la celebración de este contrato por considerarlo inmoral y contrario a los intereses del cliente”.

En las Leyes de Partidas (Ley 14 Título 7 Partida Tercera: “Otro si defendemos que ningún abogado non sea osado de fazer postura con el dueño del pleyto, de percibir cierta parte de aquella cosa sobre la que es la contienda. Porque tuvieron por bien los sabios antiguos que cuando el abogado sobre tal postura razonase que se trabaxaría de fazer toda cosa porque la pudiese ganar, quien a tuerto, quien a derecho”.

La postura fue ratificada en la Novísima Recopilación. Ley 22 Título XXII Libro 5: “Mandamos que ningún abogado pueda ser partido ni iguala con la parte a quien ayudare que le dé cierta cantidad de maravedies ni otra cosa alguna por razón de la victoria o vencimiento del pleyto; y cualquiera que lo hiciere, sea suspendido del oficio de la abogacía por tiempo de seis meses”.

Don Florencio García Goyena, en sus “Concordancias del Código Civil” señala: “A los abogados y procuradores. Sin esta prohibición podrían los abogados cometer fácilmente grandes abusos en el ejercicio de su noble profesión que conviene rodearla de prestigio, en el interés de la misma y de la recta administración de la justicia. ¿Queda comprendida en esta prohibición el pacto de *quota litis*? Sí, porque la venta o cesión de una parte o derecho de la cosa que es objeto de litigio convida a pecar”.

Por su parte don Ángel Osorio, en el encantador libro *El alma de la toga* (edición hecha en Madrid, por la imprenta de Juan Pueyo. Posiblemente edición apócrifa o espuria, ya que no tiene fecha ni lugar) indica:

“De ahí que, aún olvidado en las leyes, siga condenado por el decoro el pacto de *cuota litis*. El letrado que ha de obtener la misma remuneración legítima, cualquiera que sea el resultado del negocio, aconseja con templanza, procede con mesura, hace lo que la moral y la ley consienten. El que sabe que ganará más o menos según la solución que obtenga, tiene ya nublada la vista por la codicia, pierde su serena austeridad, participa de la ofuscación de su defendido, y lejos de ser un canal, es un torrente” (página 61). En otra parte señala: “Por eso ha de huir cuidadosamente de los siguientes peligros: A. Del pacto de *cuota litis* que las leyes antiguas prohibían y la opinión, por regla general reprueba. No es que esta forma de remuneración sea sustancialmente absurda o inmoral. Acaso sea teóricamente la más atinada. Lo que la hace condenable es que arranca al abogado su independencia, haciéndole partícipe en el éxito y en la desventura. Procedemos con serenidad sabiendo que lo que se nos premia es nuestro trabajo cualquiera que sea su resultado; pero perdemos la ecuanimidad y se nos nubla el juicio y no distinguimos lo lícito de lo ilícito si incidimos en la alternativa de ver perdido nuestro esfuerzo o lograr una ganancia immoderada. La retribución del trabajo es sedante. La codicia es hervor, inquietud, ceguera. El abogado que a cada hora se diga: Si gano este pleito de los cinco millones, me llevaré dos, se adapta a la psicología de los jugadores” (página 76).

En Argentina, el artículo 66 del Apéndice al Código de Procedimiento Civil, establece: “Será nulo y sin ningún efecto todo pacto por el cual el abogado venga a hacerse partícipe o a tener interés directo en el resultado del pleito”.

Las razones que se han argumentado para repudiar este contrato de *cuota litis*, son que atenta contra la moral del abogado; que es ofensivo a la dignidad del abogado; que tuerce la actitud recta y limpia del procurador durante el litigio y que hace perder al abogado su independencia.

Como un medio de vigilancia cuidadora del decoro de la actuación del abogado, debe evitarse su celebración.

No obstante esta repulsa a la celebración del contrato, el Código de Ética Profesional de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, permite su utilización al señalar en su artículo 36: “Pacto de *cuota litis*. Solamente es admisible el pacto de *cuota litis* celebrado sobre bases equitativas, teniendo en cuenta la posibilidad de no percibir los honorarios con sujeción a las siguientes reglas:

I. La participación del abogado nunca ha de ser mayor que la del cliente.

II. El abogado se reservará la facultad de separarse del patrocinio o mandato, y del mismo modo se establecerá la facultad para el cliente de retirar el asunto al abogado y confiarlo a otro; en estos casos, si el negocio se gana, el abogado tendrá derecho a cobrar una cantidad proporcional a sus servicios y a la participación convenida; si el negocio se pierde, el abo-

gado podrá cobrar los honorarios comunes que se estimen devengados cuando el cliente le haya retirado el asunto sin causa justificada.

III. Si el asunto se perdiera, el abogado no cobrará, excepto cuando se hubiere estipulado a su favor una suma razonable para cubrir los gastos”.

En el derecho civil mexicano podría argumentarse válidamente que el artículo 2276 del código se inspira en la doctrina que repudia el pacto de *cuota litis* al señalar que “Los magistrados, los jueces, el Ministerio Público, los defensores oficiales, los abogados, los procuradores y los peritos no pueden comprar los bienes que son objeto de los juicios en que intervengan. Tampoco podrán ser cesionarios de los derechos que se tengan sobre los citados bienes”.

C. El contrato de “reserva profesional”.

Este contrato es aquel por el cual el profesor se obliga a escuchar, dentro de un plazo generalmente fijado por uno o más años, los planteamientos de carácter jurídico que le haga el cliente y a dar una opinión jurídica sucinta y concreta, a cambio de una remuneración llamada honorario, y a decidir si opta o no por atender profesionalmente a su cliente a futuro si llegan a ponerse de acuerdo en las condiciones, circunstancias y honorarios, respecto de los asuntos anteriormente planteados.

En este contrato el profesor se obliga a dar consultas jurídicas sucintas y concretas (breves) respecto a los asuntos que se le planteen durante la vigencia del contrato. No se obliga por este contrato a defender los intereses del cliente, pero sí a considerar la posibilidad de celebrar un nuevo contrato de prestación de servicios profesionales para esos efectos, si llega a ponerse de acuerdo con su cliente respecto a la forma y oportunidad de actuar y a sus honorarios.

Lo que se busca a través de este contrato, es que el profesor no asesore ni patrocine a posibles competidores o contrarios del cliente, en procedimientos judiciales o administrativos.

Piénsese en una empresa que pretende explotar una marca o un producto en determinada ciudad y que puede llegar a tener conflictos con otras empresas ya establecidas en ese sitio. Que en ese lugar hay uno o dos profesionales que podrían patrocinar a las empresas ya establecidas y crear serias dificultades de desarrollo a la empresa que va a entrar en ese mercado. Si ésta celebra un contrato de prestación servicios profesionales con esos profesionales, se asegura de que éstos no patrocinarán a futuro a sus competidores, ya que en caso contrario, cometerían prevaricato.

IV. LA CLASIFICACIÓN.—Es un contrato *bilateral* porque genera obligaciones para ambas partes contratantes; *oneroso* porque origina provechos y gravámenes recíprocos; generalmente *conmutativo* porque las prestaciones son ciertas y conocidas desde la celebración del contrato; *principal* porque

su existencia y validez no dependen de la existencia y validez de otro contrato o de una obligación previamente existente; *consensual* en oposición a formal, en virtud de que la ley no exige una forma determinada para su validez y es un contrato *intuitu personae* en atención al profesional.

El contrato de prestación de servicios profesionales no agota la finalidad que persiguen las partes con su simple celebración, sino que es un medio para obtener los resultados que en definitiva pretenden las partes y las obligaciones que genera para el profesor deben cumplirse necesariamente con posterioridad (lapso más o menos largo) a la celebración del contrato; por lo que, entre el nacimiento de la obligación y su cumplimiento forzosamente debe transcurrir un tiempo y no es posible el cumplimiento inmediato, por lo que deben estudiarse las causas de terminación de este contrato; pero no por esto debe entenderse que es un contrato preparatorio, porque las partes no pretenden como consecuencia de su celebración adquirir unilateral o bilateralmente la obligación de celebrar en cierto tiempo un determinado contrato, sino el que se realicen cierto tipo de actos técnicos que le aprovecharán al cliente.

V. LOS ELEMENTOS

A. *El consentimiento*. Como en todo contrato debe existir un acuerdo de voluntades y en relación con este contrato el acuerdo debe ser para la realización de ciertos actos de carácter técnico y el pago de una remuneración por parte del cliente que toma el nombre de honorario.

B. *El objeto*. El objeto indirecto de este contrato (que es el contenido de las prestaciones de las partes) es doble: Por una parte el servicio profesional y por la otra los honorarios.

Cuando un objeto o un servicio recibe el calificativo de “profesional” se da a entender que es de óptima calidad. Así, para jugar fútbol o basquetbol puede servir una pelota común, pero cuando se dice que va a usarse una pelota profesional, ya no es común, sino de la mejor y más alta calidad. Respecto a los servicios, sucede algo similar. Si se requiere una reparación eléctrica o hidráulica en el común de los casos, basta para realizarla un electricista o un fontanero normal, el del barrio; pero si quien requiere el servicio es muy exigente o el daño no lo ha podido reparar un trabajador común, entonces es necesario llamar a un profesional. Es decir, quien proporcione un servicio de calidad óptima.

Tiene mucho romanticismo recordar los días de la niñez cuando en la escuela primaria un jovencito decía “no traigo un balero, un trompo o una manopla de beisbol común, sino una profesional”. Daba a entender que traía el mejor juguete en su género.

Éste es el concepto preciso que debe darse al servicio que presta un profesor. El mejor, el servicio óptimo, el que no es común dentro de la co-

munidad y por ello se tiene derecho a una contraprestación también excepcional, de honor, de dignidad, se tiene derecho a recibir honorarios.

El servicio profesional como un hecho positivo que está obligado a prestar el profesional debe ser posible y lícito (1827). Si el profesional no ejecutare el hecho a que se obligó, el cliente puede exigir el cumplimiento forzoso o la resolución del contrato con el pago de daños y perjuicios en ambos casos (1949); pero no podría, por regla general, pedir que aquél se ejecutare por otro (2027) porque este contrato es en términos generales *intuitu personae*, ya que se celebra en atención a las cualidades personales del profesional.

Los honorarios, como la cosa contenido de la prestación del cliente, y siguiendo los principios generales en materia de obligaciones, debe existir en la naturaleza (tomando en cuenta la posibilidad de que fueran cosas futuras), ser determinados o determinables en cuanto a su especie y estar en el comercio (1825 y 1826).

C. *La forma*. La manera de exteriorización o socialización del consentimiento en este contrato es libre, no impuesta; por lo tanto, puede manifestarse en forma expresa o tácita. La ley no exige una forma determinada en este contrato para su validez y por lo tanto las partes pueden escoger libremente esa manera exteriorizante de su voluntad. De ahí que el contrato se clasifique como consensual en oposición a formal.

VI. LOS PRESUPUESTOS

A. *La capacidad*. La aptitud personal del cliente para la celebración de este contrato debe ser simplemente la general para contratar pudiendo los incapaces (con incapacidad de ejercicio) celebrarlo por conducto de sus representantes legales.

La capacidad del profesional debe ser también la general y cuando la actividad a realizar sólo la pueda ejecutar una persona con título profesional para su ejercicio, en los términos de la Ley Reglamentaria del Artículo 5o. Constitucional, relativo al ejercicio de las profesiones en el Distrito Federal,² también requerirá la capacidad especial de ser perito en esa materia con dicho título. Con fundamento en esa ley, se requiere además del título, el que el mismo esté registrado y que como consecuencia de ese registro se expida al profesional una cédula con efectos de patente para ejercer su profesión.

La falta de esos requisitos cuando la ley los exige, además de las penas que señala el ordenamiento mencionado, acarreará una sanción civil a los

² Llamada popularmente "Ley de Profesiones", de fecha 30 de diciembre de 1944, publicada en el *Diario Oficial* de 26 de mayo de 1945, con última reforma publicada en el *Diario Oficial* de 22 de diciembre de 1993.

profesionales, consistente en que “no tendrán derecho de cobrar retribución por los servicios profesionales que hayan prestado” (2608).

B. La licitud en el objeto, motivo o fin y la ausencia de vicios del consentimiento, siguen las reglas generales ya estudiadas con anterioridad.

VI. LAS CONSECUENCIAS.—Éste, como todos los contratos, origina obligaciones para las partes.

1. *Obligaciones del profesional.*

A. Está obligado a prestar el servicio en la forma, en el tiempo y en el lugar convenidos, o en la forma, tiempo y lugar que se requieran técnicamente conforme a la naturaleza del negocio, utilizando todos los conocimientos en el desempeño de su actividad y es responsable, por tanto, de su negligencia, impericia o dolo (2615). Sin embargo, tiene derecho a cobrar los honorarios correspondientes cualquiera que sea el resultado exitoso o no del negocio o trabajo encomendado.

B. Está obligado a guardar reserva o el secreto en relación con los negocios que se le encomienden si de lo contrario se desprende un daño de cualquier tipo al cliente (2590 y 1910) salvo los informes que obligatoriamente establezcan las leyes respectivas (Art. 36 de la Ley Reglamentaria del Artículo 5o. Constitucional, mencionada).

C. A erogar las expensas o gastos necesarios si el profesional se obligó a hacerlos y no se incluyeron expresamente en el pago de los honorarios. Cuando se hagan estas erogaciones, el profesional tiene derecho a cobrar un interés legal sobre su importe desde que las efectuó hasta que se le reembolsen (2609).

D. Si el profesional es un licenciado en derecho, tiene la prohibición de asesorar o patrocinar a las dos o más partes con intereses opuestos en el o los negocios correspondientes. Si lo hace, comete el delito de prevaricato, sancionado por el Código Penal, Art. 232. (Art. 2589 del Código Civil).

2. *Obligaciones del cliente.*

A. Pagar los honorarios que se hayan convenido y a falta de convenio los fijará el juez que conozca de la controversia que se suscite por ese motivo, atendiendo a las costumbres del lugar, a la importancia de los asuntos prestados, a las posibilidades económicas del cliente y a la reputación del profesional. Si los servicios estuvieren regulados por arancel, éste servirá de norma para fijar los honorarios (2607). El lugar de pago debe ser el de la residencia del profesional y el tiempo inmediatamente después de la prestación de cada servicio o al fin de todos cuando se separe el profesor o haya concluido el negocio o trabajo que se le confió, salvo pacto en contrario (2610).

B. Pagar las expensas que hubiere hecho el profesional más su interés

legal desde que se hicieron, si no quedaron incluidos en el monto de los honorarios (2609).

3. *Pluralidad de profesionales y clientes.*

Si son varios los profesionales a quienes se les encomendó un negocio, cada uno tendrá sólo derecho a cobrar los servicios que individualmente haya realizado (2612). Si son varios los clientes en la celebración del contrato, responden todos en forma solidaria de sus obligaciones para con el o los profesores (2611).

VIII. CAUSAS DE TERMINACIÓN.—La ley no establece causas específicas de terminación de este contrato; por lo tanto serán causas de su terminación las normales y comunes de todos los contratos de este tipo:

- A. La conclusión del negocio encomendado al profesional.
- B. La imposibilidad legal o natural de concluirlo.
- C. La rescisión por mutuo consentimiento.
- D. La muerte del profesional o su interdicción.
- E. La nulidad o resolución del contrato.

CAPÍTULO XVI

EL CONTRATO DE OBRA A PRECIO ALZADO

SUMARIO: I. El concepto.—II. Las características.—III. Las diferencias con otros contratos.—IV. La clasificación.—V. Los elementos: 1. El consentimiento.—2. El objeto.—3. La forma.—VI. Los presupuestos: 1. La capacidad.—2. La ausencia de vicios en el consentimiento y la licitud.—VII. Las consecuencias: 1. Las obligaciones del empresario.—2. Las obligaciones del dueño.—VIII. Las causas de terminación.

I. EL CONCEPTO.—El contrato de obra a precio alzado, es aquel por virtud del cual, una persona llamada empresario se obliga a realizar una obra con materiales propios y tomando a su cargo la dirección y el riesgo de la misma, para la otra parte llamada dueño, quien se obliga a pagarle una remuneración.¹

II. LAS CARACTERÍSTICAS

1. Es un contrato de prestación de servicios. El empresario debe ejecutar personalmente la obra o debe vigilar personalmente la ejecución que otra persona haga, si en el contrato se le facultó para que otra persona, la hiciera, bajo su responsabilidad.

2. Los materiales empleados en la ejecución de la obra deben ser propiedad del empresario.

3. Es un contrato translativo de dominio respecto a los materiales empleados si la obra es un bien inmueble, o respecto de la obra misma, si ésta es mueble, y la transmisión del dominio se opera, en el primer caso, por la colocación de los materiales en el inmueble, y en el segundo supuesto, cuando se determine e individualice la obra mueble con conocimiento del dueño.

4. La dirección de la obra y los riesgos de su ejecución y de la obra misma, son a cargo del empresario y por lo tanto no debe haber ni dirección ni dependencia económica del dueño.

¹ La legislación argentina, entre otras, denomina a este contrato "Locación de Obra". Para ampliar el estudio de este contrato, se recomienda la lectura en su parte conducente de la obra del doctor Luis María Rezzónico, *Estudio de los contratos en nuestro derecho civil*. Tercera edición, actualizada (póstuma), Ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1969, vol. segundo, pp. 727 a la 937.

5. El motivo determinante de la voluntad del dueño para celebrar el contrato debe ser la actividad personal e individual del empresario y no simplemente la adquisición de la obra.

6. Siempre deberá existir una contraprestación a cargo del dueño.

III. LAS DIFERENCIAS CON OTROS CONTRATOS

1. *Con el contrato de trabajo.* Si existe dirección y dependencia del dueño de la obra, será un contrato de trabajo; pero si los materiales empleados son del empresario, la dirección es por su cuenta y los riesgos de la obra son a su cargo, será un contrato de obra a precio alzado.

2. *Con el contrato de prestación de servicios profesionales.* Si el empresario no se obliga a prestar su trabajo personal en la realización de la obra, ni es propietario de los materiales empleados, ni toma a su riesgo la ejecución de la obra, sino que sólo se obliga a realizar la dirección de la indicada obra, se estará ante un contrato de prestación de servicios profesionales; en caso contrario, ante uno de obra a precio alzado.

3. *Con el contrato de compraventa.* Existen ocasiones en que es difícil distinguir entre dos contratos. La calificación deberá hacerse en vista de cada caso en concreto. Si de conformidad con la voluntad acorde de las partes lo relevante en un negocio determinado es el trabajo del empresario, el contrato será de obra a precio alzado; pero si lo relevante llega a ser el bien mismo sobre el cual se realizó el trabajo, el contrato será de compraventa.²

A este contrato también se le ha llamado contrato por ajuste cerrado, contrato de empresa y cuando la remuneración se paga al empresario de acuerdo con el número de unidades de que se componga la obra o confor-

² "Nuestro código contiene una norma que es decisiva para solucionar este problema en nuestro derecho. Es el Art. 1629 inspirado en el Art. 1787 del C. francés que dispone: "Puede contratarse un trabajo o la ejecución de una obra, conviniendo en que el que la ejecute ponga sólo su trabajo o su industria o que también provea la materia principal." La ubicación de este precepto en el título de la locación de obra, y sus propios términos, obligan a afirmar que en nuestro sistema legal ha quedado consagrada la opinión y solución de Paulus, Duranton y Duvergier, en el sentido de que, aunque el locator o empresario de la obra suministre la materia principal o total con que la ejecuta, el contrato es siempre "locación de obra"... Es también concepto consagrado por nuestra jurisprudencia, que puede concretarse así: "La circunstancia de que quien realiza el trabajo o ejecuta la obra suministre también los materiales necesarios, no desnaturaliza el contrato que continúa siendo de locación de obra y no compraventa." Rezzónico, Luis María, *ob. cit.*, tomo II, pp. 136 a 740.

"...Paulus... Duranton... y Duvagier... opina que el contrato es siempre "locación de obra"... , pues en la locación de obra, el trabajo es el objeto principal de contrato, su finalidad..."

"...Para decidir en cada caso si el contrato es de venta o de locación de obra, debe atenderse el valor preponderante de la materia o del trabajo, es decir, a la preponderancia o supremacía objetiva de la materia suministrada por una u otra parte..." En nota de pie de página. Rezzónico, *ob. cit.*, pp. 736 y 737.

me a las partes de la obra que vaya terminando principalmente el empresario, se le llama contrato de destajo.

IV. LA CLASIFICACIÓN.—Es un contrato *bilateral*, porque genera obligaciones para ambas partes; generalmente *oneroso*, porque existen provechos y gravámenes recíprocos y también generalmente conmutativo, porque las prestaciones son ciertas y conocidas desde el momento de la celebración del contrato; de *tracto sucesivo*, porque la obligación del empresario no puede cumplirse en un solo acto al perfeccionarse el contrato, sino que requiere de un lapso más o menos largo, para elaborar la obra; es un contrato *principal*, porque no depende en su existencia y validez de la existencia o validez de otro o de una obligación previamente establecida.

Es un contrato en ocasiones *formal* y en ocasiones *consensual*, como se verá al estudiar la forma como elemento.

Por último, es un contrato *intuitu personae* en relación al empresario (2638).

V. LOS ELEMENTOS

1. *El consentimiento*. Para la existencia del contrato se requiere el acuerdo de voluntades para la realización de una obra con materiales propios del empresario quien debe tomar a su cargo la dirección y el riesgo de la obra, a cambio de una remuneración que debe pagar el dueño. Es un *contrato consensual* en oposición a real, ya que se perfecciona por el simple acuerdo de voluntades, que origina las obligaciones de realizar la obra y de pagar la prestación, sin que se requiera la entrega de la cosa (que por definición aún no existe) para el perfeccionamiento del contrato.

2. *El objeto*. Como en la mayor parte de los contratos es doble; por una parte el contenido de la prestación del empresario y por la otra el contenido de la prestación del dueño.

El objeto como contenido de la prestación del empresario puede ser un bien mueble o un inmueble (2618), y así, para poner un ejemplo se puede obligar a construir una mesa o un edificio.

El objeto como contenido de la prestación del dueño, es generalmente dinero, aunque nada impide que la contraprestación sea en otros bienes diferentes.

Este contrato es translativo de dominio, ya que el empresario al entregar la obra realizada con materiales propios, transmitirá al dueño la propiedad de la obra o por lo menos la de los materiales empleados y de ahí la dificultad práctica que existe en ocasiones para distinguir este contrato de la compraventa o de la permuta, según que la contraprestación sea en dinero o en bienes.

3. *La forma.* Si el contrato se refiere al ajuste cerrado de la obra en cosa inmueble cuyo valor sea más de cien pesos, será formal, ya que para su validez debe otorgarse por escrito (2618) y para que el empresario tenga derecho a exigir un aumento en la retribución como consecuencia de un cambio en los planos, diseños o directrices de la obra, debe el dueño autorizar esos cambios por escrito y con expresa designación del precio (2627).

En todos los demás casos el contrato es consensual en oposición a formal, ya que no requiere para su validez de una manera específica o impresa de manifestarse la voluntad de las partes (1832).

VI. LOS PRESUPUESTOS

1. *La capacidad.* La capacidad del dueño debe ser simplemente la general para contratar, pudiendo los incapaces celebrar con ese carácter el contrato, por conducto de sus respectivos representantes legales.

La capacidad del empresario debe ser, además de la general, la especial de ser propietario de los bienes empleados en la obra, para poderlos transmitir al dueño, ya que si tales materiales son ajenos se originará la nulidad de la enajenación (por analogía, Art. 2270).

2. La licitud en el objeto, motivo o fin y la ausencia de vicios en el consentimiento, siguen las reglas generales ya estudiadas.

VII. LAS CONSECUENCIAS.—Las consecuencias o efectos de este contrato (como las de todos los demás) son crear obligaciones tanto para el empresario, como para el dueño.

1. *Las obligaciones del empresario.*

A. *Ejecutar la obra convenida.* Esta obligación la debe cumplir apegándose a los planos, diseños, presupuestos y directrices pactadas por las partes y en caso de que surjan dificultades por ese motivo entre las partes, éstas deben resolverse teniendo en cuenta la naturaleza de la obra, su precio y la costumbre del lugar, oyéndose el dictamen de peritos (2619). Además debe ejecutar la obra personalmente a menos que se haya pactado lo contrario o el dueño lo consienta, pero en todo caso la obra se realizará bajo la responsabilidad del empresario (2633). Por último, deben iniciarse y concluirse los trabajos en los términos pactados y en caso contrario en los que sean necesarios a juicio de peritos (2629).

B. *Entregar la obra.* Aunque esta obligación no se consigna en forma expresa y tajante en la ley, se desprende del contenido de los artículos 2617, 2625, 2630, 2634 y 2644 y además constituye la razón de ser del contrato y por lo tanto integra el consentimiento como elemento esencial del contrato.

C. *Responder por los vicios de la cosa y por el trabajo de los operarios.* Tales obligaciones se consignan en los artículos 2617 y 2642. Además debe responder de los defectos que pudieren aparecer en la obra procedentes de vicios en su construcción y hechura, mala calidad de los materiales empleados o vicios del suelo en que se edificó (2634).

2. *Las obligaciones del dueño*

A. *Pagar el precio convenido.* La parte que se convertirá en propietaria de la obra como consecuencia del contrato, debe pagar la prestación convenida y si no se fijó precio, éste será el que fijen los aranceles si los hay o en su defecto el que tasen peritos (2624).

B. *Recibir la cosa.* Esta obligación está consignada en los artículos 2617, 2630 y 2631. Si el dueño se constituye en mora para recibir la cosa adquiere el riesgo de la obra y libera de esa responsabilidad al empresario. Si se pacta la obra por piezas o medidas, se puede exigir al dueño que las reciba en partes y las pague en la misma proporción, presumiéndose aprobada y recibida la parte pagada.

VIII. LAS CAUSAS DE TERMINACIÓN.—En los contratos que no agotan la finalidad perseguida por las partes por su mera celebración y en los contratos de ejecución continuada, como el presente, deben analizarse las posibles causas o motivos de su terminación.

Este contrato termina:

1. Por concluirse la obra y entrega de la misma y de la contraprestación (precio).
2. Por desistimiento del dueño, siempre que indemnice al empresario por sus gastos, trabajo y por la utilidad que pudiera haber sacado de la obra (2635) de no haber mediado el desistimiento.
3. Por muerte del empresario, debiéndose indemnizar a sus herederos por el trabajo y gastos hechos (2638).
4. Por hacerse imposible la ejecución de la obra.
5. Por rescisión por mutuo consentimiento; y
6. Por nulidad o resolución del contrato.

CAPÍTULO XVII

EL CONTRATO DE HOSPEDAJE

SUMARIO: I. El concepto.—II. Las características.—III. La clasificación.—IV. Los elementos: 1. El consentimiento.—2. El objeto.—3. La forma.—V. Los presupuestos: 1. La capacidad.—2. La ausencia de vicios en el consentimiento y la licitud.—VI. Las consecuencias: 1. Las obligaciones del hostelero.—2. Las obligaciones del huésped.—VII. Las causas de terminación.

I. EL CONCEPTO.—El contrato de hospedaje es aquel por virtud del cual una persona llamada hostelero se obliga a proporcionar a otra llamada huésped, albergue a cambio de una retribución, comprendiéndose o no, según se estipule, los alimentos y otros servicios y bienes relacionados con el albergue.

Este contrato por regla general origina obligaciones muy variadas que podrían encuadrarse en diversos tipos de contratos. Puede existir transacción de dominio de cosas ciertas, cuando las partes pactan la inclusión de los alimentos o medicinas en el contrato; la concesión temporal del uso de ciertas cosas como es la habitación y los muebles al conceder el albergue; la prestación de determinado tipo de servicios como pueden ser los de limpieza del local y lavado de ropa, e inclusive pueden comprenderse servicios profesionales, como en el supuesto de que incluya cierta atención médica en caso de enfermedad.

Por otra parte la contraprestación a cargo del huésped es por lo general única, consistente en el pago de una cantidad determinada de dinero cada cierto tiempo.

En virtud de que la ley no reglamenta todas las posibles situaciones que pueden derivarse de este contrato, por el alto grado de complejidad que puede presentar, se considera que el contrato de hospedaje es un contrato no reglamentado, aunque tenga un nombre y esté enmarcado dentro de un tipo legal; por lo que en su interpretación y ejecución deben aplicarse las reglas contenidas en el Art. 1858 para los contratos innominados. Dentro de la clasificación de los contratos innominados, se considera a este contrato como una especie de los contratos mixtos llamados contratos combinados, en los cuales una parte tiene obligaciones que pueden encuadrar en dos o más tipos de contratos y la otra sólo está obligada a una prestación única, generalmente en dinero.

II. LAS CARACTERÍSTICAS.—Las características de este contrato son:

1. Es un contrato de prestación de servicios.

El hostelero debe realizar una actividad encaminada a proporcionar albergue al huésped.

2. La obligación principal y que identifica e individualiza al contrato es la de proporcionar albergue, y es irrelevante al efecto proporcionar otros servicios o bienes.

III. LA CLASIFICACIÓN.—Es un contrato *principal, bilateral, oneroso, comutativo, consensual* en oposición a real y a formal y *definitivo*.

Además es un contrato de *tracto sucesivo*, porque el hostelero no puede solventar en un solo acto todas sus obligaciones, sino que las va cumpliendo durante todo el tiempo que dura el contrato.

IV. LOS ELEMENTOS

1. *El consentimiento*. La ley señala en forma singular que el consentimiento puede manifestarse en este contrato de una manera expresa, mediante el acuerdo de voluntades sobre el hospedaje y demás condiciones accesorias por una parte y la contraprestación generalmente en dinero por la otra; o de una manera tácita, por la aceptación que hace el huésped de las condiciones señaladas en el reglamento administrativo correspondiente, que el dueño del establecimiento en donde se va a proporcionar el albergue, debe tener siempre por escrito en lugar visible (2668).

2. *El objeto*. El objeto como contenido de las prestaciones del hostelero, puede ser múltiple y complejo, como ya se indicó. Un complejo de servicios como los de atención y limpieza; la concesión temporal del uso de una habitación y ciertos muebles; la traslación de dominio de ciertos bienes como lo son los alimentos, y el consumo de otros como el gas, agua, luz y combustibles para mantener una temperatura estable. Todos estos objetos deben tener las características legales específicas para la validez del contrato como son, respecto de las cosas: que estén en el comercio, que sean determinadas o determinables y que existan en la naturaleza (con excepción de que pueden ser objeto de los contratos las cosas futuras) y respecto de los contratos o hechos como contenido de las prestaciones, que sean posibles y lícitos.

Por otra parte, el objeto como contenido de la prestación del huésped, es el dinero, aunque nada impide que puedan ser cosas o hechos.

3. *La forma*. Independientemente de que este contrato, como todos los demás, requiere de una manera cierta para exteriorizar el consentimiento, la ley no exige una forma determinada para ese efecto y por lo tanto, esa forma es libre, no impuesta, lo que califica al contrato como consensual.

V. LOS PRESUPUESTOS

1. *La capacidad.* Como consecuencia de la variedad de las prestaciones del hostelero y del huésped, la capacidad varía de uno a otro.

La capacidad del huésped debe ser sólo la general, esto es, la común necesaria para contratar y por ende para obligarse, pudiendo los incapaces celebrar el contrato con ese carácter por conducto de sus legítimos representantes.

La capacidad del hostelero tiene mayores requisitos, ya que además de requerir la general, debe tener la capacidad especial para poder administrar y para ejercer actos de dominio respecto de los bienes de los cuales se concede el uso temporal o se traslada el dominio según los diversos casos en concreto.

2. La ausencia de vicios en el consentimiento y la licitud den el objeto, motivo o fin, siguen las reglas generales y no sufren modificación alguna en relación con este contrato.

VI. LAS CONSECUENCIAS.—Este contrato en su carácter de bilateral o sinalagmático, genera obligaciones para ambas partes.

1. *Obligaciones del hostelero.*

A. Prestar o proporcionar todos los servicios a que se haya comprometido, especialmente el albergue que es la razón de ser de la celebración de este contrato. Si no existiese esta obligación de proporcionar albergue o cobijo, faltaría el elemento objeto, que es esencial y por lo tanto no existiría el contrato de hospedaje; esto es, se originaría la inexistencia de ese contrato (2666).

B. Responder del deterioro, destrucción o pérdida de los efectos introducidos en el establecimiento con su consentimiento o el de sus empleados autorizados, por las personas que se alojen en el establecimiento en donde se recibió al huésped, sin que exceda esa responsabilidad de la suma de doscientos cincuenta pesos, cuando no se pueda imputar culpa al hostelero o a su personal (2535).

C. Cumplir con las disposiciones de carácter administrativo que se impongan en cada entidad federativa a los hospedajes de carácter tácito o público (fijar en un lugar visible el reglamento correspondiente, registrar el nombre y demás datos que se exijan al huésped, cuidar de la moralidad del establecimiento, etc.).¹

¹ Esta materia está regida administrativamente por la Ley para el Funcionamiento de Establecimientos Mercantiles del Distrito Federal, publicada en la *Gaceta Oficial* del Distrito Federal el 28 de febrero de 2002. A continuación se transcriben los artículos 20, 23 y 35 de esa ley, directamente relacionados con esta materia:

2. Obligaciones del huésped

A. Pagar la remuneración convenida.

B. Servirse del local en donde se presta el hospedaje y de los demás bienes relacionados con el mismo, conforme a lo pactado en el contrato o conforme a lo que sea el uso normal y natural de esos efectos. El incumplimiento de estas obligaciones, originaría como la de cualquier otra, la resolución del contrato más el pago de daños y perjuicios.

C. Debe conservar las cosas relacionadas con el hospedaje.

D. Debe restituir esas cosas al término del contrato.

E. Debe cumplir con las disposiciones de carácter administrativo (proporcionar su nombre y demás datos para el registro, guardar la moralidad en el establecimiento, etc.).

ART. 20

Son considerados de impacto vecinal y requerirán para su funcionamiento expedición de licencia tipo A los siguientes giros:

a) Salones de fiestas,

b) Restaurantes,

c) Establecimientos de hospedaje, y

d) Salas de cine, teatros y auditorios.

e) Los establecimientos mercantiles señalados en los incisos anteriores, además de lo señalado en la ley, podrán realizar eventos o actividades culturales.

ART. 23

Para efectos de esta ley, los establecimientos mercantiles que presten el servicio de hospedaje serán todos aquellos que proporcionen al público albergue o alojamiento mediante el pago de un precio determinado. Se consideran establecimientos de hospedaje los hoteles, moteles y desarrollos con sistemas de tiempo compartido.

Los establecimientos mercantiles a que se refiere este artículo podrán prestar, sin necesidad de tramitar otra licencia de funcionamiento o dar aviso de declaración de apertura, los siguientes servicios:

a) Venta de alimentos preparados y bebidas alcohólicas al coqueo en los cuartos y albercas:

b) Música viva, grabada o videograbada;

c) Servicio de lavandería, planchaduría y tintorería;

d) Peluquería y/o estética;

e) Alberca, instalaciones deportivas, juegos de salón y billares;

f) Alquiler de salones para convenciones, o eventos sociales, artísticos o culturales;

g) Agencia de viajes;

h) Zona comercial;

i) Renta de autos.

j) Los que se establecen para el giro de restaurante en términos del primer párrafo del artículo 22 de la ley, sujetándose a las condiciones que para este giro se establecen; y

k) Los que se establecen para los giros de bar y discoteca en términos de los incisos c) y e) del artículo 24 de la ley, sujetándose a las condiciones que para este giro se establecen en el artículo 25.

Las actividades complementarias deberán de ajustar su horario a las disposiciones que para cada giro se encuentran señaladas en el presente ordenamiento, salvo las actividades señaladas en el inciso a) que serán permanentes.

Quedan exceptuados de la tramitación de licencia de funcionamiento los campos para casas móviles, casas de huéspedes, hostales y albergues, que sólo requerirán declaración de apertura y en ningún caso podrán vender bebidas alcohólicas.

VII. CAUSAS DE TERMINACIÓN DEL CONTRATO

- A. Por la conclusión del plazo señalado en el contrato.
- B. Por convenio expreso de las partes.
- C. Por resolución causada por el incumplimiento de alguna de las partes en sus obligaciones.
- D. Por nulidad; y
- E. Por confusión, por expropiación del local en donde se preste el albergue o por evicción.²

ART. 35

Los establecimientos mercantiles en los que se preste el servicio de hospedaje con servicio de restaurante, bar o discoteca, o paralelamente se ejerza algún otro giro, deberán contar para su operación con locales que formen parte de la construcción, separados por muros, cancelas, mamparas o desniveles, construidos o instalados de modo que eviten molestias tanto a los huéspedes en sus habitaciones como a las personas que vivan en inmuebles aledaños, y observarán las siguientes disposiciones:

I. Exhibir en lugar visible para el público, con caracteres legibles, la tarifa de hospedaje, horario de vencimiento del servicio, la tarifa de los giros autorizados y el aviso de que cuenta con caja de seguridad para la guarda de los valores;

II. Llevar el control de llegadas y salidas de huéspedes con anotación en libros, tarjetas de registro o sistema computarizado, en los que incluya nombre, ocupación, origen, procedencia y lugar de residencia;

III. Colocar en cada una de las habitaciones, en lugar visible, un ejemplar del reglamento interno del establecimiento mercantil sobre la prestación de los servicios;

IV. Solicitar, en caso de urgencia, los servicios médicos para la atención de los huéspedes;

V. Garantizar la seguridad de los valores que se entreguen para su guarda y custodia en la caja del establecimiento mercantil; para lo cual deberá contratar un seguro que garantice los valores depositados; y

VI. Mantener limpias camas, ropa de cama, pisos, muebles, servicios sanitarios y las instalaciones en general.

IV. Denunciar ante las autoridades competentes a los responsables de faltas administrativas o de presuntos delitos cometidos en el interior del establecimiento;

V. Dar aviso al Ministerio Público cuando alguna persona fallezca dentro del establecimiento;

VI. Solicitar, en caso de urgencia, los servicios médicos públicos o particulares para la atención de los huéspedes e informar a la autoridad sanitaria cuando se trate de enfermedades contagiosas;

² Esta materia también se encontraba regulada en el "Reglamento de Establecimientos de Hospedaje, Campamentos y Paradores de Casas Rodantes", publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 20 de agosto de 1984, pero al promulgarse la nueva Ley Federal de Turismo, publicada en el *Diario Oficial* del 31 de diciembre de 1992, su artículo segundo transitorio dispuso que se abrogaba la Ley Federal de Turismo en el *Diario Oficial* del 6 de febrero de 1984 y sus reglamentos, y como el reglamento al principio señalado era un reglamento de la abrogada ley, también quedó abrogado.

TÍTULO QUINTO
LOS CONTRATOS ASOCIATIVOS

CAPÍTULO XVIII
EL CONTRATO DE ASOCIACIÓN CIVIL

SUMARIO: I. El concepto.—II. Las características.—III. La clasificación.—IV. Los elementos: 1. El consentimiento.—2. El objeto.—3. La forma.—V. Los presupuestos: 1. La capacidad.—2. La licitud.—3. La ausencia de vicios en el consentimiento.—VI. Las consecuencias: 1. La creación de una persona moral: A. Sus atributos.—B. Su patrimonio.—C. Su finalidad.—D. Su administración.—E. La posibilidad de admisión y exclusión de asociados.—F. Los derechos y obligaciones de los asociados.—2. Las obligaciones de los contratantes.—VII. Las causas de disolución y liquidación.—VIII. Las distinciones con otras figuras afines.

I. EL CONCEPTO.—El contrato de asociación civil es aquel por virtud del cual, dos o más personas convienen en reunirse de una manera que no sea enteramente transitoria, para la realización de un fin común lícito y que no tenga un carácter preponderantemente económico y que origina la creación de una persona jurídica diferente a la de los contratantes.

La locución “asociación civil” tiene una connotación doble: por una parte significa una persona moral, como ente susceptible de ser titular de derechos y sujetos de obligaciones y por otra, el acto por el cual se constituye a esa persona.¹ Puede ser que la significación primera sea la más importante en la práctica, por la gran variedad de relaciones que puede llegar a originar su actuación (generalmente en muchos años) con terceros, y que no se dan en su segunda acepción, ya que por el acto constitutivo sólo se originan relaciones entre las personas que lo realizan y entre ellos y la persona creada. A esto obedece que cuando se habla de “asociación civil” se piensa de primera intención en su denominación, capacidad, forma de representación o en su finalidad; no obstante que también podría inquirirse sobre la forma, el consentimiento, las consecuencias o el objeto del acto

¹ Lo mismo puede indicarse respecto de las palabras “sociedad civil”, “sociedad anónima” y de las restantes sociedades mercantiles.

constitutivo y sobre la capacidad o vicios en la voluntad de los fundadores. Esta ambigüedad ha originado una confusión que se pone de manifiesto cuando se trata de determinar la naturaleza jurídica de las asociaciones civiles y cuando se analizan doctrinalmente o regulan por la ley.

Para comprender esta figura y evitar un desconcierto, es necesario distinguir dos momentos: su constitución y su funcionamiento. Haciendo un símil con las personas físicas, puede analizarse jurídicamente su nacimiento —aspectos de viabilidad, paternidad, atributos, etcétera— por una parte, y su desenvolvimiento y desarrollo dentro de la sociedad —capacidad, cambio de nacionalidad, relaciones familiares o políticas, etcétera— por otra, y no puede explicarse el nacimiento por los principios que rigen su actuación durante su vida, como tampoco puede explicarse su desarrollo por las normas que rigen su nacimiento.

Su constitución: Este acto debe analizarse respecto de sus elementos, presupuestos y consecuencias y en su caso las causas de su terminación.

Su funcionamiento: El proceso o conjunto de fases sucesivas que implican el desarrollo de la persona durante su vida, debe analizarse respecto a sus atributos, su patrimonio, la finalidad de la asociación, su administración, la posibilidad de admisión y exclusión de asociados, derechos y obligaciones de los asociados y las causas de disolución y liquidación.

Antes de seguir adelante es necesario justificar por qué se estudia a las asociaciones civiles en este lugar.

El acto por el cual dos o más personas se obligan a cooperar en alguna forma para la realización de un fin común y necesariamente a respetar lo pactado entre ellas y que origina la creación de una persona jurídica diferente a la de los obligados, es un contrato. Porque en ese acto se satisfacen los requisitos para que se dé esa figura, como son el consentimiento y la creación de derechos y obligaciones.

Que el acuerdo de voluntades sea entre más de dos personas, no afecta al concepto de contrato, ya que por definición, pueden ser más de dos.²

² Ver el concepto de contrato en el capítulo primero.

“Es falso, tanto desde el punto de vista del derecho positivo como de la secular doctrina sobre el contrato, que éste sea, necesariamente, un negocio bilateral, de tal manera que cuando se esté en presencia de tres o más partes se tenga que recurrir a una figura distinta no contractual, como sería el negocio colectivo, el complejo o el plurilateral. Nuestro derecho positivo, en efecto, al definir el convenio —género del que el contrato es una especie— establece que: “Es el acuerdo de dos o más personas...” (artículo 1792, Código Civil), lo que nos permite afirmar que en dicha definición se prevé la participación de dos o más partes; es decir, que comprende tanto a los contratos bilaterales, como son todos los llamados contratos de cambio como a los plurilaterales, como la sociedad, el consorcio, el sindicato de accionistas”. Barrera Graf, Jorge, *Concepto y requisitos de la sociedad en derecho mexicano*. Estudio publicado en la Revista de la Facultad de Derecho de México. Tomo XX, jul.-dic., 1970, núms. 79-80. Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad Universitaria, México, pp. 1077 y 1102 y especialmente lo transcrito, p. 1080.

Que en el contrato de sociedad o de asociación, las prestaciones de las partes no sean correlativas o recíprocas, como en los contratos de cambio, tampoco es óbice para considerarlo contrato, ya que ni la ley ni la doctrina establecen ese requisito para el contrato. Por último, que el hecho de que a través de este acto se origina la creación de una persona jurídica, tampoco es obstáculo para considerarlo un contrato, ya que los efectos que origina un contrato son muy variados; generalmente origina obligaciones personales, pero en ocasiones puede originar derechos reales, como en el caso de los contratos de prenda e hipoteca o en los constitutivos de usufructo, uso, habitación o servidumbre, o la transmisión de esos derechos reales o de la propiedad, como en la compraventa, permuta, mutuo, donación y renta vitalicia, y no por eso dejan de ser contratos. Que éste origine la creación de una persona jurídica, es uno de sus efectos específicos, pero no por ello deja de pertenecer a la categoría de contrato.³

³ "Es cierto que en el periodo constitutivo de la sociedad, único que a mi juicio se explica en función y a través de la figura del contrato, hay una "composición voluntaria de intereses diversos y correlativos" entre los socios, lo que parecería asemejar la sociedad a los contratos de cambio, pero, tal composición y dichos intereses diversos, por un lado, existen y se plantean, no respecto a la esfera del interés propio, particular y egoísta de cada parte, sino con miras y en función a un resultado en el que todos han de participar —obtención de utilidades en las sociedades lucrativas—, que constituye la causa y el fin del negocio, por lo que se habla de un negocio con un fin común; y por otro lado, que la composición o arreglo de los intereses de los socios, si bien es requisito esencial del contrato constitutivo de sociedad, influirá decisivamente en el periodo poscontractual del funcionamiento de la sociedad, tanto respecto a las relaciones de los socios entre sí, como de los de éstos con la sociedad misma, como persona jurídica. Por lo que toca a los puntos de vista de la tesis anticontractual, debemos afirmar, en primer lugar, que la creación de una persona jurídica, o mejor dicho, el otorgamiento de personalidad a la sociedad —que no constituye un elemento esencial de ésta, puesto que tanto en México (sociedad conyugal, sociedad oculta) como en el derecho extranjero, existen sociedades sin personalidad jurídica— no se debe al acuerdo de los socios —al contrato de sociedad— sino a que el ordenamiento jurídico se la atribuye; es decir, la existencia y el otorgamiento de personalidad jurídica a sujetos distintos de la persona física (sociedades, fundaciones, entes de derecho público) es y siempre ha sido un problema y una cuestión del Derecho positivo (otro, autorización estatal, reconocimiento, registro), sin que dependa del acuerdo privado. Esto resulta indudable, tanto en sistemas en que la personalidad se obtiene —y se concede— por la inscripción de la sociedad en el registro, como en aquellos otros más liberales, como el mexicano, que se adquiere o puede adquirirse antes del registro, al exteriorizarse la sociedad frente a terceros (artículo 2º, párrafo 3º., LGSM)." Barrera Graf, Jorge. Estudio citado, pp. 1082 y 1083.

En opinión contraria a lo asentado en esta obra, el maestro don Roberto L. Mantilla Molina considera que el acto constitutivo de una sociedad es un acto colectivo pero no un contrato. El maestro opina: "Tradicionalmente se había considerado que la sociedad es un contrato... Pero desde fines del siglo pasado, y como consecuencia de la elaboración de la doctrina de los hechos jurídicos, se afinaron los conceptos, antes confundidos, de negocio y contrato y se encontró, tanto en Alemania (Kuntze y Gierke) como en Italia (Rocco) que no podía subsumirse en este último concepto el acto constitutivo de una sociedad mercantil, que es un negocio jurídico de distinta especie. Una observación obvia es que la creación de una persona jurídica excede en mucho a los efectos que produce un contrato, ya que, conforme a los artículos 1792 y 1793 del Código Civil, el contrato es un acuerdo de voluntades que produce o transfiere obligaciones, sin que de la definición legal resulte su eficacia para crear personas jurídi-

II. LAS CARACTERÍSTICAS

1. Es un contrato que produce el efecto de dar nacimiento a una persona jurídica diferente a la de los contratantes. (Tómese en consideración la observación hecha por el maestro Barrera Graf, señalada en la nota tres.)

2. La finalidad que persiguen los contratantes llamados asociados, debe ser lícita y posible.

3. Esa finalidad no debe tener un carácter preponderantemente económico. Los asociados no tienen derecho al reparto de incrementos patrimoniales de la asociación. Las asociaciones no tienen un capital social.

III. LA CLASIFICACIÓN.—Es un contrato *bilateral* porque genera obligaciones para todas las partes contratantes; *formal*, porque la ley siempre exige que se le dé una forma determinada; *consensual*, en oposición a real, porque no es necesaria la entrega de ningún bien para su perfeccionamiento; *intuitu personae*, porque generalmente se celebra en atención a consideraciones personales de los asociados; de *tracto sucesivo*, porque las obligaciones de los asociados deben cumplirse en un lapso, mientras se satisfaga el fin social o se disuelva la asociación; y *nominado*, por la regulación que de él hace la ley.

IV. LOS ELEMENTOS

1. *El consentimiento*. Este elemento del contrato consiste en el acuerdo de voluntades de dos o más personas tanto para la creación de la persona jurídica diferente a ellas, como para el logro de los fines u objetivos planteados en su constitución, y la cooperación que harán en lo individual para la obtención de esas finalidades.

2. *El objeto*. El objeto de este contrato, como en cualquier otro, lo constituye la conducta de las partes; pero en los contratos de Asociación y Sociedad Civiles, el objeto puede ser esa conducta manifestada como una

cas. Pero aún en el aspecto puramente creador de obligaciones y derechos difiere la sociedad de los contratos; en éstos las partes asumen el papel de acreedor y la otra el de deudor, o, si el contrato es bilateral, las funciones de acreedor y deudor las desempeñan recíprocamente ambas partes. En la sociedad, no; un socio no es acreedor de la prestación de la que es deudor otro socio; todos los socios son deudores de su aportación, y acreedor de ella no lo es ninguna de las partes, sino la sociedad misma, que se constituye y adquiere personalidad jurídica, como consecuencia del negocio mismo en virtud del cual deviene acreedora de las prestaciones estipuladas por los socios. Los derechos de los socios, tampoco tienen como correlatos las obligaciones de los otros socios, sino que tiene el carácter de obligada la sociedad misma que se constituye. Por último, mediante el contrato: "Los estipulantes tienden a la satisfacción de necesidades antagónicas, y en aquél (el acto constitutivo de una sociedad), por el contrario, a la satisfacción de necesidades comunes, concurrentes o paralelas... Dado que la legislación positiva exige la intervención de una pluralidad de socios, creemos que la constitución de una sociedad, puede configurarse como un *acto colectivo*..." *Derecho mercantil*. Quinta ed., Porrúa, México, 1961, núm. 283, pp. 220 a 222.

prestación o como una abstención y como objeto indirecto, la cosa o el hecho que es el contenido de la prestación si así se manifestó la conducta.

Tanto en la asociación como en la sociedad civiles, el objeto lo pueden constituir las conductas, los hechos o las cosas más variadas, con tal de que la actuación de los asociados o socios sea posible y lícita, y respecto de las cosas, que existan o tengan la posibilidad de existir en la naturaleza, que sean o puedan llegar a determinarse y que estén en el comercio.

Los socios y los asociados pueden aportar a las sociedades o asociaciones, su industria o determinados bienes; pueden también: obligarse a realizar determinada conducta o a no realizar otra; transmitir la propiedad de ciertas cosas, la titularidad de derechos o sólo conceder el uso o goce.

En vista de lo anterior, habrá que determinar primero cuál es el objeto como prestación de cada asociado o socio en forma particular e individualizada, para luego aplicar al mismo las reglas correspondientes, ya se trate de hechos o cosas.

No debe confundirse el objeto, como elemento del contrato, con los objetivos o finalidades de la asociación; éstos constituyen el objeto de la persona jurídica creada, que debe tener tres características: a) Ser posible. b) Ser lícito, y c) No tener un carácter preponderantemente económico. El objeto o finalidad social, puede ser de índole recreativa, literaria, cultural en general, deportiva, etc., con tal de que reúna aquellas características.⁴

3. *La forma.* La manera de exteriorizarse el consentimiento en este contrato, no es libre, ya que la ley exige que se celebre por escrito, por lo que se clasifica como un contrato formal (2671).

En términos generales, el contrato de asociación puede celebrarse simplemente por escrito sin necesidad de testigos, pero si las partes desean relacionar a la persona jurídica creada con terceros y que surtan pleno efecto jurídico esas relaciones respecto de los terceros, deberán inscribir el contrato en el Registro Público de la Propiedad (2673 y 3071) y para poderlo inscribir, deberán ser documentos auténticos o constar en escritura pública, que es un documento auténtico (3005). Si el contrato no se inscribe en el Registro Público de la Propiedad, sólo producirá efectos entre los que lo celebren, pero no puede perjudicar a terceros, quienes sí pueden aprovecharse de la circunstancia de no estar inscrito, en lo que les fuere favorable (3007).

⁴ Como ejemplo, se puede señalar: Varias personas constituyen una asociación civil de carácter recreativo y deportivo para desarrollar o incrementar el deporte de la charrería y aportar, unos, caballos; otros, bienes muebles como reatas, sillas de montar y trajes; otros, dinero; otros, servicios profesionales para dirigir las obras de una construcción y el lienzo charro y otros su actividad personal para administrar el centro. La primera parte constituirá el objeto o finalidad de la asociación como persona jurídica, y la segunda, el objeto del contrato, como contenido de las prestaciones de los asociados, que como se ha visto pueden tener la variedad más amplia.

Además, si alguna de las aportaciones, para su validez, debe constar en escritura pública, el contrato de asociación también debe constar en escritura pública si la aportación se hace en el momento de la constitución, conforme al artículo 2690, aplicado por analogía. Si un asociado como aportación transmite a la asociación la propiedad de un buen inmueble cuyo valor de avalúo exceda al equivalente a trescientas sesenta y cinco veces el salario mínimo general vigente en el Distrito Federal, en el momento de la operación, el contrato constitutivo debe otorgarse en escritura pública (2319).

V. LOS PRESUPUESTOS

1. *La capacidad.* La capacidad de los asociados estará determinada por sus aportaciones y por las obligaciones que se le impongan en los estatutos que rijan a la asociación.

En términos generales, los asociados sólo requieren de una capacidad general y tener capacidad de ejercicio para comparecer por sí mismos en el otorgamiento del contrato; sin embargo, si un asociado aporta en propiedad cualquier bien, deberá tener la capacidad especial de ser propietario; si aporta el uso o goce, deberá tener la facultad de disposición de ese uso o goce, etcétera.

2. *La licitud.* Tanto el objeto o finalidad de la asociación, como el objeto del contrato (contenido de las prestaciones de los asociados) deben ser lícitos. Si cualesquiera de ellos fuere ilícito, producirá la nulidad de la asociación, la que deberá ponerse en liquidación.

Si se liquida una asociación por ilicitud en su objeto, como los asociados no tienen ningún derecho al haber social, salvo pacto en contrario, todo su patrimonio se destinará a los establecimientos de beneficencia del lugar del domicilio de la asociación (2692) aplicado por analogía dado que no se podrían aplicar a otra asociación con objeto similar, por su carácter ilícito.

3. La ausencia de vicios en el consentimiento, sigue las normas generales de todos los contratos.

VI. LAS CONSECUENCIAS.—Los efectos de celebrar un contrato de asociación civil, son el crear a una persona jurídica diferente a la de los asociados y el crear obligaciones para las partes contratantes.

1. *La creación de una persona jurídica.* El efecto principal que se genera por la celebración de un contrato de asociación civil, es la creación de una persona jurídica diferente a la de los asociados.

La asociación civil, como persona jurídica, es un ente que, para el logro de sus finalidades, tiene aptitud de ser titular de derechos y es sujeto

de obligaciones que hace valer por conducto de sus representantes y por lo tanto requiere para ello de un patrimonio.

Para celebrar el contrato constitutivo de una asociación civil, basta la comparecencia de dos personas y que manifiesten por escrito su voluntad para tales efectos. Ya se indicó que para que tal constitución pueda inscribirse en el Registro Público de la Propiedad, requerirá constar el contrato en documento auténtico, por lo que en la práctica existen dos sistemas para la constitución de las asociaciones: La celebración del contrato en escritura pública, o la celebración del contrato en documento privado y protocolizado junto con el estatuto a solicitud de cualquier interesado, ante notario público. El Código Civil, en su artículo 3071 acepta cualesquiera de las dos formas: "En los folios de las personas morales se inscribirán: I. Los instrumentos por los que se constituyan, reformen o disuelvan las sociedades y asociaciones civiles y sus estatutos; II. Los instrumentos que contengan la protocolización de los estatutos de asociaciones y sociedades extranjeras de carácter civil y de sus reformas..."

Legalmente la constitución de una asociación civil no requiere permiso de la Secretaría de Relaciones Exteriores y tampoco su modificación.

El artículo 15 de la Ley de Inversión Extranjera (*D. O.* del 27-XII-93) establece la necesidad de un permiso previo de la Secretaría de Relaciones Exteriores, para la constitución de sociedades y además exige también el permiso para el cambio de denominación o razón social de sociedades. La ley no exige permiso cuando se modifique la cláusula de exclusión de extranjeros por la de admisión y señala que sólo deberán notificar el cambio a la Secretaría de Relaciones Exteriores dentro de los treinta días hábiles siguientes a la modificación y si son propietarias de bienes inmuebles ubicados en zona restringida destinados a fines no residenciales, deberán dar el aviso a que se refiere la fracción I del artículo 10 de la Ley, dentro del plazo de treinta días hábiles siguientes a la modificación (art. 16 de la Ley de Inversión Extranjera). La ley no establece la necesidad de obtener permiso de la Secretaría de Relaciones Exteriores para la constitución o modificación de asociaciones civiles. Por su parte los artículos 13, 15, 16, 17, 18 y 19 del Reglamento de la Ley de Inversión Extranjera y del Registro Nacional de Inversiones Extranjeras (*Diario Oficial* del 8 de septiembre de 1998) establece requisitos y plazos para la obtención de los permisos que deberá expedir la Secretaría de Relaciones Exteriores, para la constitución o razón social, pero nada dice de las asociaciones. Por lo anterior, la conclusión lógica legal es que no se requiere permiso de la indicada Secretaría para la constitución de asociaciones civiles.⁵

⁵ El artículo segundo del Reglamento de la Ley Orgánica de la fracción I del artículo 27 de la Constitución General de la República, actualmente abrogado, establecía la necesidad del permiso para las asociaciones, pero sin que existiera el correspondiente artículo en la ley que reglamentaba.

No obstante lo anterior, sin fundamento legal o reglamentario alguno, en oficio núm. 3196 de fecha 18 de abril de 1989, dirigido al Presidente del Colegio de Notarios del Distrito Federal, el director general de Asuntos Jurídicos de la mencionada Secretaría, estableció y comunicó su criterio de que sí es necesario el permiso para la constitución o modificación de asociaciones civiles. Los Notarios, para evitar susceptibilidades de los servidores públicos y por cortesía, han aceptado ese criterio ilegal.⁶

Los requisitos que debe contener todo contrato de asociación civil son dos: el acuerdo de los socios para constituir la persona moral y para cooperar al logro de sus fines, y la aprobación del estatuto social.

El Código Civil regula en dieciocho artículos a este contrato y por lo tanto deja a la voluntad de las partes, la reglamentación de la asociación. Es por eso, que en el acto constitutivo, pueden las partes hacer ejercicio en su más amplio sentido de la libertad contractual. Prácticamente pueden pactar lo que deseen, sin tener que formular derogaciones a disposiciones legales y sin más límites que los señalados a esa libertad contractual.

En relación directa con el acuerdo de los socios para constituir la persona moral, deben establecer el límite de sus obligaciones para la consecución de las finalidades sociales y el monto y clase de las aportaciones que, en su caso, harán en el acto constitutivo, así como la determinación de las personas que llevarán la firma y la responsabilidad social, como administradores. Anteriormente, se permitía fijar en el estatuto social de las sociedades civiles, la fecha de iniciación y conclusión de los ejercicios sociales y fiscales para efectos de distribución de utilidades, pero a partir del año de 1990, se reformó el Código Fiscal de la Federación, para imponer la obligación de hacer coincidir tales ejercicios con el año de calendario.

En el estatuto social se señalarán y regularán los atributos de la persona, su patrimonio, finalidad y administración, la posibilidad de admisión y exclusión de asociados y sus derechos y obligaciones, y lo relativo a la disolución y liquidación.

⁶ La Asociación Nacional del Notariado Mexicano, en el boletín núm. 12 de 10 de agosto de 1970, transcribió parcialmente un oficio girado por la Dirección General de Asuntos Jurídicos de la Secretaría de Relaciones Exteriores al licenciado y Notario D. Luis Montes de Oca en respuesta a una consulta e informó: "El artículo 2º del Reglamento de la Ley Orgánica de la fracción I del artículo 27 Constitucional, reformado por Decreto de 1º de agosto de 1939, exige a las asociaciones civiles el permiso a que se refiere la fracción I del artículo 27 Constitucional, siempre que dichas asociaciones deseen estar en posibilidad: 1º de admitir socios extranjeros y 2º de adquirir en cualquier forma el dominio directo sobre tierras, aguas y sus accesorios. Como dicha asociación no aceptará socios extranjeros y no adquirirá bienes inmuebles en la República Mexicana, no se requiere el permiso de esa Secretaría para su constitución..."

Obra en poder del autor, el oficio 15665 de 14 de mayo de 1975 expedido por la Dirección General de Asuntos Jurídicos de la misma Secretaría, que en relación a este asunto, en lo conducente indica: "...en el presente caso, no se requiere permiso de esta secretaría para su constitución, en virtud de que no se cumplen los presupuestos del Reglamento de la Ley Orgánica de la fracción I del artículo 27 Constitucional..."

A. *Los atributos de la persona moral.* Son las características legales que identifican a la persona moral y la diferencian indubitablemente de cualquier otra y son el nombre, el domicilio y el estado.

El nombre, es la palabra o conjunto de palabras que singulariza a la persona y precisan al sujeto de derechos y obligaciones. El nombre de las asociaciones civiles puede formarse y determinarse a voluntad de los contratantes y deberán contener la mención de ser asociación civil, pudiendo usarse, como en la práctica se acostumbra, la abreviatura "A. C."

El nombre de las asociaciones civiles se forma arbitrariamente, no es inmutable, ya que existe la más amplia posibilidad de cambio y puede representar para la persona moral un valor económico.

El domicilio, es la sede jurídica de la persona moral. Es el lugar en donde cumplirá sus obligaciones y hará ejercicio de sus derechos. En los términos del artículo 33 del código, será el lugar en donde se halle establecida su administración.

El estado de las asociaciones civiles, es la relación jurídica que guarda con la sociedad (estado personal) o con el Estado (estado político). El estado personal, califica o clasifica a las personas en capaces o incapaces. La ley otorga expresamente a las asociaciones civiles personalidad jurídica (25-VI) y por lo tanto les confiere la aptitud de ser titulares de derechos y obligaciones. El límite de la capacidad de las asociaciones, es el señalamiento de sus objetivos, que deben ser determinados, lícitos, posibles y no tener carácter preponderantemente económico. Por lo tanto, la asociación no tendrá capacidad para realizar los actos o celebrar los contratos que no vayan encaminados directa o indirectamente al logro de esos objetivos o finalidades.⁷ El estado político, califica y clasifica a las asociaciones en mexicanas o extranjeras. Serán mexicanas las que se constituyan conforme a las leyes del país y tengan o establezcan su domicilio en el territorio de la República, y serán extranjeras todas las demás.⁸ Para que funcione legalmente en el país una sociedad extranjera, deberá estar autorizada por la Secretaría de Economía e inscribir su estatuto social en el Registro Público de la Propiedad y la ley no menciona nada respecto a asociaciones extranjeras (artículos 17 y 17 A de la Ley de Inversión Extranjera. *D. O.* del 27-XII-1993).

Como ya se indicó antes, si se obtiene y usa el permiso de la Secretaría de Relaciones Exteriores para constituir la asociación, en concordancia y con fundamento en los artículos diez de la Ley de Inversión Extranjera

⁷ "Las sociedades mercantiles tienen la capacidad necesaria para efectuar todos los actos que sean indispensables a fin de realizar el objeto por el cual fueran constituidas, pero no los que excedan de esa necesidad." Pallares, Eduardo, *Tratado elemental de sociedades mercantiles*. Antigua Librería Robredo, México, 1965, p. 19.

⁸ El artículo 9o de la Ley de Nacionalidad (publicada en el *Diario Oficial* del 21 de junio de 1993) dispone: "Son personas morales de nacionalidad mexicana las que se constituyan conforme a las leyes de la República y tengan en ella su domicilio legal".

y 30 y 31 del Reglamento, deberá incorporarse al estatuto social el convenio a que se refiere el artículo veintisiete Constitucional (cláusula de admisión de extranjeros) o la cláusula de exclusión de extranjeros y como ya no existe un modelo legal de esas cláusulas por haberse abrogado el reglamento de la Ley Orgánica de la fracción I del artículo 27 Constitucional, que las contenía, los interesados, siguiendo los lineamientos de los dos artículos indicados al inicio de este párrafo, deberán redactarlas.

Como ejemplo de redacción de esas cláusulas, se indica:

La sociedad es de nacionalidad mexicana. Ninguna persona extranjera física o moral, podrá tener participación social alguna o ser propietaria de acciones de la sociedad y ésta no admitirá, por lo tanto, directa o indirectamente como socios a accionistas o inversionistas extranjeros y sociedades o asociaciones "sin cláusula de exclusión de extranjeros", ni reconocerá derechos a los indicados inversionistas o sociedades o asociaciones.

La sociedad es de nacionalidad mexicana. Los socios extranjeros actuales o futuros de la sociedad, se obligan y convienen con la Secretaría de Relaciones Exteriores, en considerarse como nacionales respecto a las acciones que adquieran de esta sociedad o de las que sean titulares, así como de los bienes, derechos, concesiones, participaciones o intereses de que sean titulares tales sociedades o bien de los derechos y obligaciones que deriven de los contratos en que sea parte la propia sociedad, con autoridades mexicanas y a no invocar, por lo mismo, la protección de sus gobiernos, por lo que se refiere a aquéllos, bajo la pena, en caso contrario, de perder en beneficio de la nación las participaciones que hubieren adquirido.

En cumplimiento del artículo 27 Constitucional que establece que "en una faja de cien kilómetros a lo largo de las fronteras y de cincuenta en las playas, por ningún motivo podrán los extranjeros adquirir el dominio directo sobre las tierras y aguas", si una asociación o sociedad civiles pretende adquirir inmuebles en esa zona, deberá incorporar a su estatuto la cláusula de exclusión de extranjeros.

En el estatuto social no se requiere precisar el plazo de duración de la asociación, ya que dependerá de que se agote su objeto o de que, por voluntad de los asociados se declare disuelta.

B. *El patrimonio de la persona moral.* El patrimonio es el conjunto de bienes, derechos y acciones que por constituir una universalidad de derecho, tiene como finalidad desinteresar acreedores. Toda persona jurídica, sea física o moral, y entre éstas, las asociaciones civiles, tienen un patrimonio, para garantizar a sus acreedores el pago de sus obligaciones, de ahí la justificación de la expresión: "El patrimonio representa la prenda tácita de los acreedores quirografarios."

El patrimonio se constituye por las aportaciones de los asociados y por el conjunto de bienes y derechos de carácter económico que adquiera la asociación por cualquier medio lícito, como cuotas, donativos, pagos por servicios, representaciones, etc., y por sus obligaciones.

No debe confundirse el capital social con el patrimonio.

El capital social es una cifra fija y determinada que representa la suma de los valores de los bienes aportados por los socios a una sociedad, que se documenta en acciones o justifica en partes sociales, que forma parte del pasivo de la sociedad, como un crédito no preferente en favor de los socios y que les otorga derechos corporativos de asistencia, voz y voto en las asambleas y para participar en las utilidades.

Toda persona jurídica tiene un patrimonio, pero no un capital.

El patrimonio es móvil, variable de momento a momento, en cambio el capital no, y sólo variará si existen nuevas aportaciones o retiro de las realizadas por desembolso o “liberación concedida a los socios de exhibiciones no realizadas”.⁹

El patrimonio no se documenta o justifica por títulos o partes sociales, el capital sí y por tanto la existencia de un capital social permite la posibilidad de negociar o transmitir las acciones o partes sociales que lo representan.

El patrimonio comprende tanto un aspecto activo (bienes y derechos) como un aspecto pasivo (las obligaciones). El capital forma parte del pasivo dentro del patrimonio.

Las asociaciones civiles no tienen utilidades, porque éstas son la diferencia entre la suma del activo de una persona, menos su capital y demás deudas y por lo tanto no hay la posibilidad de repartir esas utilidades que no existen. La asociación puede tener un incremento patrimonial, como en el caso de las personas físicas, pero no utilidades, por no tener capital, y tal incremento debe invertirse para el logro de las finalidades sociales.

Lo anterior justifica el porqué las asociaciones no reparten utilidades ni durante su vigencia ni en la liquidación. La ley establece que en caso de disolución, los bienes se aplicarán conforme a los estatutos y a falta de disposición, según lo que determine la asamblea general y en este caso sólo podrá atribuir a los asociados la parte del activo social que equivalga a sus aportaciones y los demás bienes se aplicarán a otra asociación o fundación de objeto similar a la extinguida (2686). No obstante que la ley autoriza la devolución a los asociados de una parte del activo social que equivalga a sus aportaciones, éstas no constituyen un capital, porque ese crédito a su favor nunca les otorgará el derecho de asistencia, voz y voto en las asambleas. Si en el estatuto social se pacta que debe devolverse a un asociado su aportación o parte del activo que equivalga a aquella, el titular de ese derecho podría ceder su crédito a un tercero y no por ello transmite su calidad de asociado, ya que ésta se regula conforme a lo que disponga el estatuto social en su parte relativa y generalmente la calidad de asociado

⁹ Artículo noveno de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

sólo se adquiere por la aceptación de la asamblea de la solicitud del aspirante y es intransferible.

C. *La finalidad de la asociación.* La ley deja a voluntad de los interesados la determinación de las finalidades sociales en la forma más amplia y sólo establece dos límites: Que ese fin común no esté prohibido por la ley, y que no tenga un carácter preponderantemente económico (2670). El artículo 25, fracción VI proporciona una idea general respecto a cuáles pueden ser las finalidades de una asociación, señalando los políticos, científicos, artísticos, de recreo o cualquiera otro fin lícito.¹⁰

Si la finalidad fuese ilícita, se producirían las consecuencias señaladas en el apartado correspondiente de los “presupuestos”.

Si por otra parte, la finalidad tuviere un carácter preponderantemente económico, “en el pecado se llevaría la penitencia”, ya que no aprovecharía a los asociados el incremento patrimonial, sino en la medida en que puedan gozar de los bienes de la asociación destinados a su finalidad, porque nunca podrían recibir un reparto de esas utilidades, y en todo caso al disolverse la asociación, pasaría su patrimonio a otra asociación o fundación con objeto similar a la extinguida.

D. *La administración.* Como la asociación es una persona jurídica con aptitud para ser titular de derechos y obligaciones, lógicamente debe tener un representante que en última instancia sea una persona física o varias, para que haga valer a nombre de la asociación, sus derechos y cumpla sus obligaciones, quien tendrá las facultades que señale el estatuto social o que determine la asamblea general. Por analogía con las sociedades civiles (2713), las facultades que no se hayan concedido a los administradores, serán ejercitadas por todos los asociados, resolviéndose los asuntos por mayoría de votos, ya que en los términos del artículo 2674, el poder supremo reside en la asamblea general; y también por analogía con las sociedades civiles, si la administración no se hubiere limitado a alguno de los asociados, todos tendrán derecho a concurrir a la dirección y manejo de los negocios comunes (2719).

Quien administre una asociación, tiene todas las facultades que sean necesarias para realizar el objeto de la institución y en forma particular las que les concedan el estatuto social y la asamblea general (26 y 2674).

La asamblea general, como poder supremo de la asociación puede resolver sobre cualquier asunto que se refiere a su funcionamiento y al logro de su objeto y particularmente resolverá sobre: a) La admisión o exclusión de asociados. b) La disolución anticipada o prórroga del plazo

¹⁰ En la práctica mexicana, las asociaciones más comunes son las que se proponen fines deportivos y de recreo, como los clubes, y la ayuda mutua y superación de los asociados, como las agrupaciones de estudiantes.

señalado en el estatuto social, *c*) El nombramiento o revocación del cargo de director o directores; y *d*) Las modificaciones al estatuto.

E. La posibilidad de admisión y exclusión de asociados. Las asociaciones civiles se pueden constituir por personas físicas o por personas morales. Nada impide que se constituya una asociación por varios asociados que a su vez sean asociaciones o sociedades civiles o mercantiles, siempre y cuando, en los términos de su propio objeto social no exista una limitación al respecto.

En el estatuto social se pueden establecer los requisitos más variados para que una persona pueda ingresar a la asociación, ya que la ley no establece ninguna limitación a la posibilidad de ser asociado en estas personas morales. Así, podría señalarse que sólo pueden ser asociados quienes tengan un título profesional de médico cirujano o que sea estudiante de una determinada generación de la Facultad de Derecho.

Para excluir a un asociado, deben determinarse las causas y el procedimiento de exclusión en el estatuto y conocer de ella la asamblea de asociados, ya que de otra forma se estarían violando derechos legítimamente adquiridos por el asociado o incumpliendo por parte de los demás sus obligaciones señaladas en el acto constitutivo o en el estatuto, lo que originaría la posibilidad de solicitar la nulidad del acuerdo o el pago de la responsabilidad por daños y perjuicios.

F. Los derechos y obligaciones de los asociados. Independientemente de las obligaciones que se originan del contrato constitutivo como son la de colaborar para la obtención de los fines y el respeto al estatuto social, o que pueden originarse por la aportación de bienes (como serían las relativas a todo enajenante, si la aportación es en propiedad), se generan en los funcionamientos de la asociación, derechos y obligaciones para los asociados.

Los derechos de los asociados:

- a*) Tienen derecho a asistir a las asambleas que se convoquen (implícito en los artículos 2674 a 2678).
- b*) Tienen derecho a un voto por persona en las asambleas (2678).
- c*) Tienen derecho a solicitar que se convoque a asamblea general de asociados, si constituyen como mínimo el cinco por ciento del total de asociados (2675).
- d*) Tienen derecho a separarse de la asociación en cualquier tiempo, dando aviso con dos meses de anticipación (2680).
- e*) Tienen derecho a vigilar que el patrimonio social se destine precisamente al logro del objeto social (2683) y para tal efecto a examinar toda la documentación social, y
- f*) Tienen todos los derechos que establezca en su beneficio el estatuto social.

Las obligaciones de los asociados:

a) Están obligados a cooperar, en los términos del contrato social y del estatuto, al logro del objeto social.

b) Están obligados a acatar y respetar el estatuto social (1797) y los acuerdos legalmente tomados en las asambleas (2677).

c) Están obligados a abstenerse de votar en las decisiones en que se encuentren directamente interesados ellos, su cónyuge, sus ascendientes o descendientes y sus parientes colaterales dentro del segundo grado (2679).

d) Tendrán todas las obligaciones que señalan el estatuto social y el contrato constitutivo.

Los asociados que se separen voluntariamente o fueren excluidos, perderán todo derecho al haber social (2682) y no tienen derecho a transmitir su calidad de asociados (2684).

2. *Las obligaciones de los contratantes.* Independientemente de las obligaciones que se generan para los asociados por el hecho de pertenecer a la asociación, tomando en cuenta que pueden ingresar durante la vida de ésta, por la celebración del contrato se generan para las partes o contratantes en forma específica las dos obligaciones antes señaladas: la obligación de cooperar en la medida en que se haya convenido en el contrato, a la consecución de los objetivos sociales, y la obligación de respetar y acatar el estatuto social. Además, el tipo de aportación, determinará la clase de obligaciones de los contratantes, ya que éstas serán diferentes si se aportan en propiedad bienes o si se aporta un servicio profesional.

VII. LAS CAUSAS DE DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN.—Se entiende por disolución la resolución tomada en la asamblea general de asociados o pronunciada por el juez competente dentro del procedimiento respectivo, que suspende las actividades normales de la asociación, impide la iniciación de nuevas operaciones y ordena la liquidación.

Por liquidación se entiende el proceso de dar por concluidas las operaciones sociales ya iniciadas, pagar las deudas pendientes, hacer efectivos los créditos, sanear los bienes, en su caso convertir en dinero (hacer líquidos) los bienes y derechos de la persona moral y aplicar el activo líquido o los bienes saneados, conforme lo dispuesto en el estatuto social o en su defecto, conforme lo que establezca la asamblea general o la ley.

Las asociaciones civiles deben disolverse por las causas previstas en el estatuto social y demás por las siguientes:

1. Por acuerdo tomado legalmente en la asamblea general.
2. Por haber concluido el plazo fijado en el estatuto.
3. Por haber realizado cabalmente el objeto social.
4. Por hacerse imposible la realización del objeto.
5. Por volverse incapaz de realizar el objeto, y
6. Por resolución dictada por autoridad competente (2685).

Como consecuencia del proceso de liquidación, el activo definitivo deberá aplicarse a otra asociación con objeto similar al de la extinguida (tomando en cuenta lo que ya se indicó respecto a las asociaciones con fin ilícito) pudiendo, si lo prevé el estatuto o la asamblea general, devolver a los asociados el importe de sus aportaciones (2686).

VIII. LAS DISTINCIONES CON OTRAS FIGURAS AFINES.—Tanto las características como las notas que diferencian a este contrato de cualesquiera otros, son operantes sólo en derecho mexicano, ya que siendo el derecho positivo el único que puede establecer una regulación de los contratos que el mismo prevea, podría en un determinado supuesto, una legislación equiparar a una sociedad con una asociación civil o a éstas con las mercantiles.

Por lo anterior, a continuación se hará la distinción entre las asociaciones civiles y las mercantiles y entre las primeras y las sociedades mercantiles y las civiles, con base en la regulación que hace de estas figuras el derecho mexicano y en particular el vigente en el Distrito Federal.

1. *La distinción con las asociaciones mercantiles.* La distinción fundamental, de donde se desprenden múltiples consecuencias, es que a las asociaciones mercantiles, llamadas asociaciones en participación, la ley (Ley General de Sociedades Mercantiles), no les otorga personalidad jurídica.¹¹ Esto significa que las asociaciones en participación no son entes susceptibles de ser titulares (como unidad jurídica) de derechos y obligaciones. Éstos son imputables directa y únicamente al asociante no a la asociación en participación que, como ya se indicó, no tiene personalidad jurídica.

La asociación en participación es un contrato que se celebra con fines comerciales para la realización de una o varias operaciones de comercio, que se regula por disposiciones federales de carácter mercantil y las relaciones con terceros siempre se establecerán directamente con el asociante y no con la asociación como tal. En cambio, en las asociaciones civiles, no existe una finalidad comercial, se regula por disposiciones locales de carácter civil (el Código Civil) y las relaciones con terceros siempre se establecen directamente con la asociación quien sí tiene personalidad jurídica y por lo tanto la aptitud de ser titular de derechos y obligaciones.

2. *La distinción con las sociedades mercantiles.* La distinción fundamental, es la forma de constitución o integración. Si una sociedad o asociación se estructura en cualesquiera de las formas previstas en el artículo primero de la Ley General de Sociedades Mercantiles, esto es, como sociedades en

¹¹ Art. 253, "La asociación en participación no tiene personalidad jurídica ni razón o denominación."

nombre colectivo, en comandita simple, en responsabilidad limitada, en comandita por acciones, en anónima o en cooperativa, será una sociedad mercantil, independientemente de su finalidad u objeto o de cualquier otra consideración o circunstancia (2695).¹²

Una distinción secundaria consiste en que las sociedades mercantiles generalmente persiguen una finalidad lucrativa y en cambio las asociaciones civiles su finalidad no tiene ni siquiera un carácter preponderantemente económico.

La importancia práctica de diferenciar a las sociedades mercantiles de las asociaciones y sociedades civiles, radica en que tanto la integración o constitución como el funcionamiento y aspectos procesales de las primeras, se rigen por disposiciones de carácter federal (Ley General de Sociedades Mercantiles, Código de Comercio, entre otras), en cambio, las segundas se rigen por disposiciones locales (Código Civil y de procedimientos civiles); además de que tienen un régimen fiscal diverso.¹³

3. *La distinción con las sociedades civiles.* Entre otras notas distintivas que pueden obtenerse de lo ya expuesto, se señalan las siguientes:

A. Las sociedades tienen una finalidad preponderantemente económica, aunque no constituya una especulación comercial. Las asociaciones no deben tener una finalidad preponderantemente económica, aun cuando realicen actos de contenido económico y patrimonial.

B. En las sociedades existe siempre la posibilidad de repartir las utilidades que se obtengan por la realización de los actos tendientes al logro de su finalidad. Las asociaciones no tienen utilidades, sino en su caso, un incremento patrimonial y por lo tanto no existe reparto de utilidades.

C. Las asociaciones civiles no tienen capital social, las sociedades sí.

D. En las sociedades su capital está dividido y justificado en partes sociales y cada socio es titular de una de ellas. En las asociaciones no existen partes sociales.

E. En las sociedades puede haber dos tipos diferentes de socios, los capitalistas y los industriales, ya sea que sólo aporten capital o que aporten su esfuerzo personal para la realización del fin social. En las asociaciones, no existe esta división entre los asociados, aun cuando pueda haber otra

¹² "Causas por las que puede ser mercantil una sociedad. Por dos causas, o bien porque se dedique a efectuar operaciones mercantiles o porque se constituya en alguna de las formas mencionadas. Esto último acontece en las sociedades civiles que asumen la forma mercantil (Art. 4º). Pallares, Eduardo, *ob. cit.*, pp. 7 y 8.

¹³ La Ley del Impuesto sobre la Renta, publicada en el *Diario Oficial* del 1 de enero de 2002 en vigor a partir del mismo día, establece las bases de regulación tributaria de las sociedades mercantiles y civiles en su título II; y de las personas morales con fines no lucrativos, en el título III y entre estas encuadra a las asociaciones civiles, con las excepciones establecidas en el artículo 94 y no las reconoce como sujetos del impuesto y algunos ingresos les repercuten directamente a los asociados.

clasificación o división entre ellos, tomando en cuenta otras circunstancias (fundadores, ejecutivos, activos, honorarios, etc.).

F. En las sociedades, los socios, cumpliendo con las disposiciones del pacto social o de la ley, pueden ceder sus partes sociales y en todo caso sus herederos siempre tendrán el derecho a la parte social que le corresponda al socio que falleciere. En las asociaciones, los asociados no pueden ceder sus derechos como tales por ser personalísimos y en caso de defunción sus herederos no tienen ningún derecho en la asociación, salvo pacto en contrario en el estatuto social.

G. En caso de disolución, en la sociedad los socios tienen derecho a las utilidades que legalmente les corresponda conforme al balance final de liquidación y a que se les devuelva su aportación o el valor de la misma; en las asociaciones sólo podrá devolverse a los asociados el valor de sus aportaciones si así se hubiere pactado expresamente y todos los demás bienes deberán aplicarse a una institución o fundación de objeto similar a la extinguida, con la única salvedad ya señalada de que puede devolverse a los asociados sólo la parte del activo social que equivalga a sus aportaciones.

H. En las sociedades las obligaciones sociales están garantizadas con una responsabilidad solidaria e ilimitada de los socios que la administren. En las asociaciones no existe esta responsabilidad para los administradores.

I. El nombramiento de administradores hecho en la escritura constitutiva de una sociedad, no puede ser revocado "sin el consentimiento de todos los socios, a no ser judicialmente por dolo, culpa o inhabilidad". En las asociaciones civiles el acuerdo se tomará como disponga el estatuto social y normalmente es a mayoría de votos de los presentes en la asamblea; y

J. En las asociaciones cada asociado goza de un voto igual al de los demás asociados en las asambleas; en las sociedades el voto de cada socio es calificado en atención al monto y valor de su parte social.

CAPÍTULO XIX

EL CONTRATO DE SOCIEDAD CIVIL

SUMARIO: I. El concepto.—II. Las características.—III. La distinción con otras figuras afines.—IV. La clasificación.—V. Los elementos: 1. El consentimiento.—2. El objeto.—3. La forma.—VI. Los presupuestos: 1. La capacidad.—2. La licitud.—3. La ausencia de vicio en la voluntad.—VII. Las consecuencias: 1. La creación de una persona moral: A. Sus atributos.—B. El capital social.—C. Su finalidad.—D. Su administración.—E. La posibilidad de admisión y exclusión de socios.—F. Los derechos y obligaciones de los socios.—2. Las obligaciones de los contratantes.—VIII. Las causas de disolución y liquidación.—IX. Las sociedades extranjeras.

I. EL CONCEPTO.—El contrato de sociedad civil es aquel por virtud del cual dos o más personas se obligan a combinar sus recursos o sus esfuerzos para la realización de un fin común lícito y posible, de carácter preponderantemente económico, pero que no constituya una especulación comercial y que origina la creación de una persona jurídica diferente a la de los contratantes.¹

En vista de la similitud que existe entre este contrato y el de asociación, debe tenerse presente en este apartado todo lo ya tratado respecto a: la doble acepción de los vocablos “sociedad civil”, como contrato y como persona jurídica; la constitución y funcionamiento; naturaleza jurídica del acto constitutivo; los conceptos de disolución y liquidación, y la distinción entre las sociedades civiles y las mercantiles y entre aquéllas y las asociaciones civiles y mercantiles. Para evitar repeticiones, debe tomarse en cuenta lo anterior, haciendo sólo la referencia a las sociedades civiles respecto de lo tratado en las asociaciones.

¹ “Sociedad. Definición. Podemos definir la sociedad civil como una corporación privada, dotada de personalidad jurídica, que se constituye por contrato celebrado entre dos o más personas, para la realización de un fin común, lícito, posible o preponderantemente económico, mediante la aportación de bienes o de industria, o de ambos, siempre y cuando no lleve a cabo una especulación comercial, ni adopte forma mercantil.” Rojina Villegas, Rafael, *ob. cit.*, tomo sexto, vol. II, p. 323.

II. LAS CARACTERÍSTICAS

1. Es un contrato que produce el efecto de dar nacimiento a una persona jurídica diferente a la de los contratantes.²

2. La finalidad que persigan los contratantes, llamados socios, debe ser posible y lícita.

3. La finalidad puede tener un carácter preponderantemente económico, pero no debe constituir una especulación comercial, y

4. La sociedad tiene un capital social que se representa en partes sociales.

III. LA DISTINCIÓN CON OTRAS FIGURAS AFINES.—Los contratos y figuras con los que tiene mayor semejanza la sociedad civil son las sociedades mercantiles, las asociaciones en participación y las asociaciones civiles. Haciendo la aplicación correspondiente a las sociedades, tómesese en cuenta lo tratado respecto a las asociaciones civiles.

IV. LA CLASIFICACIÓN.—Es un contrato *principal*, porque no depende de otro para su existencia y validez; es *bilateral*, porque genera provechos y gravámenes entre todos los socios; es *intuitu personae*, porque generalmente se celebra en atención a consideraciones personales de los socios, y es *formal*, porque la ley siempre exige, para su validez, que se celebre por escrito.

V. LOS ELEMENTOS

1. *El consentimiento*. Es el acuerdo de voluntades de los contratantes, tanto para dar nacimiento a una persona jurídica y para conseguir los fines u objetivos de ésta, como para cooperar con sus esfuerzos y recursos para sus efectos.

2. *El objeto*. El objeto de este contrato es tan variado como en el de asociación. Puede consistir en cosas, en actos o en hechos, y cada socio podrá aportar su trabajo personal, dinero, bienes o derechos, y la aportación puede ser en propiedad o simplemente puede aportarse el uso o el goce. La aportación de bienes a la sociedad implica la translación de su dominio, salvo pacto en contrario (2689).

Como en el caso de las asociaciones, tanto el objeto del contrato como el objeto o finalidad de la sociedad, deben ser lícitos y posibles, bajo la sanción de nulidad si no lo son, con el efecto inmediato de que debe ponerse en liquidación (2692).

² Como en el caso de las asociaciones civiles, tómesese en consideración la observación hecha por el maestro Jorge Barrera Graf, señalada en la nota 1 del capítulo anterior.

3. *La forma.* El contrato de sociedad es formal, porque la ley exige que en todo caso conste por escrito.

Si en la celebración del contrato se transmiten bienes que para su enajenación deba otorgarse escritura pública (bienes inmuebles con valor de avalúo que exceda de trescientas sesenta y cinco veces el salario mínimo general diario vigente en el Distrito Federal, en el momento de la operación),³ deberá otorgarse con esa formalidad (2690).

Además, para que el contrato surta efectos contra terceros, deberá inscribirse en el Registro Público de la Propiedad (2694 y 3071) y por lo tanto se requerirá que conste en documento auténtico, que en este caso, por disposición del actual artículo 3005, deberá ser una escritura. Además, conforme al artículo 2693, "el contrato de sociedad debe contener: I. Los nombres y apellidos de los otorgantes que sean capaces de obligarse. II. La razón social. III. El objeto de la sociedad. IV. El importe del capital social y la aportación con que cada socio debe contribuir".

Si no se da al contrato la forma establecida o no contiene los requisitos anotados, produce el efecto de que cualquiera de los socios puede pedir que se haga la liquidación de la sociedad conforme a las bases convenidas o conforme a lo establecido en la ley, y mientras la liquidación no se lleve a cabo, el contrato produce todos sus efectos entre los socios y no puede oponerse a los terceros que hayan contratado con la sociedad, la falta de forma (2691). Por otra parte, la falta de registro no puede perjudicar a los terceros, quienes sí pueden aprovecharse en lo que les sea favorable (3007).⁴

Para el efecto de determinar la clase de sociedad que se ha constituido, después de la razón social debe agregarse las palabras "Sociedad Civil", que en la práctica generalmente se usan abreviadas: "S. C." (2699).

VI. LOS PRESUPUESTOS

1. *La capacidad.* En términos generales, los socios sólo requieren de una capacidad general para celebrar válida y eficazmente este contrato; sin embargo, debe tenerse siempre presente la aportación que hagan los so-

³ Ver en el capítulo de compraventa, en el apartado de la forma, el comentario en relación con estos temas.

⁴ El artículo 3003 del código antes de la reforma consignada en el Decreto de fecha 28 de diciembre de 1978, publicado en el *Diario Oficial* del 3 de enero de 1979, señalaba: "Los documentos que conforme a esta ley deben registrarse y no se registren, sólo producirán efectos entre quienes los otorguen; pero no podrán producir perjuicios a terceros, el cual sí podrá aprovecharlos en cuanto le fueren favorables."

El artículo 3007 actual no reproduce la última parte del artículo derogado, pero interpretado a *contrario sensu*, puede llegarse a la misma conclusión, ya que establece: "Los documentos que conforme a este Código sean registrables y no se registren, no producirán efectos en perjuicio de tercero."

cios o las obligaciones que asuman, para determinar si requieren o no de una capacidad especial. Así, si un socio aporta o transmite el dominio de ciertos bienes a la sociedad, deberá ser propietario de ellos, ya que, en caso contrario, la enajenación será nula (2270 por analogía).

2. *La licitud.* Tanto el objeto del contrato como los objetivos o finalidades de la sociedad, deben ser lícitos. Si no lo son, a solicitud de cualquier socio o de un tercero interesado, puede pedirse que se declare la nulidad de la sociedad, lo que producirá como efecto que la sociedad se ponga en liquidación (2692).

Si la sociedad se liquida como consecuencia de tener un objeto ilícito, deberán pagarse en primer término las deudas sociales (se entiende las deudas que tengan como antecedente un acto lícito); a continuación, se reembolsará a los socios el importe de sus aportaciones y el remanente o sea las utilidades, se destinarán a los establecimientos de beneficencia pública del lugar del domicilio de la sociedad (2692).

Ésa es otra diferencia con las asociaciones civiles y con las sociedades mercantiles. En las asociaciones civiles con objeto ilícito generalmente no habrá devolución de aportaciones a los asociados, porque éstos pierden todo derecho a las mismas, salvo pacto en contrario, y respecto a las sociedades mercantiles con objeto ilícito, la liquidación debe limitarse a la realización del activo social, para pagar las deudas de la sociedad, y el remanente se aplicará al pago de la responsabilidad civil y en defecto de ésta a la Beneficencia Pública, o lo que es lo mismo, no existe devolución de aportaciones a los socios (Art. 3º de la Ley General de Sociedades Mercantiles).

3. *La ausencia de vicios en el consentimiento.* Este presupuesto sigue las reglas generales en materia contractual y no existe norma especial en esta materia.

VII. LAS CONSECUENCIAS.—Como en el caso de las asociaciones, en la celebración del contrato de sociedad mercantil se generan dos efectos, que son: la creación de una persona jurídica y el nacimiento de obligaciones para los contratantes.

1. *La creación de una persona jurídica.* La sociedad civil es un ente a quien la ley otorga personalidad jurídica (25), y por ende, la hace apta para ser titular de derechos y sujeto de obligaciones.

Para la constitución de una sociedad civil se requiere de dos personas como mínimo, sin tener un límite máximo de socios y, además, un permiso previo a la celebración del contrato que deberá expedir la Secretaría de Relaciones Exteriores (Art. 28, frac. V de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal) con fundamento en el artículo 15 de la Ley de

Inversión Extranjera y artículos 13 a 19 del Reglamento y en los términos del artículo 27 Constitucional.

La escritura constitutiva de una sociedad civil debe contener, como requisitos mínimos y generales, los siguientes: El acuerdo de los socios para constituir esa persona moral, los nombres y apellidos de los otorgantes que sean capaces de obligarse;⁵ la razón social; el objeto de la sociedad; el importe del capital social; la aportación con que cada socio debe contribuir (2693); la cláusula de renuncia a la protección de gobiernos extranjeros a que deberán someterse los contratantes extranjeros o las personas extranjeras que lleguen a ser socios durante la vida de la sociedad, o la cláusula de exclusión de extranjeros, si la sociedad tiene la posibilidad de adquirir bienes inmuebles dentro de la “zona prohibida”, y la aprobación del estatuto social.

En el estatuto social se determinarán los atributos de la persona, su capital, finalidad y administración; la posibilidad de admisión y exclusión de socios, sus derechos y obligaciones, y lo relativo a la disolución y liquidación.

A. Los atributos de la persona moral:

El nombre. La ley no impone ningún requisito ni limitación para la determinación del nombre de las sociedades civiles y sólo señala que a la razón social se agregarán las palabras “sociedad civil” (2699), que en la práctica normalmente se abrevia “S. C.”.

El domicilio. El domicilio de las sociedades civiles será el lugar en donde se halle establecida su administración y es importante su determinación porque será el lugar en donde esté obligada a cumplir sus obligaciones y a ejercitar sus derechos (33) con todas las repercusiones de derecho procesal y sustantivo que lleva aparejadas.

El estado. Al igual que en las asociaciones, en la sociedad civil el estado es la relación que guarda con la sociedad (estado personal) o con el Estado (estado político). El estado personal la cataloga como capaz o incapaz. En relación con la capacidad, las sociedades tienen la aptitud para ser titulares de derechos y sujetos de obligaciones y para hacerlos valer por conducto de sus legítimos representantes, y podrá realizar todos los actos que sean necesarios para el logro de su objeto (26). El estado político distingue de entre las sociedades las que son mexicanas y las que son extranjeras.

⁵ Como debe otorgarse en escritura pública, si se desea inscribirla en el Registro Público de la Propiedad, conforme a la Ley del Notariado para el Distrito Federal, debe contener además del nombre y apellidos de los otorgantes, la fecha de su nacimiento, estado civil, origen, nacionalidad, profesión y domicilio, además de los requisitos que se establecen en las restantes fracciones del artículo 102.

Son mexicanas las que constituyen conforme a las leyes del país y tienen o establecen su domicilio en el territorio de la República.⁶

B. *El capital social.*⁷ A diferencia de las asociaciones civiles, las sociedades civiles sí tienen un capital social además de tener un patrimonio. Como el capital social es un crédito a cargo de la sociedad y en favor de los socios, éstos tienen la posibilidad legal de transmitirlo, es embargable por sus acreedores y en todo caso es heredable, y la transmisión del crédito con los requisitos que establece la ley implica la transmisión de los derechos corporativos de asistencia, voz y voto en las asambleas de socios. Para facilitar la circulación y precisar en todo caso el derecho del socio, su crédito se representa por partes sociales que pueden ser iguales entre los socios o desiguales.

Las partes sociales son partes alícuotas de ese crédito que es el capital social.

Los socios que son originalmente las personas que comparecen en la celebración del contrato pueden ceder o enajenar sus partes sociales, pero requerirán, en todo caso, del consentimiento previo y unánime de los demás coasociados (2705) quienes gozan del derecho del tanto,⁸ y si varios de ellos quieren hacer uso de tal derecho, les competirá éste en la proporción que representen en el capital. El término para hacer ejercicio de su derecho será de ocho días, contados a partir de aquel en que recibieron el aviso del que pretende enajenar (2706).

El patrimonio de las sociedades se integra por las aportaciones de los socios y por el conjunto de bienes, derechos y créditos que obtengan como consecuencia de los actos que realicen, tendientes a la consecución del objeto social y sirve de garantía para el cumplimiento de sus obligaciones.

Como consecuencia lógica de tener un capital, las sociedades pueden generar utilidades, y éstas, si así lo prevé el estatuto social, pueden repartirse entre los socios durante la vida de la sociedad, y en todo caso tienen derecho a esas utilidades en la liquidación de la sociedad (2729). El reparto de utilidades deberá hacerse conforme a lo convenido en el estatuto social, y a falta de convenio, se repartirán entre los socios en proporción a sus aportaciones (2728). La forma de distribuir las utilidades en la liquida-

⁶ Consúltese el capítulo anterior para precisar los conceptos de nombre, domicilio y estado como atributos de la personalidad, y además para tener en cuenta lo relativo a las cláusulas de extranjería y la exclusión de socios extranjeros.

⁷ Ver el concepto de "capital social" en el capítulo anterior.

⁸ Derecho del tanto es el que tiene un comunero (copropietario: 973, 974 y 979; heredero: 1292, o socio: 2706; también goza de este derecho el usufructuario: 1005) para adquirir en igualdad de condiciones respecto de un tercero la parte alícuota que pretenda vender otro comunero. Mientras no se notifique a los demás comuneros la venta que pretende realizarse con el tercero, ésta no les produce efecto legal alguno; es decir, esa venta no les es oponible a los comuneros preteridos.

ción, debe hacerse de la manera que se especifica más adelante en ese apartado.

C. *La finalidad de la sociedad.* La finalidad puede ser cualquiera, con las únicas limitaciones de que sea posible, lícita y no constituya una especulación comercial. En la práctica mexicana se utilizan normalmente las sociedades civiles para desarrollar finalidades de carácter profesional, como agrupaciones de profesionales; educativas, como escuelas, y deportivas, como gimnasios y clubs.

D. *La administración.* Para que una sociedad pueda hacer valer sus derechos y obligaciones, requiere de un representante, quien será el administrador de la misma.

El contrato constitutivo o el estatuto pueden determinar quién o quienes administrarán la sociedad (2709) y si no lo establecen, todos los socios tienen derecho a concurrir a ella, y sus decisiones se tomarán por aquellos que representen la mayoría de intereses, pero cuando una sola persona represente el mayor interés y en la sociedad existan más de tres socios, se requerirá por lo menos el voto de la tercera parte de los socios (2713).

Si la administración se le encomienda a dos o más socios y no se pactó que actuaran de común acuerdo, cada uno podrá practicar separadamente los actos de administración que crea conveniente (2714); pero si se convino en que actuaran en forma conjunta, sólo podrán actuar en forma independiente en caso de que pueda resultar un perjuicio grave o irreparable a la sociedad y no sea posible reunirlos a todos.

Si existen varios administradores y se establece que sus resoluciones se tomarán por mayoría, cuando ésta actúe sin conocimiento de la minoría o contra su voluntad, las obligaciones que contraiga serán válidas, pero los que las hayan contraído serán personalmente responsables de los daños causados a la sociedad (2717).

Los socios administradores tienen la obligación de rendir cuentas por sus gestiones cuando lo exija la mayoría aun cuando no sea la época fijada en los estatutos (2718) y todos los socios tienen derecho a examinar el estado de los negocios sociales y todos los documentos relacionados con ellos, con objeto de que puedan hacer las reclamaciones que estimen pertinentes, sin que este derecho sea renunciabile (2710).

Los administradores tienen facultad de realizar los actos que sean necesarios para la realización del objeto, y salvo disposición en contrario, sólo requerirán facultades expresas para realizar actos de dominio respecto a los bienes de la sociedad y para tomar capitales prestados (2712).

Quienes administren son responsables solidarios e ilimitados de las obligaciones sociales. Los demás socios sólo quedan obligados por el importe de sus aportaciones, salvo convenio en contrario (2704).

E. *La posibilidad de admisión y exclusión de socios.* La sociedad puede admitir nuevos socios siguiendo cualesquiera de los siguientes tres caminos: Que un socio enajene parcialmente su parte social a un tercero; que se acuerde un aumento de capital social y se permita el ingreso de una persona que lo pague, o que se admita a una persona como socio industrial, que aporte su trabajo, pero será necesario e indispensable el consentimiento unánime de todos los demás, salvo pacto en contrario en el estatuto (2705). Así mismo, no puede excluirse a un socio sino por acuerdo unánime de los demás y por causas graves previstas en el estatuto social (2707) y aun cuando expresamente no lo señala la ley, debe darse oportunidad de defensa en la asamblea correspondiente, al socio que pretenda excluirse.

F. *Los derechos y obligaciones de los socios.* El funcionamiento de la sociedad civil impone la necesidad de determinar los derechos y obligaciones de los socios que deben estar señalados en el estatuto o en su defecto en la ley.

Es nula la sociedad en que se estipule que todas las utilidades correspondan a determinados socios y las pérdidas a otros (2696. Son las llamadas sociedades leoninas). Además no puede pactarse que a los socios capitalistas se les devuelva su aportación con una cantidad adicional, haya o no utilidades (2697).

Por último no puede modificarse el contrato de sociedad sin el consentimiento unánime de los socios (2698).

Los derechos de los socios:

a) Tienen derecho de asistir a las asambleas que se convoquen con voz y voto (2698, 2711 y 2720).

b) La calidad del voto de los socios, es proporcional al monto de sus aportaciones (2706 y 2713).

c) Cuando se haya pactado en forma expresa, tienen derecho a participar en la forma convenida, en el reparto de utilidades (2729).

d) En la liquidación, después de cubiertos los compromisos sociales, si sobran bienes, tienen derecho a la devolución de sus aportaciones (2728).

e) Cubiertos los compromisos sociales y devueltas las aportaciones, si sobran bienes se considerarán utilidades y los socios tienen derecho a que se les repartan en la forma convenida, y si no hubo convenio, en proporción a sus aportaciones (2728).

f) Tienen derecho a no ser excluidos, sino por acuerdo unánime y por causas graves previstas en el estatuto social (2707).

g) Tienen derecho a participar en la administración cuando no se haya encomendado ésta a determinada persona (2713).

h) Tienen derecho a examinar el estado de los negocios sociales y la documentación social (2710).

i) Tienen derecho, cuando sean mayoría, de exigir rendición de cuen-

tas de los administradores aun cuando no sea la época señalada en el contrato social (2718).

j) Si los estatutos lo autorizan, y más técnicamente si no lo prohíben, pueden ceder sus derechos o partes sociales (2505).

k) Tienen derecho del tanto para el caso de que otro socio quiera ceder parte o la totalidad de su parte social (2706).

l) Tienen derecho a separarse de la sociedad en caso de que no estén de acuerdo con el aumento de capital acordado por la mayoría (2703).

ll) Tienen derecho a separarse de la sociedad (renunciar a la sociedad) en caso de que su duración sea indeterminada (2720, frac. VI), y

m) Tienen derecho a pedir la liquidación de la sociedad en los casos de objeto ilícito o por la falta de forma prevista en la ley (2691 y 2692), y todos aquellos otros que les estén concedidos en los estatutos.

Las obligaciones de los socios:

a) Están obligados a combinar sus recursos o sus esfuerzos para la realización del objeto social (2688).

b) Tienen la obligación de respetar y cumplir con el estatuto.

c) Tienen la obligación de no entorpecer la administración de la sociedad, cuando se les haya encomendado a otros socios (2709).

d) Están obligados a responder de las operaciones sociales con el monto de su aportación (2704 y 2730).

e) Los administradores son ilimitada y solidariamente responsables de las obligaciones sociales (2704), y

f) Todas aquellas otras que les imponga el estatuto social.

2. *Las obligaciones de los contratantes.* Además del efecto primario por la celebración de este contrato, consistente en crear una persona jurídica, se producen obligaciones para los contratantes.

Dentro del desarrollo normal de las operaciones sociales deben respetarse los derechos de los socios, y los administradores deben exigir el cumplimiento de las obligaciones de las cuales la sociedad sea acreedora.

Dependiendo de las aportaciones de los socios, éstos tendrán las obligaciones que correspondan a la aportación que hagan.

Si un socio aporta bienes en propiedad, tendrá todas las obligaciones de un enajenante, como son las de guardar la cosa mientras la entrega, entregarla, garantizar el uso pacífico y útil y responder del saneamiento en caso de evicción.

Si aporta sólo el uso o goce, por analogía tendrá las obligaciones de un arrendador, etcétera.

Por último, todos los socios están obligados a cooperar en la medida en que lo hayan convenido, a la consecución de los objetivos sociales, y además tienen la obligación de respetar y acatar el estatuto social.

VIII. LAS CAUSAS DE DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN.—Las sociedades civiles se disuelven:

1. Por voluntad de los socios, tomada en resolución por la asamblea general de socios.

2. Por vencimiento del plazo fijado en el contrato. La disolución de una sociedad civil, por cumplirse el término fijado en el contrato, siempre deberá ser declarada, ya que el simple vencimiento del plazo no la origina, pues si sigue funcionando, se entenderá prorrogado el plazo por tiempo indeterminado (2721).

3. Por haberse realizado el objeto social o volverse imposible su realización.

4. Por muerte o incapacidad de un socio con responsabilidad ilimitada, salvo pacto en contrario.

5. Por muerte del socio industrial, cuando su industria sea indispensable para el logro del objeto.

6. Por renuncia de un socio en las sociedades de duración indeterminada siempre que tal renuncia no sea maliciosa o extemporánea, si los demás no desean continuar asociados, y

7. Por resolución judicial (2720).

Declarada o reconocida la disolución, ya sea por acuerdo de los socios o por resolución judicial, se pondrá en liquidación, debiéndose agregar a la razón social las palabras “en liquidación” (2762), la que se hará por todos los socios, a no ser que se nombren liquidadores o ya estén nombrados desde la celebración del contrato (2727), los que cubrirán, en primer término, los compromisos sociales; en segundo lugar, si sobran bienes, devolverán a los socios sus aportaciones, y si aún restan bienes, se considerarán utilidades y se repartirán en los términos convenidos, o en proporción a sus aportaciones, en caso de no existir pacto al respecto (2728).

Cuando existan uno o varios socios industriales y no se haya pactado expresamente la forma de distribución de las utilidades, se procederá como sigue:

A. Si es sólo uno el socio industrial y su trabajo es o fue indispensable para el logro del objeto, su cuota será igual al del capitalista que tenga más,⁹ y si sólo hay un capitalista, sus aportaciones serán iguales.

B. Si son dos o más los industriales en el supuesto del apartado anterior, les corresponderá la mitad de las utilidades que se repartirán entre ellos, según convenio, y en su defecto, por decisión arbitral.

C. Si su trabajo no es indispensable para el logro del objeto, sino que

⁹ En sentido precisamente contrario, el Código Civil francés determina en su artículo 1853, segundo párrafo: “Con respecto de aquellos (socios) que sólo hayan aportado su industria, su parte en las utilidades y en las pérdidas se regulará como si su aportación hubiera sido igual a la del capitalista que aportó menos”.

pueda hacerse por otro, su cuota será igual a la que corresponda por razón de sueldos u honorarios (2732).

Si una persona contribuye con bienes y con industria, sus aportaciones se considerarán separadamente para el reparto de utilidades (2733).

Si al concluir el pago de los compromisos sociales no quedaren utilidades, el capital o lo que quedare de él (que es como ya se dijo, la suma de los valores de los bienes aportados), se repartirá sólo entre los socios capitalistas, aun cuando hubiere socios industriales, y a éstos, salvo pacto en contrario, no se les podrá responsabilizar de las pérdidas (2734 y 2735).

IX. LAS SOCIEDADES EXTRANJERAS.—De conformidad con el Decreto del Congreso de los Estados Unidos Mexicanos, de fecha 10-XII-96, publicado en el *D. O.* del 24 del mismo mes, se derogaron los artículos 28 bis, 2737 y 2738 del Código Civil, que establecían que las personas morales extranjeras de naturaleza privada podían establecerse en el territorio de la República previa autorización de la Secretaría de Relaciones Exteriores, que sólo lo concedería si esas personas estaban constituidas conforme a las leyes de su país, que no contuvieran en su estatuto nada contrario a las leyes mexicanas de orden público y que tuvieran un representante domiciliado en el lugar en donde fueran a operar, suficientemente autorizado y capacitado para responder de las obligaciones sociales.

En sustitución de esas disposiciones, por el mismo Decreto, se reformó la Ley de Inversión Extranjera, y en relación con esta materia, se incluyeron los siguientes dos artículos:

Artículo 17.—Sin perjuicio de lo establecido en los tratados y convenios internacionales de los que México sea parte, deberán obtener autorización de la Secretaría:

I. Las personas morales extranjeras que pretendan realizar habitualmente actos de comercio en la República, y

II. Las personas a que se refiere el artículo 2736 del Código Civil para el Distrito Federal en materia común, y para toda la República en materia federal, que pretendan establecerse en la República y que no estén reguladas por leyes distintas a dicho Código”.

Artículo 17 A.—La autorización a que se refiere el artículo anterior, se otorgará cuando se cumplan los siguientes requisitos:

a) Que dichas personas comprueben que están constituidas de acuerdo con las leyes de su país;

b) Que el contrato social y demás documentos constitutivos de dichas personas no sean contrarios a los preceptos de orden público establecidos en las leyes mexicanas, y

c) En el caso de las personas a que se refiere la fracción I del artículo anterior, que se establezcan en la República o tengan en ella alguna agencia o sucursal; o, en el caso de las personas a que se refiere la fracción II del artículo

anterior, que tengan representante domiciliado en el lugar donde van a operar, autorizado para responder de las obligaciones que contraigan.

Toda solicitud que cumpla con los requisitos mencionados, deberá otorgarse dentro de los quince días hábiles siguientes a la fecha de su presentación. Concluido dicho plazo sin que se emita resolución, se entenderá aprobada.

La Secretaría deberá remitir a la Secretaría de Relaciones Exteriores una copia de las solicitudes y de las autorizaciones que otorgue con base en este artículo.

De lo anterior se desprende que ahora la Secretaría encargada de otorgar las mencionadas autorizaciones a las personas morales extranjeras es la Secretaría de Economía, antes Secretaria de Comercio y Fomento Industrial.

La existencia, capacidad y funcionamiento de las personas morales privadas extranjeras, se regirá por el derecho de su constitución; en ningún caso el reconocimiento de esa capacidad excederá a la que le otorgue el derecho conforme a la cual se constituyó, y se entiende que su representante está autorizado para responder de las reclamaciones y demandas que se intenten en contra de esa persona moral (2736).

Concedida la autorización, el estatuto de la persona moral extranjera de naturaleza privada deberá inscribirse en el Registro Público de la Propiedad, conforme a lo dispuesto en el artículo 3071.

CAPÍTULO XX

EL CONTRATO DE APARCERÍA RURAL

SUMARIO: I. El concepto.—II. Las características.—III. La clasificación.—IV. Los elementos: 1. El consentimiento.—2. El objeto.—3. La forma.—V. Los presupuestos: 1. La capacidad.—2. La ausencia de vicios en el consentimiento y la licitud.—VI. Las consecuencias: 1. Las obligaciones del dueño.—2. Las obligaciones del aparcerero.—VII. Las causas de terminación.

I. EL CONCEPTO.—El contrato de aparcería rural es aquel por virtud del cual una de las partes llamada dueño (aun cuando no sea el propietario, con tal de que tenga el derecho de conceder el uso o goce de la cosa) se obliga a entregar a la otra parte, llamada aparcerero, un bien rústico para que lo cultive, o un cierto número de animales para que los cuide y alimente, a fin de repartirse los frutos en la forma convenida, y a falta de convenio conforme a las costumbres del lugar, en el concepto de que al aparcerero de un predio rústico no podrá corresponderle por solo su trabajo menos del cuarenta por ciento de la cosecha (2741 y 2752).¹

Del concepto indicado se desprende que puede haber una aparcería rural agrícola si el bien entregado es un predio rústico, o una aparcería rural de ganados, si los bienes entregados son animales.

II. LAS CARACTERÍSTICAS

1. Es un contrato translativo de uso y goce.

2. La contraprestación del aparcerero por el uso y goce de los bienes recibidos sólo será su trabajo personal, consistente en cultivar el predio o cuidar y alimentar a los animales, y al entregar al dueño la parte de los frutos que se obtengan y que le correspondan conforme a lo pactado o a las costumbres del lugar con la limitación antes indicada.

3. Desde un punto de vista negativo, y en esto se distingue de las socie-

¹ El maestro Rafael Rojina Villegas proporciona por separado los conceptos de aparcería agrícola y de aparcería de ganados. *Ob. cit.*, tomo sexto, vol. II, pp. 393 y 394. El maestro Ricardo Treviño García, trata a estos contratos en capítulos separados. *Ob. cit.*, p. 555 a 585, capítulos 16 y 17.

dades y asociaciones civiles y mercantiles, la celebración del contrato no crea una persona jurídica diferente a la de los contratantes.

III. LA CLASIFICACIÓN.—El contrato de aparcería es un contrato *principal*, porque no depende de otro o de una obligación para su existencia; *bilateral*, porque genera obligaciones para ambas partes; *oneroso*, porque produce provechos y gravámenes recíprocos; *formal*, porque la ley exige que en todo caso se celebre por escrito, y de *tracto sucesivo* porque el cumplimiento de las obligaciones que genera no puede darse en un solo acto y la actividad del aparcerero se desarrollará en un tiempo relativamente largo.

IV. LOS ELEMENTOS

1. *El consentimiento*. El consentimiento lo integra la concordancia de voluntades de las partes: una para entregar un predio rústico o un cierto número de animales, y la otra para cultivarlo o cuidarlo y alimentarlos, a efecto de repartirse los frutos.

2. *El objeto*. Constituyen el objeto de este contrato:

A. Los predios rústicos susceptibles de ser cultivados para que también produzcan frutos.

B. Los animales susceptibles de ser cuidados para que también produzcan frutos.

C. El trabajo material del aparcerero, consistente en cultivar los predios rústicos o en cuidar y alimentar a los animales, y

D. Los frutos producidos.

3. *La forma*. Este contrato, para su validez, debe otorgarse por escrito, sin necesidad de testigos ni de ratificación de firmas, en dos ejemplares, uno para cada parte (2740).

V. LOS PRESUPUESTOS

1. *La capacidad*. Las partes requieren tener capacidad de ejercicio, pudiendo celebrar el contrato los incapaces por conducto de sus representantes legales.

La parte que se obliga a entregar el predio rústico o los animales debe ser el propietario de esos bienes o tener, conforme a la ley, la posibilidad de disponer de ellos, para esos efectos. *V. gr.* el usufructuario, con la limitación de que la aparcería concluirá con la terminación del usufructo.

El aparcerero sólo requiere de una capacidad general.

2. La ausencia de vicios en el consentimiento y la licitud siguen las normas generales, por no haber en esta materia disposiciones especiales al respecto.

VI. LAS CONSECUENCIAS.—La consecuencia por la celebración del contrato es la creación de obligaciones para las partes:

1. *Obligaciones del dueño:*

A. Entregar el predio rústico o los animales a que se refiera el contrato (2741 y 2752). Esta obligación en relación con el tiempo, lugar y modo de cumplirse se rige por las reglas generales en materia de obligaciones, por no existir normas de excepción.

B. No recoger los frutos a menos que el aparcerero abandone los bienes. Si lo hace, deberá entregar al aparcerero los frutos que, de acuerdo con el contrato, fijen los peritos, uno por cada parte, debiendo ser pagados por su cuenta los honorarios de los peritos (2745).

C. No retener de propia autoridad la parte de frutos que le corresponda al aparcerero, para garantizar lo que éste le deba por razón del contrato (2747).

D. No cobrar las semillas que hubiera entregado al aparcerero para el cultivo, si se pierde la cosecha (2748).

E. Permitir al aparcerero, cuando éste establezca su habitación en el predio que va a cultivar, que construya su casa y tome los elementos que existan en la propiedad, indispensables para él y para su familia, como la leña, el agua y el pasto (2749).

F. Conceder al aparcerero el derecho del tanto, si la tierra que estuvo cultivando va a ser dada en nueva aparcería (2750) y en caso de venta de los animales antes de la terminación del contrato (2763).

Los dueños de predios rústicos no tienen derecho de dejar ociosos sus bienes sino el tiempo necesario para que recobren sus propiedades fertilizantes; tienen la obligación de darlos en aparcería conforme a las costumbres del lugar a aquellas personas que ofrezcan las condiciones necesarias de honorabilidad y solvencia (16 y 2751).

2. *Obligaciones del aparcerero:*

A. Cultivar el predio rústico o cuidar y alimentar los animales recibidos (2739 y 2752).

B. Dar aviso al dueño antes de recoger los frutos, para que pueda proteger sus intereses. Si los recoge sin ese requisito, deberá entregar al dueño los frutos que, conforme al contrato, determinen dos peritos nombrados uno por cada parte, siendo por su cuenta los honorarios de tales peritos (2745 y 2759).

C. Emplear en el cuidado y trato de los animales, y por analogía en el cultivo del predio, el cuidado que ordinariamente emplee en sus cosas, siendo responsable de los daños y perjuicios que originare si no actuare así (2755).

VII. LAS CAUSAS DE TERMINACIÓN.—Este contrato termina:

1. Por voluntad de las partes (2760).
2. Por vencimiento del plazo señalado. Sin embargo, si las partes no manifiestan su voluntad de darlo por terminado, se entenderá prorrogado el plazo por un año (2762).
3. Por muerte del aparcerero, salvo convenio en contrario (2742). La muerte del propietario no es causa de terminación de este contrato.

TÍTULO SEXTO
LOS CONTRATOS ALEATORIOS

CAPÍTULO XXI
LOS CONTRATOS DE JUEGO Y APUESTA

SUMARIO: I. El concepto.—II. Las características.—III. La clasificación.—IV. Los elementos: 1. El consentimiento.—2. El objeto.—3. La forma.—V. Los presupuestos: 1. La capacidad.—2. La licitud.—3. La ausencia de vicios en el consentimiento. VI. Las consecuencias.

I. EL CONCEPTO.—Los contratos de juego y apuesta son aquellos por virtud de los cuales una de las partes se obliga hacia la otra a dar una cosa o a prestar un servicio si se realiza un hecho (situación futura) o si se prueba un acontecimiento (situación pretérita) ignorado por ambos, y para el caso de que no se realice el hecho o pruebe el acontecimiento, la segunda queda obligada para con la primera a la misma o a equivalente prestación.

Desde un punto de vista didáctico, pueden diferenciarse los contratos de juego de los contratos de apuesta.

En los contratos de juego, el pago de la prestación siempre dependerá de que se realice o no un determinado hecho, pero en su realización influye en forma determinante la actuación de la parte que en definitiva resulte acreedor de la prestación.

En los contratos de apuesta, el pago de la prestación dependerá de que se realice o no un determinado hecho o de que se pruebe un acontecimiento ignorado por las partes, y en todo caso la realización del hecho o la existencia del acontecimiento no dependen de la actuación de las partes.

Será un contrato de juego aquel por virtud del cual una de las partes se obliga a pagar a la otra la cantidad de cien pesos si pierde con ella un partido de ajedrez, y a su vez la segunda se obliga a pagar a la primera cien pesos si es ella la que pierde el partido.

Será un contrato de apuesta si una de las partes se obliga a pagar a la otra cien pesos, si en un partido de beisbol pierde un equipo y a su vez la otra se obliga a pagar los cien pesos a la primera si el que pierde es el otro equipo. También será un contrato de apuesta, si las partes se obligan

a pagarse una determinada cantidad si en un libro se desarrolla o no una determinada teoría.¹

Deben tomarse en cuenta las dos acepciones que tiene la palabra “apuesta”, para no incurrir en una confusión. En primer lugar significa un contrato, y en segundo, significa la prestación misma que debe pagar el perdedor en un contrato de juego o en uno de apuesta.²

II. LAS CARACTERÍSTICAS

1. La principal característica de estos contratos es que son aleatorios. Esto significa que, en el momento de la celebración del contrato, ninguna de ambas partes tiene la certeza de quién deberá pagar la prestación convenida, sino que esa obligación dependerá de la realización del hecho o de que se pruebe la certeza del acontecimiento, prevista en el contrato y en esa hipótesis sólo una de las partes será deudora de la prestación y la otra acreedora.

2. La realización del hecho o la prueba de la certeza del acontecimiento (positivo o negativo) originan el derecho en favor de una de las partes y la obligación de la otra, respecto de la prestación convenida; esto es, sólo uno de los contratantes percibirá los provechos del contrato y el otro sufrirá los gravámenes.

3. Por regla general, la prestación que debe dar el perdedor es la misma, ya sea que resulte obligado uno u otro de los contratantes y sólo por excepción las prestaciones serán diferentes, ya sea que resulte uno favorecido o en su caso el otro, por el hecho o por la prueba del acontecimiento.

¹ “Los contratos de juego y apuesta son contratos de riesgo y azar, en los que las partes se prometen una prestación bajo condiciones opuestas, haciendo depender la ganancia o la pérdida del sentido en que se aclare una incertidumbre.” “Para delimitar los dos conceptos, lo decisivo no es el nombre sino el motivo, o mejor, el fin perseguido por el contrato. La apuesta se propone robustecer una afirmación discutida, el juego sólo persigue una distracción o una ganancia (o ambas cosas)”.

“Por consiguiente, cabe sentar las siguientes definiciones: Contrato de juego es aquel por el cual, con fines de distracción o de ganancia, las dos partes se prometen una prestación bajo condiciones opuestas.

“Contrato de apuesta es aquel por el cual, con el fin de robustecer una afirmación, las partes se prometen recíprocamente ciertas prestaciones para el caso de ser o no ser verdad aquella afirmación.” Enneccerus, Ludvig, *Derecho de Obligaciones*, vol. segundo, Doctrina Especial, Segunda Parte, 3a., ed., Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1966, pp. 784, 785 y 786.

² El Art. 762 del Código Civil alemán establece: “Por juego o por apuesta no se origina una obligación. Lo entregado con base en el juego o a la apuesta no puede ser repetido por la circunstancia de que no haya nacido una obligación...” Enneccerus añade: “El hecho de hacer depender del azar un desplazamiento patrimonial, en lugar de efectuarlo por atención a consideraciones económicas (como compraventa de mercancías, compras a crédito, negocios a plazo, etc.) puede significar un peligro para la economía”.

“La disposición no se basa en la hipótesis (en muchos casos improcedente) de que los contratos de juego y apuesta sean inmorales, sino que más bien, dada la ausencia de un fin seriamente moral o económico y dados los peligros que trae consigo especialmente el juego a crédito, la ley no quiere fomentar estos negocios de suerte como lo haría si se les concediese protección judicial.” *Ob. cit.*, pp. 784 y 786.

III. LA CLASIFICACIÓN.—Son contratos *bilaterales*, porque generan obligaciones para ambas partes; *onerosos*, porque pueden producir provechos para una o para la otra parte, y los gravámenes también pueden ser para una o para la otra; *aleatorios*, porque en el momento de su celebración no existe la certeza de quién será el que reciba los provechos o sufra los gravámenes; *consensuales*, porque la ley no exige una forma determinada para la celebración válida de estos contratos, y *principales*, porque su existencia y validez no dependen de la existencia válida de otro contrato u obligación.

IV. LOS ELEMENTOS

1. *El consentimiento*. En este contrato consiste en el acuerdo de las partes para que una dé a la otra o viceversa, la prestación convenida entre ellas, si no es favorecida por el hecho o por la existencia del acontecimiento (positivo o negativo) previstos.

Las voluntades deben ser acordes, tanto respecto del acontecimiento del que se pretende probar su existencia o del hecho previsto, como de la prestación a que quedará obligado el perdidoso.

2. *El objeto*. El objeto, esto es la conducta que deben observar las partes, debe ser lícito y posible.

El objeto indirecto lo constituye tanto el hecho que puede o no producirse pero que debe tener la posibilidad de que se produzca, como la prestación o abstención a que quedará obligado el perdidoso y la cosa sobre la que recaiga, en su caso, la prestación si ésta consiste en un dar.

Por lo tanto las partes pueden obligarse, en caso de que el acontecimiento les sea adverso, a hacer o a no hacer determinada cosa o a dar cierta cantidad de dinero u otros bienes, por lo que este objeto será tan variado, como las posibilidades reales y lícitas de hacer, no hacer o dar, lo permitan.

Las partes pueden convenir en que si triunfa un equipo de futbol una de ellas pague a la otra la cantidad de cien pesos, entregue un encendedor, haga un pastel o deje de ir al cine.

En todo caso, la conducta que debe realizar el obligado debe ser lícita y posible.

3. *La forma*. Estos contratos son consensuales, lo que significa que la ley no impone la necesidad de que en su celebración se cumplan determinadas formalidades y por lo tanto las partes pueden escoger libremente la forma.

V. LOS PRESUPUESTOS

1. *La capacidad*. En términos generales, las partes sólo requieren para la celebración válida de este contrato, de la capacidad general; sin embargo, si la prestación que se obliga a realizar el perdidoso implica la disposición de un bien, deben tener la capacidad especial de poderlo hacer.

2. *La licitud.* El estudio de la licitud en estos contratos se proyecta hacia dos aspectos fundamentales:

A. La conducta que se obliga a realizar el perdidoso debe ser lícita. Así, el contrato por el cual las partes se obligan a asesinar a determinada persona si gana o pierde un equipo de fútbol, será nulo, con nulidad absoluta, por tener un objeto ilícito.

B. El juego mismo del cual depende que se realice el hecho debe ser lícito. En términos generales son ilícitos y por lo tanto están prohibidos en todo el territorio nacional los juegos de azar y los juegos con apuestas.

La Ley Federal de Juegos y Sorteos, publicada en el *Diario Oficial* del 31 de diciembre de 1947, determina cuáles son los juegos prohibidos y cuáles y con qué condiciones están permitidos otros, y el capítulo III del título decimocuarto del Código Penal para el Distrito Federal, aplicable en toda la República, para los delitos de la competencia de los tribunales federales, tipifica los delitos relacionados con los juegos prohibidos y determina las penas al respecto.³

Desde el punto de vista del derecho civil, las consecuencias que se originan de la celebración de contratos de juego prohibido son:

a) La ley no da acción para reclamar el pago de lo adeudado en juegos prohibidos (2764).

b) Si una persona pagó voluntariamente una deuda proveniente de juego prohibido, tiene derecho a reclamar la devolución del cincuenta por ciento. El restante cincuenta por ciento le corresponderá a la beneficencia pública (2765).

c) La deuda proveniente de juego prohibido no puede compensarse ni por novación convertirse en obligación civilmente eficaz (2768), y

d) Aun cuando la obligación proveniente de juego prohibido estuviese representada en forma de título a la orden o al portador y éste se pagare al tenedor de buena fe, el deudor conserva el derecho de recuperar del acreedor originario el cincuenta por ciento de lo pagado, correspondiendo el otro cincuenta por ciento a la beneficencia pública (2770), y en todo caso se puede probar por cualquier medio, sea cual fuere la forma de la obligación, el origen de ésta (2769).⁴

³ "El Código Penal no prohíbe el juego en sí mismo, sino sólo en las formas siguientes: 1. El juego al azar público (con la apuesta de juego inclusive), sin permiso de la autoridad. Arts. 284 y 284 del Código Penal. 2. El juego de azar profesional, C. Penal, Art. 285. 3. La organización de una lotería pública, o de una rifa pública de cosas muebles o inmuebles, sin permiso de la autoridad. C. Penal, Art. 286." Ennecerus, *ob. cit.*, p. 789.

⁴ "Puede reclamarse contra la letra de cambio y pedir su devolución antes de ser pagada. Si el acreedor la ha endosado a un adquirente de buena fe, el deudor tiene ciertamente que pagarla a éste, pero tiene una pretensión por enriquecimiento injusto contra el acreedor primitivo." Ennecerus, *ob. cit.*, p. 789.

3. La ausencia de vicios en el consentimiento no tiene una aplicación especial en estos contratos y por lo tanto deben seguirse las reglas generales.

VI. LAS CONSECUENCIAS.—Las consecuencias o efectos que se generan por la celebración de este contrato son la creación de obligaciones para las partes.

La obligación primaria que genera la celebración de estos contratos es que las partes deben respetar lo pactado entre ellas, respecto a la forma y condiciones en que deba desarrollarse el juego y conservarse en aptitud de poder cumplir la prestación o abstención que deberá realizar el perdidoso.

Por otra parte, se entiende en el sentido de que el juego o la apuesta no estén prohibidos, la obligación secundaria o posterior será la de realizar la prestación que puede consistir en un dar o en un hacer, o en cumplir la abstención, si se realiza el hecho previsto o se prueba el acontecimiento ignorado,⁵ “con tal de que la pérdida no exceda de la vigésima parte de su fortuna. Prescribe en treinta días el derecho para exigir la deuda de juego a que este artículo se refiere” (2767).

⁵ El Código Civil Español trata respecto del juego y de la apuesta en sus artículos del 1798 al 1801.

“ART. 1798.—La ley no concede acción para reclamar lo que se gana en juego de suerte, envite o azar; pero el que pierde no puede repetir lo que haya pagado voluntariamente, a no ser que hubiera mediado dolo, o que fuera menor, o estuviera inhabilitado para administrar sus bienes.”

“ART. 1799.—Lo dispuesto en el artículo anterior respecto del juego es aplicable a las apuestas. Se consideran prohibidas las apuestas que tienen analogía con los juegos prohibidos.”

“ART. 1800.—No se consideran prohibidos los juegos que constituyen el ejercicio del cuerpo, como lo son los que tienen por objeto adiestrarse en el manejo de las armas, las carreras a pie o a caballo, las de carros, el juego de pelota y otros de análoga naturaleza.”

“ART. 1801.—El que pierde en un juego o apuesta de los no prohibidos queda obligado civilmente. La autoridad judicial puede, sin embargo, no estimar la demanda cuando la cantidad que se cruzó en el juego o en la apuesta sea excesiva, o reducir la obligación en lo que excediere de los usos de un buen padre de familia.”

CAPÍTULO XXII

EL CONTRATO DE RENTA VITALICIA

SUMARIO: I. El concepto.—II. Las características.—III. La clasificación.—IV. Los elementos: 1. El consentimiento—2. El objeto.—3. La forma.—V. Los presupuestos: 1. La capacidad.—2. La ausencia de vicios en el consentimiento y la licitud.—VI. Las consecuencias: 1. Las obligaciones del deudor de la renta.—2. Las obligaciones de quien transmite el bien.—3. Los derechos del pensionista. VII.—Las causas de terminación.

I. EL CONCEPTO.—Es el contrato por virtud del cual una persona se obliga a pagar una pensión (pago de una cantidad de dinero en forma periódica y temporal) durante la vida de una o más personas a cambio de la propiedad de una suma de dinero o de un bien mueble o inmueble estimados que desde luego le transmite la otra parte contratante.

Las palabras “renta vitalicia” tienen una doble acepción:

Significan el contrato con la acepción señalada y también significan la pensión que debe pagarse durante la vida de una o más personas.

Por lo anterior, cuando la ley dice que la renta vitalicia puede constituirse a título gratuito, por donación o testamento (2775), está haciendo referencia al segundo de los significados apuntados.

Si la pensión se constituye por testamento, no se aplicarán las reglas del contrato de renta vitalicia, sino las de las sucesiones, por no tratarse de un contrato.

Si la renta vitalicia se constituye por contrato, pero en favor de una persona que no ha puesto el capital, debe considerarse como una donación, pero por disposición legal expresa no se le aplicarán las reglas de este contrato sino las del contrato de renta vitalicia, a excepción de los supuestos en que deba ser reducida por inoficiosa o anulada por incapacidad del que deba recibirla (2778).¹

¹ “A manera de advertencia, debemos hacer notar que la renta vitalicia, en virtud de haber perdido gran parte de su importancia, según dice Ricci, no es un contrato que tenga mucha aplicación práctica, en la actualidad, porque las mismas necesidades a que tiende, se satisfacen más adecuadamente en el contrato de seguro sobre la vida, a los que se dedican muchas y poderosas compañías, cuya disciplina compete al derecho mercantil. Por esta razón sólo se presentarán sus características fundamentales.” García López, Agustín. *Ob. cit.*, p. 440.

II. LAS CARACTERÍSTICAS

1. Es un contrato aleatorio, porque en el momento de su celebración no son ciertos (precisos) los gravámenes del deudor de la pensión, ya que éstos dependerán de que viva más o menos la persona sobre cuya vida se constituya.

2. Es un contrato translativo de dominio. El efecto directo e inmediato que se produce por la celebración del contrato es que al deudor de la renta se le transmite la propiedad de una suma de dinero o de un bien mueble o inmueble estimados.

3. La pensión puede constituirse sobre la vida de:

A. Quien transmite la suma de dinero o el bien.

B. Quien debe pagar la renta, esto es del deudor, y

C. Un tercero, esto es que no se trate de quien transmite el bien ni del deudor.

La obligación de pagar la pensión sólo concluirá si fallece la persona sobre cuya vida se constituyó.

Por lo tanto pueden darse diversos supuestos:

a) Si se pacta que A debe pagar la renta mientras él viva, deberá pagarla a los herederos del acreedor si éste llega a fallecer.

b) Si se pacta que A debe pagar la renta mientras viva el acreedor, los herederos de A deberán continuar pagándola si éste llega a fallecer.

c) Si se pacta que A debe pagar la renta mientras viva uno o más terceros, los herederos de A deberán continuar pagándola a los herederos del acreedor, si ambos llegasen a fallecer.

En los tres casos anteriores, se insiste, sólo concluye la obligación del deudor cuando fallezca la persona o personas sobre cuya vida se constituyó.²

III. LA CLASIFICACIÓN.—Es un contrato *principal*, porque no depende para su existencia o validez de un contrato u obligación válidos; *bilateral*, porque impone obligaciones para ambas partes contratantes; *oneroso*, porque genera provechos y gravámenes para ambas partes contratantes; *aleatorio*, porque los gravámenes del deudor de la pensión no son ciertos en el momento de la celebración del contrato; *formal*, porque la ley impone siempre una forma determinada en la celebración del contrato; *de tracto sucesivo*, porque las prestaciones del deudor de la pensión se cumplen en un plazo más o menos prolongado, y *nominado*, porque la ley lo reglamenta en forma expresa.

² "La renta vitalicia se distingue del contrato de seguro de vida, en que éste a la muerte de la persona designada establece el momento en que ha de pagarse la prestación o indemnización al beneficiario, en tanto que en la renta vitalicia, la muerte de la persona designada determina el momento en que ha de dejar de pagarse la pensión al beneficiario de ella, o sea la muerte de la persona designada produce un efecto inverso en uno y otro contrato." Sánchez Meda, *ob. cit.*, p. 345.

IV. LOS ELEMENTOS

1. *El consentimiento.* Las voluntades debe ser acordes en los términos de la norma, respecto de:

A. La cantidad de dinero o bien mueble o inmueble, cuyo dominio se transmite al deudor de la pensión.

B. El monto de la pensión que debe pagar el deudor y la periodicidad de ésta.

C. La vida de la persona o personas sobre las que se constituye la renta.

Como la ley no establece a este respecto ninguna regla de carácter supletorio, si por falta de estipulación de las partes no puede determinarse con toda precisión cuál fue su intención o voluntad, el contrato será nulo (1857).

2. *El objeto.* El objeto indirecto de este contrato es doble:

A. El contenido de la prestación del deudor de la pensión es una suma de dinero.³

B. El contenido de la prestación del otro contratante puede ser una cantidad de dinero, un bien mueble estimado o un bien inmueble estimado.

Cuando el objeto lo constituyen bienes, éstos deben ser enajenables, porque este contrato es translativo de dominio, y además, deben tener las características generales de los bienes en las obligaciones de dar.

3. *La forma.* El contrato de renta vitalicia, para su validez, debe constar por escrito.

Si al deudor de la pensión se le transmite en propiedad un bien inmueble con valor de avalúo que exceda de trescientas sesenta y cinco veces el salario mínimo general diario vigente en el Distrito Federal en el momento de la operación, el contrato debe constar, para su validez, en escritura pública (2776 en relación con el 2320).

Además, para que el contrato, cuando recaiga sobre bienes inmuebles, pueda surtir efectos contra terceros, debe inscribirse en el Registro Público de la Propiedad (3042, frac. I), y si no se hace sólo surtirá efecto entre los contratantes, pero no puede perjudicar a terceros, quienes sí se pueden aprovechar de esa falta de inscripción, en lo que les sea favorable (3007).

³ "En cuanto al objeto de la pensión, las partes son libres de proceder a su fijación en la cuantía que estimen pertinente. La pensión ha de ser fija y determinada (S. de 16 de diciembre de 1930), pero sin que se oponga a ello el juego de cláusulas de revalorización (S. de 31 de octubre de 1960) ni la aplicación judicial de la cláusula *rebus sic stantibus* (S. de 23 de noviembre de 1962), cuando por alteración extraordinaria de las circunstancias económicas exista una evidente desproporción entre el capital que se recibió y la pensión o renta que se paga." Díez Picazo, Luis y Guillón, Antonio, *Sistemas de Derecho Civil*, vol. II, Edit. Tecnos, 1a. ed., Madrid, 1976, pp. 415 y 416.

V. LOS PRESUPUESTOS

1. *La capacidad.* La capacidad del deudor de la pensión debe ser simplemente la general.

En cambio, la capacidad del otro contratante debe ser la especial, ya que requiere tener la posibilidad de disposición del bien mueble o inmueble que se transmitirá en propiedad al deudor de la pensión como consecuencia de la celebración del contrato. Si esta persona no es la propietaria del bien, se estará en presencia de una enajenación de cosa ajena, que la ley reputa nula, con fundamento en el artículo 2270 aplicado por analogía.

2. *La ausencia de vicios en el consentimiento y la licitud.* No se establecen en este contrato disposiciones especiales en esta materia y por lo tanto se deberá estar a las reglas generales de la teoría de las obligaciones.

VII. LAS CONSECUENCIAS.—Los efectos que produce la celebración de este contrato son la transmisión de propiedad de los bienes que sean objeto del mismo y la creación de obligaciones para las partes.

1. *Obligaciones del deudor de la renta*

A. Debe pagar la pensión en el lugar, tiempo y modo convenidos. Si no se pactó el lugar de pago, deberá efectuarse en el domicilio del deudor (2082), pero si no se pactaron los plazos en que debe cubrirse la pensión, o el monto de ésta, por recaer la duda, consistente en cuándo debe pagarse y cuánto deberá pagarse sobre el objeto principal del contrato, éste será nulo por no poderse determinar cuál fue la intención de las partes (1857).

La falta de pago de las pensiones da acción al pensionista para exigir judicialmente el cumplimiento de la obligación respecto a las pensiones vencidas (2783), pero no para pedir la resolución del contrato (2782) lo que constituye una excepción a la regla general que señala que la posibilidad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpla lo que le incumbe (1949).⁴

En este supuesto, el pensionista perjudicado sólo podrá exigir el cumplimiento de la obligación con el resarcimiento de daños y perjuicios, pero no la resolución del contrato.

B. Está obligado a asegurar el pago de las pensiones futuras y a dar o conservar las seguridades estipuladas para su ejecución.

⁴ “Esta modalidad se debe a la naturaleza de la operación, que fundamentalmente tiene como finalidad garantizar un *modus vivendi* al pensionista, y es por esta razón que el derecho tutela su interés jurídico primordial, o sea la exigibilidad de las rentas, impidiendo la rescisión del contrato para evitar las consecuencias que esto traería tanto respecto del pensionista como del deudor de la renta.” García López, Agustín, *ob. cit.*, p. 442.

El incumplimiento de esta obligación sí da acción al pensionista para demandar la resolución del contrato.

C. Si la renta se pactó por plazos anticipados y la persona sobre la que se constituyó la renta fallece durante un plazo ya comenzado, está obligado al pago de la totalidad de esa pensión; si no fue así, la renta correspondiente al plazo en que muera la indicada persona, sólo se pagará en proporción a los días que ésta vivió (2784).

2. *Obligaciones de quien transmite el bien.* Este contratante tiene todas las obligaciones de un enajenante, ya estudiadas al tratar de los contratos translativos de dominio, debiéndose tomar en cuenta que la ley a este respecto no establece normas derogatorias a las disposiciones generales, ni supletorias en forma específica de la voluntad de las partes.

3. *Derechos del pensionista.* Por regla general no se estudian en forma específica los derechos de las partes en los contratos, porque las obligaciones de una, por lo común son los derechos de la otra.

Sin embargo, en el contrato de renta vitalicia, no obstante que sucede lo mismo que en los demás, deben señalarse ciertas modificaciones en relación con el pensionista, porque puede darse el caso de que no coincidan en una misma persona el pensionista y el contratante que transmite el bien.

A. Tiene derecho a que se le pague la pensión en el lugar, tiempo y modo convenido.

B. Sólo tendrá acción para exigir el cumplimiento de la obligación de pago, si prueba que la persona o personas sobre cuya vida se constituyó la renta, se encuentran vivas (2790).⁵

C. Si la renta se constituyó en su favor a título gratuito (lo que significa que él en lo particular no haya tenido que dar una contraprestación) tiene derecho a que la pensión no esté sujeta a embargo por derecho de un tercero si el que la constituyó así lo dispuso expresamente en la celebración del contrato (2785). Lo dispuesto en este apartado no comprende los créditos fiscales (2786).

D. Igualmente la renta no puede ser embargada si se constituyó para cubrir los alimentos del pensionista, o por lo menos en la parte que sea necesaria para cubrirlos, según las circunstancias de la persona (2787).

VII. LAS CAUSAS DE TERMINACIÓN

1. La causa normal de terminación de este contrato y por lo mismo por

⁵ En derecho mexicano, la forma legal de probar la existencia de una persona física es a través de un acta notarial. El art. 128 fracción II de la Ley del Notariado para el Distrito Federal establece: "Art. 128.—Entre los hechos por los que el notario debe asentar un acta, se encuentran los siguientes: ... II. La existencia, identidad, capacidad legal, reconocimiento y puesta de firmas en documentos de personas identificadas por el notario..."

lo que cesa la obligación del deudor de seguir pagando la pensión, es la muerte de la persona sobre la que se constituyó la renta.

Un contrato de renta vitalicia puede hacer referencia a dos, a tres o a cuatro personas.

Si celebran el contrato A y B, puede pactarse que A pague una pensión a C mientras viva D.

La persona D puede coincidir con A, B o C, en cuyo caso sólo hará referencia a tres. También la persona C puede coincidir con B, y en ese caso el contrato sólo hará referencia a dos personas que son los mismos contratantes.

El contrato sólo termina por la muerte de D, la persona sobre cuya vida se constituyó la renta.

2. *Por nulidad.* La nulidad en este contrato opera en la misma forma que en todos los demás, pero la ley establece aquí dos causas específicas de nulidad:

A. El contrato es nulo (como consecuencia del error) si la persona sobre cuya vida se constituyó la renta ha muerto antes de la celebración del contrato (2779).

B. El contrato es nulo si el pensionista fallece dentro del plazo señalado en el contrato y que no podrá bajar de treinta días contados desde su celebración (2780).

3. Es también causa de terminación específica de este contrato si el deudor de la renta causa la muerte del pensionista o de la persona sobre cuya vida se constituyó (2791).

CAPÍTULO XXIII

EL CONTRATO DE COMPRAVENTA DE ESPERANZA

SUMARIO: I. El concepto.—II. Las características.
III. Las normas aplicables.¹

I. EL CONCEPTO.—El contrato de compraventa de esperanza es aquel por virtud del cual una persona, llamada vendedor, se obliga a entregar a la otra, llamada comprador, una cosa futura que sea producto de la naturaleza, o los frutos de una cosa o los productos inciertos de un hecho, quien se obliga a pagar por ellos un precio cierto y en dinero, tomando el comprador para sí el riesgo de que tales objetos no lleguen a existir o no lleguen a existir en la cantidad prevista por él y que produce el efecto de transmitir al comprador la propiedad de esos bienes cuando lleguen a existir si existen o en la medida en que existan (2309 y 2792).

II. LAS CARACTERÍSTICAS

1. Es un contrato aleatorio, esto es, la prestación de una de las partes no es cierta y conocida en el momento de la celebración del contrato. Al celebrarse el contrato no puede precisarse el monto de la prestación del vendedor, porque la cosa que está obligado a entregar es futura y no se sabe en qué medida existirá en el tiempo convenido, ni siquiera se sabe si existirá o no. Así, A vende a B en la cantidad de cien mil pesos todos los mangos que produzca en un año una huerta, tomando para sí B el riesgo de que lleguen o no a existir o de que lleguen a existir en más o menos cantidad. Esto significa que de cualquier forma B pagará a A los cien mil pesos. Sin embargo, si no llegase a existir ningún mango en el caso expuesto, no significa que A no adquirió ninguna obligación, porque desde la celebración del contrato, A está obligado a conservarse en aptitud de entregar a B los mangos que lleguen a existir, si existen, y a cumplir todas sus demás obligaciones normales como vendedor, y es responsable de los daños y perjuicios que le origine a B por el incumplimiento de tal obliga-

¹ Este contrato no se trata con el mismo formato de los demás, por ser una especie del contrato de compraventa.

ción, los que serían tasados tomando en cuenta los medios de pruebas que en su oportunidad se considerasen idóneos.

Por lo anterior, la compraventa de esperanza sí es un contrato, ya que el acuerdo de voluntades genera obligaciones recíprocas para ambas partes.

2. El riesgo de que las cosas lleguen o no a existir, lo toma a su cargo el comprador. Esto significa que el comprador está obligado a pagar el precio cierto y en dinero, ya sea que las cosas lleguen a existir en la cantidad prevista por las partes, en mayor o menor número, o que no lleguen a existir.

Si el riesgo lo tomara el vendedor podrían originarse dos situaciones:

A. Que las cosas no lleguen a existir en absoluto, y en ese caso el comprador no tendría obligación de pagar el precio, y

B. Que las cosas llegaren a existir en cualquier medida, y en ese caso el comprador queda obligado al pago de la totalidad del precio convenido o al pago de la parte proporcional a la cantidad de bienes que llegasen a existir, conforme al convenio que hubiesen tenido las partes, y si nada convinieron al respecto, de suerte que no pueda determinarse la intención de los contratantes, el contrato será nulo, atento a lo dispuesto en el Art. 1857.

Puede darse el supuesto de que A venda a B todos los mangos que produzca en un año una huerta determinada, en la cantidad de cien mil pesos, pero si llegan a existir mangos o si llegan a existir hasta un mínimo de diez toneladas.

En estas últimas suposiciones, los contratos también son aleatorios, porque las prestaciones de las partes no son ciertas y conocidas desde su celebración, pero serían contratos innominados, por no ser de los que están reglamentados en los artículos 2309 y 2792 del Código Civil mexicano, y por lo tanto su análisis e interpretación deberán hacerse en los términos del artículo 1858 que trata de los contratos no reglamentados (ver en la parte general, en la clasificación de los contratos, los innominados).

3. El objeto indirecto de este contrato recae sobre cosas futuras, y puede ser:

A. Cosa futura que sea producto de la naturaleza.

B. Frutos de una cosa, pero no la cosa misma.

C. Productos inciertos de un hecho.

En cualquiera de estos casos el vendedor no debe obligarse a la elaboración de la cosa, y la cosa no debe depender de su existencia de la voluntad del vendedor, ya que en tales supuestos el contrato no sería aleatorio en los términos de la regulación del Código Civil, porque no podría tomar el comprador para sí el riesgo de que la cosa llegare a existir, porque en el supuesto, esta existencia depende del vendedor y no puede dejarse al arbitrio de una de las partes la validez y el cumplimiento de los contra-

tos (1797). Así, A, fabricante de bicicletas, vende a B cien bicicletas en cien mil pesos y se obliga a entregarlas en tres meses, porque en el momento de la celebración del contrato no existen. Este contrato técnicamente es un contrato de compraventa de cosa futura y no de compraventa de esperanza.

Respecto a la distinción entre compraventa de cosa esperada y compraventa de esperanza, ver en el capítulo de compraventa de esta obra la distinción de ambos contratos.

III. LAS NORMAS APLICADAS.—Respecto a los elementos, presupuestos y consecuencias de este contrato, deben aplicarse las normas de la compraventa, en lo que no se oponga a lo tratado en este apartado.

TÍTULO SÉPTIMO
LOS CONTRATOS DE GARANTÍA

CAPÍTULO XXIV
EL CONTRATO DE FIANZA

SUMARIO: I. El concepto.—II. Las características.—III. Las clases de fianzas.—IV. La clasificación.—V. Los elementos: 1. El consentimiento.—2. El objeto.—3. La forma.—VI. Los presupuestos: 1. La capacidad.—2. La ausencia de vicios en el consentimiento y la licitud.—VII. Las consecuencias: 1. Las derivadas directamente para las partes por la celebración del contrato.—A. La obligación para el fiador.—B. Los derechos del fiador.—*a)* Beneficio de orden.—*b)* Beneficio de la excusión.—*c)* Excepciones que puede oponer.—2. Las derivadas indirectamente.—A. Los derechos del fiador ante el deudor.—B. El beneficio de división.—VIII. Las causas de extinción.—IX. La caducidad.

I. CONCEPTO.—El contrato de fianza es aquel por virtud del cual una de las partes llamada fiador se obliga ante la otra llamada acreedor, al cumplimiento de una prestación determinada, para el caso de que un tercero, deudor de este último, no cumpla con su obligación.¹

II. LAS CARACTERÍSTICAS

A. Es un contrato accesorio. Esto significa que no tiene existencia y validez por sí mismo, sino que su existencia y validez dependen de la existencia y validez de una obligación preexistente.

El que sea un contrato accesorio también hace referencia a que es un contrato de garantía, ya que se celebra para garantizar el cumplimiento de la obligación de la cual depende su existencia.

Las consecuencias jurídicas que se originan del carácter accesorio de la fianza son múltiples, y algunas de ellas son las siguientes:

a) La inexistencia de la obligación garantizada origina la inexistencia de la fianza (2797).

¹ En el derecho argentino, la fianza puede no ser un contrato, dispone el artículo 1987: "puede también constituirse la fianza como acto unilateral antes que sea aceptada por el acreedor".

b) La nulidad absoluta² o de pleno derecho de la obligación garantizada origina la nulidad de la fianza (2797).

c) La declaratoria de nulidad relativa de la obligación garantizada origina la extinción de la fianza; no obstante, puede válidamente garantizarse una obligación cuya nulidad pueda ser reclamada en virtud de una excepción puramente personal del obligado (2797 en relación con los 2228 y 2230).

d) La extinción de la obligación garantizada origina la extinción de la fianza (2842).

e) La cesión del crédito garantizado con la fianza origina la transmisión del derecho accesorio que se genera por el contrato de fianza en favor del acreedor (2032); pero la cesión de la deuda no origina la transmisión del indicado derecho accesorio (2055).

f) La interrupción de la prescripción de la obligación garantizada interrumpe la prescripción de la obligación del fiador (1172).

B. La fianza constituye una garantía personal para el cumplimiento de una obligación.

Esto significa que el fiador está garantizando en lo personal con todos sus bienes, el cumplimiento de su obligación.

La garantía personal difiere de la real, en que en la primera se responde del cumplimiento de las obligaciones con todos los bienes del deudor, con excepción de los que, conforme a la ley, no sean enajenables, y en la segunda, se garantiza el cumplimiento de las obligaciones específicamente con uno o más bienes determinados, constituyendo sobre ellos un derecho real de prenda o hipoteca.³

Cuando se otorga simplemente una garantía personal, se corre el ries-

² NULIDAD.—Es la sanción que establece la ley a las partes por la realización o celebración de un hecho jurídico, que se origina por causas o situaciones anteriores o concomitantes a esa realización o celebración y que consisten en: *a)* Una contravención a una disposición de carácter imperativo o prohibitivo o contra las buenas costumbres; *b)* La falta de capacidad del autor o de alguna de las partes en el acto; *c)* La presencia de algún vicio en la voluntad de cualquiera de las personas que intervienen en el acto, o *d)* La no satisfacción de la forma impuesta por la ley para la realización del acto, y que produce la terminación del acto y que se destruyan retroactivamente sus efectos.

Características: 1. Es una sanción. 2. Se origina por causa o situaciones anteriores o concomitantes a la realización del acto. 3. Los efectos siempre operan retroactivamente.

Clases: A. Nulidad absoluta. Cuando de ella puede prevalerse todo interesado y no desaparece por la confirmación ni por prescripción. La causa es el supuesto contenido en el inciso *a)*. B. Nulidad relativa. Cuando no se presenta alguno de los tres aspectos de la absoluta. La causa son los supuestos contenidos en los incisos: *b)*, *c)* y *d)*. C. Nulidad total. Cuando la sanción afecta la totalidad del acto. D. Nulidad parcial. Cuando la sanción sólo afecta a determinadas cláusulas o partes del acto.

³ En el derecho mexicano conforme al Código Civil del D. F. sólo se establecen dos derechos reales de garantía: la prenda y la hipoteca. En otras legislaciones, tanto mexicanas como extranjeras, tales como la del estado de Morelos y la de la República de Argentina, regulan el derecho real de anticresis.

go de que al momento en que se pretenda hacer efectivo el cumplimiento de la obligación, el deudor (o el fiador) sea insolvente, y por lo tanto, la garantía no sea suficiente.

La celebración de un contrato o el reconocimiento de una deuda no son garantías del cumplimiento de las obligaciones que generan, porque puede darse el caso de que el deudor no quiera cumplir o queriendo no pueda por ser insolvente. En vista de lo anterior, los acreedores, cuando son diligentes o cuando las circunstancias en casos concretos lo permiten, exigen que su deudor garantice el cumplimiento de sus obligaciones, y la garantía puede consistir en la obligación que asuma otra persona de cumplir con cierta prestación para el supuesto del incumplimiento del deudor, que sería la fianza, o constituyendo un derecho real sobre un bien determinado y enajenable, que sería la prenda o la hipoteca.

Las únicas garantías suficientes o completas, en derecho mexicano actual, son la prenda o la hipoteca, ya que en la fianza, si el fiador resulta insolvente, igual da al acreedor haber tenido o no esa garantía.

La razón práctica de celebrar el contrato de fianza obedece a que los acreedores quieren evitar, en lo posible, el riesgo de sufrir las consecuencias que acarrea la insolvencia de su deudor, esto es, la falta de cumplimiento de la obligación, y al comprometerse el fiador a pagar si no lo hace el deudor, se está ampliando la seguridad del acreedor, pues es más difícil que lleguen a ser insolventes dos personas, que una.⁴

III. LAS CLASES DE FIANZA.—De conformidad con el Código Civil y otros ordenamientos, las fianzas pueden ser:

A. *Legales*. Se indica que la fianza es legal cuando la ley, en forma directa e inmediata, impone la obligación de otorgar esta garantía fuera de cualquier procedimiento administrativo o judicial.

En ese concepto, son fianzas legales la del tutor que antes de que se le discierna el cargo, debe garantizar el cumplimiento de sus obligaciones, con hipoteca, *fianza* o prenda (519); la del usufructuario que antes de entrar en el goce de los bienes está obligado a dar *fianza* para garantizar la devolución y los daños y perjuicios que pudiera cometer si no disfruta de esos bienes con moderación (1006).

⁴ "Son garantías simples las que se establecen en interés del acreedor sin necesidad de que se constituya una relación especial con una cosa determinada y sin que se precise un derecho de prelación. Se denominan garantías personales, porque consisten, sustancialmente, en la asunción de una obligación personal accesoria de otra obligación principal. La garantía simple actúa alargando la responsabilidad patrimonial, en el sentido de que a la responsabilidad ofrecida por el patrimonio del deudor principal, se añade la de otro patrimonio (patrimonio del garante)." Trabucchi, Alberto, *ob. cit.*, tomo II, p. 139, N° 268.

B. *Judiciales*. La fianza es judicial cuando deba otorgarse en virtud de una providencia emanada de un órgano jurisdiccional competente.

Así, en el juicio en que se pida el aseguramiento de alimentos, puede decretarse que éste consiste en hipoteca, prenda, *fianza* o depósito (317).

Técnicamente todas las fianzas judiciales son legales, ya que el juez no puede imponer el otorgamiento de una garantía consistente en la fianza, si no es con fundamento en una disposición legal.

Para otorgar una fianza legal o judicial, se requiere que el fiador pruebe su solvencia con un certificado del Registro Público de la Propiedad, que compruebe que es propietario de bienes inmuebles con valor suficiente para garantizar la obligación que contraiga, y no le aprovecha el beneficio de excusión que da la ley a los demás fiadores (2850, 2851 y 2855).

La persona ante quien se otorgue una de esas fianzas, deberá dar aviso al Registro Público de la Propiedad para que se haga una anotación de la misma en el folio real correspondiente al inmueble señalado para acreditar la solvencia, que producirá el efecto de presumir fraudulenta la enajenación que haga del bien el fiador, si de ésta resulta su insolvencia (2852, 2854 y 3044).

C. *Convencionales*. La fianza es convencional, cuando celebran el contrato libremente y de común acuerdo fiador y acreedor.

D. *Gratuitas*. La fianza es gratuita, cuando el fiador no recibe del acreedor una contraprestación por la obligación que asume.

E. *Onerosas*. La fianza es onerosa, cuando el acreedor da una contraprestación al fiador por la obligación que éste asume.

F. *Mercantiles*. La fianza es mercantil, cuando la otorga una institución de Fianzas, cuando se relacionen con el comercio marítimo, cuando se celebren entre comerciantes o banqueros si no son de naturaleza esencialmente civil o probando que derivan de una causa extraña al comercio (Art. 75 del Código de Comercio).

G. *Civiles*. La fianza es civil cuando sea otorgada por personas físicas o compañías, en forma accidental en favor de determinadas personas y se sujetará a las disposiciones del Código Civil, siempre que no se extienda en forma de póliza, que no se anuncie públicamente y que no se empleen agentes que las ofrezcan (2811).

IV. LA CLASIFICACIÓN.—El contrato de fianza es *accesorio*, generalmente *unilateral*, porque sólo genera obligaciones para el fiador; también generalmente *gratuito*, porque sólo produce provechos para el acreedor y gravámenes para el fiador; por excepción *bilateral* y *oneroso*, cuando el acreedor se obliga a pagar una contraprestación por la obligación que asume el fiador; *consensual*, porque la ley no exige para su validez de una forma de-

terminada a excepción de las legales, judiciales y mercantiles en forma de póliza, que deben otorgarse por escrito, por su propia naturaleza, y *nominado*, por la regulación que de él hace la ley.

V. LOS ELEMENTOS

1. *El consentimiento*. En el contrato de fianza, el acuerdo de voluntades debe concertarse entre fiador y acreedor, ya que técnicamente son las únicas partes contratantes. El deudor no tiene por qué comparecer en la celebración del contrato y es irrelevante para el perfeccionamiento del contrato el que otorgue su consentimiento o que se oponga a la celebración del mismo (2796).

El acuerdo de voluntades en este contrato, entre fiador y acreedor, debe coincidir en la prestación que se obligará a satisfacer el fiador en caso de que el deudor no cumpla con su obligación, ya que en múltiples ocasiones el fiador no podrá realizar la misma conducta a que se comprometió el deudor y por lo tanto no es suficiente para integrar el consentimiento que se indique, simplemente, que el fiador se obliga a pagar o cumplir por el deudor si éste no lo hace.

En un contrato de promesa de compraventa, el fiador no puede obligarse a cumplir por el promitente vendedor, en caso de que éste no cumpla con su compromiso, ya que adolecería de la capacidad especial de ser propietario de la cosa para poderla vender válidamente, y si no se pactó otra prestación que deba cubrir el fiador en sustitución de la celebración del contrato de compraventa prometido, no surtirá efectos el contrato de fianza celebrado en esa forma.

En un contrato de prestación de servicios profesionales, el fiador tampoco podrá obligarse normalmente a cumplir por el profesional, en el supuesto de que éste no cumpliera su obligación ya que puede ser que el fiador no tenga el título profesional o los conocimientos adecuados para hacerlo y si no se estipuló una prestación equivalente o sucedánea a cargo del fiador para el caso del incumplimiento del deudor, el contrato no producirá efectos como fianza.

Lo anterior lleva a la conclusión de que el consentimiento debe ser expreso y relacionado con la prestación que se obliga a cumplir el fiador y por lo tanto no debe ser tácito.

Además, la obligación del fiador no podrá exceder de la del deudor, pero sí puede ser inferior. Si se obligó a más, se entenderá reducida su obligación hasta el monto de la del deudor, y en caso de duda se presume que se obligó por otro tanto (2799).

2. *El objeto*. El objeto de este contrato siempre será la conducta del fiador manifestada como una prestación que puede encausarse como un hacer o como un dar. El objeto indirecto será el contenido del hacer (un he-

cho) o del dar (una cosa) que puede consistir en una suma de dinero o en cualquier otro bien enajenable.

Los únicos casos en que el fiador puede comprometerse a satisfacer la obligación del deudor en caso de incumplimiento de éste, son aquellos en los cuales la obligación consiste en pagar una suma de dinero, bienes fungibles o en realizar una conducta (hechos) que no sean privativos del deudor y normalmente pueda desarrollar el fiador.

Así, el objeto del contrato de fianza puede ser:

a) La cosa que está obligado a dar el fiador en caso de incumplimiento del deudor.

b) La suma de dinero que está obligado a dar el fiador en el mismo supuesto, y

c) El hecho que está obligado a realizar el fiador en la misma hipótesis.

Las características que debe tener el objeto de este contrato son las mismas que se establecen en la teoría general del contrato.

Se insiste en que “la obligación” de dar o hacer que asume el fiador no puede ser el objeto del contrato, sino que es una consecuencia del mismo.

Las obligaciones que sólo pueda cumplir el deudor no podrán ser garantizadas con la fianza, como en los supuestos antes señalados. En esas hipótesis se puede afianzar la obligación de pagar la pena convencional o el pago de daños y perjuicios, pero no la obligación primaria. También puede señalarse una prestación equivalente al contenido de la obligación principal que podrá ser afianzada si lógicamente la puede satisfacer el fiador.

En esa forma, nada impide que pueda pactarse que un fiador se obligue a vender en un precio determinado su automóvil al acreedor, si el deudor no cumple con su obligación de venderle el suyo.⁵

3. *La forma.* El contrato de fianza civil es normalmente consensual, puede otorgarse con la forma que escojan libremente las partes, con el único requisito de que el consentimiento se manifieste en forma expresa por las razones asentadas antes.

La fianza mercantil generalmente se celebra por escrito, por otorgarse en forma de póliza.

Por la necesidad de la demostración y para que puedan probarse de manera fehaciente las fianzas legales y judiciales, deben otorgarse por escrito.

En la práctica es normal que cuando se afianzan obligaciones emanadas de un contrato, se dé a la fianza la misma forma que para la validez de tal contrato exige la ley.

⁵ El Código Civil argentino establece un criterio diverso. El Art. 1991 señala: “La fianza no puede tener por objeto una prestación diferente de la que forma la materia de la obligación principal”.

VI. LOS PRESUPUESTOS

1. *La capacidad.* En la celebración de este contrato no se trata de fianzas legales o judiciales, sólo se requiere tanto para el acreedor como para el fiador de una capacidad general.

En las fianzas legales o judiciales, el fiador requerirá además de la capacidad de goce y de ejercicio, tener bienes suficientes para responder de la obligación que garantiza (2802). Se debe tener presente, además, lo ya indicado al tratar de estas clases de fianzas.

Los ascendientes en ejercicio de la patria potestad no pueden ser fiadores en representación de los descendientes (436).

Los tutores y los representantes del ausente no pueden ser fiadores en representación de sus pupilos o de los ausentes (563 y 660).

Hasta antes de la reforma al Código Civil que derogó el artículo 175, los casados sólo podrían ser fiadores de su cónyuge previa autorización judicial, salvo cuando se tratase de otorgar caución para que obtuviera su libertad. El artículo, además, establecía que la autorización no se otorgaría cuando resultaran perjudicados los intereses de la familia o de uno de los cónyuges. Este artículo fue derogado por el Decreto publicado en el *D. O.* del 06-01-94.

Como generalmente la fianza implica la posibilidad de disponer de los bienes al cumplirse la obligación del fiador, los apoderados requerirán de un poder especial para ser fiadores en representación de sus poderdantes o un poder general para actos de dominio, en los términos del artículo 2554, fracción III.

2. La ausencia de vicios en el consentimiento y la licitud no tiene excepciones o aplicaciones específicas en esta materia.

VII. LAS CONSECUENCIAS.—Tan pronto como se perfecciona el contrato de fianza, se producen efectos entre los contratantes, como en cualquier otro contrato, pero en éste también se producen efectos en relación con otras personas, que son el deudor a quien se le está afianzando la obligación y otros fiadores que pudieran existir relacionados con el mismo crédito.

Desde un punto de vista estricto, los efectos de la fianza se generan sólo entre las partes acreedor y fiador, y las consecuencias que se producen para el deudor y para los demás fiadores derivan directamente de la ley y sólo son motivados indirectamente por la celebración de la fianza.

1. *Efectos derivados directamente para las partes por la celebración del contrato.* El contrato de fianza es generalmente unilateral, porque sólo genera obligaciones para el fiador. Si se establece una contraprestación a cargo del acreedor, el propio contrato determinará cuáles son las obligaciones para éste.

Además de generar obligaciones para el fiador, también crea derechos y produce el efecto de que pueda oponer excepciones al exigírsele el cumplimiento de su obligación.

A. *La obligación para el fiador.* La única obligación que se genera para el fiador es la de dar cumplimiento a una prestación determinada en beneficio del acreedor, en el caso de que el deudor no cumpla con su obligación.⁶

La prestación del fiador puede consistir en el cumplimiento de la misma obligación del deudor o en la entrega de otro bien equivalente o la realización de un hecho.

B. *Los derechos del fiador.* El fiador tiene derecho a gozar de los beneficios de orden y excusión y a oponer, ante el requerimiento de pago del acreedor, determinadas excepciones.

a) *Beneficio de orden.* El beneficio de orden es el derecho que tiene el fiador para que antes de ser compelido a pagar al acreedor, previamente sea reconvenido el deudor y se haga excusión de sus bienes. En otras palabras, significa el derecho del fiador para no ser demandado si antes no lo es el deudor, y además, que primero se ejecute la sentencia en los bienes de éste.

Los requisitos de procedencia de este derecho son:

Que no se haya renunciado, y

Que se haga valer.

Si el fiador ha renunciado al beneficio, una vez que sea demandado debe denunciar el pleito al deudor, para que éste esté en posibilidad de oponer todas las excepciones que estime pertinentes, inclusive las personales que no puede oponer el fiador; y en caso de que no salga a juicio, la sentencia que se pronuncie en contra del fiador le perjudicará (2823).

Si el fiador renuncia al beneficio de orden, pero no al de excusión, el acreedor podrá perseguir en el mismo juicio al deudor y al fiador, pero éste conservará el beneficio de excusión, aun cuando se dicte sentencia en contra de ambos.

b) *Beneficio de excusión.* El beneficio de excusión consiste en que primero debe aplicarse todo el valor libre de los bienes del deudor al pago de la obligación garantizada, la que quedará extinguida o reducida (en beneficio del fiador quien en consecuencia lógica se libera en esa medida de su obligación) a la parte que no se ha cubierto (2815).

⁶ El Art. 1997 del Código Civil argentino señala: "Si la fianza fuere del principal o expresare la suma de la obligación principal, comprenderá no sólo la obligación principal, sino también los intereses, estén estipulados o no." En la nota correspondiente, el Dr. D. Dalmacio Vélez Sarsfield indica: "En algunos códigos, y en muchas obras de jurisprudencia se reputan como accesorios de la obligación principal los gastos de juicio contra el deudor; pero éstos en realidad no son accesorios de la obligación".

Para que proceda el derecho del fiador se requiere que lo haga valer; que señale bienes propiedad del deudor que basten para cubrir el crédito; que se encuentren dentro del distrito judicial en que deba hacerse el pago, y que anticipe los gastos de la excusión (2817).

Si el acreedor fuere negligente en promover la excusión será responsable de los perjuicios que se le originaren al fiador y éste quedará libre de su obligación hasta por la cantidad que hubieren alcanzado a cubrir los bienes señalados para la excusión (2821).

No procede el beneficio de excusión: cuando se renunció a él; en los casos de concurso o insolvencia probada del deudor; cuando el deudor no pudiere ser demandado en la República, o se ignore su paradero siempre que llamado por edictos no compareciere ni tenga bienes embargables en el lugar donde deba cumplirse la obligación, y cuando el negocio para el que se prestó la fianza sea propio del fiador (2816).

c) *Excepciones que puede oponer el fiador.* El fiador puede oponer al acreedor todas las excepciones que sean inherentes tanto a la propia fianza como a la obligación principal, menos las que sean personales del deudor, como la falta de capacidad y la nulidad por causa de vicios en la voluntad (2812).

En tal forma, el fiador puede oponer como excepciones, entre otras, la compensación o la remisión, ya sea entre fiador y acreedor o entre deudor y acreedor.

2. *Los efectos derivados indirectamente del contrato de fianza.*

A. *Los derechos del fiador ante el deudor.* Los derechos que tiene el fiador a cargo del deudor de la obligación garantizada no se desprenden directamente del contrato, porque el deudor no es parte en él, sino que los impone en forma inmediata la ley, y el contrato sólo es el activador de la hipótesis normativa.

El fiador puede garantizar el cumplimiento de la obligación, a ruego del deudor, sin su oposición, ya sea que esté enterado o no, o en contra de su voluntad.

Si el fiador celebra el contrato a ruego del deudor, que es la situación más normal, tendrá los siguientes derechos:

a) Tendrá derecho a solicitar del deudor que asegure el pago de la obligación garantizada o que lo releve de la fianza (se entiende lógicamente antes de haber pagado), en los siguientes casos: si fuere demandado judicialmente por el pago; si el deudor sufre menoscabo en sus bienes de tal grado que se halle en el riesgo de quedar insolvente; si el deudor pretende ausentarse de la República; si el deudor se obligó a relevarlo de la fianza en plazo determinado y éste ha transcurrido, y si la deuda garantizada se hace exigible por el vencimiento del plazo (2836).

b) A que el deudor lo indemnice: por la deuda principal; por los intereses de la cantidad pagada, desde que notifique al deudor que hizo el pago, aun cuando éste no estuviere obligado a pagarlos al acreedor; por los gastos en que hubiere incurrido desde que notificó al deudor de haber sido requerido de pago, y por los daños y perjuicios que le hubiere ocasionado la fianza por causa del deudor.

c) Tiene derecho a subrogarse en todos los derechos que el acreedor tenía en contra de su deudor (2830).

Si el fiador celebra el contrato sin oposición del deudor, tendrá los derechos consignados en los incisos *b)* y *c)* anteriores.

Si el fiador celebró el contrato en contra de la voluntad del deudor, éste sólo está obligado a indemnizar al fiador que pagó la obligación garantizada, en la medida en que se hubiere beneficiado con el pago (2828).

B. El beneficio de división. El beneficio de división es el derecho que tiene el fiador que ha pagado la obligación garantizada, para reclamar de cada uno de los demás fiadores de un mismo deudor y por la misma deuda la parte que proporcionalmente le corresponda satisfacer en atención al número de fiadores y al monto de sus obligaciones, tomando en cuenta que pudieron obligarse a menos que el deudor (2837).

Para que proceda este beneficio, sólo se requiere que se haga valer.

El beneficio no procede en los siguientes casos: si se ha renunciado expresamente; si el fiador se ha obligado mancomunadamente con el deudor (ya que en esta hipótesis estaría cumpliendo como deudor el pago de la deuda y no como fiador); si alguno o algunos de los fiadores se encuentran insolventes o en estado de concurso (en este supuesto la parte de éste recaerá sobre todos los demás en la misma proporción); cuando el fiador que pagó prestó la fianza respecto de un negocio propio, y cuando alguno de los fiadores no pueda ser demandado en la República o se ignore su paradero, siempre que llamado por edictos no comparezca y no tenga bienes embargables en el lugar en donde deba cumplirse su obligación (2844).

VIII. LAS CAUSAS DE EXTINCIÓN.—El principio general en esta materia es que la obligación del fiador se extingue al mismo tiempo que la obligación garantizada.

Además, la obligación del fiador se extingue por vía directa, por las mismas causas que las demás obligaciones.

Como causa específica de extinción de la fianza, se señala cuando por culpa o negligencia del acreedor no puede el fiador subrogarse en los derechos, privilegios o hipotecas que tenía aquél respecto del deudor (2845).

IX. LA CADUCIDAD DE LA FIANZA.—La caducidad es la extinción de un derecho por el abandono que de su ejercicio hace su titular en cierto tiempo o por el abandono de la acción procesal correspondiente.⁷

El derecho del acreedor se extingue por caducidad en los siguientes casos:

A. Si el fiador se ha obligado por tiempo determinado, cuando el acreedor no requiere judicialmente al deudor por el cumplimiento de su obligación dentro del mes siguiente a la expiración del plazo, o cuando deje de promover sin causa justificada por más de tres meses, en el juicio entablado en contra del deudor, y

B. Si el fiador se ha obligado por tiempo indeterminado, cuando el acreedor no ejercita sus derechos contra el deudor dentro del plazo de un mes a partir de que el fiador le pida que promueva judicialmente, cuando la deuda principal sea exigible, o cuando deje de promover sin causa justificada, por más de tres meses en el juicio entablado en contra del deudor.⁸

⁷ “Caducidad es la sanción que se pacta o se impone por la ley a la persona que dentro de un plazo convencional o legal no realiza voluntaria y conscientemente una conducta positiva pactada, o que determina la ley, para hacer que nazca, o para que se mantenga vivo un derecho sustantivo o procesal, según sea el caso.” Gutiérrez y González, Ernesto, *Derecho de las Obligaciones*, octava ed., Porrúa, México, núm. 1210, p. 947.

⁸ El maestro D. Ernesto Gutiérrez y González, en su obra antes citada, establece las diferencias entre caducidad y prescripción y señala:

“1a.—La caducidad la establece la ley, o se fija por convenio; la prescripción no se puede pactar... 2a.—La caducidad opera tanto en el ámbito del derecho sustantivo, como en el ámbito del derecho procesal... en tanto que la prescripción sólo opera en el ámbito del derecho procesal... 3a.—Con base en la anterior diferencia, sucede también que la caducidad, al operar en derechos sustantivos o procesales, extingue tanto al derecho sustantivo en sí como extingue la acción procesal; la prescripción, en cambio, no extingue ningún derecho sustantivo ni procesal... 4a.—La caducidad para operar no precisa de la existencia de una relación acreedor-obligado deudor; en cambio, la prescripción llamada liberatoria sólo puede operar, junto con una sentencia, cuando se da esa relación previa... 5a.—La caducidad, ya sea en el ámbito sustantivo, ya en el procesal, extingue derechos, y ya pueden ser personales o reales... en cambio la prescripción adquisitiva, o usucapión, no opera para nada respecto de personas personales, ni extingue derechos reales, sino que precisa como la prescripción liberatoria, siempre de una sentencia que cause ejecutoria. 6a.—La caducidad opera y corre en contra de personas capaces y de incapaces también, en tanto que la prescripción no opera ni corre con relación a los incapaces... 7a.—La caducidad se hace valer de oficio por la autoridad que se percate de esa situación, en cambio la prescripción no la puede hacer valer de oficio la autoridad en materia civil, aunque sí en la materia penal... 8a.—La caducidad procesal no extingue la acción, sino sólo la instancia; la prescripción unida a la sentencia que cause ejecutoria, sí hace que se extinga la acción... 9a.—...una diferencia más... La figura jurídica de la “interrupción” opera en ambas instituciones, caducidad y prescripción, sólo que de manera totalmente diferente...” núm. 1222, pp. 961 y 962.

En relación con este tema, es muy interesante la tesis que presentó el señor Luciano Antonio Bernal Flores para optar por el título de licenciado en Derecho en la Facultad de Derecho de la UNAM, denominada *Análisis sobre la caducidad y sus efectos en el campo del derecho*, México, 1979, y que puede consultarse en el Seminario de Derecho Civil de la Facultad de Derecho.

CAPÍTULO XXV

EL CONTRATO DE PRENDA

SUMARIO: I. El concepto.—II. Las características.—III. La clasificación.—IV. Los elementos: 1. El consentimiento.—2. El objeto.—3. La forma.—V. Los presupuestos: 1. La capacidad.—2. La ausencia de vicios en el consentimiento y la licitud.—VI. Las consecuencias: 1. Los derechos del acreedor.—2. Las obligaciones del acreedor.—3. Los derechos del deudor.—4. Las obligaciones del deudor.—VII. Las causas de extinción.

I. EL CONCEPTO.—El contrato de prenda es aquel por virtud del cual una persona llamada deudor prendario constituye un derecho real del mismo nombre sobre un bien mueble, determinado y enajenable, en favor de otra llamada acreedor prendario a quien se le deberá entregar real o jurídicamente, para garantizar el cumplimiento de una obligación y que le da derecho al acreedor de retención, de persecución y, en caso de incumplimiento de la obligación, de enajenación y de preferencia para ser pagado con el producto de la enajenación en el grado de prelación que señale la ley, y que obliga al acreedor a la devolución del bien, en caso de cumplimiento de la obligación garantizada.

La palabra prenda tiene diversas acepciones:

1. Es el contrato con el concepto ya indicado.

2. Es un derecho real que se conceptúa: el derecho que se constituye sobre un bien mueble, determinado y enajenable que se entrega al titular para garantizar el cumplimiento de una obligación y que le da derecho de persecución y en caso de incumplimiento de la obligación garantizada, de enajenación y de preferencia para ser pagado con el producto de la enajenación en el grado de prelación que señala la ley.

3. Es la cosa misma sobre la que recae el derecho real. Así, en términos comunes, se dice que tal bien es la prenda para garantizar el cumplimiento de una obligación.¹

¹ “La palabra ‘prenda’ tiene tres acepciones: como contrato, como derecho real a que da origen y como la misma cosa objeto de ese contrato y de ese derecho real.” García López, Agustín, *ob. cit.*, pp. 321 y 322. El maestro don Rafael Rojina Villegas opina en igual sentido, *ob. cit.*, tomo sexto, vol. III, p. 355. Así mismo, el abogado don Manuel Mateos Alarcón, en su obra *Estudios sobre el Código Civil del Distrito Federal*, hace la misma distinción. Tomo III. Tratado de Obligaciones y Contratos, Imprenta de Ireneo Paz, México, 1892, p. 447.

II. LAS CARACTERÍSTICAS

1. Es un contrato accesorio de garantía. No tiene existencia ni validez por sí mismo, sino que depende de la existencia y validez de una obligación.

Lo anterior origina varias consecuencias: la inexistencia o nulidad de la obligación garantizada origina la inexistencia o nulidad del contrato de prenda. La extinción de la obligación garantizada origina la extinción de la prenda (2891). La cesión del crédito garantizado produce la transmisión del derecho de prenda (2032), pero no lo hace la cesión de la deuda (2055).

2. La prenda constituye una garantía real para el cumplimiento de una obligación. Esto significa que el valor del bien es el que está garantizando preferentemente el pago de la obligación, y no en general todos los bienes del deudor prendario. Si el deudor prendario es al mismo tiempo deudor de la obligación principal, todo su patrimonio constituye una garantía tácita del cumplimiento de su obligación, pero el bien pignorado constituye una garantía específica y precisa del mismo cumplimiento.

3. La celebración de este contrato da nacimiento al derecho real de prenda. Es un poder de derecho que tiene el acreedor prendario en forma directa e inmediata respecto del bien sobre el cual recae, oponible *erga homines*, y que produce los efectos anotados en el apartado I cuando se señaló el concepto de este derecho real.

4. El objeto indirecto del contrato o el bien respecto del cual se constituye el derecho real, siempre es un bien mueble enajenable.

Aun cuando este contrato no es translativo de dominio, debe existir siempre la posibilidad de enajenación del bien para la eficacia del contrato, ya que la razón misma de su celebración es la garantía que constituye su valor para pagar con él la obligación garantizada, en caso de incumplimiento del deudor.²

5. Es un contrato real en oposición a consensual. Para el perfeccionamiento del contrato y para que éste produzca el derecho real de prenda, debe entregarse el bien al acreedor; entrega que en derecho mexicano puede ser real o jurídica (2858).

6. Para que el derecho real que genera funcione como tal, el contrato debe tener fecha cierta de manera fehaciente. Si no consta la certeza de la fecha, sólo producirá efectos entre las partes, pero no puede producir efectos contra terceros, y en ese supuesto se desvirtuaría el derecho real que implica que una de las características principales del derecho real, sea oponible *erga homines* (2860).

² "Son susceptibles del contrato de prenda todas las cosas muebles que se hallan en el comercio, aun las incorporales, como los derechos y acciones, pues aun cuando no puedan ser objeto de una tradición material, hay hechos que la representan, como la entrega del título justificativo de un crédito hecho al acreedor." Mateos Alarcón, Manuel, *ob. cit.*, tomo III, p. 481.

III. LA CLASIFICACIÓN.—El contrato de prenda es *accesorio*; *bilateral*, porque produce obligaciones para ambas partes; generalmente *gratuito*, porque sólo genera provechos para el acreedor y gravámenes para el deudor prendario, pero en ocasiones puede ser *oneroso*, si el acreedor paga o se obliga a pagar una contraprestación al deudor prendario por la constitución de la garantía que éste otorga, en cuyo caso se ampliarían las obligaciones del deudor; *real*, en oposición a consensual, ya que se perfecciona por la entrega de la cosa que puede ser real o jurídica y no simplemente por el acuerdo de voluntades; *formal*, porque siempre debe constar por escrito, y *nominado*, porque está regulado en la ley.³

IV. LOS ELEMENTOS

1. *El consentimiento.* El consentimiento lo integra el acuerdo de voluntades entre acreedor y deudor prendario. El deudor de la obligación o crédito garantizado puede coincidir o no con el deudor prendario; si no coincide, la prenda puede otorgarse a ruego del deudor de la obligación principal, sin su consentimiento y aun en contra de su voluntad, ya que el contrato se celebra entre el acreedor y el deudor prendario.

Si el contrato se celebra sin consentimiento del deudor de la obligación principal, sin su oposición o en contra de su voluntad, aplicando análogicamente lo dispuesto para la fianza (2828), el deudor sólo está obligado a indemnizar al deudor prendario en la medida en que llegue a beneficiarse con el pago.

El consentimiento que es el acuerdo de voluntades debe coincidir tanto respecto de la obligación garantizada, como del bien sobre el que se constituye el derecho real de prenda.

El contrato para que produzca el derecho real no se perfecciona con el simple consentimiento, sino que se requiere la entrega de la cosa sobre la que se constituye el derecho.

La entrega puede ser real, si ésta es efectiva y objetivamente entregada al acreedor prendario. La entrega será jurídica si por convenio entre las partes, están conformes en que se entregue a un tercero o que quede en poder del mismo deudor. En estos casos, para que la prenda produzca efectos contra terceros, deberá inscribirse el contrato en el Registro Público de la Propiedad.

El derecho real que se genera a través del contrato no se perfecciona mientras la cosa no sea entregada real o jurídicamente al acreedor.

³ “La prenda se clasifica como un contrato accesorio, real, bilateral, oneroso y gratuito, formal y cuya finalidad es jurídico-económica. Hemos ya explicado las características de la prenda como contrato accesorio y real, que son las notas principales en dicho acto jurídico. Además, la prenda es un contrato bilateral en virtud de que origina derechos y obligaciones para ambas partes.” Rojina Villegas, Rafael, *ob. cit.*, tomo sexto, vol. III, p. 389.

Si el deudor de la obligación principal ha ofrecido la constitución de un derecho real de prenda para garantía de su crédito, si no entrega la cosa al acreedor al celebrarse el contrato, tiene éste tres acciones: *a)* Exigir la entrega de la cosa; *b)* Dar por vencido el plazo de la obligación que se pretendía garantizar con la prenda, y *c)* Dar por resuelta la misma obligación, y aplicando la norma general (1949) exigir el pago de los daños y perjuicios. Si la cosa se ha transmitido a un tercero en virtud de cualquier título legal, no podrá el acreedor exigir su entrega y sólo conservará las dos acciones restantes (2871 y 2872).

2. *El objeto.* El objeto indirecto de este contrato es el bien sobre el que se constituye el derecho real de garantía.

El bien debe tener las siguientes características:

A. *Debe ser determinado.* Como la entrega del bien es un requisito necesario para el perfeccionamiento del derecho real, y en caso de que no se haga una entrega real debe inscribirse el contrato en el Registro Público de la Propiedad para que surta sus efectos contra terceros, que es una característica del derecho real, el bien debe ser determinado para poderse entregar o para poder ser materia de una inscripción registral.

B. *Debe de ser enajenable.* Aun cuando el contrato de prenda no es translativo de dominio, su función propia y la razón de ser del derecho real prendario es que exista la posibilidad de enajenación del bien en caso de incumplimiento de la obligación garantizada, para que con el producto de la enajenación se haga pago al acreedor. Si se celebrase un contrato de prenda respecto de un bien no enajenable, en caso de incumplimiento de la obligación garantizada no surtiría efecto el supuesto derecho real prendario y por lo tanto no existiría contrato de prenda como tal.

C. *Debe ser un bien mueble.* Este requisito se desprende del concepto mismo de la prenda (2856), y es una característica que diferenciaba la prenda de la hipoteca, y que por una innovación del actual Código Civil mexicano se ha suprimido, al permitir la constitución de la hipoteca sobre bienes muebles. No obstante lo anterior, sigue siendo nota distintiva, en cuanto que la prenda siempre debe recaer sobre bienes muebles, y nunca sobre inmuebles y la hipoteca generalmente se constituye sobre inmuebles y sólo excepcionalmente sobre muebles.

El Código Civil establece una excepción al requisito de que la prenda debe recaer sobre bienes muebles, al permitir su constitución en relación con los frutos pendientes que deban ser recogidos en tiempo determinado, siempre y cuando el contrato se inscriba en el Registro Público de la Propiedad para que pueda surtir efectos contra terceros (2857) y esto obedece a que tales frutos pueden considerarse por analogía con los inmuebles, como bienes muebles por destino, ya que están destinados a ser bienes

muebles y la ley se anticipa a esa circunstancia y por ende permite la prenda respecto de ellos.

El derecho de prenda, por disposición del artículo 2888, se extiende a los accesorios de la cosa y a todos los aumentos de ésta. Sin embargo, los frutos le corresponden al deudor (2880).

3. *La forma.* El código preceptúa que el contrato de prenda debe constar por escrito, y que si se celebra en documento privado, deben formularse dos ejemplares, uno para cada contratante.

Además, para que la prenda surta sus efectos como derecho real en el sentido de poder ser oponible a terceros, y ésta es la razón de ser precisamente de la celebración del contrato (garantizar en forma completa al acreedor ante el incumplimiento de la obligación de su deudor), debe tener fecha auténtica.

Las maneras lógicas y normales de darle autenticidad a la fecha de un contrato son el celebrarlo en escritura pública o el certificar las firmas ante notario público. Aun cuando la inscripción en el Registro Público de la Propiedad también autentica la fecha del documento inscribible, técnicamente ese documento ya debía ser auténtico y por lo tanto ya debía tener fecha cierta antes de su inspección, porque en caso contrario no podría ser inscrito (3005).

Cuando la prenda recae sobre frutos pendientes que deban ser colectados en tiempo determinado, debe inscribirse, como ya se indicó, en el Registro Público de la Propiedad para que surta efectos contra terceros.

Por último, si los objetos dados en prenda son acciones o créditos que no sean al portador o negociables por endoso, debe notificarse la constitución de la prenda al deudor del crédito, para que ésta se considere legalmente constituida (2865).

V. LOS PRESUPUESTOS

1. *La capacidad.* El acreedor prendario sólo requiere para la celebración válida de este contrato de la capacidad de ejercicio.

En cambio, el deudor prendario necesita además de la capacidad de ejercicio, de la capacidad especial consistente en ser propietario del bien objeto del contrato, ya que la prenda por constituir un derecho real supone un acto de disposición. Además, porque uno de los derechos principales que se generan para el acreedor es el de poder promover la enajenación del bien, en caso de incumplimiento de la obligación garantizada, para hacerse pago de su crédito con el producto de la enajenación.

Mediante una aplicación analógica del artículo 2270, la constitución de una prenda respecto de cosa ajena es nula y, además, en forma directa el código preceptúa que "nadie puede dar en prenda las cosas ajenas sin estar autorizado por su dueño" (2868).

En relación con el constituyente de la prenda, pueden señalarse varios casos especiales:

A. Para que una persona pueda gravar bienes ajenos, requiere estar autorizado expresamente por la ley o por el propietario, mediante un poder especial para ese efecto o de un poder general para actos de dominio. En el contrato de prenda no existe una derogación a este principio, aun cuando sí hay una excepción en cuanto a la forma de otorgamiento del poder.

Si se prueba plenamente que el dueño entregó un bien propio a otra persona para que ésta la empeñara, la prenda será válida, como si la hubiere constituido el mismo dueño (2869).

De lo anterior se desprende que si bien el dueño entregó la cosa para ser empeñada, existió, aun cuando no con las formalidades que exige la ley, un otorgamiento de facultades, esto es, un poder, para la constitución de la prenda. Lo que es lo mismo, sí se autorizó expresamente al contratante para dar el bien en prenda; y existe una excepción en cuanto a la forma de ese poder, porque si el interés del negocio (el monto de la obligación garantizada) para el que se confiere excedente de la cantidad que resulte de multiplicar por mil el salario mínimo general diario vigente en el Distrito Federal, debería mediante la aplicación de las reglas generales, otorgarse en escritura pública, y en este supuesto no se requiere de tal formalidad para la validez del contrato de prenda y basta simplemente probar debidamente que la cosa fue prestada para ser empeñada.

B. Las personas que ejercen la patria potestad y los tutores no pueden dar en prenda los bienes muebles preciosos de sus representados, sino por causa de absoluta necesidad o evidente beneficio y previa la autorización del juez competente y, en el caso del tutor, se requiere además la conformidad del curador (436 y 561).

C. Los representantes del ausente tienen las mismas facultades y restricciones que los tutores (660) y por lo tanto tampoco podrán dar en prenda los bienes muebles preciosos del ausente si no satisfacen los requisitos señalados.

D. Los albaceas no podrán dar en prenda los bienes de la herencia, si no es con el consentimiento de los herederos o de los legatarios interesados (1719).

E. Los legatarios sólo podrán dar en prenda los bienes legados si están en posesión de ellos, para poderlos entregar al acreedor prendario, ya que no pueden ocupar por su propia autoridad la cosa legada (1408).

2. *La ausencia de vicios en el consentimiento y la licitud.* Estos presupuestos no tienen una norma especial de aplicación en este contrato y por lo tanto rigen al respecto las reglas generales en materia contractual.

VI. LAS CONSECUENCIAS.—Para determinar qué efectos produce un contrato de prenda, se requiere precisar las condiciones o circunstancias bajo las cuales se celebra.

Pueden presentarse varios supuestos:

1. Que se celebre el contrato por escrito y se entregue el bien al acreedor, pero que no conste la certeza de la fecha.

Este contrato generará sólo derechos personales, pero no el derecho real de prenda, ya que no podrá oponerse a terceros, y en especial no puede oponerse a aquella persona que alegue y demuestre un derecho real sobre el bien.⁴ Esto significa que el derecho real de prenda sólo se genera si se celebra el contrato, se le da certeza a la fecha de su celebración y se entrega en forma material o en forma jurídica y se inscribe el contrato en este último caso en el Registro Público de la Propiedad.

En esta hipótesis, el acreedor tendrá los derechos de retención, de enajenación y de preferencia en el pago como si se le hubiere dado la fecha cierta, lo que no puede, por esa falta, es oponer su derecho a terceros.

Si el contrato se celebra en forma verbal tampoco podrá tener fecha cierta, lo que origina las consecuencias apuntadas, y como en todos los casos, la falta de forma prevista o impuesta por la ley, el acreedor tendrá el derecho de exigir que se dé al contrato la forma omitida, si la voluntad de las partes consta de una manera fehaciente y sólo en caso contrario, el contrato será nulo.

2. Que se celebre el contrato de manera fehaciente con o sin fecha cierta y auténtica, pero que no exista entrega del bien al acreedor ni real ni jurídicamente. En este caso existe un contrato, ya que se dan todos los elementos necesarios para ello; lo que no existe técnicamente es el contrato que produce el crear un derecho real de prenda. El contrato que existe en este supuesto puede llamársele de prenda por existir la posibilidad de una entrega real o jurídica del bien con posterioridad y originar así el derecho real; pero mientras no haya esa entrega, sólo genera obligaciones personales para el deudor, y por generar esas obligaciones y existir el acuerdo de voluntades, es un contrato. Este contrato genera la obligación para el deudor prendario de entregar el bien, y correlativamente, produce para el acreedor el derecho de exigir esa entrega. Si, como consecuencia de esa pretensión se consigue la entrega del bien, se generará el dere-

⁴ Puede darse el caso de que se celebre un contrato de prenda entre A acreedor y B deudor sin que conste la certeza de la fecha. Que B venda el bien a C quien actúa de buena fe. C tiene derecho a reclamar de A mediante la reivindicación del bien, quien no podrá oponerle su derecho emanado del contrato de prenda, por no justificar la fecha cierta de su celebración y sólo conservará derechos personales en contra de B, inclusive la posibilidad de formular una denuncia de carácter penal por haber enajenado el bien sobre el que había pretendido constituir el derecho real de prenda.

cho real siempre y cuando el contrato tenga fecha auténtica, ya que si no es así, se producirán sólo los efectos anotados en la primera hipótesis, y además la entrega debe ser material, ya que si es jurídica, requerirá además la inscripción correspondiente en el registro. Si la cosa ha pasado a poder de un tercero de buena fe en virtud de cualquier título legal (2872) no podrá exigírsele la entrega al deudor, porque no se generó el derecho real que faculta a su titular para perseguir la cosa. Además, la falta de entrega faculta al acreedor para dar por vencido el plazo de la obligación que pretendió garantizarse con esa supuesta prenda o, a su arbitrio, le da derecho a pedir la resolución del contrato que generó la obligación que pretendió garantizarse y exigir, siguiendo las reglas generales (1949), el pago de daños y perjuicios. Lógicamente, si el bien pasó a poder de un tercero de buena fe por cualquier título legal, el acreedor sólo conservará sus derechos de dar por vencido el plazo para el pago de la obligación o la resolución del contrato que le dio origen (2870).

3. Que se celebre el contrato y exista una entrega material del bien. Para que se genere el derecho real, deberá tener ese contrato fecha auténtica, y

4. Que se celebre el contrato y que exista una entrega jurídica. En este supuesto, para que se genere el derecho real, deberá inscribirse el contrato en el Registro Público de la Propiedad y por lo tanto el bien deberá ser indubitablemente identificable, ya que, en caso contrario, no podría ser objeto de una inscripción registral, además de que el documento deberá ser auténtico.

Tomando en cuenta lo anterior, si por la celebración del contrato se genera el derecho real de prenda, los contratantes tendrán los siguientes derechos y obligaciones específicos:

A. *Los derechos del acreedor prendario.*⁵

a) Derecho de retención. El acreedor tiene derecho a retener la cosa entregada en prenda, mientras no venza o no se cumpla la obligación garantizada (2858, 2876 y 2984).

b) Derecho de exigir otra cosa en prenda, si la recibida originalmente se deteriora o pierde sin su culpa, y en caso de que no le sea entregada, exigir el pago de la obligación garantizada aun cuando no hubiere vencido el plazo convenido (2873, frac. IV).

c) Derecho a ser indemnizado de todos los gastos que efectúe y que

⁵ "Efectos inherentes al derecho real prendario. La prenda como derecho real otorga al acreedor los siguientes derechos: 1. Derecho de venta. 2. Derecho de preferencia en el pago. 3. Derecho de retención. 4. Derecho de persecución. 5. Derecho a ser indemnizado por los gastos efectuados en la conservación de la cosa." Rojina Villegas, Rafael, *ob. cit.*, tomo sexto, vol. III, p. 415.

fueren necesarios para la conservación de la cosa, excepto cuando use de ella por convenio (2873, frac. III).

d) Derecho de persecución. El acreedor tiene “el derecho a recobrar la prenda de cualquier detentador, sin exceptuar al mismo deudor” (2873, frac. II).

e) Derecho de enajenación. Si el deudor no cumple la obligación garantizada, el acreedor prendario tiene derecho a pedir, y el juez deberá decretar la enajenación del bien dado en prenda, en pública almoneda, previa citación del deudor prendario (2881). Si no pudiere efectuarse la enajenación del bien conforme al procedimiento que establece el Código de Procedimientos Civiles, el acreedor tiene derecho a que se le adjudique en las dos terceras partes del valor que haya servido de base para ser postura legal (2882).⁶

f) Derecho de preferencia. El acreedor tiene derecho a que se le pague la obligación garantizada, con el valor del bien dado en prenda, después de cubrirse los gastos del juicio, de conservación del bien y de los seguros que se hubieren contratado (2985), sin necesidad de entrar a concurso (2873 y 2981).

El acreedor no tiene derecho a usar de la cosa dada en prenda, a no ser que se le hubiere autorizado en forma expresa (2878) y tampoco tiene derecho a los frutos, pero si los percibe por convenio expreso, su importe deberá aplicarse primero a gastos, después a intereses y el resto o saldo al capital (2880).

B. Las obligaciones del acreedor prendario:

a) Obligación de conservar. El acreedor está obligado a conservar la cosa dada en prenda como si fuere propia y por lo tanto es responsable de los deterioros o perjuicios que sufra por su culpa o negligencia (2876, frac. I). Si el objeto de la prenda fuere un crédito y el acreedor tiene el título en su poder, debe realizar los actos que sean necesarios para que no se altere o menoscabe el derecho que representa (2866).

b) Obligación de restituir. El acreedor está obligado a restituir la cosa dada en prenda cuando se cumpla la obligación garantizada y se paguen los intereses estipulados y los gastos de conservación que se hubieren hecho (2876, frac. II).

⁶ “El derecho real de prenda en favor del acreedor pignoraticio implica estos tres derechos: ...2º.—El *jus distrahendi* que da derecho al acreedor prendario a la venta de la cosa pignorada (2881 a 2887 y 2889). Es esencial a la prenda este derecho, por lo que puede suprimirse por ningún pacto (2887, *in fine*). Se llama *jus distrahendi* a este derecho, por una reminiscencia del derecho romano, donde en la última etapa de la evolución de la prenda se facultó al acreedor prendario a proceder a la venta de la cosa pignorada, en forma separada o destacada, sin tener que esperar la venta en bloque de todos los bienes de su deudor *bonorum venditio*, en caso de insolvencia de éste.” Sánchez Medial, Ramón, *ob. cit.*, p. 378, N° 271.

c) Tiene la obligación de responder del saneamiento para el caso de evicción, en caso de que hubiere procedido con dolo en la enajenación del bien o que se haya sujetado expresamente a esa responsabilidad.

C. Los derechos del deudor prendario:

a) El deudor prendario tiene derecho a que la cosa dada en prenda sea conservada y le sea restituida en los términos de las obligaciones del acreedor.

b) Tiene derecho a que el acreedor le garantice con fianza la devolución de la cosa en el estado en que la recibió o a exigir que se deposite en poder de un tercero, si el acreedor abusa de ella (2877).

c) Tiene derecho a suspender la enajenación de la cosa dada en prenda, pagando la obligación garantizada dentro de las veinticuatro horas contadas a partir de la suspensión (2885).

d) Tiene derecho a percibir los frutos de la cosa pignorada (2880).

e) Tiene derecho a disponer de la cosa, pero si la enajenare, el adquirente no podrá exigir su entrega sino pagando el importe de la obligación garantizada con los intereses y gastos en su caso (2879), y

f) Tiene derecho a recibir la diferencia en dinero, entre el producto de la venta de la cosa y el monto de lo aplicado al acreedor en pago de la obligación garantizada y accesorias (2886).

D. Las obligaciones del deudor prendario:

a) Tiene la obligación principal de no estorbar o perturbar al acreedor en la posesión de la cosa mientras no se extinga la prenda.

b) Debe pagar o en su caso restituir al acreedor el importe de los gastos necesarios y útiles que éste hubiere hecho para la conservación de la cosa, a excepción de los casos en que el acreedor use de la cosa por convenio expreso (2873, frac. III).

c) Tiene la obligación de sustituir la cosa dada en prenda por otra, si se pierde o deteriora sin culpa del acreedor o en su caso, pagar la obligación garantizada aun antes del vencimiento del plazo pactado (2873, frac. IV y 2875).

d) Tiene la obligación de defender la cosa en caso de que el acreedor sea perturbado en su posesión, y en caso de incumplimiento, será responsable de todos los daños y perjuicios.

En este contrato, como en el de hipoteca, está prohibido el pacto comisorio (2887 y 2916). El pacto comisorio es la cláusula contractual por virtud de la cual se conviene, en el momento de la constitución de la garantía, en que el acreedor se convierta en propietario del bien gravado si el deudor no paga su obligación, señalándose como valor de adquisición el importe de la obligación garantizada u otra cantidad ahí determinada.

VII. LAS CAUSAS DE EXTINCIÓN

1. La prenda se extingue por sí misma, por cualesquiera de las causas normales de extinción de las obligaciones, tales como nulidad, rescisión, remisión, confusión, compensación, etcétera.

2. La prenda, como un contrato de garantía accesorio, se extingue cuando termina la obligación garantizada por cualquier causa legal (2891).

3. La devolución de la cosa empeñada presume la remisión del derecho a la misma prenda, si el acreedor no prueba lo contrario (2212).⁷

Los Montes de Piedad que con autorización legal presten dinero con garantía prendaria se regirán por las leyes y reglamentos que les conciernan y sólo se aplicarán las disposiciones del Código Civil en forma supletoria.

⁷ El Art. 1253 del Código Civil alemán dispone: "El derecho de prenda se extingue si el acreedor prendario restituye la prenda al pignorante o al propietario. La reserva de subsistencia del derecho de prenda es ineficaz. Si la prenda está en posesión del pignorante o del propietario, se presume que dicha prenda le ha sido restituida por el acreedor prendario. Esta presunción vale igualmente si la prenda se encuentra en la posesión de un tercero que haya obtenido la posesión del pignorante o del propietario después del nacimiento del derecho de prenda".

CAPÍTULO XXVI

EL CONTRATO DE HIPOTECA

SUMARIO: I. El concepto.—II. Las características.—III. La clasificación.—IV. Los elementos: 1. El consentimiento.—2. El objeto.—3. La forma.—V. Los presupuestos: 1. La capacidad.—2. La ausencia de vicio en el consentimiento y la licitud.—VI. Las consecuencias: 1. Los derechos del acreedor.—2. Las obligaciones del deudor.—3. Los derechos de deudor.—VII. Las clases de hipotecas.—VIII. La duración y la prórroga de la hipoteca.—IX. Las causas de extinción.

I. EL CONCEPTO.—La hipoteca es un contrato por virtud del cual una persona, llamada deudor hipotecario, constituye un derecho real del mismo nombre sobre un bien generalmente inmueble, determinado y enajenable, en favor de la otra parte llamada acreedor hipotecario, para garantizar el cumplimiento de una obligación, sin desposeer al deudor del bien gravado y que le da derecho al acreedor, de persecución y en caso de incumplimiento de la obligación, de enajenación y de preferencia para ser pagado con el producto de la enajenación, en el grado de prelación que señala la ley.

Con el término “hipoteca” se designan tanto al contrato, como al derecho real de garantía, que es aquel que se constituye sobre un bien generalmente inmueble, determinado y enajenable, para garantizar el cumplimiento de una obligación, sin desposeer al deudor hipotecario del bien y que le da derecho a su titular de persecución, y en caso de incumplimiento de la obligación, de enajenación, y de preferencia para ser pagado con el producto de la enajenación, en el grado de prelación que señala la ley.¹

La hipoteca como derecho real es oponible *erga homnes* y por lo tanto,

¹ “La hipoteca es un derecho real que se constituye sobre bienes determinados, generalmente inmuebles, enajenables, para garantizar el cumplimiento de una obligación principal, sin desposeer al dueño del bien gravado, y que otorga a su titular los derechos de persecución, de venta y de preferencia en el pago, para el caso de incumplimiento de la obligación.” Rojina Villegas, Rafael, *ob. cit.*, tomo sexto, vol. III, p. 25.

“El contrato de hipoteca es aquel por virtud del cual nace un derecho real que afecta a un inmueble generalmente para garantizar el cumplimiento de una obligación principal y su preferencia en el pago (véase el Código de 1884, Art. 1823 y el Código de 1928, Art. 2893).” Borja Soriano, Manuel, *Teoría de las Obligaciones*, tomo I, sexta ed., Porrúa, México, 1968, p. 138 y N° 103.

los bienes hipotecados conservan el gravamen aun cuando se transmita su propiedad a un tercero.

El contrato de hipoteca puede celebrarse entre el acreedor y el deudor de la obligación que se garantiza entre el acreedor y un tercero que no sea el deudor de la obligación garantizada (2904).

II. LAS CARACTERÍSTICAS

1. Es un contrato accesorio de garantía y por lo tanto su existencia y validez dependen de la existencia y validez de la obligación garantizada, por lo que, en términos generales, la nulidad, transmisión, duración o extinción de la obligación influyen sobre la hipoteca.

La extinción de la obligación garantizada origina la extinción de la hipoteca (2941, frac. II).

La cesión del crédito origina la transmisión del derecho hipotecario (2032), pero no la produce la cesión de la deuda (2055).²

2. La hipoteca es una garantía real para el cumplimiento de la obligación de la cual depende, lo que significa que el valor del bien hipotecado está garantizando en forma preferente el cumplimiento de esa obligación, independientemente de la garantía tácita que representa todo el patrimonio del deudor, cuando éste es el que ha constituido el gravamen. Si la hipoteca la constituyó un tercero, el acreedor tiene como garantía específica el valor del bien hipotecado pero no el patrimonio del deudor hipotecario, por no ser éste el deudor de la obligación garantizada.

3. La celebración del contrato origina la creación del derecho real de hipoteca con los efectos anotados en el apartado I.

4. La hipoteca, para que produzca sus efectos de derecho real, oponible *erga homines*, sólo puede recaer sobre bienes determinados e indubitablemente identificables, que son los únicos que pueden inscribirse en el Registro Público de la Propiedad y, además, debe inscribirse precisamente en tal registro.

² “Desde un punto de vista estrictamente lógico, y aplicando el principio de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, podríamos de antemano decir que, cuando la obligación principal es inexistente o nula, la hipoteca también debe serlo; que asimismo la relación accesorial debe seguir en todas sus modalidades a la principal, durante su vida o funcionamiento, así como cuando esta última se extingue, lo que motivará la extinción de la hipoteca. En resumen ésta debe seguir a la obligación principal desde su nacimiento hasta su extinción. Sin embargo, estas consecuencias que lógicamente podemos derivar del principio ya expuesto, no son respetadas en su integridad por el derecho positivo. Razones de orden práctico permiten separar la hipoteca de la obligación principal... Primera excepción. La hipoteca puede constituirse para garantizar obligaciones futuras o sujetas a condición suspensiva... Segunda excepción... tal hipótesis ocurre, bien sea cuando un tercero constituye garantía hipotecaria para garantizar una deuda de otro, o cuando el deudor enajena el bien gravado... Tercera excepción... que en nuestro concepto sólo es aparente. Se dice que la hipoteca puede sobrevivir al crédito, en los casos de novación, cuando expresamente el acreedor de la nueva deuda se reserve la garantía hipotecaria...” Rojina Villegas, Rafael, *ob. cit.*, tomo sexto, vol. III, pp. 101 a 105.

Sin un bien no puede identificarse e individualizarse, sin lugar a dudas no puede inscribirse el contrato, lo que origina que no producirá efectos de derecho real, por no ser oponible a terceros.

5. Los bienes sobre los que se constituye el derecho hipotecario deben ser bienes enajenables, ya que aun cuando el contrato de hipoteca no es translativo de dominio, su finalidad es la de servir de garantía al cumplimiento de la obligación principal, que consiste precisamente en la facultad de pedir la enajenación del bien, para que con el producto de ella se cubra el crédito, en el grado de preferencia que señala la ley.

6. Es un contrato que no desposee del bien al deudor hipotecario y que no tendrá obligación de entregarlo mientras no se haga efectiva la garantía que implica.

III. LA CLASIFICACIÓN.—El contrato de hipoteca es *accesorio*; *unilateral*, porque sólo genera obligaciones para el deudor hipotecario; *gratuito*, porque sólo genera provechos para el acreedor consistentes en la seguridad desde el punto de vista económico, de que será cumplida la obligación del deudor en su favor o indemnizado cabalmente en caso de incumplimiento; y sólo por excepción *oneroso*, cuando el acreedor pague una contraprestación al deudor hipotecario por la celebración del contrato y la constitución del derecho real, en cuyo caso también será *bilateral*; *consensual*, en oposición a real, porque no se requiere de la entrega de la cosa, para el perfeccionamiento del contrato, es más, el deudor nunca tendrá la obligación de entregar la cosa, mientras no se haga efectiva la garantía; *formal*, porque siempre se requiere de una manera determinada impuesta por la ley para la validez del contrato, y *nominado*, por la reglamentación que hace el código de este contrato.

IV. LOS ELEMENTOS

1. *El consentimiento*. El consentimiento se integra por la conjunción de voluntades del deudor hipotecario que puede o no ser el deudor de la obligación garantizada y el acreedor hipotecario, y debe referirse en forma expresa tanto a determinar en forma precisa la obligación garantizada y su monto, como a determinar en forma indubitable el bien o derecho sobre el que se constituye el derecho real de hipoteca.

El contrato de hipoteca se perfecciona por el simple consentimiento de las partes, pero el derecho real sólo se perfecciona como tal hasta que se inscribe en el Registro Público de la Propiedad.³

³ No debe confundirse el derecho que origina para el acreedor la celebración del contrato de hipoteca con el derecho real hipotecario. Puede no existir derecho real como consecuencia de la falta de inscripción del título en el Registro Público y por ende no ser oponible

2. *El objeto.* En relación con este tema se precisarán qué características deben tener los bienes susceptibles de ser hipotecados; a qué bienes se extiende el derecho de hipoteca; qué bienes no comprende el derecho; qué bienes no pueden ser hipotecados, y algunos aspectos de interés relacionados con determinados contratos de hipoteca.

A. *Las características del bien.* Los bienes sobre los que se puede constituir el derecho real hipotecario deben ser:

a) *Determinados.* Esta exigencia impide la constitución de hipotecas tácitas o generales que perjudican el crédito del deudor e impiden la constitución de segundas o ulteriores hipotecas sobre los bienes, por la inseguridad que representa para otros acreedores la falta de precisión del bien que constituye la garantía para el cumplimiento de la obligación. Dispone el artículo 2895: “La hipoteca sólo puede recaer sobre bienes especialmente determinados”. No obstante lo anterior, existe una excepción a esta regla, al permitir la ley la hipoteca respecto de la parte alícuota del derecho de un copropietario ya que la porción indivisa del copropietario de un bien no es determinada y sólo puede determinarse al concluir la copropiedad por la división del bien. En este caso, la hipoteca sólo gravará la parte que le corresponda en la división al deudor hipotecario y el acreedor tiene el derecho de intervenir en la división para impedir que pueda aplicarse a su deudor, en su perjuicio, una parte del bien con valor inferior al que legalmente le corresponda (2902). El hecho de que la ley permita la hipoteca de parte alícuota en la copropiedad obedece a que esta falta de determinación del bien hipotecado no tiene los inconvenientes de la hipoteca tácita o general, porque ni perjudica al crédito del deudor, ni impide la constitución de ulteriores gravámenes y además está determinado el bien respecto del cual tiene el deudor su derecho indiviso.⁴

b) *Enajenables.* La razón de ser de que los bienes susceptibles de hipotecarse sean enajenables, obedece a que su valor constituye técnicamente la garantía del cumplimiento de la obligación principal y por lo tanto, si no fueran enajenables, no podría obtenerse ese valor para con él pagar el crédito garantizado. Así, aun cuando el contrato de hipoteca no sea translativo de dominio, su función es precisamente dar la posibilidad de enajenar

a terceros, pero sí existir el derecho personal en favor del acreedor, que puede hacer valer procesalmente. Al efecto el artículo 469 del Código de Procedimientos Civiles establece: “Cuando se entable pleito entre los que contrataron la hipoteca, procederá el juicio hipotecario sin necesidad del requisito del registro, siendo siempre condición indispensable para inscribir la cédula que esté registrado el bien a nombre del demandado y que no haya inscripción de embargo o gravamen en favor del tercero”.

⁴ En relación con la evolución de los principios de la publicidad y especialidad de la hipoteca, se recomienda la lectura de la obra de G. Marty, *Derecho civil*, tomo relacionado con las “garantías accesorias”, Edit. José M. Cajica, Puebla, México, 1952.

el bien, para con el producto de esa enajenación hacer el pago al acreedor en caso de incumplimiento de la obligación garantizada.

Sólo los bienes que pueden ser enajenados pueden ser hipotecados (2906).⁵

c) *Inscribibles*. Los bienes deben ser susceptibles de ser inscritos en el Registro Público de la Propiedad por las razones antes anotadas (2919).

Conforme al Código Civil vigente, ya no es un requisito del objeto de este contrato, el que recaiga sobre bienes inmuebles. El Código Civil de 1884 establecía en su artículo 1823 que: "la hipoteca es un derecho real que se constituye sobre bienes inmuebles o derechos reales..." y el actual código suprimió ese requisito y por lo tanto existe la posibilidad de constituir hipotecas sobre bienes muebles, aun cuando en la práctica no se acostumbre, con la sola excepción de las hipotecas sobre embarcaciones.

B. *A qué bienes se extiende el derecho hipotecario*. La hipoteca como derecho real se extiende aunque no se exprese:

- a) A las accesiones naturales del bien gravado.
- b) A las mejoras hechas por el propietario.
- c) A los muebles incorporados por el propietario cuando por ese motivo se convierten en inmuebles.
- d) A los nuevos edificios o pisos que el propietario construya sobre el bien hipotecado (2896).

C. *Qué bienes no comprende la hipoteca*. La hipoteca no comprenderá, salvo pacto en contrario:

- a) Los frutos industriales producidos antes de que el acreedor exija el pago del crédito.
- b) Las rentas vencidas y no satisfechas al tiempo de exigirse el cumplimiento de la obligación garantizada (2897).

D. *Qué bienes no son susceptibles de hipotecarse*. No son susceptibles de hipotecarse:

- a) Los bienes que no sean determinados; los que no sean identificables indubitadamente o los que no sean susceptibles de ser inscritos en el Registro Público de la Propiedad, como los frutos o rentas pendientes, con separación del predio que los produzca o los muebles colocados permanentemente en los edificios, si no se hipotecan junto con los inmuebles.
- b) Los bienes que no sean enajenables, como los derechos de uso y ha-

⁵ "La hipoteca constituida sobre cosas que están fuera del comercio es 'inexistente, por virtud de una imposibilidad jurídica, de acuerdo con lo estatuido por el artículo 1825 en relación con el 2224, dado que no podría tener un objeto que pudiera ser materia del contrato hipotecario y del derecho real respectivo'. En cambio, la hipoteca constituida sobre bienes inalienables está afectada de nulidad, conforme a los artículos 8, 1830 y 2225, toda vez que se trata de un acto contratriario a una ley prohibitiva, como es la que estatuye la inalienabilidad." Rojina Villegas, Rafael, *ob. cit.*, tomo sexto, vol. III, p. 31.

bitación o las servidumbres, a no ser que se hipotequen junto con el predio dominante.

c) El usufructo legal concedido a los ascendientes sobre los bienes de sus descendientes (319, 430 y 2898).

E. *Aspectos de interés relacionados con algunos contratos de hipoteca:*

a) “La hipoteca de una construcción levantada en terreno ajeno no comprende el área” (2899).

b) La hipoteca de la nuda propiedad no se extenderá el usufructo cuando éste se consolide con aquélla, salvo pacto en contrario (2900).

c) Los bienes pueden hipotecarse dos o más veces. Los acreedores tendrán el derecho de prelación que señala la ley, en consideración a las fechas de las inscripciones respectivas en el Registro Público de la Propiedad. La cláusula que prohíba al propietario volver a hipotecar es nula (2901).

d) La hipoteca respecto de derechos reales sólo durará mientras éstos subsistan. Si el derecho hipotecado fuere el de usufructo y éste concluyere por voluntad del usufructuario, la hipoteca subsistirá por todo el tiempo que hubiere durado el usufructo, de no haber mediado el hecho voluntario que le puso fin (2903).

e) Si el bien se destruyere por caso fortuito o fuerza mayor, la hipoteca subsistirá sobre los restos, y si estuviere asegurado, el importe del seguro quedará afectado al pago de la obligación garantizada (2910).

f) Si se hipotecaren varias fincas para la seguridad de un solo crédito, es necesario determinar por qué porción del crédito responde cada bien, y el deudor podrá liberar del gravamen cada finca, pagando la parte del crédito que garantiza (2912) y si un inmueble hipotecado se divide, deberá repartirse equitativamente el gravamen entre las diversas fracciones (2913).

3. *La forma.* El contrato de hipoteca siempre debe constar por escrito y por lo tanto es un contrato formal.

La regla general es que el contrato debe constar en escritura pública (2917 en relación con 2317 y 2320).

Como excepciones a la regla general, se señalan las dos siguientes:

A. La hipoteca que garantiza un crédito que no exceda al equivalente a trescientas sesenta y cinco veces el salario mínimo general diario vigente en el Distrito Federal, en el momento de la operación, puede otorgarse por escrito privado ante dos testigos y ratificadas las firmas de los otorgantes y de los testigos ante notario, juez de paz o registrador del Registro Público de la Propiedad.

B. La hipoteca otorgada con motivo de la enajenación de terrenos o casas por el Distrito Federal para la constitución del patrimonio familiar, o a personas de escasos recursos, cuando el valor del inmueble no exceda de la cantidad que resulte de multiplicar por trescientas sesenta y cinco veces

el importe del salario mínimo general diario vigente en el Distrito Federal, el día de la celebración del contrato, puede celebrarse en documento privado sin los requisitos de testigos o de ratificación de firmas (2917).

Si se constituye la hipoteca respecto de bienes muebles, se siguen las mismas reglas anotadas; si se garantiza un crédito hasta por el equivalente a trescientas sesenta y cinco veces el salario mínimo general diario vigente en el Distrito Federal en el momento de la operación, podrá otorgarse en documento privado con tal de que ese documento sea auténtico, pues en caso contrario no podrá inscribirse en el Registro Público de la Propiedad (3005).

C. Por último, conforme a la reforma al artículo 2926 del Código Civil publicada en el *D. O.* del 24-V-96, se establece una excepción más:

Las instituciones del sistema bancario mexicano, actuando en nombre propio o como fiduciarias, las demás entidades financieras y los institutos de seguridad social podrán ceder sus créditos con garantía hipotecaria, sin necesidad de notificación al deudor, de escritura pública, ni de inscripción en el registro, siempre que el cedente lleve la administración de los créditos. En caso de que el cedente deje de llevar la administración de los créditos, el cesionario deberá únicamente notificar por escrito la cesión al deudor.

En los supuestos previstos en los dos párrafos anteriores, la inscripción de la hipoteca en favor del acreedor original se considerará hecha en favor de el o los cesionarios referidos en tales párrafos, quienes tendrán todos los derechos y acciones derivados de ésta.

V. LOS PRESUPUESTOS

1. *La capacidad.* El principio que rige en la hipoteca respecto a la capacidad del deudor hipotecario es el siguiente: "Sólo puede hipotecar el que puede enajenar" (2906); por lo tanto, la hipoteca de cosa ajena, aplicando por analogía el artículo 2270, es nula.

Por lo anterior, deberán aplicarse a esta materia las limitaciones ya señaladas para enajenar bienes a los que ejercen la patria potestad (436), a los tutores (561), a los representantes de los ausentes (660) y a los albaceas (1719).

"El predio común no puede ser hipotecado sino con el consentimiento de todos los copropietarios" (2902).

En relación con el acreedor hipotecario, en términos generales, sólo requiere la capacidad de ejercicio para la celebración válida del contrato.⁶

2. La ausencia de vicios en el consentimiento y la licitud no tienen una

⁶ Como consecuencia de las reformas a la Ley General de Población publicadas en el *Diario Oficial* del 17 de julio de 1990, los extranjeros ya no requieren permiso de la Secretaría de Gobernación para adquirir el derecho real de hipoteca. El artículo actualmente está redactado como sigue:

aplicación especial en este contrato y por lo tanto se aplicarán las reglas generales en materia de obligaciones.

VI. LAS CONSECUENCIAS.—El efecto principal que produce la celebración de este contrato es la creación del derecho real de hipoteca y como consecuencia de crearse este derecho, se producen derechos para las partes y obligaciones para el deudor hipotecario.

1. *Los derechos del acreedor.*

A. *Derecho de persecución.* Este derecho en la hipoteca consiste en que el gravamen continúa sobre el bien aun cuando se transmita su propiedad o se constituyan sobre él nuevos derechos o gravámenes, o se entregue la posesión a otra persona (2894).

B. *Derecho de enajenación.* El acreedor tiene derecho, en caso de incumplimiento de la obligación garantizada, a que se enajene el bien hipotecado, para que una vez enajenado, se aplique el valor obtenido al pago del crédito.

La enajenación puede ser hecha mediante la intervención judicial o extrajudicialmente. Si la enajenación se realiza en forma judicial, se seguirá el procedimiento que establece el Código de Procedimientos Civiles, y si se hace extrajudicialmente, significa que se pusieron de acuerdo para tal efecto acreedor y deudor hipotecario y deberá realizarse una compraventa en los términos que hubieren pactado.

El acreedor puede adquirir la cosa hipotecada en el remate judicial y también puede adquirirla por adjudicación en el caso de que no se presenten otros postores en la audiencia del remate judicial, en los términos que se establecen en el Código de Procedimientos Civiles (2916).

También puede convenir con el deudor en que se le transmita la propiedad del bien como dación en pago de la obligación garantizada, en el precio que fijen al hacerse exigible la deuda, pero no pueden pactar ese precio al momento de la celebración del contrato, bajo sanción de nulidad. El pacto que celebran las partes en el momento de la celebración del contrato, consistente en señalar el valor o precio del bien en el que se le adjudicará al acreedor para el caso de incumplimiento por parte del deudor de la obligación garantizada, se llama "pacto comi-

ART. 66.—Los extranjeros, independientemente de su calidad migratoria, por sí o mediante apoderado podrán, sin que para ello requieran permiso de la Secretaría de Gobernación, adquirir valores de renta fija o variable y realizar depósitos bancarios, así como adquirir bienes inmuebles urbanos y derechos reales sobre los mismos, con las restricciones señaladas en el artículo 27 constitucional, en la Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera y demás leyes aplicables. El extranjero transmigrante, por su propia característica, en ningún caso estará facultado para adquirir los bienes a que se refiere este mismo precepto legal."

sorio" y el mismo está prohibido, por lo que, en caso de que se estipule, la cláusula respectiva será nula (2916).⁷

C. *Derecho de preferencia*. El acreedor tiene derecho a ser pagado por el monto de su crédito con el producto de la enajenación del bien hipotecado, en el grado de preferencia que señala la ley, esto es, inmediatamente después de haberse pagado primero los gastos del juicio respectivo y los que origine la enajenación, los gastos de conservación y administración de los bienes y el importe de los seguros que se hubieren contratado (2893 y 2985).

Si hubieren varios acreedores hipotecarios respecto del mismo bien, serán pagados por el orden en que se otorgaron sus hipotecas si se registraron en los términos de la ley, o según el orden en que se hubieren registrado, en caso contrario (2982).

La hipoteca garantiza el cumplimiento de una obligación en favor del acreedor, y cuando ésta consista en un crédito que devengue intereses, no garantizará en perjuicio de terceros, sino los intereses por tres años, a no ser que se hayan pactado expresamente que los garantizará por un lapso mayor con tal que no exceda del tiempo para su prescripción (cinco años) (1162) y que esa estipulación se haya inscrito en el Registro Público de la Propiedad (2915).

D. *Derecho de ampliación*. Si el valor del bien hipotecado disminuyere, con o sin culpa del deudor, haciéndose insuficiente para la seguridad de la deuda, tendrá derecho el acreedor a pedir que se mejore la hipoteca, hasta que, a juicio de peritos, garantice la obligación principal (2907) y si probada la insuficiencia de la garantía a juicio de peritos, el deudor no mejora la hipoteca, el acreedor puede dar por vencido anticipadamente el plazo de la obligación principal y exigir su cumplimiento en forma anticipada (2909).

E. El acreedor tendrá además los derechos específicos que lleguen a pactarse en la celebración del contrato, aquellos que determine la ley en casos singulares, según las circunstancias que se presenten en casos concretos, como son: derecho a intervenir en la división de la cosa común cuando se hipotecó la parte alícuota de un copropietario (2902); derecho a pedir la retención del importe del seguro en caso de destrucción del bien

⁷ Ver el concepto de pacto comisorio en el capítulo de la prenda. A esta cláusula se le llamó también "Pacto concisorio", "...más es ilícito y reprobado el pacto que llaman concisorio, que consiste en convenirse que si pasa el referido día sin redimir la cosa empeñada, sea para el acreedor por sola cantidad que dio cuando la recibió en prenda. Ley 12, Tít. 13 y la 14 citada." "Todos los pactos que pueden estipularse en las escrituras de prenda pueden igualmente agregarse al contrato de hipoteca, con respecto al que es también ilícito y reprobado el llamado concisorio. *El novísimo escribano instruido*, Imprenta y Encuadernación de A. de J. Lozano, México, 1892, pp. 345 y 349.

hipotecado o a que se imponga a su satisfacción para que garantice el pago al vencimiento del plazo fijado para el cumplimiento de la obligación (2910); derecho a pedir la nulidad del contrato de arrendamiento o del anticipo de rentas que se haga en su perjuicio (2914), etcétera.

2. *Las obligaciones del deudor.*

A. Como en virtud de este contrato no se despose al deudor del bien hipotecado, éste tiene la obligación de conservar el bien en tal estado que efectivamente sirva de garantía al acreedor y en tal virtud si el bien se demerita haciéndose insuficiente para la seguridad de la deuda, el acreedor tendrá derecho a que se mejore la hipoteca en los términos ya asentados (2909), y

B. El deudor tiene la obligación de no realizar actos respecto del bien hipotecado que puedan perjudicar al acreedor en la garantía de su crédito, y así no puede celebrar contratos de arrendamiento o recibir anticipos de rentas por un término que exceda a la duración de la hipoteca si ésta tiene un plazo fijo, o por más de un año si se trata de fincas rústicas, o por más de dos meses si se trata de fincas urbanas en caso de que la hipoteca no tenga un plazo cierto, bajo sanción de nulidad de tales actos en caso de contravención (2914).

3. *Los derechos del deudor.*

A. El deudor tiene derecho a la posesión del bien hipotecado (2893).

B. El deudor tiene derecho a disponer del bien hipotecado, ya sea para enajenarlo o para imponerle otros derechos reales, pero todos los actos que realice no pueden perjudicar al acreedor si éste ha inscrito su derecho en el Registro Público de la Propiedad, por la oponibilidad *erga homines* de su derecho real.

C. El deudor tiene derecho a administrar el bien hipotecado, con las limitaciones antes señaladas.

D. El deudor tiene derecho a percibir los frutos del bien hipotecado hasta antes de exigirse el cumplimiento de la obligación garantizada, salvo estipulación expresa en contrario (2897).

VII. LAS CLASES DE HIPOTECAS

1. *Hipotecas voluntarias.* Son aquéllas convenidas entre las partes o impuestas por disposición del propietario de los bienes sobre los que se constituyen (2920).

2. *Hipotecas necesarias.* Son aquellas que por disposición de la ley están obligadas a constituir determinadas personas para garantizar el cumplimiento de las obligaciones que pudieran adquirir por la administración de bienes o para garantizar el pago de los créditos a determinados acreedores (2931).

3. *Hipotecas mobiliarias e inmobiliarias*. En atención a que los bienes gravados sean bienes muebles o inmuebles.

4. *Hipoteca de propietario*. Es aquella que grava un bien en favor del mismo dueño para tener preferencia en el cobro de un crédito con su valor, frente a otros acreedores hipotecarios. En derecho mexicano se admite un caso de hipoteca de propietario cuando, en virtud de la subrogación que se opera por ministerio de la ley, el adquirente de un inmueble paga a un acreedor que tiene sobre él, un crédito hipotecario anterior a la adquisición (2058).

5. *Hipoteca naval*, que se rige por las disposiciones de la Ley de Navegación, publicada en el *Diario Oficial* del 4 de enero de 1994, en sus artículos 90 a 94 en forma especial.

VIII. LA DURACIÓN Y LA PRÓRROGA DE LA HIPOTECA.—La hipoteca dura, salvo convenio en contrario, por todo el tiempo que subsista la obligación que garantice, y si ésta no tiene término para su vencimiento, la hipoteca no podrá durar más de diez años. Se puede pactar que la hipoteca tenga una duración menor que el plazo de la obligación garantizada pero no uno mayor (2927).

La hipoteca necesaria durará mientras dure la obligación que garantiza (2934).

Además, la hipoteca produce todos sus efectos contra terceros, mientras no sea cancelada su inscripción en el Registro Público de la Propiedad (2940).

Si el acreedor prorroga el plazo para el cumplimiento de la obligación garantizada, la hipotecase entenderá prorrogada por el mismo término a no ser que expresamente se consigne un plazo menor a la prórroga de la hipoteca.

La prórroga otorgada por primera vez hace conservar a la hipoteca el grado de prelación que ésta tenía desde su origen (2929).

La segunda o subsecuentes prórrogas sólo conceden a la hipoteca el grado de prelación que les corresponda conforme a las fechas de sus últimos registros (2930).

IX. LAS CAUSAS DE EXTINCIÓN DE LA HIPOTECA.—La hipoteca puede extinguirse por vía directa o por vía de consecuencia, por ser un derecho accesorio de garantía.

1. Por vía directa, la hipoteca se extingue:

A. Por nulidad, por rescisión y por las demás causas normales de extinción de las obligaciones.

B. Por destrucción o extinción del bien o derecho hipotecado.

C. Porque se resuelva o extinga el derecho del deudor sobre el bien hipotecado.

D. Por expropiación del bien. En ese caso el importe de la indemnización quedará afectado al cumplimiento de la obligación garantizada (2910).

E. Por remate judicial del bien.

F. Por remisión expresa del acreedor, y

G. Por la declaración de estar prescrita la acción hipotecaria (2941).

2. Por vía de consecuencia la hipoteca se extingue cuando se extinga la obligación garantizada (2941, frac. II).

Si la hipoteca se extingue por extinguirse la obligación principal como consecuencia de una dación en pago, revivirá si la cosa dada en pago se pierde en poder del deudor, por su culpa, o si el acreedor la pierde por causa de evicción. En estos casos, si ya ha sido cancelada la inscripción en el registro, revivirá también la inscripción pero sólo producirá efectos contra tercero desde la fecha en que esto suceda, quedando a salvo los derechos del acreedor para ser indemnizado por su deudor de los daños y perjuicios que la pérdida de la prelación y el mismo incumplimiento en el pago le originen (2943).

TÍTULO OCTAVO
EL CONTRATO DE AFIRMACIÓN DE DERECHOS

CAPÍTULO XXVII
EL CONTRATO DE TRANSACCIÓN

SUMARIO: I.—El concepto.—II. Las características.—III. La clasificación.—IV. Los elementos: 1.—El consentimiento.—2. El objeto.—3. La forma.—V. Los presupuestos: 1. La capacidad.—2. La licitud.—3. La ausencia de vicios en el consentimiento.—VI. Las consecuencias: 1. Creación de obligaciones.—2. Efectos extintivos.—3. Efectos declarativos.—4. Efectos translativos.

I. EL CONCEPTO.—Conforme al derecho mexicano, puede decirse que la transacción es el contrato por el cual las partes, haciéndose recíprocas concesiones dan por terminada una controversia presente o previenen una futura (2944).¹

El Código Civil francés establece en su artículo 2044 que “la transacción es un contrato por el cual las partes ponen término a un litigio nacido o evitan un litigio que va a nacer”.

Por su parte, el Código Civil argentino señala en su artículo 832 que “la transacción es un acto jurídico bilateral por el cual las partes, haciéndose concesiones recíprocas, extinguen obligaciones litigiosas o dudosas”.

Es interesante comparar los diferentes conceptos legales de la transacción, por que de ellos pueden obtenerse algunas consideraciones de importancia que harán más comprensible esta figura. El Código Civil francés estudia la transacción dentro del libro de los contratos, en tanto que el código argentino, dentro del libro de los derechos personales y en especial en la parte relativa a la extinción de las obligaciones, sin desconocer que es un contrato, ya que conforme a su artículo 1137, hay contrato cuando

¹ “Transacción es el contrato por el cual mediante recíprocas concesiones se elimina el pleito o la incertidumbre de las partes sobre una relación jurídica.” “... Si la concesión se hace sólo por una parte, por ejemplo, si todo se limita a reconocer o extinguir la relación jurídica, no hay transacción, sino un reconocimiento o una renuncia, que en determinadas circunstancias puede tener por causa una donación...” Enneucerus, Ludwig, “Tratado de Derecho Civil”. *Derecho de las Obligaciones*, vol. II, segunda parte, Bosch Casa Edit. Barcelona, España, pp. 849 y 851.

varias personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común, destinada a reglar sus derechos. Además, existen legislaciones que le dedican varios artículos a reglamentar este contrato, como las mencionadas y otras que sólo les dedican un artículo como el código alemán (Art. 779) y el código federal suizo de las obligaciones (Art. 396). Si no se reglamenta el contrato o se hace en forma ligera, significa que dejan a la libre voluntad de las partes su regulación, las que deben sólo respetar los principios generales de los contratos, y los que lo hacen en forma más minuciosa quieren dar principios básicos y particulares para este contrato, y en muchos casos normas de excepción a las reglas de aplicación general. Nuestra ley, además de reglamentar la transacción como un contrato dentro del estudio de los contratos civiles, tiene una reglamentación amplia aunque no todo lo precisa que fuera de desear.

Al mencionar el código mexicano que por la transacción se da por terminada una controversia presente o se previene una futura, hace énfasis al efecto del contrato, que es evitar un litigio y no al objeto del contrato que es un derecho que las partes consideran dudoso. Para comprender cabalmente los motivos que hacen nulas las transacciones, hay que tener en cuenta más que el efecto de evitar litigios, el objeto sobre el que recaen.

Es muy importante precisar que las partes, al hacerse las concesiones recíprocas, pueden referirlas sólo al objeto de la controversia planteada o por plantear o pueden involucrar un bien diferente que no tenga relación con la controversia.

Así, dos personas pretenden ser propietarios de un mismo inmueble con superficie de mil metros cuadrados, una por haberlo heredado y la otra por haberlo comprado. La primera demanda a la segunda la reivindicación del inmueble, y durante la controversia transigen, dividiendo el inmueble en dos fracciones de quinientos metros cuadrados y declaran o reconocen mutuamente que una sea propietaria de una de las fracciones y la otra de la restante y además declaran extinguidos mutuamente sus derechos respecto de la fracción que no les correspondió. En esta hipótesis las concesiones las han referido sólo al objeto de la controversia planteada.

En el mismo supuesto, podrá haber reconocido o declarado una de ellas la propiedad de la totalidad del inmueble en favor de la otra y declarar extinguidos totalmente sus derechos respecto del bien, a cambio de habersele entregado en propiedad una avioneta. Aquí las partes involucran en el contrato un bien diferente que no tenía ninguna relación con la controversia.

Si la transacción sólo versa respecto del objeto materia de la controversia, sólo producirá efectos declarativos y extintivos (2961), pero si se invo-

lucran bienes diversos o dinero, entonces producirá efectos translativos ya sea de dominio o de uso, según convengan las partes.²

No obstante que la transacción cuando recae sobre el objeto de la controversia sólo produce efectos declarativos y extintivos, es un contrato en los términos del derecho mexicano, porque está creando la obligación para las partes de no continuar con la controversia planteada o de no iniciarla en lo futuro y, lo más importante, reglamenta los derechos de las partes y crea la obligación de cumplir lo convenido en el contrato.

La transacción es un contrato que tiene una utilización muy amplia, es un contrato que se celebra con una gran frecuencia y por ello es importante comprender su estructura y efectos. Existe un refrán muy antiguo que reza: "Más vale una mala transacción que un buen pleito". Todo pleito es estresante, angustioso y sus resultados siempre son imprevisibles. No hay juicio ganado de antemano; la sentencia depende de muy diversos factores y los interesados normalmente desean evitarse las molestias de un juicio y las prestaciones a que pueden ser condenados y, por qué no decirlo, en ocasiones no se tiene confianza en las decisiones de los tribunales y para buscar seguridad y certeza, se recurre a la transacción.

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua acepta como sinónimo de transigir, transar. Sin embargo, en el sentir del pueblo, en México, no es lo mismo transigir que transar. Transigir da a entender que dos personas se ponen de acuerdo sobre un punto controvertido, haciéndose concesiones recíprocas, y transar significa que una persona abusa de otra y obtiene un lucro indebido, generalmente de mala fe. Así, cuando una persona vende por ejemplo un bien que no está en buenas condiciones y sorprende la buena fe del comprador haciéndole creer que sí lo está, se dice, "lo transó". Por ello, es conveniente cuando se habla de materia jurídica, no usar el término transar sino transigir.

II. LAS CARACTERÍSTICAS. Los aspectos distintivos de este contrato son:

1. Es un contrato que tiene como finalidad afirmar los derechos de las partes que estén o puedan estar controvertidos entre ellos.
2. Es un convenio que extingue obligaciones sujetas a un litigio o dudosas que puedan dar lugar al litigio y por ese motivo se termina el litigio o se evita.

² 287. Especies... Existe transacción pura y transacción compleja (2959 y 2900). Esta última es la que obtiene el reconocimiento o la renuncia del derecho controvertido, a cambio de una prestación extraña a la contienda. La disputa doctrinal acerca de si la transacción es declarativa o es translativa, se resuelve con facilidad si se considera que la pura o parcial es normalmente declarativa, en tanto que la compleja es también translativa. Además, la puramente declarativa no sirve de base o de título a la prescripción positiva; no obliga tampoco al saneamiento por evicción o vicios ocultos; no causa derechos o impuestos de transacción de dominio (2961)". Sánchez Medal, Ramón, *De los contratos civiles*, 11a., Ed. Porrúa, pp. 402 y 403.

3. En necesario que las partes se otorguen concesiones en forma recíproca.

Esta característica es fundamental en la transacción y la misma aclara dudas y distingue a la transacción de otras figuras o negocios jurídicos.

El allanamiento a la demanda, sin duda da por terminada una controversia, pero no es una transacción aun cuando puedan darse algunos acuerdos respecto a plazos para el cumplimiento de prestaciones o monto de costas. El desistimiento de la acción también da por terminada la controversia, pero no será una transacción por faltar el aspecto de las concesiones recíprocas. El convenir que la suerte o azar decidan una controversia, es una manera de dirimir controversias, pero no será una transacción por los mismos motivos. La confirmación³ de un contrato afectado de una nulidad por vicios en el consentimiento por falta de capacidad de ejercicio, evita una controversia a futuro, pero no será una transacción.

4. Es necesario que las partes declaren o reconozcan en favor de ambas (parcialmente a una y otro) o de una sola (totalmente) los derechos que son objeto de la controversia o que puedan ser objeto de una controversia. Establece el artículo 2961 "Por la transacción no se transmiten sino que se declaran o reconocen los derechos que son el objeto de las diferencias sobre que ella recae".

5. Como características singulares, dispone el artículo 2962 que las transacciones deben interpretarse estrictamente y que sus cláusulas son indivisibles, a menos que otra cosa se haya convenido.

El tratadista Raymundo M. Salvat, señala como caracteres especiales de la transacción el que es un acto indivisible y de interpretación restrictiva.

1847 a. *La indivisibilidad* de la transacción significa que para su existencia y la de cada uno de sus efectos, se debe tomar en cuenta la integridad del acto.

1847 b. Por efectos de carácter indivisible no se admite la nulidad parcial de una transacción. Cualquiera sea la naturaleza y medida del vicio que la afecta, lo invalide en su totalidad. El artículo 847 señala un caso de aplicación: la transacción es nula cuando se refiere simultáneamente a intereses pecuniarios y al estado civil, aunque se haya dado una cosa distingua por cada uno de ellos.

1847 c. *La interpretación restrictiva*, hace que la transacción sólo extinga los derechos litigiosos o dudosos que, según la intención de las partes, resultan exclusivamente comprendidas en ella. Asimismo en caso de duda sobre el alcance o la extensión de la transacción, se considerará que no abarca ni comprende los derechos no incluidos en ella en forma inequívoca. 1847 d. Por aplicación del carácter restrictivo de su interpretación, la transacción no perjudica ni

³ El artículo 1059 del Código Civil Argentino dispone: "La confirmación es el acto jurídico por el cual una persona hace desaparecer los vicios de otro acto que se halla sujeto a una acción de nulidad".

aprovecha a los demás interesados que no han intervenido en ella, aunque se trate de obligaciones indivisibles. Tampoco afecta a los terceros. Tratándose de obligaciones solidarias, la transacción concluida con un codeudor solidario aprovecha a los otros, pero no puede serles opuesta sino por su parte en el crédito.⁴

III. LA CLASIFICACIÓN.—Es un contrato *principal* porque no se requiere para su existencia o validez de un contrato u obligación previamente válidos; *bilateral*, porque engendra obligaciones para ambas partes; *oneroso*, porque produce provechos y gravámenes recíprocos y puede ser *commutativo* o *aleatorio* dependiendo de que la prestación de alguna de las partes no pueda precisarse con certeza desde el momento de la celebración del contrato; generalmente formal, porque requiere que conste por escrito si se trata de prevenir controversias futuras y el interés del negocio excede de doscientos pesos (suma que en la actualidad resulta ridícula ya que equivale a veinte centavos); *instantáneo*, porque su cumplimiento puede efectuarse en un solo acto, y *nominado*, por la regulación que de él hace el código.

IV. LOS ELEMENTOS

El consentimiento. El acuerdo de voluntades de las partes debe ser coincidente tanto en el respeto a los derechos controvertidos, como a las concesiones recíprocas que deben hacerse entre ellas.

El simple acuerdo de voluntades en ese sentido perfecciona el contrato, sin que se requiera la entrega material o jurídica de los bienes respecto de los cuales pueda existir, en determinado caso, la controversia.

2. *El objeto.* El objeto en este contrato, como en los demás, es la conducta de las partes manifestada como una prestación o como una abstención, y la misma debe ser posible y lícita, como requisito que establece la teoría general del contrato.

Si la conducta se manifiesta como una prestación referida a un bien o a un derecho, éste debe estar en el comercio bajo sanción de nulidad absoluta en caso de no ser así (1825 en relación con los artículos 8, 2225 y 2226), existir en la naturaleza y ser determinado o determinable. La transacción al comprender una renuncia y por lo tanto extinción de derechos puede considerarse como un acto translativo de dominio, un acto de enajenación y por lo tanto, los bienes sobre los que se transige deben tener las características antes anotadas y ya estudiadas al tratar el contrato de compraventa.

En principio puede decirse que se puede transigir sobre toda clase de

⁴ Salvat, Raymundo M. *Tratado de derecho civil argentino*. Obligaciones en general, tomo III, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1956, pp. 198 y 199.

derechos, siempre que se respeten los principios generales antes anotados. Después de hacer una serie de precisiones respecto de bienes que no pueden ser objeto del contrato, el código argentino establece en su artículo 849 en relación a este aspecto que “en todos los demás casos se puede transigir sobre toda clase de derechos, cualquiera que sea su especie y naturaleza, y aunque estuvieren subordinados a una condición”.

Si se toma en consideración que la transacción sólo puede recaer sobre derechos litigiosos o dudosos, esto es, que puedan llegar a originar un juicio, si su objeto fuera respecto de derechos que ni son litigiosos ni son dudosos, no tendría razón de ser la transacción y por lo tanto, sería nula o no sería transacción. Así, si versa sobre cualquier derecho (negocio) que ya esté decidido judicialmente por sentencia irrevocable (firme), aún cuando fuera ignorada por las partes, sería nula, por que esos derechos no serían ni litigiosos ni dudosos (2958).

No pueden ser objeto de transacciones:

A. La herencia de persona viva, aunque ésta preste su consentimiento, por prohibición expresa (1826 y 2950 frac III)

B. El derecho a recibir alimentos (2950 frac. V) por no estar en el comercio, pero sí sobre las cantidades ya debidas por alimentos.

C. No se puede transigir respecto de los derechos de uso y habitación, si como consecuencia de la transacción se pretende conceder esos derechos o parte de ellos, a quien no sea el usuario o habituario original, excepto, si la transacción se celebra entre el dueño y el titular de esos derechos.

D. La acción para denunciar la comisión de un delito y para pedir la sanción al responsable no puede ser materia de una transacción, pero sí la acción sobre la responsabilidad civil por la comisión del delito y sobre el monto de la indemnización (2947), siempre y cuando no sea respecto de un delito futuro (2950 frac. II).

E. No se puede transigir ni sobre el estado civil de las personas⁵ ni sobre la validez del matrimonio (2948). Hay que recordar en primer lugar que todo lo relacionado con estado civil de las personas es de orden público e interés social y por ello no está en el comercio y en segundo término que toda transacción implica una extinción de derechos. A ello se debe que las cuestiones sobre el estado civil y sobre la validez del matrimonio no puedan ser objeto ya no se diga de transacción, sino de ningún otro contrato. No se puede transigir sobre la ciudadanía, ni sobre la nacionali-

⁵ “Transacción sobre el estado civil. Aparece prohibida por el artículo 1814. La prohibición se funda en el principio de que el estado civil posee un interés general y es materia de orden público e indisponible por los particulares.” Díaz Picazo, Luis y Antonio Gullón. *Sistemas de Derecho Civil*. Vol. II. Las Relaciones Obligatorias en Particular. Tecnos. 1a. ed. Madrid, 1977, pp. 430.

dad, ni sobre la calidad dentro de la familia, ni sobre el derecho a reclamar el estado por filiación, ni sobre la capacidad.

En el código argentino, artículo 843, se establece que no se puede transigir sobre cuestiones de validez o nulidad de matrimonio, a no ser que la transacción sea en favor del matrimonio. Esa disposición no se contempla en el derecho mexicano y por ello, no sería posible una transacción válida, y además se impone una reflexión, si en la transacción deben existir concesiones recíprocas, para que una transija respecto a la validez del matrimonio, y la otra, que debe dar, reconocer o hacer; si no da o hace nada, no hay transacción, y si algo da, ¿no sería una ilicitud?

3. *La forma.* La ley exige que la transacción se celebre por escrito si tiene como finalidad prevenir controversias futuras y el interés del negocio excede de doscientos pesos (2945).⁶

Por lo anterior, sólo puede celebrarse con una formalidad más atenuada (por ejemplo verbalmente) si en el mismo supuesto el interés del negocio no pasa de doscientos pesos, o se trata de dar por concluida una controversia presente; pero hay que tomar en cuenta que en derecho mexicano la generalidad de los procedimientos judiciales son por escrito y por lo tanto, la transacción respecto de controversias ya planteadas, para que surta efectos dentro del proceso, deberá celebrarse también por escrito.

Si una de las finalidades primordiales de la transacción es evitar conflictos a futuro o dar por terminados los ya planteados, debiera exigirse que en todo caso este contrato se celebre por escrito, porque lo importante en toda transacción no es determinar o probar que la misma se celebró, sino indagar y probar en qué términos se llevó a efecto, cuáles fueron los derechos extinguidos y cuáles los declarados, y la prueba más idónea que evita dificultades y nuevos litigios, es precisamente la documental.⁷

V. LOS PRESUPUESTOS

1. *La capacidad.* Cuando en una transacción las concesiones recíprocas que se hacen las partes sólo se refieren al objeto de la controversia, no requerirán más que de la capacidad de ejercicio, sin necesitar alguna capacidad especial, porque ese contrato, como ya se dijo, sólo produce efectos declarativos y extintivos.⁸

⁶ Este artículo tiene su antecedente en el 3153 del Código Civil de 1884 que a su vez lo tiene en el 3293 del Código Civil de 1870, con la salvedad de que este último establecía el monto de 300.00 pesos y no de \$200 como el actual y el de 1884.

⁷ El Código Civil francés en su artículo 2004 dispone que este contrato debe celebrarse por escrito.

⁸ El Código Civil francés en su art. 2045 dispone que para transigir se requiere tener la capacidad de disponer de los objetos comprendidos en la transacción, y los códigos mexicanos de 1870, art. 3294, y de 1884, art. 3154, establecían: "Sólo pueden transigir los que tienen la libre facultad de enajenar sus bienes y derechos".

Si las partes involucran un bien diferente que no tenga relación con la controversia, sí requerirán (por lo menos una de ellas) la capacidad especial de disposición, ya sea para transmitir la propiedad o simplemente el uso o goce del mismo, conforme a las obligaciones que asuman en el contrato.

En virtud de que el objeto del contrato puede ser, casi cualquier bien o derecho, la amplia variedad del contrato obliga al análisis del caso concreto para determinar la capacidad de las partes.

Si se toma en consideración que la transacción es un acto de disposición, se llega a la conclusión de que sólo podrá transigir quien tenga la libre disposición de los derechos que vaya a ceder o extinguir con base en esa transacción, ya sea por su propio derecho, en su carácter de representante de otra persona. El código argentino tiene un precepto en tal sentido. Establece su artículo 840, "No puede transigir el que no puede disponer de los objetos que se abandonan en todo o en parte". El artículo 1966 del Código Civil italiano establece: "Para transigir, las partes deben tener la capacidad de disponer de los derechos que constituyen objeto de la litis".

En la transacción que sólo versa sobre bienes controvertidos (derechos litigiosos o dudosos) desde un punto de vista amplio la ley establece ciertos requisitos de carácter general:

A. Los ascendientes y los tutores (los representantes del ausente conforme al artículo 660) no pueden transigir a nombre de sus descendientes y pupilos a quienes representen, si no prueban que la transacción es necesaria o útil para los intereses de los incapacitados y previa autorización judicial (2946).

B. El albacea no puede transigir ni comprometer en árbitros los negocios de la herencia, sino con el consentimiento de los herederos (1720).

C. Los apoderados, aun cuando tengan amplias facultades para pleitos y cobranzas en los términos del artículo 2554, no pueden transigir los derechos de sus poderdantes. Recuérdese lo asentado en el capítulo del mandato en el sentido de que la facultad de pleitos y cobranzas es la que faculta al apoderado para exigir el cumplimiento de obligaciones y deberes de terceros en beneficio del poderdante o para excepcionarse de las exigencias de un tercero en contra de su representado, y la transacción no implica ni la exigencia del cumplimiento de obligaciones, ni la posibilidad de excepcionarse de las exigencias ajenas. Ya se dijo: la transacción es una forma de extinción de obligaciones como consecuencia de un trato en que existan concesiones recíprocas y por ello, es un acto de disposición, de dominio, y por lo tanto sólo el apoderado con facultades de dueño podrá transigir los derechos de su poderdante. Por esas mismas razones, el apoderado general para actos de administración no puede transigir en representación del poderdante.

Para que un apoderado pueda transigir se requiere o de un poder con facultad expresa para transigir o un poder general para actos de dominio en los términos del artículo 2554.

D. El procurador que tenga un poder judicial podrá transigir, si tiene facultades expresas para ello, si no las tiene, no podrá hacerlo. El artículo 2587 dice expresamente que el procurador no necesita poder o cláusula especial sino en los casos siguientes:... II. Para transigir y el artículo se encuentra dentro del capítulo "Del Mandato Judicial". En su lugar ya se estableció la diferencia entre un poder general para pleitos y cobranzas y el llamado en la ley "mandato judicial", que es el que se otorga a profesionales jurídicos para que defiendan y protejan los intereses de sus clientes.

E. El emancipado sólo podrá transigir si la transacción es extrajudicial y no se involucran en ella bienes inmuebles. Establece el artículo 643 que el emancipado tiene la libre administración de sus bienes, pero siempre necesita durante su menor edad de autorización judicial para la enajenación gravamen o hipoteca de bienes raíces y de un tutor para negocios judiciales. La transacción judicial que hiciera un menor, para su validez, requiere que la haga a través de su tutor (que lo está representando en esos negocios judiciales) y tener la autorización del juez, quien sólo podrá darla si prueba la necesidad o utilidad para los intereses del incapacitado.

F. El concursado sólo podrá transigir, así como celebrar convenios, si se hacen en la junta de acreedores debidamente constituida y los pactos y entre ellos la transacción entre el deudor (sujeto a concurso) y cualquiera de sus acreedores será nula.

G. Los funcionarios públicos, en principio, no pueden transigir. Los funcionarios públicos son administradores de los bienes bajo su custodia y no pueden actuar sino en la medida en que la ley los autorice y además están obligados a actuar en la forma en que la ley lo ordena y no existen disposiciones que permitan a tales administradores transigir.

2. *La licitud.* El objeto, motivo o fin del contrato, deben ser lícitos, bajo sanción de nulidad en caso de no ser así. El artículo 1830 indica que el ilícito es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres. A continuación se señalan varios casos en que la transacción es nula, por ilicitud en el objeto.

A. Si el objeto, motivo o fin del contrato es ilícito, la transacción será nula (8).

B. Será nula la transacción que verse sobre delito, dolo o culpa futura (2950, frac. I).

C. La transacción que tenga por objeto la acción civil que nazca de delito o culpa futuros será nula (2950, frac. III).

D. Si la transacción versa sobre un título afectado de nulidad absoluta, será nula. Se recuerda que la nulidad absoluta puede alegarse por cual-

quier interesado y no desaparece por confirmación ni prescripción (2226). Si se permitiera transigir sobre derechos derivados de un título afectado de nulidad absoluta, se estaría en alguna forma confirmándolo, lo que iría en contra del precepto indicado. Los artículos 2954 y 2955 establecen que puede transigirse sobre un título nulo siempre que hubieran tratado expresamente sobre esa nulidad y que los derechos a que se refiere ese título sean renunciables, *a contrario sensu*, la transacción será nula cuando los derechos no sean renunciables aunque se haya tomado en cuenta esa nulidad.

3. *La ausencia de vicios en el consentimiento.* Con las excepciones que se señalarán a continuación, la materia de vicios en el consentimiento no tiene una aplicación específica en este contrato y deben seguirse las normas generales de la teoría general de las obligaciones.

Las transacciones serán nulas por error en los siguientes casos:

A. Cuando se hacen en razón de un título nulo (con nulidad relativa) si no se ha tratado entre ellas respecto de esa nulidad (2954).

B. Si se celebran teniéndose en cuenta documentos que después han resultado falsos por sentencia judicial (2956).

C. Si se hacen respecto de una herencia antes de ser visto el testamento, si lo hay (2950, frac. IV).

VI. LAS CONSECUENCIAS

1. *Creación de obligaciones.* No debe perderse de vista que la transacción es un contrato, ya que crea las obligaciones para las partes, de respetar lo pactado entre ellas. Las partes pueden obligarse a dar, hacer o no hacer alguna cosa, y deben cumplir con esas obligaciones; su incumplimiento originaría responsabilidades como el incumplimiento de cualquier obligación emanada de un contrato, y daría a la otra el derecho para pedir su ejecución forzada y el pago de daños y perjuicios (1949).

Como la transacción también crea el efecto de extinguir obligaciones, es dudosa la solución de que el incumplimiento de las obligaciones de una parte, le dé a la otra la acción de resolución del contrato (1949), porque la ley no dice nada al respecto y la resolución traería como consecuencia el renacimiento de las obligaciones extinguidas por la transacción, y precisamente la intención de los contratantes al celebrar el contrato es la extinción de esas obligaciones, que se da al perfeccionarse el contrato y para que renazcan puede ser que sea necesario un mandato expreso de la ley o de la voluntad de las partes. El Código Civil italiano contiene el artículo 1976, que expresa: "Resolución de la transacción por incumplimiento. La resolución de la transacción por incumplimiento no se puede pedir si la relación preexistente se ha extinguido por novación, salvo que el derecho a la resolución se haya estipulado expresamente".

Este efecto obligacional origina que la mora en el cumplimiento de las obligaciones de las partes origine la responsabilidad de daños y perjuicios y que no se pueda demandar el cumplimiento si previamente no se demuestra el cumplimiento propio o la garantía de su cumplimiento o que su obligación es a plazo (*exceptio non adimpleti contractus*).

2. *Efectos extintivos*. Aun cuando el Código Civil expresamente no indica que la transacción extingue derechos, es de su propia naturaleza ese efecto extintivo. Ya se indicó antes que algunas legislaciones como la argentina reglamenta la transacción en la sección de la extinción de las obligaciones y que en el concepto mismo del contrato incluye ese efecto.

Las partes, al transigir, deben necesariamente declarar extinguidos sus derechos respecto del objeto, en la misma forma y proporción en que reconocen esos derechos en la otra parte. “Así, la transacción, tal cual resulta de los propios términos de la ley, produce como efecto fundamental y característico la extinción de los derechos y obligaciones que habían sido objeto de ella... Las partes no pueden en adelante exigirse nuevamente el cumplimiento de esos derechos y obligaciones, porque la transacción hace entre ellas las veces de una sentencia... Suponiendo que una de las partes desconociera este principio y pretendiera renovar la discusión de la cuestión transigida, la otra podría oponerle una excepción de transacción, análoga a la cosa juzgada, pero que, como veremos en seguida, no se identifica con ella...”⁹

La transacción obliga a las partes no sólo a lo expresamente pactado sino también a las consecuencias que, según su naturaleza, son conforme a la buena fe, al uso o a la ley (1796), y su cumplimiento y validez no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes (1797).

De conformidad con el artículo 2962 las transacciones deben interpretarse estrictamente, ya que implican necesariamente una extinción de obligaciones, esto es, una renuncia de derechos, y el artículo indicado es una aplicación del principio contenido en el artículo séptimo del mismo código, en el sentido de que tales renunciaciones, autorizadas por la ley, no producen efecto alguno si no se hacen en términos claros y precisos de tal suerte que no quede duda del derecho que se renuncia.

La transacción produce efectos de inmediato entre los contratantes y mediatos a los sucesores de las partes y cuando se trata de una transacción respecto de obligaciones solidarias o mancomunadas, hecha por sólo uno de los acreedores o de los deudores habría que analizar el caso concreto para determinar qué efectos produce en los demás, siendo siempre aconsejable, que respecto de tales obligaciones concurren todos los interesados a la transacción para evitar mayores conflictos, ya que de lo que se trata en

⁹ Salvat, Raymundo M. *ob cit.*, p. 249.

la transacción es precisamente dar por terminada la controversia o prevenir una a futuro.

3. *Efectos declarativos*. Si la transacción se refiere sólo al objeto de la controversia, sus efectos serán exclusivamente declarativos o extintivos.

En el ejemplo anotado al inicio la transacción entre dos personas respecto de un terreno de las cuales una aduce sus derechos por virtud de una herencia y la otra por un contrato de compraventa; si convienen en dividir el terreno, ninguna de ellas transmite a la otra derechos de propiedad, y los títulos de ambos serán los que tenían con anterioridad a la transacción. De esto se derivan consecuencias importantes:

A. Los interesados no podrán fundar en este contrato ninguna acción respecto de terceros para hacer valer cualquier pretensión respecto a esos bienes.

B. No podrá ninguna de las partes considerar la transacción como un título en que fundar la prescripción.

C. En la transacción no hay lugar a la evicción respecto de los derechos controvertidos (2959).

D. La transacción produce además la misma eficacia y autoridad que la cosa juzgada (2953). No debe confundirse la transacción con la sentencia; una cosa es que la ley indique que tiene respecto a las partes la misma eficacia y autoridad que la cosa juzgada y otra que sea una sentencia. El codificador argentino D. Dalmacio Vélez Sarsfield en la nota al artículo 850 señala: "Sin embargo, debe decirse que las transacciones difieren de las sentencias en que ellas en sus cláusulas forman un todo indivisible y no pueden ser anuladas en parte, mientras que las sentencias que hubiesen decidido muchos puntos litigiosos, son susceptibles de ser reformadas en algunos de esos puntos, y confirmadas o llevadas a efecto en cuanto a los otros. Se ha observado también con razón, que no había una perfecta analogía entre la autoridad de las transacciones y la autoridad de las sentencias. Las transacciones tienen muchas veces más fuerza que las sentencias, y en otros menos, pues que ellas no pueden ser atacadas por los mismos medios que las sentencias; y por otra parte, están sujetas a causas de nulidad por las cuales las sentencias pasadas en cosa juzgada no pueden ser atacadas". Una pregunta interesante sería: ¿El cumplimiento de las obligaciones nacidas de una transacción cuando el obligado no lo hace espontáneamente, debe promoverse un juicio ordinario o un procedimiento de ejecución de sentencia? Una respuesta sensata sería, que si la transacción es extrajudicial, debe intentarse un juicio ordinario y si es judicial, sólo el procedimiento de ejecución de sentencia.¹⁰

¹⁰ El Código Civil francés (Art. 2052) establece además que las transacciones no pueden ser impugnadas por causa de error de derecho, ni por causa de lesión. Los códigos mexicanos de 1870 y de 1884 sólo establecían que no podían ser impugnadas por causa de lesión (Arts. 3310 y 3170, respectivamente).

E. Por último, este contrato crea las obligaciones entre las partes, consistentes en que se obligan a no continuar con la controversia planteada o a no iniciarla en lo futuro.

4. *Efectos translativos.* Si en la transacción se involucran bienes diversos al objeto de la controversia, los efectos del contrato serán, además de los anteriores, la creación de derecho y obligaciones (o sus transmisión) que las partes hayan convenido, ya sea por transmitirse el dominio o simplemente el uso o goce del bien, si existe la transmisión del dominio de uno de tales bienes, las partes tendrán los derechos y obligaciones de cualesquiera otros enajenantes y adquirentes; y si sólo se transmite el uso o goce, quien lo transfiera tendrá las obligaciones propias de los enajenantes de estos derechos (2959 y 2960).

Si cualesquiera de las partes pretende impugnar la validez de un contrato de transacción, deberá previamente a la presentación de su demanda asegurar la devolución de lo que hubiere recibido como consecuencia de la misma (2963).

En virtud de que la finalidad que persiguen las partes al celebrar este contrato es evitar controversias, su análisis e interpretación debe hacerse siempre tomando en consideración todo el contenido del contrato, debiéndose considerar todas sus cláusulas como indivisibles, a menos que otra cosa convengan las partes.

ACTIVIDAD

Relacione ambas columnas*

1.	Si la transacción sólo versa sobre el objeto materia de la controversia	A)	Si la transacción sólo se refiere al objeto de la controversia.
2.	Si versa sobre el estado civil o la validez del matrimonio.	B)	Es nula por la falta de forma prevenida en la ley.
3.	Sólo pueden transigir con autorización judicial.	C)	Producirá efectos translativos.
4.	La transacción que verse sobre el objeto de la controversia o si se involucran bienes diversos.	D)	Los apoderados.
5.	Porque produce provechos y gravámenes recíprocos.	E)	Es nula por ilicitud en su objeto.
6.	Sólo pueden transigir si tienen facultades para ello o instrumento en los términos del Art. 2554.	F)	Produce la autoridad de cosa juzgada.
7.	Si en la transacción se involucran bienes diversos a la controversia.	G)	Sólo producirá efectos declarativos y extintivos.
8.	Sólo se requiere la capacidad general en las partes.	H)	Es nula porque su objeto está fuera del comercio.
9.	Si versa sobre delito, dolo o culpas futuras.	I)	Los representantes del ausente.
10.	Si se celebra en forma verbal, trata de prevenir controversia futura y el negocio excede de \$200.00.	J)	Es un contrato oneroso.

* Confronte sus respuestas con las dadas en la página que sigue.

HOLA RESPUESTA:

Las respuestas que usted debió haber dado deben coincidir exactamente con las de la clave que se anota a continuación:

1	G
2	H
3	I
4	F
5	J
6	D
7	C
8	A
9	E
10	B

Si usted tiene uno o más errores u omisiones regrese al estudio de los contenidos y rubros correspondientes y posteriormente conteste nuevamente a estos reactivos.

APÉNDICE NÚMERO UNO

EL REGISTRO PÚBLICO DE LA PROPIEDAD¹

SUMARIO: I. El concepto.—II. La publicidad registral.—III. La materia de las inscripciones: A. Los bienes inmuebles.—B. Los bienes muebles.—C. Las personas morales.—IV. Los documentos registrables y su calificación.—V. La función registral: A. La rogación del servicio.—B. La necesidad del antecedente.—C. Las anotaciones preventivas.—D. Las inscripciones.—E. Las anotaciones de rectificación.—VI. Los efectos: A.—De las inscripciones: a). Respecto de inmuebles.—b). Respecto de muebles.—c). Respecto de personas morales.—B. De las anotaciones preventivas.—VII. Los asientos de cancelación: A. De las anotaciones preventivas.—B. De las inscripciones.—C. Cancelaciones totales y parciales.

I. EL CONCEPTO

El Registro Público de la Propiedad es la institución que depende del Poder Ejecutivo² y que tiene por objeto dar publicidad a la situación jurídica de los bienes inmuebles (por excepción de algunos muebles) y de las personas morales civiles; proporcionar seguridad en las transacciones sobre inmuebles y conservar la apariencia jurídica de los bienes, en beneficio de la colectividad.

II. LA PUBLICIDAD REGISTRAL

La publicidad del registro significa que todas las personas que lo soliciten sin necesidad de demostrar un interés jurídico tienen derecho a consultar los asientos que obren en los folios y los documentos archivados que se relacionen con las inscripciones, y además, tienen derecho a obtener copias certificadas de las inscripciones, o de las constancias que figuren en los folios, y a obtener certificaciones de existir o no asientos relativos a los bienes que se señalen; correlativos a esos derechos, existe la obligación de los encargados del registro a permitir las consultas y a expedir las copias y certificados que se les soliciten (3001).

¹ El tema del Registro Público se incluye en esta obra, porque estando destinada a los alumnos universitarios, dentro del temario correspondiente al curso de los contratos civiles, se encuentra lo relativo al registro.

² En el sistema jurídico mexicano.

III. LA MATERIA DE LAS INSCRIPCIONES

La razón primordial del Registro Público es la de dar publicidad a la situación jurídica que guarden los inmuebles; sin embargo, por la efectividad del sistema, el Código Civil permite el registro de bienes muebles y de las personas morales civiles privadas.

A. *Bienes inmuebles.* Todos los bienes inmuebles que consisten en el suelo o las construcciones adheridas a él (750-I) son susceptibles de inscribirse en el Registro Público, con el único requisito que se encuentren ubicados dentro de los límites territoriales de la demarcación de la oficina. En el caso del Registro Público de la Propiedad del Distrito Federal, que se encuentren en el indicado distrito; y existiendo ya el registro de un inmueble, se puede registrar cualquier instrumento por el que se declare, reconozca, adquiera, transmita, modifique, limite, grave o extinga la propiedad o la posesión del bien, o cualquier derecho real sobre el mismo (3016).

B. *Bienes muebles.* Por lo que se refiere a los bienes muebles, sólo son registrables los que sean identificables indubitablemente y sólo pueden inscribirse los derechos que se originen para su titular de los siguientes actos:

a) La cláusula resolutoria expresa que se pacte en los contratos de compraventa en bonos, en los términos de la fracción II del artículo 2310.

b) La cláusula de reserva de dominio que se pacte en un contrato de compraventa en los términos del artículo 2312, y

c) La constitución del derecho real de prenda, respecto de un bien que no se entregue al acreedor prendario, sino que se convenga que quede en poder de un tercero o del mismo deudor prendario, en los términos del artículo 2859.

C. *Las personas morales.* Por último, también son objeto de registro en los folios de las personas morales los instrumentos por los que se constituyan, reformen o disuelvan las sociedades y asociaciones civiles y las fundaciones y asociaciones de beneficencia, y los que contengan la protocolización de los estatutos de las asociaciones y de las sociedades civiles extranjeras y de sus reformas, siempre que hayan satisfecho los requisitos que exige la ley, para que puedan ejercer sus actividades en el Distrito Federal (2736 y del 3071 al 3073).

IV. LOS DOCUMENTOS REGISTRABLES Y SU CALIFICACIÓN

Sólo son registrables los documentos auténticos, y son de esta clase las escrituras y actas notariales en forma señalada; las resoluciones judiciales y los documentos privados que tengan la certificación del notario, de un juez o del registrador, en el sentido de haberse cerciorado de la autenticidad de las firmas y de la voluntad de las partes (3005).

Por otra parte, sólo son registrables en el registro de inmuebles: los títulos por los que se cree, declare, reconozca, adquiera, transmita, modifique, limite, grave o extinga la propiedad, la posesión originaria y los demás derechos reales sobre inmuebles, la constitución del patrimonio familiar y los contratos de arrendamiento por un periodo mayor a seis años y aquellos en que haya anticipos de rentas por más de tres años. En el registro de muebles y en el de personas morales se registrarán los títulos que ya se precisaron en el apartado III.

Los registradores deben calificar los documentos que se les presenten para la práctica de una inscripción o de una anotación (3021).

Debe tenerse siempre presente que el Registro Público es una institución de servicio, no de ejercicio de poder ni recaudadora de contribuciones.

El Registro Público de la Propiedad puede llegar a convertirse en un gran centro de información y datos, que sirva tanto a las autoridades como a los particulares, para tomar decisiones fundadas en documentos e información confiables. Por lo tanto, debe orientarse la tendencia de la calificación a conseguir el mayor número posible de inscripciones y no el de disuadir a los interesados a lograr una inscripción por actitudes despóticas, intransigentes o arbitrarias. Hay que tener en cuenta que el registro es potestativo y que, en términos generales y con las excepciones que después se mencionan, sólo produce efectos declarativos y que por lo tanto una actitud intransigente del registrador puede ahuyentar a los particulares.

La facultad de calificación del registrador debe ejercitarse en forma sensata y equilibrada y procurar, si existe algún error o falta, que éstos se corrijan en forma económica y ágil, ya que por regla general, siempre causará un daño mayor la denegación de una inscripción, que un registro imperfecto, si se toma en consideración, además, que tal inscripción no convalida los actos nulos o irregulares.

V. LA FUNCIÓN REGISTRAL

La actividad registral es eminentemente técnica y, por ende, deben satisfacerse varios requisitos para que el resultado y efectos sean confiables.

A. *La rogación del servicio.* El registrador no puede o no debe efectuar ninguna inscripción ni anotación en forma oficiosa, sino que su actuación debe ser rogada. Tienen derecho a solicitar el asiento la persona que demuestre un interés legítimo y el notario que haya autorizado el instrumento de que se trate (3018).

B. *La necesidad del antecedente.* Para que pueda efectuarse un asiento válido, debe existir previamente en el registro, una inscripción o anotación que vaya a alterar el documento a registrar y que confiera derechos a la persona que haya otorgado el nuevo documento o a la que vaya a resultar

perjudicada por el mismo asiento, con la única excepción de que se trate de una inscripción de matriculación original.

C. *Las anotaciones preventivas.* Son los asientos que preceden o que es necesario anotar previamente, a una inscripción. La anotación preventiva más importante es la que asienta el registrador cuando el notario o quien haga sus veces, da aviso al registro de haberse firmado una escritura o título registrable en los términos del apartado IV, y conforme a lo dispuesto en el artículo 3016.³

También se anotarán preventivamente, las demandas relacionadas con la propiedad u otros derechos reales sobre inmuebles; las actas de embargo sobre inmuebles, los títulos presentados cuya inscripción haya sido denegada o suspendida por el registrador; las fianzas legales y judiciales en los términos del artículo 2852 y los decretos de expropiación o de ocupación y declaración de limitación de dominio de bienes inmuebles (3043).

D. *Las inscripciones.* Son los asientos definitivos que se incorporan al folio en el registro, tanto respecto de inmuebles, como de muebles y de personas morales.

³ "Art. 3016.—Cuando vaya a otorgarse una escritura en la que se declare, reconozca, adquiera, transmita, modifique, limite, grave o extinga la propiedad o posesión de bienes raíces, o cualquier derecho real sobre los mismos, o que sin serlo sea inscribible, el notario o autoridad ante quien se haga el otorgamiento, deberán solicitar al Registro Público certificado sobre la existencia o inexistencia de gravámenes en relación con la misma. En dicha solicitud que surtirá efectos de aviso preventivo deberá mencionar la operación y finca de que se trate, los nombres de los contratantes y el respectivo antecedente registral. El registrador, con esta solicitud y sin cobro de derechos por este concepto, practicará inmediatamente la nota de presentación en la parte respectiva del folio correspondiente, nota que tendrá vigencia por un término de 30 días naturales a partir de la fecha de presentación de la solicitud.

"Una vez firmada la escritura que produzca cualquiera de las consecuencias mencionadas en el párrafo precedente, el notario o autoridad ante quien se otorgó dará aviso preventivo, acerca de la operación de que se trate, al Registro Público dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes y contendrá además de los datos mencionados en el párrafo anterior, la fecha de la escritura y la de su firma. El registrador, con el aviso citado y sin cobro de derecho alguno, practicará de inmediato la nota de presentación correspondiente, la cual tendrá una vigencia de noventa días naturales, a partir de la fecha de presentación del aviso. Si éste se da dentro del término de treinta días a que se contrae el párrafo anterior, sus efectos preventivos se retrotraerán a la fecha de presentación de la solicitud a que se refiere el mismo párrafo; en caso contrario, sólo surtirá efectos desde la fecha en que fue presentado y según el número de entrada que le corresponda.

"Si el testimonio respectivo se presentare al Registro Público dentro de cualquiera de los términos que señalan los dos párrafos anteriores, su inscripción surtirá efectos contra tercero desde la fecha de presentación del aviso y con arreglo a su número de entrada. Si el documento se presentare fenecidos los referidos párrafos, su registro sólo surtirá efectos desde la fecha de presentación.

"Si el documento en que conste alguna de las operaciones que se mencionan en el párrafo primero de este artículo fuere privado, deberán dar el aviso preventivo con vigencia de noventa días, el notario, el registrador o el juez de paz que se hayan cerciorado de la autenticidad de las firmas y de la voluntad de las partes, en cuyo caso el mencionado aviso surtirá los mismos efectos que el dado por los notarios en el caso de los instrumentos públicos."

Los asientos de inscripción respecto de inmuebles deberán expresar con toda precisión: *a)* El nombre y demás señas o atributos del titular del derecho; *b)* La descripción del inmueble; *c)* La naturaleza, extensión y demás características del derecho de que trate; *d)* El valor de los bienes o derechos; *e)* La naturaleza o calificación del hecho o acto jurídico que origina la inscripción; *f)* La fecha del título, su número si lo tiene y el nombre del funcionario o notario que lo haya autorizado, y *g)* La fecha en que se practique y la firma del registrador (3061).

Los asientos de inscripción respecto de muebles y de personas morales civiles contendrán los requisitos que se señalan en los artículos 3070 y 3072. Por lo que se refiere a los bienes muebles, con los ajustes necesarios a esta clase de bienes, las inscripciones deberán contener los mismos datos que las inscripciones de inmuebles; y respecto de las personas morales: el nombre de los otorgantes y de la persona moral y además, respecto de ésta, su objeto, duración, domicilio y capital si lo tuviere, la manera de distribuirse las utilidades y en su caso las pérdidas y el nombre de los administradores.

E. Las anotaciones de rectificación. La rectificación de una inscripción o de una anotación puede hacerse por causa de error material o de concepto y sólo procede cuando exista una discrepancia entre el título y el asiento.

El error es material cuando no altera sustancialmente el contenido del asiento; *v. gr.* cuando se escriban unas palabras por otras o se equivocan los nombres propios o cantidades.

El error es de concepto, cuando existan discrepancias de fondo y se altere o varíe el sentido del asiento; *v. gr.* cuando el registrador se hubiere formado un juicio equivocado o se haya hecho una calificación errónea del contrato o acto inscrito.

El error material se rectifica con la simple presentación del título. El error de concepto sólo puede rectificarse con el consentimiento unánime de los interesados o por resolución judicial (3023 a 3027).

VI. LOS EFECTOS

Si los asientos del registro se clasifican en inscripciones y anotaciones, es porque producen efectos diversos, además de tener una mecánica también diferente.

Se tratarán primero los efectos de las inscripciones y después de las anotaciones.

A. De las inscripciones. Las inscripciones pueden referirse, como ya se anotó, a bienes inmuebles, a muebles y a personas morales. En términos generales todas las inscripciones en el Registro Público sólo tienen efectos declarativos (3008).

a) *Respecto de inmuebles*. La regla general es que los efectos de estas inscripciones sólo tienen efectos declarativos. Tratándose de hipotecas y prendas, mientras no estén inscritas en el Registro Público de la Propiedad, no pueden producir efectos contra terceros, y siendo una característica de todos los derechos reales el ser oponibles a cualquier persona, para que se genere el derecho real tanto de la hipoteca, como de la prenda, cuando la cosa quede en poder del deudor, o de un tercero, debe inscribirse en el registro; por lo que esta inscripción producirá efectos constitutivos y no solamente declarativos (3011).

b) *Respecto de muebles*. Las inscripciones que se practiquen en relación con los bienes muebles, sólo producen los efectos precisados en los artículos 2310 frac. II y 2312 ya comentados en relación con la cláusula resolutoria expresa contenida en los contratos de compraventa en abonos y la cláusula de reserva de dominio, en los contratos de compraventa de este tipo.

c) *Respecto de personas morales*. La inscripción de las personas morales se hace para que puedan producir efectos contra terceros, en los términos de los artículos 2673 y 2694).

B. *De las anotaciones preventivas*. Las anotaciones preventivas, en términos generales, producen el efecto de guardar la prelación registral en favor de su titular, mientras se efectúa la inscripción definitiva, como se establece en el Art. 3016 antes transcrito. La anotación preventiva relacionada con la fianza produce el efecto de presumir fraudulenta la enajenación del bien al que se refiere la misma, si de ella resulta la insolvencia del fiador (2854).

VII. LOS ASIENTOS DE CANCELACIÓN

Los asientos de cancelación son las anotaciones que originan la extinción de la inscripción o de otra anotación y presumen extinguido el derecho a que el asiento se refería (3036).

A. *De las anotaciones preventivas*. Éstas pueden extinguirse “por cancelación, por caducidad o por convertirse en inscripciones” (3029).

B. *De las inscripciones*. Las inscripciones sólo se extinguen “por su cancelación o por el registro de la transmisión del dominio o derecho real inscrito en favor de otra persona” (3028).

La cancelación de las inscripciones y de las anotaciones pueden hacerse “por consentimiento de las partes a cuyo favor estén hechas o por orden judicial” (3030). El consentimiento de las partes, para tales efectos, debe constar en escritura pública (3031).

C. *Las cancelaciones totales o parciales*. La cancelación de las inscripciones y de las anotaciones puede ser total o parcial, dependiendo de que sólo se

reduzca el bien o derecho del asiento, o de que llegue a extinguirse por completo; o cuando se declare la nulidad del título inscrito o del asiento, o sea enajenado el bien, mediante el procedimiento mal llamado de "venta judicial", en los términos del artículo 2325 (3028 y sigs.).⁴

⁴ No puede dejarse de mencionar que conforme a los autores mexicanos (consúltese las obras de D. Luis de Carral y de Teresa y de D. Ramón Sánchez Medal), entre otros, el Registro Público de la Propiedad se rige por varios principios, llamados principios registrales.

El Maestro D. Ramón Sánchez Medal, en su libro *El Nuevo Registro Público de la Propiedad*, México, 1979, distribuido por Librería Porrúa Hnos. y Cía. S.A. Señala:

"...1). El principio de la *publicidad*, ...2). El principio de la *inscripción*, ...3). El principio de la *especialidad*, ...4). El principio de la *fé pública registral*, ...5). El principio del *tercero registral*, ...6). El principio del *consentimiento*, ...7). El principio del *tracto sucesivo*, ...8). El principio de la *rogación*, ...9). El principio de la *prioridad*, ...y 10). El principio de la *legalidad*..."

"...Los principios registrales nos sirven de guía, economizan preceptos, y sobre todo facilitan la comprensión de la materia y convierten la investigación jurídica en científica..."

1. *Principio de publicidad*. Este es un principio registral por excelencia, pues no se concibe sin el Registro Público de la Propiedad. El registro ha de revelar la situación jurídica de los inmuebles; y toda persona, sea o no tercero registral o interesado, tiene derecho de que se le muestren los asientos del registro y de obtener constancias relativas a los mismos ...

2. *Principio de inscripción*. Por inscripción se entiende todo asiento hecho en el Registro Público...

3. *Principio de Especialidad*. Se le ha llamado también principio de determinación, porque la publicidad registral exige determinar con precisión el bien objeto de los derechos... Por aplicación de este principio, en el asiento deben aparecer con precisión: la finca, que es la base física de la inscripción; el derecho, que es el contenido jurídico y económico de la misma, y la persona que puede ejercer el derecho, o sea al titular...

4. *Principio de consentimiento*. Consiste este principio en que para que el registro se realice, debe basarse la inscripción en el consentimiento de la parte *perjudicada* en su derecho; es decir, debe basarse en un acuerdo de voluntades entre el transferente (perjudicado) y el adquirente; y como sólo puede consentir el que puede disponer sólo puede consentir el verdadero titular...

5. *Principio de tracto sucesorio*. A este principio también se le llama el tracto continuo. Es un principio de sucesión, de ordenación...

6. *Principio de rogación*. El registrador no puede registrar de oficio, aunque conozca el acto o hecho que válidamente haya de dar origen a un cambio en los asientos del registro. Se requiere que alguien se lo pida; que alguien haga una solicitud...

7. *Principio de Prioridad*. Únicamente puede concebirse este principio, por la posibilidad que se da, de que existan dos o más títulos contradictorios...

8. *Principio de Legalidad*. Este principio impide el ingreso al registro de títulos inválidos o imperfectos y así contribuye a la concordancia del mundo real con el mundo registral. Se llama así, porque conforme a él se presume que todo lo registrado lo ha sido legalmente; y el medio de lograrlo es someter los títulos a examen, que es lo que se llama *calificación registral*..." Carral y de Teresa, Luis. *Derecho notarial y derecho registral* impreso en Editorial Libros de México, S.A. D.F., Primera edición, 1965, pp. 241 y sigs.

APÉNDICE NÚMERO DOS
GLOSARIO CONTRACTUAL

Este apéndice debe ayudar a los estudiantes de la materia de los contratos civiles a encontrar una respuesta rápida y ágil a muchas preguntas que hacen de términos no muy comunes o de plano desusados en nuestra literatura jurídica. Además servirá para precisar el significado con que se usan en esta obra algunas palabras, y así facilitar al lector su comprensión.

Cuando alguna palabra o término ya se precisó en el texto se omite en este glosario, para evitar repeticiones.

ABANDONO DE BIENES.—Es la renuncia al derecho de propiedad.

En este trabajo, se tratará respecto del abandono dentro del derecho patrimonial, ya que existe el abandono en otras disciplinas jurídicas, como el abandono del domicilio conyugal en el derecho familiar, el abandono de personas en estado de peligro en el derecho penal, el abandono de mercancías en la aduana, en el derecho fiscal, el abandono de buques en el derecho marítimo, etcétera.

En el Código Civil se menciona el abandono en la reglamentación del contrato de donación y en especial de la donación con carga, cuando indica que el donatario puede liberarse del cumplimiento de la carga, haciendo abandono del bien donado (2368). Eso es lo que obliga a entrar a este estudio. También trata del abandono en la copropiedad, pero no con esta terminología, sino como una renuncia. Así, se indica que el copropietario puede renunciar a su copropiedad, para evitar el pago de los gastos comunes (944) y que el copropietario del muro medianero puede renunciar a su copropiedad para liberarse de su obligación de hacer reparaciones o reconstruir (961). En este sentido es en el que se indica que el abandono de bienes es la renuncia al derecho de propiedad.

Como regla general puede establecerse que el propietario no tiene la facultad jurídica de abandonar los bienes sobre los que recae su derecho. Más específicamente, el principio es que nadie tiene derecho de abandonar sus bienes, en perjuicio de la comunidad en general o de una o varias personas en particular. Como además la calificación del perjuicio a los ajenos debe ser hecha por ellos mismos, y sólo en caso de conflicto esa calificación le corresponderá al juez que conozca del mismo, el propietario no debe abandonar sus bienes por ese posible daño que pueda causar. Se dice

que quien debe calificar el daño es el ajeno no propietario, porque en principio éste dirá que su abandono no daña a nadie, y lo hace de buena fe para evitarse molestias.

El derecho de propiedad conceptualmente faculta a su titular para usar, gozar, disponer y abusar, en su caso, del bien sobre el bien en que recae; sin embargo, en la práctica ese concepto ideal dista mucho de ser cierto. A través de la evolución de las ideas y nociones a este respecto, teniendo como antecedentes la doctrina social de la Iglesia católica y la obra de León Duguit, la propiedad en la actualidad debe considerarse como una función social y en la actualidad como un compromiso de nivel mundial.

En especial, existe un sentimiento en todo el planeta que puede considerarse ya como norma internacional, de que nadie tiene derecho de abandonar en ninguna parte, ni en el mar intercontinental, ni en el espacio, ni en los satélites, planetas u otros cuerpos del universo, desechos generados en un país, y el sentimiento se acusa si esos desechos son tóxicos, porque en tal caso, no se tiene el derecho de abandonarlos ni siquiera dentro del país que los generó. Ésta es una verdad que no necesita ni demostración, ni apoyo bibliográfico, y los ejemplos brotan sin esfuerzo en la mente del lector.

Así como no es posible abandonar desechos de un país, el principio es el mismo en materia individual. Es lógico que una persona que abandona un bien, para ella ese bien es un desecho. Nadie en su sano juicio abandona un bien de valor, excepto aquellos que le originen más incomodidades que ventajas. Por ello, en principio, la ley no permite el abandono de los bienes, porque considera que son desechos y como tales no sólo dañan a su propietario sino a su vecino y a la comunidad y sólo permite (limitativamente) el abandono en ciertos casos, en que esa incomodidad al dueño pudiera no serlo para su vecino o para la población. Es por ello que cuando la ley permite el abandono de bienes, al que llama en ocasiones renuncia, debe entenderse esa permisibilidad en forma limitativa y no como una regla general.

Si se acepta la posición anterior, puede también convenirse en que, en principio, no es una forma de adquirir la propiedad, la ocupación del bien abandonado (los artículos 774 y 775 indican que son bienes mostrencos los muebles abandonados y los perdidos cuyo dueño se ignore y que el que los hallare deberá entregarlos dentro de tres días a la autoridad municipal del lugar), y sólo como excepción, cuando se trata de los bienes y en las circunstancias en que la ley prevé y permite el abandono, estará permitida la adquisición de la propiedad del bien abandonado por parte del vecino o sujeto que tenía una relación con quien abandonó con anterioridad al hecho del abandono.

El abandono en los casos en que la ley lo autoriza debe hacerse en for-

ma indubitable y además es preciso hacerlo saber, en el caso de la donación con carga al donante y en el caso de la copropiedad al otro o a los demás copropietarios, para que estén enterados precisamente de la liberación del deber de cumplimiento de la carga o de la obligación de participar en los gastos comunes, ya que de otra manera no se entiende cómo funcionaría esa liberación. Además, en el caso de la donación, se estima necesario hacer el abandono con las mismas formalidades que la ley impone para la celebración del contrato.

El hecho del abandono en la forma antes señalada, libera a quien lo hace ya sea de su deber o de su obligación, pero no transmite al donante o al copropietario la propiedad o los derechos de copropiedad sobre el bien abandonado, ya que para que tales efectos se produzcan, se considera que tanto el donante como el copropietario deben hacer una declaración expresa de aceptación de esos derechos, y en caso de la donación, se estima que tal declaración debe hacerse con las formalidades que exige la ley para la celebración del contrato.

ARRAS.—Las arras son un contrato o el pacto dentro de un contrato por virtud del cual una de las partes entrega a la otra un bien en señal de confirmación del contrato o para significar que ambas tienen el derecho de arrepentirse.

Por ser las arras una manera de hacer notar que se tiene la intención de confirmar un contrato o para hacer notar que las partes tienen el derecho de arrepentirse, se les llama también “señal”.

Las arras o señal naturalmente debe ser un contrato o un pacto de naturaleza real, es decir, que se perfecciona con la entrega del bien; sin embargo, conforme al derecho mexicano, como los contratos se perfeccionan, por regla general, por el mero consentimiento de las partes sin requerir de formalidades determinadas (ver Arts. 1796 y 1832), puede celebrarse un contrato o un pacto de arras, sin que exista la entrega de la cosa.

Si las arras tienen como función confirmar el contrato, se les llama confirmatorias, y si por el contrario permiten su destrucción, al conceder el derecho de arrepentimiento, se les llama penitenciales.

Si las arras tienen la función de confirmar el contrato, pueden ser de tres tipos: a cuenta de precio, prueba y penales.

Se llaman arras confirmatorias a cuenta del precio, cuando el bien se da y se recibe con la intención de cumplir en sus términos el contrato, y en prueba de ello, la parte que resulta deudor de un bien, hace una entrega parcial para demostrar su buena fe. Tiene como función ratificar la intención de esa parte para el cumplimiento del contrato y cuando sea oportuno cumplir su obligación de entrega, ya sólo estará obligado a pagar el saldo, porque las arras se computan a cuenta del precio.

Las arras prueba también tienen el propósito de confirmar el contrato,

y más precisamente, de constituir una prueba frente a terceros y con validez frente a los tribunales de su celebración, y para tal efecto, una de las partes entrega a la otra un bien previamente determinado entre ellas, que hace la prueba de la celebración del contrato y que por regla general no es ni la cosa o bien que se obliga a entregar por el contrato ni de la misma especie y calidad del bien que constituye el objeto del contrato, y que por ello, al cumplirse el contrato, la parte que recibió esas arras o señal, las deberá devolver.

Las arras penales se entregan con la intención de confirmar el contrato, pero tienen una función indemnizatoria para una de las partes, frente al incumplimiento de la otra, y a la manera de la cláusula penal, la parte cumplidora no tiene por qué demostrar el monto de los daños y perjuicios por el incumplimiento y sólo probando éste, tiene derecho a apropiarse de las arras si con esa función se entregaron.

Por último, las arras penitenciales constituyen un germen de destrucción del contrato, ya que permiten el arrepentimiento de cualesquiera de las partes, perdiendo las arras; si el arrepentimiento es de quien las entregó, simplemente las pierde; si es del que las recibió, debe devolver las recibidas con otro tanto. La diferencia entre éstas y las penales, es que en las penales la entrega se hace con la intención de cumplir con el contrato, y ante el incumplimiento de una de las partes, la otra puede quedarse con las arras o demandar el cumplimiento forzoso, lo que significa que la decisión le corresponde al cumplidor; en cambio, en las penitenciales la intención es poder arrepentirse, y la decisión de perderlas le corresponde al incumplidor. El Art. 1386 del código italiano de 1942 dispone: “Si en el contrato se hubiere estipulado el derecho de rescisión a favor de una o de ambas partes, la seña tendrá únicamente la función de retribución de la rescisión. En este caso, el que rescindiere perderá la seña dada o deberá restituir el doble de la recibida”.

En México, en el Código Civil no están reglamentadas las arras (el contrato o el pacto), sin embargo, no están prohibidas y su celebración es perfectamente posible, dentro del marco legal, si se toma en cuenta el contenido de los artículos 1839 que señala que “los contratantes pueden poner las cláusulas que crean convenientes”, y el 1858 que establece que “los contratos que no están especialmente reglamentados en este código, se regirán por las reglas generales de los contratos, por las estipulaciones de las partes y, en lo que fueren omisas, por las disposiciones del contrato con el que tengan más analogía de los reglamentados en este ordenamiento”.

“En Roma también existieron las *arras sponsaliciae* que si se cambiaban entre los novios, tenían el efecto de que la parte que, por culpa, no cumplía la promesa, quedaba obligada a restituir las arras recibidas y luego, primeramente a razón del cuádruple y luego, a razón del doble.” (Dr.

Héctor Masnatta. "Arras", voz publicada en la *Enciclopedia Jurídica Omeba*, tomo I, p. 781, Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, Argentina, 1990.)

ARRAHA DANDA, PACTUM DE.—En las legislaciones que reglamentan el pacto o el contrato de arras, si se exige la entrega del bien para su perfeccionamiento, el contrato o el pacto que simplemente creara la obligación de entregar la cosa, sería un contrato preparatorio o preliminar de arras al que se le da el nombre de *pactum de arraha danda*.

CAPITULACIONES MATRIMONIALES.—Son los contratos civiles que celebran los futuros contrayentes, o cónyuges, para regular entre ellos la propiedad y la administración de sus bienes durante su matrimonio.

De conformidad con el artículo 98 es necesario presentar este contrato al momento de la celebración del matrimonio y señala el precepto, aun cuando los pretendientes carecieren de bienes, pues en ese caso, versará sobre los que adquieran durante el matrimonio. No obstante este requerimiento, no debe confundirse la celebración de las capitulaciones matrimoniales con el cumplimiento de las solemnidades del matrimonio. Puede darse el caso de que se realice un matrimonio y no se hayan celebrado capitulaciones matrimoniales, y no es sensato concluir que por esa omisión el matrimonio es inexistente. En la práctica, en el Distrito Federal, durante los primeros años de vigencia del actual Código Civil, se realizaron muchos matrimonios sin la presentación de capitulaciones matrimoniales, y ello se debió a que en esos años —1932 a 1936— los oficiales del Registro Civil no estaban acostumbrados a esos documentos, porque durante la vigencia de los códigos de 1870 y 1884, no era indispensable esa presentación, porque existía el régimen supletorio de la sociedad legal; porque a partir del año de 1917, con la vigencia de la Ley sobre Relaciones Familiares, hasta 1932 en que entró en vigor el actual código, el único régimen patrimonial en el matrimonio era el de separación de bienes y por ello no era posible la celebración de capitulaciones matrimoniales, y por último, porque no era indispensable que tales funcionarios fueran licenciados en derecho y por no tener un concepto claro de esa necesidad en la ley, no estaban capacitados para formular esas capitulaciones y dar una asesoría adecuada a los contrayentes, y las autoridades superiores no les proporcionaban los formatos que ahora se ponen a la vista de los interesados.

Los regímenes matrimoniales son los marcos legales que precisan el alcance de las capitulaciones matrimoniales y contienen reglas supletorias a la voluntad de las partes. El Código Civil actual sólo estructura dos regímenes: el de sociedad conyugal y el de separación de bienes, y por ello impone la necesidad de que las capitulaciones matrimoniales se celebren bajo uno u otro régimen (178) aun cuando autoriza un régimen mixto (189 fracciones IV, V y VI).

Si se realiza un matrimonio y los cónyuges no celebran en su momento

ni han celebrado capitulaciones matrimoniales, ese matrimonio es existente y válido, y por lo que ve al régimen patrimonial que lo rige, debe concluirse que es el de separación de bienes y ello porque aún cuando el Código Civil no contiene un régimen supletorio, el de sociedad conyugal implica el hacer partícipe a un cónyuge de los bienes, de los productos, de los frutos, del producto del trabajo, de las plusvalías y/o de las ganancias del otro, y ello significa un menoscabo, pérdida, privación o despojo de sus derechos, sin la existencia de una determinación de juez competente y por ello una violación a sus derechos públicos subjetivos (garantías individuales), consagradas en los artículos catorce y dieciséis constitucionales.

El régimen que evita problemas y conflictos conyugales, familiares, sucesorios y en general sociales, es el de separación de bienes. Cuando las personas se casan y celebran capitulaciones matrimoniales bajo ese régimen, sus relaciones respecto a los bienes son claras: cada uno es dueño de los bienes a su nombre, bajo las bases y modalidades establecidas en el Código Civil para todos los propietarios y tiene su libre administración. Además, al casarse bajo éste régimen existe la posibilidad entre los cónyuges de poner los bienes a nombre de uno, del otro o de ambos y poderse hacer entre ellos donaciones y celebrar toda clase de contratos y recibir donaciones de sus parientes, sin el recelo de que participe en ellos el cónyuge. A esto obedece que entre las clases culturalmente elevadas y entre los estudiosos sea el régimen preferido y en la práctica lo común y normal es el conocer el cambio de capitulaciones de sociedad conyugal al régimen de separación de bienes y no al revés (excepto en casos raros de varones oportunistas o avanzados).

Conforme a la reglamentación actual del Código Civil, si una persona casada celebró capitulaciones matrimoniales bajo el régimen de sociedad conyugal, los bienes que adquiera por herencia, legado o don de la fortuna, están y quedan afectos a ese régimen, a menos que en los términos de la fracción IV del artículo 189 al celebrarse las capitulaciones se hubieren excluido expresamente. La confusión que puedan tener algunas personas al considerar que tales bienes no quedan afectos a la sociedad conyugal, obedece a que en los códigos civiles de 1870 y 1884 tales bienes no quedaban afectados al régimen de la sociedad legal, si ésta era la que regía el matrimonio (ver artículos 2132 y 2133 del código de 1870 y 1900 y 2000 del de 1884) y a que existen algunas legislaciones (ver el Código Civil de Sonora) que las excluye de la sociedad conyugal.

A partir de la fecha en que se derogaron los artículos 174 y 175 del Código Civil (*Diario Oficial* del 06-01-94) la celebración del convenio de disolución de sociedad conyugal, su liquidación y la celebración de capitulaciones matrimoniales en separación de bienes, es muy ágil, ya que no requiere de autorización judicial y sólo si los esposos pactan hacerse

copartícipes o transferirse la propiedad de bienes que ameriten el requisito de la escritura pública para que la transmisión sea válida, se harán con esa formalidad (184, 185 y 186) y si no, bastará la forma de documento privado, sin requerir de testigos ni de ratificación de firmas (98 frac. V, 189 y 211), aunque para efectos de prueba, es conveniente en todo caso celebrar el convenio en escritura pública.

Los bienes adquiridos por un casado bajo el régimen de sociedad conyugal están afectos a ese régimen, pero no son copropiedad de ambos cónyuges. Así, un mexicano casado con extranjera, puede adquirir válidamente toda clase de bienes inmuebles en zona restringida, y la esposa no adquiere derechos como copropietaria. Al disolverse la sociedad conyugal (por convenio, por divorcio o por defunción), se sumará el activo de los bienes a ella afectos, se dividirá conforme a lo pactado entre ellos o supletoriamente conforme a la ley y se aplicará a los cónyuges los bienes que paguen su porción, no pudiendo aplicarse en este caso a la señora el bien ubicado en tal zona, que se aplicará al varón o se venderá para repartirse el precio.

Los bienes que adquiera por herencia, legado o don de la fortuna una persona casada, son propios si su matrimonio lo celebró bajo el régimen de separación de bienes.

Si esos bienes los adquiere estando casado bajo el régimen de sociedad conyugal, deben distinguirse los siguientes supuestos:

A. Si el matrimonio se celebró antes del primero de junio de 2000 (fecha en que entró en vigor el Decreto publicado en la *Gaceta Oficial del Distrito Federal* que creó o modificó, entre otros el artículo 182 quintus y la fracción IX del 189 del Código Civil para el Distrito Federal) y los bienes los adquirió antes de esa fecha, tales bienes están afectos al régimen de sociedad conyugal, con todas las consecuencias legales que esa situación implica, ya que el código indicaba que todos los bienes adquiridos durante el matrimonio forman parte de la sociedad conyugal, criterio que fue confirmado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación. (Jurisprudencia 31/94 Tercera Sala. 8ª. Época. *Gaceta* no. 83 Noviembre de 1994. Pág. 22 Contradicción de Tesis 6/94.

B. Si el matrimonio se celebró del primero de junio de 2000 en adelante, los bienes se adquieren durante el matrimonio y en las capitulaciones matrimoniales no se pacta nada respecto a esa forma de adquirirlos (por herencia, legado o don de la fortuna), los bienes pertenecen en propiedad exclusiva al cónyuge adquirente.

C. Si el matrimonio se celebró del primero de junio de 2000 en adelante, los bienes se adquieren durante el matrimonio y en las capitulaciones matrimoniales se pacta expresamente que forman parte de la sociedad

conyugal, los bienes adquiridos por cualesquiera de los cónyuges por herencia, legado o don de la fortuna, todos los bienes forman parte de la sociedad conyugal.

D. Si el matrimonio se celebró antes del primero de Junio de 2000 y los bienes se adquieren después de esa fecha, sin haber modificación a las capitulaciones matrimoniales, cuando falten las capitulaciones o haya omisión o imprecisión (182 bis), los bienes adquiridos por cualesquiera de los cónyuges por herencia, legado o don de la fortuna, pertenecen en propiedad exclusiva al cónyuge supérstite.

Para que los bienes adquiridos en esa forma y bajo los supuestos del inciso D formaran parte de la sociedad conyugal, sería necesario que los cónyuges hubieran modificado o celebrado capitulaciones matrimoniales en tal sentido. Si no lo hicieron se entiende que tácitamente admitieron y admiten las nuevas disposiciones del Código Civil en vigor.

CENSO.—Es el contrato por virtud del cual, una de las partes llamada censatario, se obliga a pagar a la otra llamada censalista, una pensión anual que puede ser en frutos o en dinero, por habersele transferido el dominio de un bien inmueble o de una suma de dinero.

En la práctica, esta figura funcionaba como una garantía real para el cumplimiento de una obligación de pagar cierta cantidad de dinero. El acreedor (censalista) adquiriría el derecho a recibir una pensión anual de su deudor (censatario) como consecuencia de haber entregado (en mutuo) una suma de dinero, o de haberle entregado un inmueble como consecuencia de una compraventa y adeudarle parte del precio.

“Llamamos censo al contrato por medio del cual se adquiere el derecho de percibir una pensión anual mediante la entrega de alguna cosa, y también al mismo derecho de percibir la pensión; y por consiguiente la escritura de censo o censual es aquella en que se extiende el referido contrato o se consigna el mencionado derecho. El censo se divide en consignativo, reservativo y enfiteúutico, que es el más antiguo”. (*El novísimo escribano instruido*. México, Imprenta y Encuadernación de A. de J. Lozano, 1892, p. 279).

Son elementos del censo:

El capital o suma de dinero que debía el censatario al censalista (capital impuesto).

El bien sobre el que se imponía el capital, que debía ser siempre un inmueble que era la garantía para el pago, el que debía ser productivo para que estuviera el censatario en posibilidad de pagar la pensión, y

La pensión que debía el deudor, llamado censatario.

No obstante que el censo era una garantía real para el cumplimiento

de obligaciones, los códigos civiles de 1870 y de 1884 que lo reglamentaban como una garantía de cuarta clase, entre los créditos que figuraban en escritura pública, lo que motivaba a los acreedores a establecer siempre en forma adicional, una garantía hipotecaria sobre el inmueble involucrado en el contrato. (Art. 1960 del C. C. de 1884). Por ser una garantía real, se aplicaban al censo las normas de la hipoteca en forma supletoria.

CENSO CONSIGNATIVO.—“Se llama consignativo el censo, cuando el que recibe el dinero consigna al pago de la pensión la finca cuyo dominio pleno conserva.” (Art. 3067 del C. C. de 1884).

Para que el censo pudiera considerarse como consignativo, era necesario que el rédito o pensión se pagara en dinero, para evitar los abusos que pudieran cometerse sobre la precisión de la pensión, al valuar otros bienes que no eran dinero.

CENSO ENFITÉUTICO.—Aun cuando en Roma ya se tenía noticia del censo enfiteúutico o enfiteusis, que eran concesiones que hacía el Estado romano y los emperadores a los patricios de la tierra pública, esta figura tiene una aplicación amplia con posterioridad. “En la época justineana, la enfiteusis es un derecho real, enajenable y transmisible a los herederos, que atribuye un poder prácticamente análogo al de la propiedad, pero sobre una cosa ajena, mediante el pago de un canon por año. La enfiteusis, hacer plantaciones, es una institución del mundo griego, aun cuando su contenido esencial tiene antecedentes en las concesiones de terrenos del Estado o de otros entes públicos hechos a los particulares... Deberes del enfiteuta son: pagar el canon anual; no deteriorar el fundo, soportar las cargas o tributos que graven sobre éste, notificar al propietario su propósito de enajenar el *ius emphyteuticum*, para que haga uso, si quiere, del derecho de preferencia frente a cualquier tercero adquirente. El incumplimiento de tales deberes —en orden al pago, si se trata de la falta de abono durante tres años—, faculta al propietario para despojar al enfiteuta de su derecho” (Iglesias, Juan, *Derecho romano. Instituciones de derecho privado*, libro segundo, derechos reales, pp. 364 y 266).

La enfiteusis puede decirse que es una institución feudal. Su utilización se generaliza en la Edad Media (siglos V a XV). El señor feudal basaba su poder y señorío en la propiedad de la tierra, y por ello no concebía la posibilidad de desprenderse de ella a través de enajenaciones plenas o absolutas, pero como no podía cultivar y hacer producir sus bastos dominios por sus propios medios, consideró la necesidad de darlos a sus vasallos, para que éstos los trabajaran y los hicieran producir, para que pudieran mantenerse y pagar un tributo al señor. Se idearon los conceptos de “dominio directo” y “dominio útil”, que era la forma de enfeudar el bien inmueble. El señor conservaba siempre en dominio directo y concedía al vasallo el dominio útil, ya sea a perpetuidad o por plazos muy amplios, a

cambio de que se le pagara un canon o renta generalmente anual y se le reconociera el dominio del bien. Así aseguraba su señorío: por un lado era el dueño de la heredad y por otro, recibía fondos para mantener su nivel de vida. Esta terminología se conserva en la actualidad. El artículo 27 Constitucional señala: “En una faja de cien kilómetros a lo largo de las fronteras y de cincuenta en las playas, por ningún motivo podrán los extranjeros adquirir *el dominio directo* sobre tierras y aguas”.

La enfiteusis hacía referencia a predios rústicos. Se utilizaba para que el enfiteuta cultivara, plantara y en general hiciera producir predios rústicos, para obtener los satisfactores de su vida cotidiana y para poder pagar el canon, y podía enajenar y heredar su derecho.

“Etimológicamente ‘enfiteusis’ deriva de un término griego que quiere decir ‘plantar’, ‘cultivar’, ‘mejorar una tierra’. Jurídicamente, podemos definirla como el derecho real de cultivar un fundo y gozar de él de la manera más extensa, en forma perpetua o por muy largo tiempo, mediante el pago de una renta, generalmente anual, que se debe abonar al propietario.” “Podemos concretar los derechos y deberes del enfiteuta así: *Derechos*: posesión del inmueble, uso y goce del mismo en forma amplísima, puede alterar el destino y la sustancia, con la única limitación de que no puede degradarlo; puede transferir su derecho, debiendo dar aviso al propietario para que ejerza el derecho de ‘laudemio’ o ‘fadiga’; puede construir gravámenes sobre la cosa y transmitir su derecho a los herederos. Tiene acciones reales y posesorias. *Deberes*: el principal es el pago de la renta o canon, generalmente anual, que puede ser en dinero o en especie (por ejemplo un porcentaje de los productos); debe usar el inmueble como un ‘buen padre de familia’; debe pagar los impuestos que graven la cosa, se refieran o no a los frutos tanto ordinarios como extraordinarios; debe avisar al propietario en caso de que decida transmitir su derecho de enfiteusis informándole sobre las condiciones de la transferencia, a fin de que éste, si así lo desea, pueda adquirirlo ofreciendo lo mismo (este derecho del propietario se denomina ‘derecho de tanteo’ y permite volver a unir el dominio directo con el útil) y posteriormente fue concedido también al enfiteuta para el caso de que el propietario quisiera enajenar el dominio directo, o en caso de no querer adquirirlo para que ejerza el derecho de ‘laudemio’, ‘luismo’ o ‘fadiga’, que consiste en un porcentaje del valor de la venta que el nuevo enfiteuta debe abonar, de una sola vez, al ‘dominus’ y que implica el reconocimiento, por su parte, del señorío del propietario.” (Mariani de Vidal, Marina, *Derechos reales de disfrute sobre la cosa ajena*, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, s/f. pp. 31 y 32.

“Se llama enfiteutico el censo cuando la persona que recibe la finca adquiere sólo el dominio útil de ella, conservando el directo el que recibe la pensión”. “El que recibe la pensión se llama dueño y el que la paga, enfi-

teuta". (Arts. 3068 y 3070 del C. C. de 1884). Los términos "censo enfiteútico" y "enfiteusis" son sinónimos.

La enfiteusis, por ser una figura de tradición imperial romana y feudal fue suprimida en Francia a partir de su Gran Revolución y se conservó y reglamentó en nuestro país en la legislación española y en los códigos civiles de 1870 y 1884, porque había propiedades muy extensas, y una gran población necesitada de terrenos productivos y una gran pobreza en la mayor parte de los habitantes, les impedía adquirir en propiedad plena esos inmuebles y además porque se procuró atemperar en la legislación los graves daños que esta figura acarreaba en Europa.

La enfiteusis fue confundida muchas veces con los contratos de compraventa en abonos o con los contratos de arrendamiento y por ello fue tan difícil el estudio de su naturaleza jurídica.

En el censo enfiteútico se permitía el pago de la pensión en frutos producidos por la finca afectada. (Art. 3240 del C. C. de 1870 y 3101 del C. C. de 1884).

Son obligaciones del dueño: conceder el uso y goce del bien al enfiteuta, responder del saneamiento en caso de evicción, y dar aviso al enfiteuta en caso de venta del predio, para que haga uso de su derecho del tanto.

Son derechos del enfiteuta: el derecho a usar y gozar del predio y poder disponer de su derecho, incluso para hipotecarlo, siempre que al devolverlo (cuando legalmente proceda) lo haga libre de gravámenes, si el dueño no consintió en ellos; el derecho del tanto, en caso de venta del bien, por parte del dueño; el derecho a cobrar las mejoras que hayan aumentado el valor del bien, si la enfiteusis termina por comiso, y el derecho a reducir la pensión o en su caso a no pagarla, si el predio se destruye o deteriora en parte o en caso de esterilidad extraordinaria.

Por último, son obligaciones del enfiteuta: pagar las contribuciones prediales y las personales impuestas por razón del predio, dar aviso al dueño en caso de venta o cesión de sus derechos, pagar puntualmente las pensiones convenidas y denunciar al dueño el juicio en que se pusieren en peligro sus derechos.

CENSO RESERVATIVO.—Cuando el censalista (acreedor) transmitía al censatario todo el dominio directo y útil del bien y sólo se reservaba el derecho a la pensión, al censo se le llamaba reservativo.

"El censo reservativo fue también proscrito de nuestra legislación por el artículo 3212 del Código Civil, que declara que si uno diere a otro en pleno dominio una cosa inmueble, reservándose sólo una pensión, el contrato se considerará como una venta a plazo, que no podrá pasar de diez años, y se regirá por las disposiciones del contrato de compraventa." Mateos Alarcón, Manuel, *Estudios sobre el Código Civil del Distrito Federal promulgado en 1870*, tomo V, Imp. de Díaz de León, Sucs, México, 1896.

CLAUDICANTE, CONTRATO.—Es aquel que se considera defectuoso por haber sido celebrado por un incapaz o por una persona con vicios en la voluntad. Victorio Neppi, en la nota de coordinación número 39 del capítulo II de la obra *Doctrina general del contrato* de Francisco Messineo, señala: “El Art. 1441 primera parte del Código Civil italiano declara que la anulación del contrato claudicante puede ser pedida sólo por el incapaz ‘en cuyo interés’ dicha anulación se halla establecida por la ley. Una expresión similar se encuentra en el artículo 1048 del Código Civil argentino”.

COLONATO.—Es el contrato por el cual una de las partes se obliga a conceder el uso y goce temporal de una finca rústica o de alguno de sus aprovechamientos, con la intención de que se destine el objeto del contrato a una explotación agrícola o ganadera, a cambio de una contraprestación o renta. Este contrato en ocasiones se asimila al arrendamiento de fincas rústicas y en otras al de aparcería. Para mayor información, puede consultarse el *Tratado de derecho civil español*, de Federico Puig Peña, tomo IV de las Obligaciones y contratos. vol. II, 2a. ed., *Revista de Derecho Privado*, capítulo X, Contrato de Colonato, pp. 257 y sigs.

COMISO.—Es el derecho que tenía el dueño en la enfiteusis (censo enfiteútico) de apoderarse de la cosa acensuada cuando el enfiteuta dejaba de pagar la pensión por tres años consecutivos; cuando deterioraba el predio de modo que perdía una cuarta parte de su valor y cuando el enfiteuta pretendía enajenar (de hecho enajenaba) la finca, sin darle aviso para que ejercitara su derecho del tanto. (Arts. 3123, 3125 y 3138 del C. C. de 1884).

COMPRADOR, PACTO DE MEJOR.—Ver *Pactum in diem addictio* o *pactum addictiones in diem*.

CONCESIÓN.—Los autores no se ponen de acuerdo para dar un concepto uniforme de concesión.

Para el maestro Miguel Acosta Romero “es el acto administrativo discrecional por medio del cual la autoridad administrativa faculta a un particular: 1. Para utilizar bienes del Estado dentro de los límites y condiciones que señale la ley, y 2. Para utilizar y explotar un servicio público, también dentro de los límites y condiciones que señale la ley”.

Para el maestro Gabino Fraga “es el acto por el cual se concede a un particular el manejo y explotación de un servicio público o la explotación y aprovechamiento de bienes del dominio del Estado”.

Para el maestro Ernesto Gutiérrez y González es:

Un acto jurídico, tipo guión administrativo, discrecional, por el cual una persona que debe prestar un servicio público, o es propietaria de ciertos bienes, en-

comienda temporalmente, bajo su control y vigilancia, a una empresa designada concesionaria, para que ésta obtenga una ventaja pecuniaria, la prestación del servicio público en beneficio directo e inmediato de la colectividad, o la explotación de los bienes en beneficio directo del concesionario, e indirecto de la misma colectividad (*Derecho administrativo y derecho administrativo al estilo mexicano*, Porrúa, México, 1993, p. 720).

Para el maestro Serra Rojas, “la concesión es un acto administrativo por medio del cual la administración pública federal confiere a una persona una condición o poder jurídico para ejercer ciertas prerrogativas públicas con determinadas obligaciones y derechos, para la explotación de un servicio público, de bienes del Estado o los privilegios exclusivos que comprenden la propiedad industrial”. Serra Rojas, Andrés, *Derecho administrativo*, quinta edic., Impresora Galve, S. A., México, D. F., 1972, segundo tomo, p. 961.

De lo expuesto puede considerarse que para que exista concesión, se requieren varios elementos:

1. Una persona (ya sea el Estado o una entidad federativa, o un particular) propietaria de bienes o titular de derechos susceptibles de producir frutos o encargada de prestar un servicio público.

2. Otra persona, llamado concesionario, que pretenda explotar los bienes, derechos o la prestación del servicio público en su beneficio y en provecho de la colectividad.

3. La autorización de la primera para que la segunda realice esa explotación, y el compromiso de la segunda, para realizarla, bajo la vigilancia y supervisión de aquélla.

4. Cuando no intervienen entes públicos, la contraprestación que debe el concesionario al titular de los derechos o propietario de los bienes. Cuando el concedente es un ente público, el Estado o una entidad federativa, puede no haber contraprestación o existir en forma de derechos, y

5. La forma que debe revestir el negocio. Normalmente la concesión reviste la forma de un acto unilateral, especialmente cuando la autorización proviene del Estado, que permite a través de ella la explotación del servicio público o de bienes del dominio público, aun cuando siempre se requiere el consentimiento del concesionario para la explotación que hará bajo la vigilancia y supervisión del Estado. Cuando la autorización proviene de un particular, su forma es un contrato.

CONSORCIO, CONTRATO DE.—El Código Civil italiano de 1942, en su artículo 918 permite la constitución y organización a través de contrato, de “consorcios voluntarios” de fundos propios que quieran reunir y usar en común las aguas que procedan del mismo cauce de alimentación de cauces contiguos. Ver el código indicado.

CULPA.—La culpa es un estado mental o psicológico, superable, que origina una actividad o inactividad traducida en hechos o abstenciones que, aunque lícitos en sí, producen consecuencias dañosas a otras personas, y que su autor no las evitó por imprevisión, negligencia, por falta de reflexión o de cuidado, por no hacer las investigaciones convenientes o por impericia en el oficio o disciplina cuyo conocimiento es necesario para que el hecho no produzca daño.

Opinión en diversos códigos.

México. El Código Civil mexicano no da un concepto de culpa ni precisa las circunstancias o situaciones en que pueda darse. El artículo 1910, en el capítulo “De las obligaciones que nacen de los actos ilícitos”, señala: “El que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro, está obligado a repararlo a menos que demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima”, y el 2025 en el capítulo “De las obligaciones de dar”: “Hay culpa o negligencia cuando el obligado ejecuta actos contrarios a la conservación de la cosa o deja de ejecutar los que son necesarios para ella”.

Un artículo que sí precisa esas circunstancias o situaciones relacionadas con la culpa y del que se tomó la mayor parte del concepto arriba señalado, es el número 11 del Código Penal de 1871: “Hay delito de culpa cuando se ejecuta un hecho o se incurre en una omisión, que aunque lícitos en sí, no lo son por las consecuencias que producen, si el culpable no los evita por imprevisión, por negligencia, por falta de reflexión o de cuidado por no hacer las investigaciones convenientes, por no tomar las precauciones necesarias o por impericia en un arte o ciencia cuyo conocimiento es necesario para que el hecho no produzca daño”.

Portugal. El Código Civil portugués establece en la sección quinta “Responsabilidad civil”, subsección primera en los artículos 483 y 487: “1. Aquel que con dolo o culpa viole ilícitamente un derecho de otro, o cualquier disposición legal destinada a proteger intereses ajenos, queda obligado a indemnizar por los daños resultantes de esa violación. 2. También existe obligación de indemnizar independientemente de que exista culpa, en los casos especificados en la ley”.

“1... 2. La culpa se apreciará a falta de otro criterio legal, por la diligencia de un buen padre de familia en vista de las circunstancias en cada caso”.

España. El Art. 1104 del Código Civil español, en el capítulo “De la naturaleza y efecto de las obligaciones”, dispone: “La culpa o negligencia del deudor consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar”.

“Cuando la obligación no exprese la diligencia que ha de prestarse en

su cumplimiento, se exigirá la que correspondería a un buen padre de familia.”

Argentina. El artículo 512 del Código Civil argentino en el título “De la naturaleza y origen de las obligaciones” establece: “La culpa del deudor en el cumplimiento de la obligación consiste en la omisión de aquellas diligencias que exigiere la naturaleza de la obligación y que correspondiesen a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar”.

DISTRATO.—La extinción de un negocio jurídico por común acuerdo entre las partes. Es una hipótesis de “rescisión”. Mosset Iturraspe, Jorge, *Teoría general de contrato*, Ediciones Jurídicas Orbir, Rosario, Argentina, 1970, p. 384.

ENFITEUSIS.—Ver “censo enfitéutico”.

ESTIMATORIO, CONTRATO.—El Código Civil italiano de 1942 conceptúa este contrato en su artículo 1556, en los siguientes términos: “1556. —Notión—. Por el contrato estimatorio una parte entrega una o varias cosas muebles a la otra, y ésta se obliga a pagar el precio, salvo que restituya las cosas dentro del término establecido”. (Quien recibe las cosas queda obligado al pago del precio si su restitución se vuelve imposible, aunque sea por causas no imputables a él —Art. 1557—. Quien las ha entregado no puede disponer de ellas, mientras no le sean restituidas y el que las recibió puede válidamente disponer de ellas, pero sus acreedores no pueden embargarlas o secuestrarlas mientras no se haya pagado su precio —Art. 1558—.)

“*Contractus aestimatorius*. Hay *aestimatum* cuando una persona entrega a un tercero una cosa estimada en cierto precio y conviene con él en que la venda y le entregue el precio fijado, o bien la cosa misma si no pudo venderla. Si el tercero la vende más caro, guardará la diferencia, y si la vende a menos del precio deberá en todo caso pagar la cantidad en que se le estimó”. Aguilar, Antonio, *Los contratos mixtos y los contratos innominados*, publicación especial (civil), lecturas de Anales de Jurisprudencia, Tribunal Superior de Justicia del D. F., México, D. F., 1992, p. 59.

INEFICACIA ABSOLUTA.—Se ha indicado que existen violaciones tan graves al orden jurídico, o que el legislador en determinado momento o por alguna circunstancia de la época considera extremadamente graves, que no desea permitir que un acto celebrado en su contravención produzca efectos y que si llega a producirlos, se reconozca casi inmediatamente por el juez, que no debieron producirse, y se reconozca que debe tratarse el asunto en cuestión como si no se hubieran producido, destruyéndolos de inmediato.

Las fórmulas que el legislador ideó para sancionar a tales actos, son las expresiones “se tendrán por no puestas”, y hay ocasiones en que agrega “y no producirán efecto legal alguno”, y “no podrán producir efecto alguno”.

En este sentido, expresa el artículo 2448 del Código Civil: “Las disposiciones contenidas en los artículos 2448-A, 2448-B, 2448-G y 2448-H son de orden público e interés social, por tanto son irrenunciables y en consecuencia cualquier estipulación en contrario se tendrá por no puesta”; y el mismo artículo, antes de su última reforma, expresaba: “Las disposiciones de este capítulo son de orden público e interés social. Por tanto son irrenunciables y, en consecuencia, cualquier estipulación en contrario se tendrá por no puesta”. (Ver la crítica a este artículo antes y después de la reforma en el texto del libro.)

En materia de testamentos existen varias disposiciones en el Código Civil con la misma expresión:

Art. 1355.—La condición de no dar o de no hacer se tendrá por no puesta. La condición de no impugnar el testamento o alguna de las disposiciones que contenga, so pena de perder el carácter de heredero o legatario, se tendrá por no puesta.

Art. 1358.—La condición impuesta al heredero o legatario, de tomar o dejar de tomar estado, se tendrá por no puesta.

Art. 1380.—...la designación de día en que deba comenzar o cesar la institución de heredero se tendrá por no puesta.

La Ley de Vías Generales de Comunicación, en su artículo 86 establece: “Las bases constitutivas de las sociedades que exploten vías generales de comunicación, los estatutos y reglamentos de sus relaciones con el público, se someterán a la aprobación de la Secretaría de Comunicaciones. Sin este requisito no podrán surtir efecto alguno, por lo que se refiere a la explotación de la vía de que se trata”.

Como se aprecia de los preceptos antes anotados, en ocasiones el legislador, con un criterio de permanencia, llama la atención a faltas graves al orden jurídico y no desea que su contravención produzca efectos, y en otras, simplemente es la “flor del día”, la disposición que trata de congratular o agraciar a determinados sectores de la población, como en el caso del arrendamiento de fincas urbanas destinadas a la habitación, y establece el indicado remedio del “se tendrán por no puestas”.

Si llega a plantearse una controversia relacionada con una cuestión que encaje con la disposición legislativa del “se tendrá por no puesta”, el juez, simplemente deberá reconocer su aplicabilidad y declarar destruidos los efectos que pudieran haberse producido, sin necesidad de que se demande la nulidad del acto ni que el juez la decrete, y en todo caso el argumento debe aplicarlo el juez, aun supliendo la petición o queja de parte interesada. La disposición del legislador es determinante: como si no existiera violación, porque no existió pacto, porque aunque lo hubiera, se tuvo por no puesto.

INMATRICULACIÓN.—Para Carlos Cuevas (*Revista de la Asociación Nacional del Notariado*, revista núm. 83 Sep. 82) es el ingreso de una finca en el registro, la cual en el sistema español, tiene lugar mediante una primera inscripción de dominio, a diferencia de otros sistemas, como el alemán, en que la inmatriculación puede llevarse a cabo de oficio, basado en el catastro, concretándose a la descripción de la finca.

JOINT VENTURE, CONTRATO DE.—Esta figura no debiera mencionarse en este libro, ya que en él sólo deben tratarse contratos civiles, y éste es un contrato de naturaleza mercantil, que no reglamenta la legislación mexicana y cuyo nombre no es usual en la práctica del país; sin embargo, a petición de algunos alumnos y para darles un apoyo en sus estudios, se harán aquí algunas consideraciones sobre el mismo.

Es una tendencia que tiende a generalizarse entre los jóvenes abogados, utilizar una serie de expresiones que no se encuentran ni dentro de la legislación, ni muchas veces, en los libros técnicos jurídicos, pero que se consideran elegantes y bien vistas. Algunas de ellas pueden ser cambiadas por otras de uso más normal dentro del medio comercial y jurídico, pero hay algunas que por no tener una equiparación con prácticas o usos comerciales o con contratos reglamentados, se usan en su expresión extranjera de origen.

Así es común oír decir que un joven se dedica al derecho corporativo, en vez de decir que se está especializando en el manejo de sociedades mercantiles. También se oye hablar de “alianzas estratégicas empresariales”, de “cartas de intención” y de “pactos de caballero”, etc.

Joint venture es una expresión anglosajona que no tiene un significado preciso ni en los países de habla inglesa ni menos en los países latinos, en que no se ha reglamentado la figura. Se habla, por ejemplo, en ocasiones de contractual *Joint Venture* y en otras de *Partnership Joint Venture* o de *Corporate Joint Venture* y de *Equity Joint Venture*.

Como ya se dijo antes, para darle una idea aunque sea vaga, a los estudiantes de derecho, se dará a continuación un concepto y una visión de su utilización práctica.

El contrato de *Joint Venture* puede decirse que es aquel por virtud del cual las partes que en él intervienen establecen las bases, mecanismos y procedimientos para llevar a cabo un negocio o una serie de negocios participando en su manejo y control, con la finalidad de compartir los riesgos, las utilidades y las pérdidas.

A través de este contrato se busca aprovechar la experiencia, práctica lucrativa y conocimiento de las partes en una determinada rama de actividades industriales o comerciales, así como sus relaciones negociales, para integrar un mecanismo que les permita obtener un mayor poder de control en el ramo de esa actividad y obtener mayores ingresos. Se busca, y generalmente se consigue, no compartir riesgos y pérdidas, sino utilidades.

Es muy común en este contrato plantear o establecer las bases para la reestructuración de una empresa o para la creación de otras a través de la constitución o modificación de sociedades mercantiles.

Cuando dos grandes empresas pretenden explotar un mercado, en ocasiones celebran un contrato de *Joint Venture* para convenir en forma pormenorizada cuál será el ámbito de manejo y control de cada una de ellas en el negocio; cuáles serán sus espacios físicos de explotación (por ejemplo, un país una y otro país diferente la otra); cuál será la tecnología y en su casos los criterios de mercadotecnia que una dará a la otra, o cuáles serán los apoyos materiales o de conocimientos que se trasladarán, o en su caso cuáles serán los mecanismos o fórmulas que conservarán cada una, y en su caso, cuáles serán los procedimientos para dirimir controversias entre ellas, en caso de que se presenten, y en ese mismo acto, podrán decidir si es necesario crear una sociedad mercantil o varias.

El contrato de *Joint Venture* establece las bases para futuras acciones. Normalmente no genera obligaciones de dar, sino de hacer. Es fuente de otros contratos y de otras acciones, como aumentos de capital en empresas o cambios de administración o mayores controles.

Es muy importante considerar que este contrato generalmente prevee el grado de control y de manejo que cada una de las partes tendrá dentro del negocio convenido. Es natural que una de las partes quiera tener todo el control del negocio, todo su conocimiento y manejarlo en forma exclusiva, pero por medio de este contrato, se busca compartir ese manejo y establecer medidas de control y vigilancia de unos y otros. En esto fundamentalmente se diferencia este contrato del contrato de asociación en participación, en que una parte asociado aporta bienes o servicios a la otra, el asociante, quien maneja y dirige el negocio y en su oportunidad le participa de las utilidades al asociado. En el de *Joint Venture*, es muy importante la distribución del manejo y control, y puede no haber aportaciones, sino la obligación de celebrar otros contratos en los que se impongan esas aportaciones, como sería la constitución de una sociedad, a la que unos aportarían unos bienes y otros bienes diversos.

Si se celebra un contrato de este tipo en el país, podría llamársele con toda propiedad "Contrato innominado mercantil". Lo importante es establecer cuáles son las obligaciones y los compromisos de las partes; su duración, sus causas de terminación y la forma de dilucidar controversias.*

LACTANCIA, CONTRATO DE.—Es el contrato por virtud del cual una de las partes, llamada nodriza, se obliga a amamantar a una criatura, y la otra parte se obliga a proporcionarle todos los elementos y medios que sean

* Bibliografía. Ver Arce Gargollo, Javier, *Contratos mercantiles atípicos*. Editorial Trillas, 2da. edic. México, D. F., 1989, pp. 189 a 219.

necesarios para que se le proporcione a la criatura alimento bueno y nutritivo y además pagarle, si así lo convienen, honorarios.

LAUDEMIO.—Es el derecho que tenía el dueño en la enfiteusis de cobrar un porcentaje (generalmente una quincuagésima parte y en ocasiones una décima) del precio de la venta, cuando el enfiteuta enajenaba el predio acensuado.

Este derecho se prohibió expresamente en la legislación mexicana del siglo XIX en los artículos 3240 y 3110 de los códigos civiles de 1870 y de 1884 por considerar que era un abuso, ya que el dueño no hacía las mejoras al predio, y ganaba por ellas cuando el enfiteuta lo enajenaba.

LEGITIMACIÓN.—“La legitimación consiste en el hecho de encontrarse el sujeto en una determinada posición, esto es, en un modo de ser del sujeto respecto de otros sujetos o con relación al bien o a los intereses que son materia del contrato.” Aguilar, Leopoldo, *Interpretación de las disposiciones legales que reglamentan la venta de cosa ajena en el Código Civil*. Publicación especial (civil) lecturas de Anales de Jurisprudencia, Tribunal Superior de Justicia del D. F., México, D. F., 1992, p. 7.

La legitimación y la capacidad son términos que van íntimamente ligados. La capacidad es una aptitud de la persona para ser titular de derechos y sujeto de obligaciones y, en su caso, para hacerlos valer por sí misma; en tanto que la legitimación es una cualidad del sujeto necesaria en la realización de un acto jurídico determinado o en relación con el bien como contenido de su prestación de dar en un negocio jurídico. La capacidad se ha dividido en capacidad de goce y de ejercicio, y a la cualidad del sujeto, antes precisada, se le ha llamado en nuestro medio capacidad especial.

Para Messineo, la legitimación para contratar “consiste en el hecho de encontrarse el sujeto en una determinada posición, esto es, en un modo de ser del sujeto respecto de otros o con relación al bien o a los intereses que son materia del contrato”. (Messineo, Francesco, *Doctrina general del contrato*, Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, Argentina, 1986, tomo I, p. 88.)

Por su parte, Betti señala que la legitimación para contratar es la “competencia para obtener o para sentir los efectos jurídicos de la regulación de intereses que se ha tenido presente: comparecencia que resulta de una específica posición del sujeto con respecto a los intereses que se trata de regular”.

En el Código Civil italiano de 1942 (como la mayor parte de los códigos civiles del mundo) en los artículos 774, 1261 y 1471 se establece como causas de falta de legitimación para contratar en primer lugar en la donación, cuando señala que no pueden hacer donaciones aquellos que no tienen la plena capacidad de disposición de los bienes propios; y las prohi-

biciones a los magistrados judiciales, abogados, procuradores y demás funcionarios que no pueden ser cesionarios de derechos sobre los cuales ha surgido controversia en que hayan intervenido, indica, bajo pena de nulidad; y las prohibiciones especiales para comprar de los administradores de los bienes del Estado y entes públicos, funcionarios públicos, personas que por ley o por acto de autoridad administren bienes ajenos respecto de tales bienes y de los mandatarios respecto de los bienes que les hayan encargado vender. En México, encontramos una falta de legitimación similar en los artículos 2276, 2279 y 2281, y la ley establece la sanción de nulidad en caso de contravención.

La legitimación también se refiere a la cualidad específica que debe tener todo contratante, respecto de los bienes que constituyen el objeto de los contratos, y así, el vendedor requiere estar legitimado, siendo propietario del bien, para celebrar el contrato de compraventa; el arrendador, debe tener la disponibilidad del uso o goce del bien, para estar legitimado, para celebrar el contrato de arrendamiento, y el profesor o profesional debe estar legitimado para celebrar el contrato de prestación de servicios profesionales. La falta de legitimación origina diversas consecuencias, tomando en consideración si se han entregado las partes prestaciones o no; si existe alguna posibilidad de cumplir de hecho en los términos convenidos el contrato o no, o si se trata de uno u otro contrato. Por ejemplo, si un profesional celebra un contrato de prestación de servicios profesionales respecto de una actividad que la ley requiera para su ejercicio título profesional y cédula con efectos de patente para su ejercicio y no lo tiene, no podrá cobrar honorarios, independientemente de que haya cumplido a satisfacción su labor.

También, determinados cargos requieren para su ejercicio que el titular esté legitimado. Así, un notario público de la Ciudad de México no puede actuar fuera de los límites del Distrito Federal, ya que no estaría legitimado; los funcionarios públicos pueden actuar en ausencia del superior jerárquico, pero no si está presente, etcétera.

En todos los supuestos de falta de legitimación, existe un problema de eficacia que habrá de resolver en vista del caso concreto, y no podría darse una solución global, como por ejemplo decir que los actos son nulos. Por que en algunos supuestos simplemente no se producen los efectos previstos por los autores del acto, en otros existe una sanción específica, como el no poder cobrar coactivamente honorarios y en otros sí serán nulos, aunque la nulidad no se haga valer en tribunales comunes.

METEORITO.—Los meteoritos son bienes del dominio público. Conforme a la reforma publicada en el *D. O.* del 29-VII-94 que adicionó la fracción XIII del Art. 2 de la Ley General de Bienes Nacionales, fue adicionada con la fracción XIII del Art. 2, según decreto publicado en el *D. O.* el

29-VII-94 en los siguientes términos: “Art. 2.—Son bienes del dominio público: ... XIII. Los meteoritos o aerolitos y todos los objetos minerales, metálicos, pétreos o de naturaleza mixta, procedentes del espacio exterior, caídos y recuperados en el territorio mexicano en los términos del reglamento respectivo”.

MINUTA.—Este término tiene dos acepciones. En México, minuta es un contrato que no reviste la forma establecida en la ley para su celebración. Lo común es llamar minuta al contrato de compraventa de un inmueble celebrado en documento privado, cuando la ley exige que debería haberse celebrado en escritura pública. El artículo 82 de la antigua Ley del Notariado para el Distrito Federal y Territorios (publicada en el *D. O.* del 23-II-46) establecía: “Art. 82. Se suprimen las minutas. En consecuencia los Notarios no autorizarán los documentos que con tal carácter les presenten los interesados”.

En el *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia Mexicanas* de D. Antonio de J. Lozano, Edit. por J. Ballesca y Compañía, sucesores, editores, México, 1905, señala que minuta es “el extracto o borrador que se hace de algún contrato u otra cosa, anotando las cláusulas o partes esenciales para copiarle después y extenderle con todas las formalidades necesarias a su perfección”.

En Argentina, minuta es el documento escrito en que constan las tratativas en la preparación de un contrato. Antes de celebrarse un contrato, es común que las partes traten algunos aspectos previos, que se relacionen y comenten situaciones que puedan precisar a futuro el contenido clausular de su contrato. A estos tratos se les llama “tratativas”, “preparler” o tratos previos. Cuando estas tratativas se asientan por escrito, al documento que las contiene se le llama minuta. “La minuta ha sido definida de modos diversos... Se mencionan, en primer lugar, las minutas que constituyen una simple promemoria o mero proyecto, redactado con base en las tratativas efectuadas hasta entonces; luego, aquellas que tienden a fijar por escrito el resultado aún parcial de las negociaciones y a predisponer el esqueleto del futuro contrato...” (Mosset Iturraspe, Jorge, *Teoría general del contrato*, p. 16. Obra ya citada en el texto.)

MOHATRA.—Es el negocio por el cual se encubre un préstamo o mutuo con una doble operación de compraventa. Han existido épocas en que se prohibió el préstamo con interés, y para evitar las sanciones se recurrió a esta operación de mohatra.

Opera de la siguiente forma: A, vendedor (y mutuante) vende a B, comprador (y mutuuario) un bien determinado en 120 pesos y el comprador se obliga a pagar ese precio dentro del plazo de 6 meses. A continuación, B vende a A el bien en 100 pesos, y éste paga el precio de inmediato.

Como se aprecia, se está encubriendo una operación de mutuo con in-

terés, que operaría como sigue: A da en mutuo a B la cantidad de 100 pesos, quien se obliga a devolverlos en un plazo de 6 meses con un interés del 20 por ciento.

Uribe Prada, José Antonio, explica así esta figura: "Si alguien necesitaba cien pesos, para hacerlos ingresar a su patrimonio acudía con el prestamista a una ficción por medio de la cual desarrollaba dos contratos de compraventa sucesivos, así: vendía a quien solicitaba el dinero una cierta cantidad de mercancía que le entregaba por un precio superior al real y que incluía no sólo el dinero que iba a prestar, sino sus intereses por el tiempo que demoraría la restitución y que éste quedaba debiendo, y después compraba por menor precio la misma mercancía que recibía materialmente de quien la había comprado, entregando al mutuuario como precio la diferencia, que era la cantidad que verdaderamente solicitaba en préstamo. De ese modo, dos compraventas sucesivas entre las mismas partes que actuaban directamente o mediante intermediarios, con la sola diferencia de precios en cada una de ellas, compraventas reales y verdaderas que dejaban satisfecha la moralidad de las partes, ocultaban un acto prohibido por la moral de la época como era el préstamo de dinero con interés, dejando sólo una deuda insoluble a cargo del mutuuario". (*Don Quijote abogado de la Mancha*, Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1978, p. 188).

NODRIZAJE, CONTRATO DE.—Ver Lactancia, contrato de.

NOTARIO.—Es el profesional del derecho encargado de una función pública consistente en recibir, interpretar y dar forma legal a la voluntad de las partes, redactando los instrumentos adecuados a ese fin y confiriéndoles autenticidad, conservando los originales de éstos y expidiendo las copias que dan fe de su contenido.

Concepto que como conclusión se tomó en el Primer Congreso de la Unión Internacional del Notariado Latino, celebrado en Buenos Aires, Argentina, en 1948.

NULIDAD DE LOS ACTOS JURÍDICOS.—La nulidad es una forma de ineficacia de los actos jurídicos. No es éste el lugar para hacer un estudio amplio de las nulidades y por ello sólo se harán los apuntes necesarios para encuadrar el tema dentro de las ineficacias.

Ya se indicó, pero es conveniente insistir, en que hablar de ineficacias, no significa que el acto no produzca efectos, sino que no los produce como originalmente lo previeron las partes al celebrarlo o el actor al realizarlo, o se producen los efectos previstos, pero éstos pueden ser modificados, o de hecho lo son, si por las circunstancias intervienen terceros que tengan interés en esa modificación.

Cuando se realiza un acto o se celebra un contrato que contravenga una disposición legal, puede decirse que tal acto o contrato es ilegal.

Como no puede dejarse al arbitrio de los particulares el cumplir con las disposiciones legales, si se realiza o celebra un acto ilegal, la ley establece un mecanismo de control consistente en una sanción: tal acto puede nulificarse; esto es, puede ser destruido mediante una acción jurisdiccional y cuando se declare así por el juez competente, las consecuencias serán que se destruyan también, en la medida de lo posible, los efectos que se hubieran originado, volviendo las situaciones o cosas al estado que guardaban antes de la celebración del acto ilegal. En otras palabras, puede decirse que los efectos de declarar nulo un acto por ilegalidad son el destruir retroactivamente sus efectos.

Por esto el estudio de las ineficacias cobra una singular importancia en el estudio de las nulidades. De ninguna manera se quiere dar a entender que un acto con posibilidad de ser declarado nulo no produce efectos. Sí los produce y los efectos son los normales, previstos en la ley cuando el supuesto jurídico que contiene es motivado o activado por ese acto y tales efectos pueden ser plenos, normales y permanentes, si no hay quien solicite la intervención del juez competente para declarar al acto nulo o si no obstante tal intervención, no se prueba la ilegalidad del acto. En todo caso los efectos son duraderos, mientras el juez no declara la nulidad y como consecuencia se destruyan retroactivamente.

Las ilegalidades tienen diversos grados. Las hay ligeras o subsanables y las hay graves, inadmisibles. Hay otras que, por la importancia de la materia de que tratan o por la trascendencia que les otorga, la ley no quiere sujetar a la declaración judicial de nulidad la destrucción de los efectos que pueden llegar a tener y simplemente impone que tales actos "se tendrán por no realizados" o la expresión "se tendrán por no puestas". En un punto aparte se tratará de estas ilegalidades.

En principio las ilegalidades simples o subsanables son sólo aquellas que la ley expresamente indica que pueden confirmarse y que la acción de nulidad prescribe en determinado tiempo; y adicionalmente que sólo pueden objetarlas los directa e inmediatamente interesados, como sucede en los actos en que interviene un incapaz, una persona con la voluntad viciada (por error, dolo o violencia) o quien en los términos de la ley ha sufrido de lesión; y así, el artículo 2228 señala que la nulidad por falta de capacidad o por causa de error, dolo, violencia o lesión, sólo puede invocarse por el incapaz o por el que ha sufrido esos vicios del consentimiento.

La falta de forma prevista en la ley, en principio no está sancionada y sólo exige que se dé la forma omitida. Es claro que debe probarse el acto realizado o celebrado sin forma, ya que de otra manera no podría decirse que se celebró y menos que se celebró sin forma, y para tal efecto ese acto debe constar de manera fehaciente. La ley indica que cuando la voluntad de las partes ha quedado de una manera indubitable, cualquiera puede pedir que se dé al acto la forma omitida.

Todas las ilegalidades diferentes a las precisadas en los dos párrafos anteriores son graves, inadmisibles, inaceptables. Se ha considerado que existen diversos tipos de normas jurídicas: imperativas, prohibitivas, dispositivas o interpretativas. Cuando el legislador redacta un precepto y establece una norma imperativa o prohibitiva lo hace no como una invitación a su cumplimiento, sino como un mandato que debe ser cumplido y no deja a la voluntad de los particulares su observancia o no. Por ello, si esa disposición no es acatada, la ley sanciona a las partes mediante la nulidad del acto, para destruir retroactivamente sus efectos y hacer responsable al violador de los daños y perjuicios causados a la otra parte, y esa nulidad es decisiva y por ello el acto no admite confirmación, la acción para hacerla valer no prescribe y puede hacerla valer todo interesado.

Es lógico y normal que los actos que pueden ser atacados por una acción de nulidad produzcan efectos y que esos efectos sean precisamente los que establece la ley para actos similares sin el vicio de los primeros, ya que debe existir una presunción de validez de todo acto jurídico; presunción que se impone por la buena fe y por un principio sano de legalidad basado en las buenas costumbres de la población.

NULIDAD.—Es la sanción que establece la ley a las partes por la realización o celebración de un hecho jurídico, que se origina por causas o situaciones anteriores o concomitantes a esa realización o celebración y que consisten en: *a)* Una contravención a una disposición de carácter imperativo o prohibitivo o contra las buenas costumbres; *b)* La falta de capacidad del autor o de alguna de las partes en el acto; *c)* La presencia de algún vicio en la voluntad de cualesquiera de las personas que intervienen en el acto, o *d)* La no satisfacción de la forma impuesta por la ley para la realización del acto, y que produce la terminación del acto y que se destruyan retroactivamente sus efectos.

Características:

1. Es una sanción.
2. Se origina por causas o situaciones anteriores o concomitantes a la realización del acto.
3. Los efectos siempre operan retroactivamente.

Clases:

A. Nulidad absoluta: Cuando de ella puede prevalerse todo interesado y no desaparece por la confirmación ni por prescripción. La causa es el supuesto contenido en el inciso *a)*.

B. Nulidad relativa: Cuando no se presenta alguno de los tres aspectos de la absoluta. La causa son los supuestos contenidos en los incisos *b)*, *c)* y *d)*.

C. Nulidad total: Cuando la sanción afecta la totalidad del acto.

D. Nulidad parcial: Cuando la sanción sólo afecta a determinadas cláusulas o partes del acto.

NULIDAD DE PLENO DERECHO.—Es aquella que no requiere de declaración judicial. Art. 616 del C.P.C.

PACTOS SUCESORIOS.—Conforme al artículo 1826 del Código Civil, la herencia de persona viva no puede ser objeto de los contratos, aun cuando ésta preste su consentimiento. Para claridad, los pactos relacionados con la herencia de persona viva pueden ser:

Institutivos: Una persona se obliga a instituir a determinada persona en su testamento a cambio de algo.

Renunciativos: Una persona renuncia en vida del causante a heredarlo.

Dispositivos: Una persona dispone de su derecho a heredar a cambio de algo.

Distributivos: Varias personas convienen la forma de distribuirse los bienes en una sucesión para evitar conflictos posteriores, en vida del causante.

PACTUM IN DIEM ADDICTIO. PACTUM ADDICTIONES IN DIEM.—Es el contrato de compraventa celebrado bajo la condición de quedar la operación sin efecto, si el vendedor consigue a otra persona que le dé un precio mayor por la cosa, dentro de un plazo determinado.

Los artículos 1369 y 1398 del Código Civil argentino disponen: “Pacto de mejor comprador es la estipulación de quedar deshecha la venta, si se presenta otro comprador que ofreciere un precio más ventajoso”, y “el pacto de mejor comprador se reputa hecho bajo una condición resolutoria, si no se hubiere pactado expresamente que tuviese el carácter de condición suspensiva”. En esta legislación no puede celebrarse el pacto tratándose de bienes muebles y debe limitarse a un plazo de tres meses.

El Código Civil mexicano no reglamenta este contrato, sin embargo, desde el punto de vista meramente civil, nada impide convenirlo; pero, los efectos que puede originar si se presenta el mejor comprador, crean serios problemas de carácter fiscal y registral, dando origen a la pretensión del fisco para el cobro de dobles impuestos y de la autoridad administrativa registral, del doble pago de derechos; independientemente de los problemas propios del pacto, para dar por deshecha la primera venta, por lo que, no obstante conocerse esa figura en el medio jurídico y notarial mexicano, no se practica.

El pacto tiene una gran utilidad en las relaciones sociales privadas y proporciona a las personas una gran seguridad y confianza, aun cuando no se acostumbra formalizarlo legalmente. Piénsese en el supuesto de que una persona tiene necesidad de vender un inmueble, para poder cumplir una obligación de pago del precio de su casa habitación, y un pariente o amigo le ofrece comprar el bien en un precio determinado, pero le da la oportunidad de buscar quien le mejore el precio en un plazo determinado.

PATENTE.—(Lo que es notorio, manifiesto, visible.) En general, es el documento que otorga la autoridad competente que justifica las aptitudes personales, en los términos de la ley, para ejercer una profesión u oficio. **PATENTE DE NOTARIO** es el título que otorga con fundamento en la ley la autoridad competente y que autoriza a una persona capaz en los términos de la propia ley, para ejercer la profesión notarial. **PATENTE DE CORSO** es la cédula o despacho que permite el corso contra piratas o enemigos exteriores (**CORSO** es la acción autorizada por los gobiernos para que los buques mercantes persigan a los piratas o a los buques enemigos).

De lo anterior se desprende que la patente es un documento que en ocasiones recibe diversos nombres: cédula, título, despacho, oficio, dando a entender que es un despacho notorio, visible, ostensible. Ese documento lo otorga siempre la autoridad con base en un precepto legal, esto es, debe tener un fundamento en la ley y por lo tanto, en principio, no debe ser su otorgamiento arbitrario. Además, implica siempre una autorización o permiso para realizar una actividad técnica o artística, y en el mundo moderno, generalmente una actividad profesional. Por ello, la persona a quien se otorga o concede una patente, debe estar capacitada para el ejercicio de la actividad autorizada, y esta capacidad debe justificarse conforme lo disponga la ley en que se apoya su otorgamiento.

No debe confundirse una patente con una concesión. (Ver “Concesión”).

La concesión la puede otorgar el Estado, una entidad federativa o un particular. La patente siempre la otorga el Estado o una entidad federativa, nunca un particular.

La concesión se otorga para la explotación de bienes o derechos susceptibles de producir frutos o para la explotación de un servicio público. La patente es para ejercer una profesión, no para explotarla. La función notarial no es un servicio público (Ver “servicio público”).

La concesión se otorga en atención a la capacidad económica y de organización del concesionario y además, normalmente se otorga a la persona física o moral que mejores ventajas ofrezca al Estado concesionante. La patente sólo se otorga a personas físicas y en atención a sus capacidades personales de tipo profesional.

El concesionario siempre actúa bajo la vigilancia y supervisión del concesionante en todos los aspectos de su actividad, especialmente los de carácter económico. En relación con las patentes, el Estado sólo vigila la actuación profesional del interesado.

PREARIO.—Es el asir o la detentación que tiene o hace una persona de una cosa sin tener un derecho sobre ella, y que concluye a voluntad del propietario.

No puede decirse que sea una posesión, porque este concepto tiene ya

una connotación precisa dentro de la legislación y produce efectos precisos señalados en la ley.

Quien tiene un bien en calidad de precario, no tiene ningún derecho sobre él, ni los adquiere después por esa simple detentación.

La ley no da un concepto de precario. El Diccionario de la Real Academia Española señala: “adj. De poca estabilidad o duración. 2. For. Que se tiene sin título, por tolerancia o por inadvertencia del dueño”.

Antonio Aguilar Gutiérrez, en su obra *Los contratos mixtos y los contratos innominados*, señala tres diferencias entre el precario y el comodato: A. En el comodato la cosa sólo puede exigirse al vencerse el plazo en el contrato; en el precario, en cualquier momento. B. El precarista puede ejercitar contra terceros interdictos posesorios; el comodatario no, y C. El comodatario responde aun de culpa leve en el cuidado de la cosa; el precarista sólo es responsable en caso de dolo o de culpa grave.

REBUS SIC STANTIBUS, CLÁUSULA.—Este tema ha recibido en doctrina diversos títulos: excesiva onerosidad sobrevenida, teoría de la imprevisión, estudio de la locución *rebus sic stantibus*, el riesgo imprevisible, y da a entender que los contratos pueden ser revisados judicialmente cuando cambian sustancialmente las circunstancias que existían al perfeccionarse, sin haberlo podido prever los interesados, haciendo las prestaciones de una de ellas significativamente más onerosas, para el efecto de modificar esos efectos perjudiciales, haciéndolos más equitativos o de plano para resolver el contrato.

Los contratos se celebran para ser cumplidos en sus términos. Esta regla descansa en el principio de obligatoriedad del contrato, que, independientemente de la posición que se adopte, dispone que las personas requieren de una base de certeza y de seguridad al relacionarse entre ellas, y ese fundamento es la conciencia clara y generalmente aceptada de que si se compromete a realizar una determinada conducta en forma libre y voluntaria, debe cumplir ese compromiso, y el contrato es un medio a través del cual se formalizan en forma cotidiana, ágil y al alcance de todos para lograr esos propósitos.

No obstante lo anterior, existen argumentos para considerar que los contratos, como cualquier compromiso hecho por un individuo, en ocasiones para preservar valores de igual o superior jerarquía, deber ser revisados para ajustarlos a las nuevas circunstancias que se presentan en la vida, tomando en consideración que si esas circunstancias hubieran existido al momento de la celebración del compromiso, o no se hubiera realizado o se hubiera hecho bajo bases diferentes. Piénsese por ejemplo en el voto de castidad vitalicio que hace un joven al entrar en alguna corporación religiosa, o el compromiso de vida en común que hacen los contrayentes al casarse.

La vida es un continuo devenir, un cambio constante, y por ello, es justificado pensar que si todas las situaciones y circunstancias que rodean a las personas y las que influyen en las relaciones legales dentro de una comunidad cambian, por qué ha de permanecer inmutable un compromiso y en su caso, un contrato. Claro, esta posición es muy peligrosa porque puede romper y de hecho rompe el principio de certeza y seguridad que debe imperar en todo orden jurídico; pero por la realidad que implica, por la necesidad de ajustar las obras culturales a los cambios de la vida, es necesario tomarla en consideración y, en su caso, si no adoptarla como un principio general, sí como tesis para atemperar, en ocasiones, los graves daños y la falta de reciprocidad de las prestaciones entre los contratantes, y para ello, puede ser útil una reglamentación cuidadosa que precise los casos y la forma de aplicación, sus consecuencias y motivos de improcedencia.

En México, la teoría de la imprevisión o de la excesiva onerosidad sobreviniente no tiene una aplicación y reglamentación general, sino sólo algunos aspectos de aplicación específica, cuando en el artículo 2455 del Código Civil, se señala que “el arrendatario no tendrá derecho a la rebaja de la renta por esterilidad de la tierra arrendada o por pérdida de frutos proveniente de casos fortuitos ordinarios; pero sí en el caso de pérdida de más de la mitad de los frutos, por casos fortuitos extraordinarios. Entiéndase por casos fortuitos extraordinarios, el incendio, guerra, peste, inundación insólita, langosta, terremoto u otro acontecimiento igualmente desacostumbrado y que los contratantes no hayan podido razonablemente prever”.

La idea de reglamentar este tema en el Código Civil Mexicano, no parece descabellada, si se toma en consideración que existen antecedentes importantes tanto doctrinales como legislativos (ver Mosset Iturraspe, Jorge, *Teoría general del contrato*, Ediciones Jurídicas Orbir, Rosario, Argentina, 1970, pp. 384 a 399; y códigos civiles argentino, polaco y otros).

En una reglamentación de esta materia, deben tomarse en cuenta las siguientes consideraciones:

A. Sólo debe establecerse en los contratos onerosos con ejecución diferida o de tracto sucesivo, dejando siempre a salvo las prestaciones cumplidas antes del cambio de las circunstancias que originen la revisión y las cumplidas antes de la solicitud de la revisión.

B. Que se dé por surgir acontecimientos extraordinarios e imprevisibles. Estos acontecimientos no deben restringirse en una enumeración restrictiva, sino dejarse abiertos para que pueda aplicarse a situaciones futuras no imaginadas hoy.

C. Que ese acontecimiento extraordinario determine una onerosidad excesiva para uno de los contratantes, haciendo su prestación inequitativa, frente a la prestación del otro. Es muy peligroso fijar objetivamente esa

desproporción u onerosidad, porque por un grado puede verse frustrado el derecho del interesado. Por ejemplo, el artículo 2455 del Código Civil antes transcrito indica que se pierda más de la mitad de los frutos; ¿la mitad de los frutos esperados por el arrendatario?, ¿la mitad de los obtenidos en el año anterior?, ¿la mitad de los que pudieran determinar peritos? ¿Y si sólo se pierde la mitad, pero no más de la mitad, procede el beneficio, y si la pérdida fue del cuarenta y nueve por ciento? Puede ser útil que la calificación de esta excesiva onerosidad se deje a la determinación judicial basada en criterios de peritos.

Entre otras son causas que originan una excesiva onerosidad, además de las señaladas en el art. 2455: las sequías, granizos, la inflación, deflación, alza de interés bancario, escasez en los mercados, etc. La devaluación frente a las monedas extranjeras es un tema que podría tener otro tipo de soluciones.

D. Que no exista culpa o mora del perjudicado. Este requisito también debe dejarse al criterio judicial, con base en la opinión de peritos.

E. Que el juez, en primer término, pueda modificar la prestación del perjudicado, haciéndola más equitativa frente a la contraprestación de la otra parte y evitando los perjuicios de esa excesiva onerosidad que sobrevino, en preferencia a la declaración de resolución del contrato, buscando su permanencia y conservación, y

F. Que la reglamentación dé acción tanto al perjudicado, como al beneficiado, para que el primero pueda demandar la modificación o resolución del contrato, y el segundo "ofreciendo mejorar los efectos del contrato" (Mosset Iturraspe, p. 297, *ob. cit.*,).

El Art. 1198 del Código Civil argentino que fue reformado por la Ley 17,711, sancionada y promulgada el 22-IV-68, indica:

1198.—Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosíblemente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión.

En los contratos bilaterales conmutativos y en los unilaterales onerosos y conmutativos de ejecución diferida o continuada, si la prestación a cargo de una de las partes se torna excesivamente onerosa podrá demandar la resolución del contrato. El mismo principio se aplicará a los contratos aleatorios cuando la excesiva onerosidad se produzca por causas extrañas al riesgo propio del contrato.

En los contratos de ejecución continuada la resolución no alcanzará a los efectos ya cumplidos.

No procederá la resolución, si el perjudicado hubiese obrado con culpa o estuviere en mora.

La otra parte podrá impedir la resolución ofreciendo mejorar equitativamente los efectos del contrato.

El artículo 1467 del Código Civil italiano de 1942 establece:

1467.—Contratos con prestaciones recíprocas. En los contratos de ejecución continuada o periódica o de ejecución diferida, si la prestación de una de las partes hubiere llegado a ser excesivamente onerosa por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte que deba tal prestación podrá demandar la resolución del contrato, con los efectos establecidos en el Art. 1458.

La resolución no podrá ser demandada si la onerosidad sobrevinida entrara en el área normal del contrato.

La parte contra quien se hubiere demandado la resolución podrá evitarla, ofreciendo modificar equitativamente las condiciones del contrato.

RESCISIÓN.—La facultad de desistimiento no sólo opera en actos monosubjetivos, sino también en los plurisubjetivos. Más específicamente opera en los contratos, siempre que se respete el mismo principio consistente en que desista quien intervino en el acto a extinguir. En los actos monosubjetivos sólo debe intervenir el actor, pero en los contratos, deben participar las dos o todas las partes que hayan intervenido en él.

Si dos personas celebran un contrato de compraventa, de arrendamiento, de mandato, etc., y posteriormente se arrepienten ambas de haberlo celebrado, y desean extinguirlo y se ponen de acuerdo para ello, conviniendo los términos de esa conclusión, no hay ni tiene porqué haber ninguna objeción.

Además, existen supuestos dentro del campo contractual, en que la ley o lo convenido por las partes autorizan a una de ellas a desistirse o a dar por terminado el contrato, sin su responsabilidad, y como tales causas las autoriza la ley o las convienen las partes, siempre serán lícitas.

No se está en el caso del ilícito del incumplimiento de obligaciones o de otro tipo de conductas ilícitas, sino del ejercicio de una facultad de desistimiento conjunta o de una facultad prevista en la ley o en el contrato. Por ello, es necesario darle a esta facultad un nombre que la distinga del ejercicio del derecho de dar por terminado un contrato por el incumplimiento de la otra parte. Si el Código Civil en su artículo 1949 indica que “la facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas para el caso del incumplimiento de una de las partes”, el término resolver debe utilizarse cuando haya incumplimiento, así como cuando se den los supuestos de las modalidades término y condición resolutoria y debe emplearse otro término para los supuestos de dar por terminados contratos por causas lícitas. Por ello, se ha escogido el de “rescisión”.

Se toma en consideración que ni la ley ni la doctrina mexicana han adoptado un criterio uniforme a este respecto y que indistintamente utilizan los términos de “resolución” y de “rescisión”; en ocasiones, para designar con ellos indistintamente a una o a otra figura y en otras para darle significados sinónimos. El maestro Manuel Borja Soriano señala que las

palabras resolución y rescisión son sinónimas (*Teoría general de las obligaciones*, Edit. Porrúa, México, 1982, p. 488). Por su parte, el maestro Ernesto Gutiérrez y González indica que “la rescisión es un acto jurídico unilateral por el cual se le pone fin, salvo que la ley lo prohíba, de pleno derecho *ipso jure* —sin necesidad de declaración judicial— a otro acto, bilateral, plenamente válido, por incumplimiento culpable, en éste, imputable de una de las partes”, y que resolución es “un acto jurídico por el cual, 1o. se priva de sus efectos, total o parcialmente para el futuro, a un acto jurídico anterior, plenamente válido, y 2o. los efectos pasados de éste, siendo lícitos, pueden o no quedar subsistentes, según la naturaleza del acto, o la voluntad de las partes” (*Derecho de las obligaciones*, 10a. edic., Edit. Porrúa, 1995, p. 636).

En este trabajo como en todos los del autor, sí se hace la distinción, y por ello, ahora se tratará de la “rescisión” con la connotación antes apuntada y ahora conceptuada.

RESCISIÓN.—Es un convenio por virtud del cual ambas partes, con proyección hacia el futuro, dejan sin efecto un contrato previamente celebrado entre ellas y declaran extinguidas sin su cumplimiento total, las obligaciones emanadas del mismo; o el acto monosubjetivo (de voluntad) por virtud del cual una persona, con base en un pacto contenido en un contrato o con fundamento en una disposición legal, deja sin efectos un contrato previamente celebrado y declara extinguidas con proyección hacia el futuro y sin cumplimiento total las obligaciones emanadas del mismo.

Características:

1. Se origina por causas o situaciones lícitas posteriores a la celebración del contrato.

2. Se requiere el ejercicio de una o de ambas voluntades libres, esto es no forzadas mediante una acción jurisdiccional.

3. Los efectos sólo se operan hacia el futuro.

Ejemplos:

a. Después de celebrado un contrato de compraventa, ya sea que se haya entregado la cosa o no, o que se haya pagado totalmente el precio o no, pueden las partes arrepentirse y deshacer la operación. La rescisión será el convenio por el que las partes dejan sin efecto la translación de dominio del bien y declaran extinguidas las obligaciones no cumplidas de entrega de cosa y precio o se hacen la restitución recíproca de sus prestaciones.

b. En un contrato de mutuo el plazo para la restitución de los bienes objeto del contrato por regla general es en beneficio del mutuuario, y por ello, éste puede renunciar a él y devolver los bienes mutuados anticipadamente, dando así por terminado el contrato. Las ventajas de esa devolución pueden consistir, en primer lugar, en la tranquilidad que da el cumplimiento de las obligaciones y en segundo lugar, el evitar pagar intereses

o réditos sobre la cantidad prestada, si el mutuo es con interés. Ese acto de devolución es el ejercicio el derecho de rescisión del mutuuario.

c. En los contratos de arrendamiento de bienes muebles, cuando no se pactó un plazo determinado, el arrendatario tiene derecho de rescindir el contrato devolviendo el bien, cuando le plazca, y el arrendador también lo podrá rescindir a su voluntad, siempre que hayan transcurrido cinco días de la celebración del contrato (Art. 2460 del Código Civil).

d. En los contratos de comodato, si no pactó expresamente el plazo o el uso a dar a la cosa, el comodante podrá rescindir (dar por terminado) el contrato y exigir la devolución del bien cuando le pareciere y la prueba de haber convenido uso o plazo le corresponde al comodatario (Art. 2511 del Código Civil).

e. En el contrato de depósito, el depositante puede dar por terminado el contrato (rescindirlo) cuando le convenga y exigir de inmediato la devolución del bien objeto del contrato (art. 2,516 del Código Civil).

f. En las sociedades civiles, el acto por el cual un socio que no está conforme con el aumento de capital social acordado por la mayoría y resuelve separarse de la sociedad es el ejercicio de su derecho de rescisión (art. 2703 del código civil).

g. Es también un acto de rescisión, el desistimiento del contrato de obra a precio alzado que hace el dueño indemnizando al empresario de todos los gastos y trabajos y de la utilidad que pudiera haber sacado de la obra (Art. 2635).

RESOLUCIÓN.—En Roma, cuando se celebraba un contrato de compraventa y el vendedor no recibía el precio, si no había dado plazo para ello, aunque hubiera entregado el bien, tenía derecho para reivindicarlo, o a través de la *actio venditi*, para exigir el pago del precio; si había dado plazo, sólo tenía la *actio venditi* para exigir el precio. Posteriormente se introdujo la práctica de pactar en los contratos la posibilidad de resolución, ante la falta de pago del precio, y a esa cláusula se le llamó *lex commissoria*, que se interpretaba primero como una condición suspensiva y después como una condición resolutoria, y a través de la misma, se le permitía al vendedor desligarse de su compromiso de venta. Esta *lex commissoria* es el antecedente del pacto comisorio expreso. Siempre que en un contrato se entregaba una cosa (*do u des* o *do ut facias*), se tenía derecho a recibir lo ofrecido, ya sea cosa o hecho y así el *tradens* (quien entregaba, tenía a su favor la *conditio causa data causa non secuta* para recuperar lo entregado ante el incumplimiento de la otra parte. Cuando se concedió a las partes en los contratos innominados la *actio prescripti verbis*, se podía exigir a través de ella el cumplimiento forzoso, y a través de la *conditio causa data causa non secuta*, la devolución de lo pagado. El hecho de incorporar en los contratos en todos los casos la *lex comisoria*, se consideró una costumbre

tan normal, que llegó a entenderse convenido, aunque no constara expresamente, y de ahí nació el pacto comisorio tácito.

No debe confundirse el pacto comisorio con la condición resolutoria, ya que aquél no opera en forma automática, y además, el incumplimiento de las obligaciones no es un hecho incierto sino un ilícito.

El pacto comisorio puede así ser tácito o expreso. En el derecho mexicano, el Art. 1449 establece que la facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que una parte no cumpla lo que le corresponde. Si nada se dice en un contrato, se entiende implícito en él ese pacto comisorio tácito.

Si el pacto se establece en forma expresa, se dice que el pacto comisorio es expreso; y puede haber dos pactos comisorios expresos, el reglamentado en el Código Civil en sus artículos 2310 a 2313 en los contratos de compraventa en abonos y con reserva de dominio y el general.

El pacto comisorio en los contratos de compraventa en abonos o con reserva de dominio, se impone que sea expreso para poder inscribirlo en el Registro Público de la Propiedad y así producir efectos contra terceros, ya que el Registro no admite inscripción de hechos tácitos.

Por otra parte, la importancia práctica de la distinción entre el pacto comisorio expreso (no reglamentado) y el tácito, es que puede convenirse en un pacto comisorio expreso en que frente al incumplimiento del deudor opere sin necesidad de declaratoria judicial, sino sólo de reconocimiento; en cambio, el pacto comisorio tácito siempre requerirá de una declaratoria judicial de resolución del contrato.

RESOLUCIÓN.—Es la terminación de un contrato o la extinción de una obligación con efectos retroactivos, como consecuencia:

- A. De realizarse un hecho que se previó incierto en el contrato.
- B. De vencerse un plazo pactado en el contrato, o
- C. Del incumplimiento de un contrato bilateral.

Características:

1. Se origina por circunstancias o situaciones ajenas a la voluntad de los interesados, cuando se trata de actos condicionados; por situaciones ilícitas, como lo es el incumplimiento de las obligaciones de un deudor en un contrato bilateral o por la voluntad opcional de una persona en el caso de la aplicación del pacto de arras penitenciales.

2. El motivo de la resolución siempre es posterior a la celebración del contrato.

3. Los efectos siempre operan retroactivamente.

Ejemplos:

- a. La realización del hecho incierto previsto en un contrato, del cual se hizo depender la existencia o la extinción de una obligación: Condición suspensiva o resolutoria.

b. El vencimiento del plazo pactado en un contrato, del cual se hizo depender la existencia o la extinción de una obligación: plazo suspensivo o plazo resolutorio.

c. El incumplimiento de la obligación del comprador de pagar el precio cierto y en dinero: pacto comisorio; y

d. La manifestación de voluntad de uno de los contratantes para dar por terminado un contrato sin cumplir las obligaciones emanadas del mismo, con fundamento en la facultad que le confiere el pacto de arras penitenciales, perdiendo la prestación que constituyen las arras en beneficio del oro contratante.

RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL.—Se entiende por responsabilidad precontractual, la necesidad jurídica (obligación) que tiene una persona, de indemnizar los gastos que otra hubiere hecho en atención a la posible celebración de un contrato, por la ruptura intempestiva y arbitraria de las negociaciones previas a la celebración del contrato.

El primer problema que impone este tema es el de determinar si existe o no una responsabilidad precontractual.

El segundo gran problema es el fundamentar la responsabilidad precontractual, en caso de que tal responsabilidad exista.

Por último, ya temas de menor importancia, serían la extensión y los límites de la responsabilidad, su transmisión a los causantes, su cumplimiento y en general todos aquellos que afectan a las obligaciones.

Existe una tendencia en la actualidad de protección integral del individuo ante la eventualidad de que sufra cualquier tipo de daño o menoscabo en sus funciones o en sus bienes. Si se sufre un deterioro o quebranto, no se busca a quien lo hizo, sino a quien lo pague.

Ya no es necesario demostrar la intención dañosa e ilícita del agente, es suficiente su actitud culposa, y al efecto basta para responsabilizarlo de su imprudencia, de su negligencia, de su falta de cuidado. El siguiente paso fue que también es responsable el que utilice sustancias o mecanismos peligrosos aun cuando no exista culpa, y ahora la tendencia es conseguir la indemnización por cualquier medio ante un daño sufrido y procurar que el Estado, con el dinero de todos los contribuyentes, indemnice esos deterioros. Si un temblor destruye viviendas, que el Estado construya otras y las entregue gratuitamente a los damnificados. Que si una persona sufre un problema de salud, que el Estado le proporcione gratuitamente asistencia médica, etcétera.

Tal parece que la sociedad moderna tiende a crear individuos absolutamente inimputables e irresponsables, blandos a quienes hay que darles y protegerlos de todo. La reciedumbre de nuestros antepasados se pierde poco a poco. Un hombre sabía que salir de su casa era un riesgo y lo afrontaba en atención a la seguridad y progreso de su persona y de su fa-

milia. Ahora, ya no quiere correr ningún riesgo; si alguien lo roza, que lo indemnice; si se cae, que los raspones se los cure alguien a costa de quien sea, menos de él.

Esta tendencia también se proyecta a los contratos. No sólo se busca la responsabilidad por daños derivados del incumplimiento o cumplimiento defectuoso del contrato, sino por situaciones acaecidas antes del perfeccionamiento del contrato. Antes, cuando los abuelos celebraban un contrato y no se les cumplía en sus términos, decían que era un riesgo por no haber ellos tenido la previsión de conocer mejor a su contraparte, y de inmediato seguían luchando a futuro, sin cargar el lastre de esas decepciones. Ahora, no sólo se quiere la indemnización por el incumplimiento mínimo o parcial del contrato, sino por gastos (y si se puede por utilidades no materializadas) realizados antes de su existencia.

Independientemente de esta tendencia, debe buscarse una justificación jurídica a la aceptación o rechazo de la culpa precontractual.

El primer antecedente que debe tomarse en consideración en este estudio es que debe fundarse en una determinada legislación, ya que puede darse el caso que la ley, en cierto tiempo y lugar, disponga qué sí o qué no procede con toda claridad, y ahí no habría discusión posible.

La dificultad se presenta cuando la ley, como en el caso de México, nada expone en forma clara y directa.

Si existe o no una responsabilidad precontractual hay que precisar cuándo existe contrato y cuándo se está en una situación previa al contrato en la que pueda darse el supuesto de esa responsabilidad.

En derecho mexicano existe contrato cuando las partes se ponen de acuerdo, una al proponer la oferta y la otra al aceptarla. (Aun cuando la oferta fuera alternativa, el contrato se perfecciona al aceptarse uno de sus aspectos.) Si las partes están presentes, el destinatario de la oferta en el momento en que se le hace, la acepta o no y hay o no contrato. Igual solución se da a la oferta hecha por teléfono (1805). Si las partes no están presentes, la persona que propone a la otra la celebración del contrato puede fijarle un plazo a la otra para aceptar, o puede no fijarle ninguno. Si fija un plazo, queda ligada por su oferta hasta la expiración del plazo (1804), lo que significa que no puede lícitamente revocarla; si no fijó plazo, queda ligado durante tres días además del tiempo necesario para la ida y vuelta regular del correo público o del que se juzgue bastante, no habiendo correo público, según las distancias y la facilidad o dificultad de las comunicaciones (1806), lo que también da a entender que durante ese plazo no puede lícitamente revocarla. Entre ausentes y como regla general (ver la excepción en el apartado del consentimiento del contrato de donación) el consentimiento, y por ende el contrato, se perfecciona en el momento en que el proponente recibe la aceptación, estando ligado por su oferta en los términos apuntados (1807). El proponente queda libre de su oferta si no

es aceptada dentro de los plazos en los supuestos señalados, si no recibe la aceptación en su domicilio o si la respuesta no es una aceptación lisa y llana, sino que importe la modificación de la primera (1810).

Tanto la propuesta como la aceptación pueden lícitamente revocarse siempre que el destinatario de la oferta reciba la revocación antes que la oferta, o que el oferente reciba la revocación antes que la aceptación (1808).

Fuera de los supuestos precisados en el párrafo que antecede, el proponente no puede revocar lícitamente la oferta, y si lo hace, pueden darse dos situaciones: que el destinatario ya hubiere aceptado y en ese entonces se perfeccionó el contrato y por lo tanto la revocación no surte efectos jurídicos. Cualquier situación se daría ya dentro de la vida del contrato, y si existe alguna responsabilidad sería contractual. Pero puede suceder que aún el destinatario no hubiere aceptado, y en ese entonces sí se daría una responsabilidad por parte del oferente, no derivada del contrato, pues en la hipótesis no se ha perfeccionado, pero tampoco como responsabilidad precontractual, sino como un hecho ilícito, ya que al no tener el oferente una justificación legal de su revocación, no es lícita su conducta y debe indemnizar al destinatario conforme al artículo 1910 que señala que “el que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro, está obligado a repararlo”. Es así ésta una responsabilidad por hecho ilícito no precontractual.

Antes de la celebración del contrato (desde un punto de vista práctico, sólo en los contratos entre ausentes) puede decirse que existen diversos momentos:

- a) El tiempo que transcurre entre que las personas con intención de formalizar un contrato realizan entre ellas negociaciones o tratos y el momento en que una de ellas formula la oferta.
- b) El tiempo que transcurre entre la formulación de la oferta —su envío— y la aceptación, y
- c) El tiempo que transcurre entre la aceptación y que ésta llegue al oferente.

La ruptura arbitraria e intempestiva de las negociaciones, como supuesto de la responsabilidad precontractual, sólo puede darse en el momento señalado en el inciso a).

Durante el tiempo señalado en los incisos b) y c) puede darse una revocación de la oferta o de la aceptación, pero no una ruptura de negociaciones. Si se da la revocación, sólo hay que determinar, con fundamento en artículos y situaciones ya mencionadas, si tal revocación es o no lícita, para determinar la responsabilidad del autor, por hecho ilícito, pero no por responsabilidad precontractual.

Es un criterio basado en principios de orden y buena crianza, que todas las personas deben actuar en su vida con cuidado y diligencia; que se debe ser prudente, sensato, previsor, para evitarse a uno mismo y a los de-

más molestias e incomodidades, y por lo tanto esa misma conducta debe aplicarse en los tratos o negociaciones previas a la celebración de un contrato. Sin embargo, la conducta con todos esos calificativos, se impone a ambas partes, no sólo a una de ellas, y si a este requisito aunamos el derecho de libertad de que se goza para celebrar o no un determinado contrato, a la libertad de contratar (con las excepciones ya conocidas de un contrato de promesa o impuestas por la ley), debe llegarse a la conclusión práctica y efectiva, de que todo individuo tiene el derecho de contratar o no; de que para hacer efectivo ese derecho, puede preguntar, tratar, negociar y por último ponderar si le conviene o no la celebración del contrato. No toda negociación precontractual debe forzosa y necesariamente desembocar en la celebración del contrato. Para eso son los tratos previos, para decidir si es conveniente o no la celebración del contrato.

El calificativo de intempestiva o arbitraria a la conducta que determina no seguir adelante con las negociaciones previas para una posible celebración de un contrato, es arbitrario y caprichoso y siempre lo va a esgrimir el que le conviene y busca la celebración del contrato para conseguir sus propósitos especulativos, ya sea mediante el compromiso que implica la celebración del contrato, o por la responsabilidad precontractual que dirá a qué tiene derecho, si el contrato no se celebra.

Quien hace gastos para la posible celebración de un contrato, lo hace bajo su riesgo, y si el contrato no se celebra no tiene derecho a recuperarlos; mientras no exista un compromiso de la otra parte, no puede válidamente decirse víctima de la imprudencia de la otra parte, sino que esos gastos, en todo caso, se originaron por su propia imprudencia o por su riesgo en vista de obtener mejores ventajas si el contrato llegare a celebrarse. Quien no arriesga no gana, expresa el refrán popular.

Si una persona no tiene obligación de celebrar el contrato (porque ella se haya comprometido en un contrato de promesa o porque se lo imponga la ley a través de un procedimiento), es que tiene la libertad de hacerlo o no. Su conducta siempre será lícita si celebra, como si no celebra el contrato, y para decidirse a una u otra alternativa, tiene el derecho de entrar en negociaciones y en tratos con otros. La expresión ruptura de negociaciones tiene tan poco contenido obligacional como las palabras intempestiva y arbitraria.

No debe confundirse el derecho a entrar en negociaciones previas a la celebración de un contrato, con actos intencionales para causar daño o con actos culposos que lo causan. Si se entra en negociaciones, y éstas no concluyen con la celebración del contrato, no existe responsabilidad alguna para las partes; pero si se realizan actos intencionales o culposos para causar daño, su autor sí es responsable, pero no por la responsabilidad precontractual, sino por el hecho ilícito que tal conducta constituye.

Si una persona invita a otra a ir a una determinada plaza para que tra-

ten la posibilidad de celebrar un determinado contrato y al llegar ésta la primera no lo recibe y no entran en ninguna negociación previa, es responsable no por una situación precontractual, sino por el engaño, malicia o culpa, como hechos ilícitos, de haberla hecho incurrir en gastos. Aquí hay una responsabilidad por hecho ilícito, no por situación precontractual. Si en el mismo supuesto, las personas entran en pláticas y negociaciones y éstas no conducen en definitiva a la celebración del contrato, no puede ninguna de las dos llamarse a engaño, porque precisamente la invitación fue a negociar, no a contratar. Al aceptarse la invitación, el deber se cumplió al negociar. Es más, conforme a la ley, es lícito el derecho de retractación tanto de la oferta como de la aceptación, si se satisfacen los requisitos que la ley establece, con mayor razón será lícita la retractación a continuar las negociaciones. Quien puede lo más, puede lo menos.

Los principios de equidad, buena fe, equilibrio comercial, cuidado y prudencia en los tratos, diligencia en la toma de decisiones, así como el evitar el entorpecimiento y la parálisis del tráfico jurídico, se dan tanto cuando se concluyen las negociaciones previas con la celebración del contrato, como cuando éste no se celebra. Todo depende del punto de vista que se tenga en la calificación.

Mientras la ley no califique de ilícita una conducta, y por el contrario permita el arrepentimiento o la retractación tanto de la oferta como de la aceptación, se entiende que permite no continuar con las negociaciones previas a la celebración de un contrato y por lo tanto esa conducta será lícita y se actúa lícitamente, no se es responsable de daños causados a terceros.

Posiblemente podría argumentarse que con base en el artículo 840 que establece que “no es lícito ejercitar el derecho de propiedad de manera que su ejercicio no dé otro resultado que causar perjuicios a un tercero sin utilidad para el propietario”, puede sostenerse la posibilidad de una responsabilidad precontractual; pero no hay duda de que tal artículo no es aplicable a este caso. El no continuar con las negociaciones en la posible celebración de un contrato, no es ejercer el derecho de propiedad en forma abusiva o ilícita, sino muy por el contrario, no se continúan los tratos, para evitarse inconvenientes o daños; claro que es para o con la utilidad del propietario. Además, con esa ruptura de negociaciones no se pretende causar daño a otros, sino sólo el no celebrar el contrato previsto.

Iguales argumentos se esgrimen en el supuesto de querer justificar la posibilidad de la responsabilidad precontractual, al aplicar el artículo 1912 que señala: “Cuando al ejercitar un derecho se cause daño a otro hay obligación de indemnizar si se demuestra que el derecho sólo se ejercitó a fin de causar el daño, sin utilidad para el titular del derecho”.

No se desconoce el hecho de que como consecuencia de la posible celebración de un contrato, dos o más personas se relacionan entre sí y pue-

den originarse, por la conducta asumida por ellas, responsabilidades originadas por hechos ilícitos o culposos como serían las comunicaciones o informaciones falsas o inexactas de una parte a la otra, el comunicar a terceros secretos o aspectos privados de una de ellas que puedan originarle perjuicios, o la falta de cuidado en el manejo de ciertos objetos que estuvieron en posesión de una de las partes como consecuencia de esos tratos previos; todos estos supuestos pueden originar responsabilidad para la parte causante del daño, originada de su culpa o de su intención dañosa, pero no como una responsabilidad precontractual. Independientemente de que se hayan relacionado para la posible celebración de un contrato, la fuente directa de la responsabilidad es la actitud dolosa o culposa.

Una situación similar se presenta cuando se declara judicialmente un contrato nulo. Si la causa de la nulidad fue la existencia de vicios en el consentimiento, la persona que dio origen a esa causa de nulidad será responsable del pago de daños y perjuicios a la parte perjudicada, pero no por una responsabilidad precontractual, sino por su actuación ilícita, dolosa o culposa.

Con base en los argumentos expuestos, se considera que no existe una responsabilidad precontractual; que en cambio, la ley mexicana consagra el bello e inalienable derecho a la libertad de contratar.*

RETENCIÓN, DERECHO DE.—“El derecho de retención es la facultad que corresponde al tenedor de una cosa ajena, para conservar la posesión de ella hasta el pago de lo que le es debido por razón de esa misma cosa.” (Art. 3939 del Código Civil argentino. Este código reglamenta el derecho de retención en la sección segunda “De la concurrencia de los derechos reales y personales contra los bienes del deudor común” en el libro cuarto “De los derechos reales y personales”.)

En la nota al mismo artículo se precisa: “tres condiciones son necesarias para el derecho de retención: 1a. posesión de la cosa de otro por un tercero; 2a. obligación de parte del propietario respecto del poseedor; 3a. conexión entre la cosa retenida y el crédito del que la retiene”.

Este tema ha sido tratado en forma amplia en la doctrina argentina, en virtud de la reglamentación que hace el Código Civil en sus artículos del 3939 al 3946; pero nada o muy poco de lo expuesto es aplicable en relación con la legislación y práctica mexicanas, en virtud de que en el código mexicano no existe una reglamentación general del derecho y sólo se menciona en los casos concretos que se precisarán más adelante, y además,

* Bibliografía:

- A. López de Zavalía, Fernando J., *ob. cit.*, pp. 177 a 192.
 B. *Culpa precontractual*, Brebbia, Roberto H. Voz contenida en la *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Tomo V, Buenos Aires, 1989, pp. 281 a 291.
 C. Mosset Iturraspe, Jorge, *ob. cit.*, pp. 442 a 451.

porque de conformidad con el mandato constitucional de que nadie puede hacerse justicia por sí mismo (Art. 17 Constitucional: “Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho”) no sería posible plantearse la posibilidad de aplicar el derecho de retención si no es sólo en los casos expresamente previstos en la ley, como sucede en Argentina. El codificador Vélez Sarsfield indica en la nota al artículo 3940: “Han nacido graves controversias sobre el punto de saber si el derecho de retención debe ser admitido solamente en los casos en que está formalmente reconocido por la ley, o si, por el contrario, debe extenderse a todos los casos en que el tenedor de la cosa sea acreedor por razón de impensas necesarias o útiles, hechas en la cosa misma, cuya restitución se demande, y donde existe por consiguiente lo que en doctrina se llama un *debitum cum re conjunctum*. (El juez Alejandro A. Vázquez en el libro citado en la bibliografía escribe *debitum cum re junctum*, pp. 40, 41, 64, entre otras.)

Para poder dar un concepto de derecho de retención conforme al derecho mexicano y precisar su alcance y límites y su naturaleza jurídica y tomando en consideración que el código no reglamenta este derecho en forma genérica, es necesario primero precisar qué artículos lo autorizan y en qué términos lo hacen.

El Código Civil mexicano otorga el derecho de retención en las siguientes personas: al poseedor de buena fe, al depositario con las precisiones que se indican, al mandatario, al porteador y al hostelero. Expresamente lo niega en el contrato de comodato y simplemente no lo otorga en el contrato de prestación de servicios profesionales e indirectamente lo excluye en este contrato cuando expresa que el procurador está obligado a seguir el juicio por todas sus instancias mientras no haya cesado su encargo y no podrá abandonarlo aunque tuviere justo impedimento sin sustituir sus facultades, si está autorizado para ello o sin avisar a su cliente para que contrate a otra persona si no estuviere autorizado (2588 y 2591). Al efecto los artículos pertinentes expresan:

Posesión.—Art. 810: “El poseedor de buena fe que haya adquirido la posesión por título translativo de dominio, tiene los derechos siguientes: ... II. El de que se le abonen todos los gastos necesarios, lo mismo que los útiles, teniendo derecho a retener la cosa poseída hasta que se haga el pago”.

(Comodato. Art. 2509: “Tampoco tiene derecho el comodatario para retener la cosa a pretexto de lo que por expensas o por cualquier otra cosa le deba el dueño”.)

Depósito.—Art. 2528: “El depositario no está obligado a entregar la cosa cuando judicialmente se le haya mandado retener o embargar”.

Art. 2530: “Cuando el depositario descubra o pruebe que es suya la cosa depositada y el depositante insista en sostener sus derechos, debe ocurrir al juez pidiéndole orden para retenerla o para depositarla judicialmente”.

(Art. 2523. “Si después de constituido el depósito tiene conocimiento el depositario que la cosa es robada y de quien es el verdadero dueño, debe dar aviso a éste o a la autoridad competente, con la reserva debida”).

Art. 2524. “Si dentro de ocho días no se le manda judicialmente retener o entregar la cosa, puede devolverla al que la depositó, sin que para ello quede sujeto a responsabilidad alguna”.

Art. 2533. “El depositario no puede retener la cosa aun cuando al pedírsela no haya recibido el importe de las expensas a que se refiere el artículo anterior; pero sí podrá en este caso, si el pago no se le asegura, pedir judicialmente la retención del depósito”.

Art. 2534. “Tampoco puede retener la cosa como prenda que garantice otro crédito que tenga contra el depositante”.

Mandato.—Art. 2579. “El mandatario podrá retener en prenda las cosas que sean objeto del mandato hasta que el mandante haga la indemnización y reembolso de que tratan los dos artículos anteriores”.

Contrato de obra a precio alzado.—Art. 2644. “El constructor de cualquier obra mueble tiene derecho a retenerla mientras no se le pague, y su crédito será cubierto preferentemente con el precio de dicha obra”.

De los portadores.—Art. 2662. “El crédito por fletes que se adeudaren al porteador, será pagado preferentemente con el precio de los efectos transportados, si se encuentran en poder del acreedor”.

Contrato de hospedaje.—Art. 2669. “Los equipajes de los pasajeros responden preferentemente del importe del hospedaje; a ese efecto, los dueños de los establecimientos donde se hospeden podrán retenerlos en prenda hasta que obtengan el pago de lo adeudado”.

No hay duda de que el derecho de retención se fundamenta en principios de equidad, para que ciertos acreedores que por circunstancias concretas, tienen la posesión de bienes de sus deudores, puedan conservarlos como una presión para obtener en forma rápida y preferente el pago de sus créditos. Sin embargo, el legislador debe ser cauto al conceder y en su caso reglamentar este derecho, en primer lugar porque puede conculcar un precepto constitucional y en segundo lugar, porque el poseedor podría abusar, reteniendo el bien, dilatando la liquidación de su crédito y además con mucha facilidad puede originarse conflicto de intereses con terceros, ya sean adquirentes del dominio o titulares de derechos de garantía.

Para evitar los inconvenientes anteriores, es necesario analizar con un sentido crítico la redacción de los preceptos antes transcritos y señalar una ruta correcta para el ejercicio de este derecho de retención.

Los artículos 2534, 2579 y 2669, señalan que el acreedor “podrá retener en prenda”; esto significa que la ley le confiere un derecho sujeto a las restricciones y a la intervención judicial del derecho real de prenda, para proteger no nada más los derechos del acreedor, sino también los del propietario y de los terceros que a futuro puedan aducir un derecho real e in-

clusivo un embargo, sobre los bienes poseídos y sobre los que recae el derecho de retención.

Los artículos 2528, 2530 y 2533 claramente establecen la intervención judicial para la procedencia del derecho de retención, lo que asegura la garantía constitucional de audiencia, consagrada en los artículos 14, 16 y 17.

En el contrato de obra a precio alzado es justificado que se de al empresario sobre bien mueble el derecho de retención, en virtud de que técnicamente es el dueño del mismo mientras no lo entrega, ya que por definición (ver art. 2616) “el empresario dirige la obra y pone los materiales” y la propiedad del bien se transmitirá al dueño, hasta en tanto se individualice (arts. 2014 y 2015) y esta situación se da, por regla general, cuando se entrega. Como se precisará más adelante aquí se está ante el ejercicio de la excepción de incumplimiento de contrato y no del derecho de retención, cuando la ley faculta al empresario a no cumplir con su obligación de entrega del bien propio, mientras no se le pague la contraprestación, igual que sucede en materia de permuta (2328) si uno de los permutantes ha recibido una cosa y acredita que no era propia del que la dio y de compraventa (2286), si el comprador no le paga el precio.

Por último en materia de posesión y de los porteadores, es cuestionable la constitucionalidad de los artículos 810 y 2662 si no se interpretan en el sentido de que el titular del derecho de retención debe dar aviso fehaciente al dueño del ejercicio de su derecho y solicitar judicialmente se le mantenga en su posesión.

No debe confundirse el derecho de retención con la *exceptio non adimpleti contractus*. Es cierto que ambas figuras tienen puntos de coincidencia, pero difieren esencialmente una de otra.

Coinciden en que ambas se fundamentan en principios de equidad y pretenden un sano equilibrio en las relaciones entre dos personas que pueden llegar a ser recíprocamente deudoras y acreedoras; en que ambas procuran evitar el concurso con otros acreedores y en que son medios de defensa en juicio para lograr, antes que la satisfacción de su crédito, el cumplimiento de la obligación reclamada; pero las figuras tienen un origen diferente y su forma de operar también difiere.

Origen: El derecho de retención se origina como consecuencia de los gastos, impensas hechos en la cosa; como consecuencia de los daños que el objeto le haya ocasionado al poseedor, o a la existencia de obligaciones derivadas de una misma relación jurídica y que el incumplimiento de una de la partes violenta la lealtad o confianza recíprocas. No es propio pues de los contratos con prestaciones recíprocas; es más, no es propio de los contratos.

En cambio la excepción sólo se origina en los contratos que crean obligaciones recíprocas y por lo tanto se funda en la voluntad de las partes. En estos contratos existe la presunción, válida, de que ambas obligaciones

deben cumplirse en forma concomitante, ya que si no fuera así se habría dado plazo a uno de los interesados.

Forma de operar: Ambas generan una situación de espera, pero la finalidad de ésta es diferente. En el derecho de retención, la espera en el cumplimiento de la obligación de devolver pretende a través de la vía judicial perfeccionar una garantía real; en cambio, en la excepción, esa espera es para dar oportunidad a una de las partes en el contrato de escoger, si posteriormente opta por la resolución del vínculo por incumplimiento o por su ejecución forzada. En el momento de la oposición, no se busca la resolución del contrato, sino el cumplimiento equilibrado, equitativo de las obligaciones.

El derecho de retención sólo opera si el acreedor tiene la posesión de la cosa; en la excepción, la posesión del bien es indiferente para su procedencia.

En el derecho de retención, su titular pretende, previa al cumplimiento de la obligación, la constitución de una garantía efectiva; esto es, una garantía real de esa obligación. En sí el derecho de retención no es una garantía, sino un medio para conseguirla.

En la excepción, su titular pretende en primer término el cumplimiento simultáneo de las obligaciones emanadas del contrato, y en segundo lugar la obtención del plazo necesario para decidir si demanda la resolución del contrato por incumplimiento. Nunca es una garantía ni la pretende.

Por último, en el derecho de retención nunca habría una condena de daños y perjuicios y en la excepción si desemboca en la resolución del contrato si puede existir esa pena.

Ambas figuras confieren derechos subjetivos, pero el derecho de retención los da en forma de acción, y el *non adimpleti contractus*, en forma de excepción.

Tomando en consideración lo expuesto, se proporciona a continuación un concepto de derecho de retención, acorde con la legislación mexicana.

Concepto.—Derecho de retención es la facultad que otorga la ley en casos concretos y determinados al poseedor de un bien ajeno, para conservar esa posesión hasta que el propietario le pague lo que se le adeude, relacionado con ese mismo bien o con el acto o hecho jurídico del que se derive la posesión, y que faculta al titular, previa notificación fehaciente al propietario, a considerarse como acreedor prendario.

Con fundamento en un principio de orden, debe considerarse que el legislador, al establecer sólo en casos concretos y determinados este derecho de retención, pretende asegurar y garantizar al poseedor el pago de su crédito y su preferencia frente a terceros, dentro del marco jurídico imperante, sin violentar ese orden y sin perjudicar derechos de terceros. Ahora bien, con este criterio, la interpretación que se impone es que el

poseedor titular de este derecho, lo tiene sólo en la medida en que pueda operar como el derecho real de prenda (y excepcionalmente de hipoteca).

La primera conclusión de lo anterior, es que el derecho de retención no es un derecho real en sí mismo, sino un mecanismo de antecedente para poder constituir el derecho real de prenda. No es un derecho real por sí mismo, porque su titular no puede aprovecharse en ninguna forma del bien poseído en forma directa, exclusiva y oponible a terceros (como sería usándolo, disfrutándolo o solicitando su enajenación) sino sólo puede retener y no entregar al dueño el bien, mientras no se le pague su crédito, pero por sí mismo no es oponible a terceros. Los derechos reales son sólo los que precisa y reglamenta la ley, y entre ellos no está el de retención.

En derecho mexicano, el derecho de retención no está establecido sólo para ejercer presión al deudor a pagar, sino que sirva como un mecanismo para conseguir el pago del crédito con el valor del bien y para tener un derecho preferente frente a terceros, y tal finalidad se obtiene si se constituye el derecho real de prenda. Éste sí es un derecho de garantía que faculta al acreedor a solicitar la enajenación del bien gravado en caso de incumplimiento del deudor para ser pagado en forma preferente, oponible a terceros. El acreedor prendario, además, si tiene la posesión del bien, siempre tendrá el derecho de retención y de persecución.

Para que el derecho de retención del poseedor se convierta en derecho de prenda, es necesario que al crearse el derecho, existe una fecha cierta (2860). Mientras no exista la certeza de la fecha en la prenda, no puede oponerse a terceros, y un derecho que no puede oponerse a terceros no es un derecho real y por lo tanto no es una garantía suficiente para el acreedor. La fecha cierta en la prenda cuando se constituye por contrato, al celebrarse éste en escritura pública o al ratificar ante notario el contrato, para darle certeza y así poderse inscribir en el Registro Público, aun cuando la ley señala que la certeza la da el registro. Pero si el derecho no se constituye por contrato, sino como consecuencia del derecho de retención, debe buscarse el mecanismo para darle esa certeza y así constituir la prenda con efecto a terceros.

Es posible distinguir tres momentos dentro del derecho de retención. El primero, cuando un poseedor hace gastos en un bien o se genera su derecho a una indemnización o a un pago, dentro del marco del hecho o contrato que lo establece; el segundo, cuando no devuelve o se opone a devolver el bien poseído, argumentando que la ley le da el derecho a retener mientras no sea pagado, y el tercero, cuando se constituye el derecho de prenda, oponible a terceros.

Para que el poseedor tenga el derecho de prenda, ya se dijo, es necesario que el inicio de su derecho sea con fecha cierta, porque de otro modo, se podrían ver burlados impunemente los derechos de terceros argumentando que el poseedor tiene el derecho de retención y por ello no entrega

el bien al tercero propietario o al tercero que aduce un derecho real en general. Ahora bien, la forma para darle certeza a la fecha de la constitución del derecho real y probar la existencia de la prenda, cuando se constituye a través del derecho de retención, es la notificación judicial o notarial que debe hacer el poseedor al propietario, ya que no hay otro momento, ni otro mecanismo, si no se cuenta con la conformidad del dueño.

Además, en virtud de la especialidad que debe tener todo derecho de garantía, respecto del acreedor, del bien sobre el que recae el derecho y el importe de la obligación garantizada, es indispensable que al hacer la notificación al dueño, se le haga saber también la cuantificación del crédito del acreedor, para dar así oportunidad a terceros a liberar el bien, pagando la suma señalada, y al dueño de oponerse judicialmente a esa determinación, ya que de otra forma quedaría en estado de indefensión frente a las exigencias del retenedor.

Así, en el momento en que el dueño se niega a pagar al poseedor los gastos necesarios hechos sobre la cosa o derivados del contrato que origina el derecho de retención, el poseedor, en primer lugar, debe negarse a devolver el bien o a entregarlo si se origina del contrato de obra, e inmediatamente después debe notificar judicial o notarialmente al dueño su derecho de retención, la liquidación de su crédito y el considerarse a partir de ese momento como acreedor prendario, para constituir así el derecho de prenda sobre el bien retenido y garantizar así sus derechos frente a terceros.

Si no hace la notificación en la forma indicada, señalando además el importe de su crédito, nunca podrá probar fehacientemente la certeza de la fecha de la constitución de su derecho y garantía, y por ello, no podrá oponer su derecho a terceros, quienes podrían despojarlo del bien.

Como conclusión, puede decirse que mientras el poseedor no pruebe la certeza de la fecha de su posesión como titular de un derecho de prenda y el monto de su crédito, sólo tiene un derecho personal en contra del dueño, y cuando consiga esa certeza, tendrá un derecho oponible a terceros, y por ello, un derecho real; no derecho real de retención, sino derecho real de prenda, con los derechos, deberes y limitaciones que lleva aparejado.*

RETRACTO.—Derecho de retracto es el que tiene quien goza del derecho del tanto respecto de un bien (en ocasiones el inquilino de un departamento, vivienda, casa o local) que se hubiere enajenado a un tercero, sin habersele notificado previamente la operación concertada, con expresión del precio y demás circunstancias, a efecto de que pudiera haber hecho uso de su derecho (del tanto) para adquirirlo y sin habersele dado el plazo

* Bibliografía: A. Vásquez, Alejandro, A., *Derecho de retención*. 2a. Edic. Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1962. B. Mazeaud, Henry y Jean, *Lecciones de Derecho Civil*, parte segunda, volumen III, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, Argentina, 1978.

fijado en la ley para ese efecto y que le permite subrogarse en lugar del adquirente, en las mismas condiciones estipuladas en el contrato de compraventa, con exhibición del precio. (Ver artículos 19 y 20 de la Ley sobre el Régimen de Propiedad en Condominio de Inmuebles, para el Distrito Federal, publicada en el *D. O* del día 28-XII-72.)

RETROVENTA.—La retroventa es el contrato de compraventa con la cláusula que faculta al vendedor para rescindir el contrato y origina las obligaciones de restituirse recíprocamente el precio y la cosa.

Este contrato estaba reglamentado en el Código Civil Mexicano de 1884 en capítulo IX del Título Décimo Octavo (de la Compraventa del Libro Tercero De los Contratos) en sus artículos del 2901 al 2919 y todo el capítulo fue derogado por el Decreto de fecha 5 de abril de 1917 expedido por el Sr. Venustiano Carranza, jefe del Ejército Constitucionalista, encargado del Poder Ejecutivo, por considerarse que podría implicar un contrato de mutuo con interés y pacto comisorio (prohibido). Durante su vigencia, sólo podía convenirse respecto de compraventa de bienes raíces y sólo duraba el pacto cinco años, y si dentro de ese plazo el vendedor no ejercía su derecho de rescisión, la venta quedaba “irrevocablemente consumada”.

La retroventa está expresamente prohibida en el Código Civil actual (del año de 1928) en su artículo 2302 que establece: “Queda prohibida la venta con pacto de retroventa, así como la promesa de venta de un bien raíz que haya sido objeto de una compraventa entre los mismos contratantes”.

REVENTA, PACTO DE.—El artículo 1367 del Código Civil argentino establece: “Pacto de reventa es la estipulación de poder del comprador restituir al vendedor la cosa comprada, recibiendo de él el precio que hubiese pagado, con exceso o disminución”.

El tratadista Fernando J. López de Zavalía indica: “Mientras en el pacto de retroventa la potestad resolutoria es ejercida por el vendedor, en el de reventa corresponde al comprador”. (*Teoría de los contratos*, tomo 2, parte especial, Zavalía Editor, 2a. edición, Buenos Aires, 1985, p. 244.)

El derecho civil mexicano no reglamenta este pacto.

REVOCACIÓN.—La ley autoriza al autor de un acto monosubjetivo a desistirse de él, siempre que tal desistimiento no dañe a sus destinatarios o a las personas que pudieran haberlo tomado en consideración o que se hubieran basado en él, teniendo un interés protegido por la ley, para realizar una actividad. Tal autorización es la facultad de arrepentirse del acto. Es muy común que las personas se arrepientan de los actos realizados, y así lo expresa un refrán: “de arrepentidos están llenos los infiernos”.

Cuando el acto es monosubjetivo, la facultad de arrepentimiento recibe el nombre de REVOCACIÓN.

Así, la revocación es el acto monosubjetivo (de voluntad) que extingue, con proyección hacia el futuro, otro acto monosubjetivo de la misma persona.

También se llama revocación al acto monosubjetivo del donante por el cual deja sin efecto, con proyección hacia el futuro, un contrato de donación. En este caso, el que se dé el nombre de revocación obedece, por una parte, a la similitud, por la gratuidad del acto, entre las donaciones y los actos monosubjetivos de liberalidad y, por otra, a que puede considerarse a la donación no como un contrato, sino como un medio de adquirir la propiedad y por ello, el término no estaría relacionado con el contrato.

Características:

A. La revocación siempre se origina por causas o situaciones lícitas; es el ejercicio, ya se dijo, de la facultad de arrepentimiento del autor del acto. El arrepentimiento, por regla general, no es arbitrario, aunque pudiera serlo, sino que normalmente obedece al cambio de circunstancias o situaciones dentro del entorno del autor.

En el caso de la revocación de las donaciones, ésta debe fundarse en un supuesto legal y por ello, lícito; puede llegar a ser ilícita la conducta del donatario, pero ella no es la causa directa, sino eficiente de la revocación, porque el donante en ese caso, podría no ejercer su derecho de revocar. El ejercicio del derecho siempre será lícito.

B. Los efectos siempre operan hacia el futuro.

En la mayor parte de los casos en que es aplicable esta facultad de desistimiento, el acto a revocar no llega a producir los efectos previstos en la ley para tales actos; así sucede por ejemplo en un testamento que es revocado o en una policitación, y por ello, antes de que produzca sus efectos normales, ese acto es extinguido y por ello se dice que no puede tener efectos retroactivos.

Cuando el acto a revocar sí produjo efectos, como la revocación, en principio no debe dañar a las personas destinatarias originales del acto o a quienes pudieron tomarlo en cuenta para realizar alguna actividad, la revocación no puede tener y de hecho no tiene efectos retroactivos. Así sucede con la revocación de un poder o de una donación. Al revocarse un poder, todos los actos que hubiere realizado el apoderado relacionados con terceros, quedan firmes y no los afecta la revocación; en una donación, si el donatario gravó o enajenó los bienes donados, el gravamen o la enajenación quedan firmes y, marca la ley, sólo queda obligado el donatario a liberar el gravamen o a restituir lo que hubiere recibido por la enajenación.

Ejemplos:

a. El acto monosubjetivo por el cual una persona deja sin efectos una

oferta o policitud, siempre y cuando se satisfagan los requisitos que para tal acto exige la ley.

b. El acto monosubjetivo por el cual el poderdante deja sin efectos el poder otorgado, por él o por sus representantes, al apoderado.

c. El acto monosubjetivo por el cual un testador cancela las disposiciones en un testamento previamente otorgado por él.

d. El acto monosubjetivo por el cual un donante, con fundamento en una disposición legal, deja sin efectos, con proyección hacia el futuro, un contrato de donación.

e. El artículo 87 de la Ley Federal del Derecho de Autor establece: “El retrato de una persona sólo puede ser usado o publicado con su consentimiento... podrá revocarse por quien lo otorgó, quien en su caso responderá por los daños y perjuicios que pudiera originar dicha revocación”.

SERVICIO PÚBLICO.—Es la actividad o actuación efectiva del Estado que presta por sí o a través de concesionario en beneficio directo e inmediato de los habitantes en donde ejerce su administración, satisfaciendo una necesidad general y que la ley, en forma expresa o sobrentendida, le da ese carácter de público.

Del concepto anterior se desprende:

a. El servicio debe prestarse efectivamente en forma continua y uniforme y satisfacer una necesidad general. No será servicio público si el funcionario ofrece que lo va a prestar, pero no lo ha hecho.

b. El servicio debe prestarse por los servidores públicos o por los concesionarios del servicio.

c. Los beneficiarios son todos los habitantes del lugar en donde el Estado (llámese federación, entidad federativa o municipio) ejerce su administración.

d. Por último, y posiblemente la nota distintiva más importante, es que la ley dé el carácter de servicio público a esa determinada actividad. El carácter de servicio público no depende de que la necesidad que satisface sea amplia o general, sino de la calificación que le dé la ley.

No basta que la ley reglamente determinada actividad para satisfacer una necesidad colectiva para que la misma se considere servicio público (Ejem. el servicio de taxis o el manejo de tejidos humanos con fines terapéuticos); es necesario que la ley en forma expresa o sobrentendida, pero clara, le dé ese carácter.

Así, el artículo 115 de la Constitución Política en su fracción III dispone:

III. Los municipios, con el concurso de los estados cuando así fuere necesario y lo determinen las leyes, tendrán a su cargo los siguientes *servicios públicos*: a) Agua potable y alcantarillado; b) Alumbrado público; c) Limpia; d) Mercados y centrales de abasto; e) Panteones; f) Rastro; g) Calles, parques y jardines; h) Seguridad pública y tránsito, e i) Los demás que las legislaturas locales de-

terminen según las condiciones territoriales y socio-económicas de los municipios, así como su capacidad administrativa y financiera.

Debe ponerse atención que la propia Constitución señala en el último inciso transcrito, que serán servicios públicos del demás que “las legislaturas locales determinen” y en su caso, los podrán a cargo de los municipios.

También el artículo 17 del Estatuto de Gobierno del Distrito Federal (*D. O.* 26-VII-94) establece:

Artículo 17.—Los habitantes del Distrito Federal, en los términos y condiciones que las leyes establezcan, tienen derecho a: ... II. La prestación de los servicios públicos.

Los artículos 42 y 129 del mismo ordenamiento disponen:

Artículo 42.—La Asamblea (de Representantes) tiene facultad para: ... IX. Legislar en el ámbito local, en lo relativo al Distrito Federal... en materias de ... servicio público de limpia...

Artículo 129.—Los Consejos de Ciudadanos tendrán las siguientes funciones: I. Aprobar, supervisar y evaluar los programas operativos anuales delegacionales, en los términos que dispongan las leyes, en materia de: *a)* Seguridad pública; *b)* Servicio de limpia; *c)* Agua potable; *d)* Protección Civil; *e)* Atención social, servicios comunitarios y prestaciones sociales; *f)* Parques y jardines; *g)* Alumbrado público; *h)* Pavimentación y bacheo; *i)* Recreación, deporte y esparcimiento; *j)* Construcción, rehabilitación y mejoramiento de la plana física para la educación, la cultura y el deporte, y *k)* Mercados...

Lo anterior proporciona un claro ejemplo de la determinación por la Ley de Servicio Público, en forma expresa (Arts. 115 Constitucional y 42 del Estatuto) y en forma sobrentendida (Art. 129 del Estatuto).

SUPERFICIE, DERECHO DE.—En la Edad Media, cuando los señores feudales concedían el dominio útil de sus terrenos rústicos a los vasallos, se creaba el derecho real de “enfiteusis” o “censo enfiteútico”; cuando daban ese dominio útil respecto de inmuebles urbanos, ese derecho se llamaba “derecho de superficie”. El derecho de superficie hacía referencia a los predios urbanos, y la enfiteusis a los rústicos. Por ello, el lector debe remitirse a la voz “censo enfiteútico” antes de entrar al estudio de este derecho de superficie.

“Superficie. Concepto. Podemos definirlo como el derecho real enajenable y transmisible a los herederos, que atribuye el pleno goce de un edificio o de una parte de un edificio. Lo dicho en último término, en sentido estricto, pues, por extensión, se aplicó este derecho no sólo a lo edificado en terreno ajeno, sino también a las plantaciones que se hicieran en él.” “En la Edad Media este derecho se extendió no sólo a lo edificado, sino a plantaciones que se hicieran en suelo ajeno; al desnaturalizarse así

este derecho, tendió a confundirse con la enfiteusis, pues, por su parte, la enfiteusis solía comprender lo edificado. Por esta razón la superficie fue subsumida por la enfiteusis. Los códigos españoles no se ocuparon de ella, lo mismo que el derecho actual español: el Código Civil no la nombra, a pesar de que algunos fallos la han admitido. Los autores españoles suelen definirla diciendo que es el derecho real otorgado a un personas para edificar o plantar en suelo ajeno mediante el pago de un canon al dueño del mismo". (Mariani de Vidal, Mariana, *ob cit.* pp. 37 y 38.

Para efectos de este estudio, el derecho de superficie es el que tiene el constructor de buena fe o con la autorización del propietario del suelo, de una edificación en terreno ajeno, sobre la superficie del inmueble en que edificó; y sólo sobre la superficie de ese terreno, hasta donde sea indispensable para mantener lo edificado o plantado. También lo tiene el que haya plantado en las mismas condiciones.

Para que pueda existir derecho de superficie, deben darse los siguientes supuestos:

A. Que exista una persona propietaria de un terreno.

B. Que otra persona construya sobre el terreno de la primera una edificación o haga una plantación, y

C. Que el constructor haya edificado o el otro plantado de buena fe; esto es, con la convicción fundada de que lo estaba haciendo en terreno propio; o que edificó o plantó con el consentimiento del dueño del terreno.

El constructor o plantador tiene derecho al uso de la superficie del terreno en que construyó y sólo hasta donde llegue la parte inferior de los cimientos o de las raíces.

De aquí en adelante, cuando se mencione al constructor, debe entenderse que también se comprende al plantador, pero para rapidez y claridad, sólo se hará referencia al primero.

No debe confundirse el derecho del constructor sobre lo construido, con el derecho de superficie. No existe duda de que la construcción, cuando se hace de buena fe o con el consentimiento del dueño del terreno, pertenece al constructor; el problema se presenta para determinar cuál es el alcance y límites del derecho sobre la superficie del terreno en que construyó.

Es claro y no debe presentar duda, que el constructor de buena fe o con el consentimiento del dueño del terreno tiene un derecho sobre la superficie del terreno en que edificó, diferente a su derecho sobre las construcciones. El derecho sobre las construcciones es el de propiedad, y por ello, podrá disponer de ellas dentro del marco legal en que se ubica su derecho; así, lo normal y común es que pueda disponer de ellas para usarlas conforme su naturaleza y para enajenarlas al dueño del terreno.

Por la falta de una reglamentación legal, las dudas se presentan respecto

a los derechos, y en su caso los deberes del constructor por una parte y respecto a los derechos y deberes del propietario del terreno.

Mientras no exista una controversia entre ambos interesados, el derecho de superficie no presenta ninguna dificultad o no debe presentarla.

En el supuesto de que no exista conflicto, el constructor tiene derecho a mantener y a conservar su construcción sobre el terreno ajeno, y el propietario tiene el deber de no interferir en aquel derecho.

Para precisar otros derechos y deberes, es necesario primero señalar cuáles son los preceptos legales que establecen o presumen la existencia del derecho y cuál es su contenido.

Tres son los preceptos en el Código Civil que hacen presumir la existencia de este derecho:

Art. 896.—Todas las obras, siembras y plantaciones, así como las mejoras y reparaciones ejecutadas en un terreno, se presumen hechas por el propietario y a su costa, mientras no se pruebe lo contrario.

Art. 900.—El dueño del terreno en que se edifique, siembre o plante de buena fe, tendrá derecho de hacer suya la obra, siembra o plantación, previa la indemnización prescrita en el artículo 897 (obligación en todo caso de pagar los materiales ajenos y si actuó de mala fe resarcir daños y perjuicios) o de obligar al que edificó o plantó a pagarle el precio del terreno, y al que sembró, solamente su renta. Si el dueño del terreno ha procedido de mala fe, sólo tendrá derecho de que se le pague el valor de la renta o el precio del terreno, en sus respectivos casos.

Art. 2899.—La hipoteca de una construcción levantada en terreno ajeno no comprende el área.

Con los principios antes transcritos y mediante una combinación ordenada de los demás artículos del Código Civil y tomando en cuenta los principios generales del derecho que menciona el artículo diecinueve, deben resolverse todos los conflictos, y en su caso dudas o planteamientos que puedan presentarse en relación con este tema.

Algunas de las preguntas que se antoja hacer son: ¿Es el derecho de superficie un derecho real? ¿Tiene el titular un derecho de preferencia para adquirir el terreno si su propietario pretende venderlo a un tercero? ¿Tiene el titular el derecho de reconstruir lo edificado, en caso de destrucción? ¿En qué tiempo o plazo debe ejercer el propietario del terreno su derecho para adquirir lo edificado o para obligar al constructor a adquirir el terreno conforme al artículo novecientos? ¿El propietario del terreno tiene los mismos derechos establecidos en el artículo novecientos si el constructor edificó con su consentimiento? ¿Puede el titular del derecho de superficie hipotecar libremente su construcción y crear así el derecho real de hipoteca? ¿Para hipotecar requerirá previamente cierto consenti-

miento del dueño del terreno? Esas y muchas otras preguntas pueden plantearse en relación con este tema, y la ley no da una solución expresa, porque no reglamenta el derecho de superficie.

Es normal considerar que un tema de estas dimensiones no es posible tratarle en este espacio, sin embargo, se propondrán algunas soluciones:

A. El derecho de superficie no es un derecho real. Los derechos reales sólo pueden ser establecidos por la ley, conforme a los artículos 27 Constitucional y 830 del Código Civil. (Recuérdese la teoría de los *numerus clausus* en materia de derechos reales.) Si no es un derecho real, será un derecho personal frente al propietario del terreno.

B. El derecho de superficie se crea por un situación anormal. Lo normal y lo común es que el propietario del terreno construya con dinero y materiales propios sobre su terreno, y por ello, cuando otro construye, es una situación anormal y fuera de lo común. Por lo tanto, ya sea porque el constructor haya edificado con consentimiento del dueño o sin su consentimiento pero de buena fe, es una situación anormal, por ello deben proponerse soluciones que vuelvan esa situación a la normalidad; por ello, debe considerarse que ambos tienen un derecho de preferencia para adquirir ya el suelo, ya las construcciones, cuando el otro las pretenda enajenar a un tercero y tal derecho debe ser el del tanto, para que no le sea oponible la enajenación al propietario (sea del terreno, sea de las construcciones) preterido.

C. El titular del derecho de superficie no tiene el derecho de reconstruir, si lo edificado se destruyó. Para ser congruente con la postura de que este derecho crea una situación anormal, si por cualquier causa las situaciones vuelven al cauce normal (como es la pérdida de lo construido, ya que deja al propietario del terreno sin deberes frente al constructor), no hay porque volver a la anormalidad.

D. Si el propietario del terreno dio su consentimiento para construir, en todo tiempo conservará su derecho para adquirir lo construido o para exigir del constructor que adquiriera el terreno. Además, en este supuesto, el propietario de las construcciones nunca podrá prescribir el terreno, porque la causa u origen de su posesión nunca fue en concepto de propietario y no puede variar esa causa.

E. En caso de que el propietario no haya dado su consentimiento y el constructor lo haya hecho de buena fe, conserva su derecho para adquirir lo construido o para exigir la compra de su terreno, mientras el constructor no prescriba legalmente el terreno.

F. El constructor, titular del derecho de superficie, no puede inscribir en el Registro Público de la Propiedad su derecho de propiedad sobre las construcciones, sin consentimiento del propietario del terreno, lo que se asevera con fundamento en “el principio de consentimiento” que rige

a la institución registral. Por ello, no puede hipotecar esas construcciones para crear el derecho real de hipoteca, sin el consentimiento del propietario del terreno, ya que lo dé en el momento de la constitución de la hipoteca o con anterioridad, para que las construcciones se inscriban en el registro.*

* Bibliografía:

Para conocer antecedentes de este derecho y algunos planteamientos totalmente diferentes a los aquí asentados, consúltense la siguiente bibliografía:

A. Borja Martínez, Ignacio. *Derecho de superficie*, tesis profesional publicada en la *Revista de la Asociación Nacional del Notariado Mexicano*, número 55, año XVIII, junio, 1974.

B. Cruz Ponce, Lisandro, "El derecho de superficie", artículo publicado en el libro *Un siglo de derecho civil mexicano* (Memoria del II Coloquio Nacional de Derecho Civil). U. N. A. M. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Imprenta Universitaria, México, 1985, pp. 127 y ss.

APÉNDICE NÚMERO TRES
ADAGIOS, MÁXIMAS Y AXIOMAS
EN MATERIA CONTRACTUAL

Al hacer un estudio jurídico se siente la necesidad de apoyar algunos argumentos en axiomas claros y precisos que muestren la claridad del argumento y que por expresarse en latín hagan sentir que es una verdad conocida de tiempo atrás.

No es fácil encontrar estos apoyos, en virtud de que en la actualidad se ha ido perdiendo esa diligencia del jurista de antaño de remontarse a textos latinos y extranjeros. Por ello, y además en satisfacción de un gusto personal de reunir algunos de esos adagios que se han localizado en las diversas lecturas que han hecho posible la elaboración de este libro, es que aquí se asientan los siguientes, con la intención de alargar la lista en futuras ediciones.

Aun cuando hubiera sido muy interesante formular una colección más amplia, por razón de la materia de este libro sólo se listan los conceptos relacionados con la materia contractual.

Actio, seu obligatio semel extincta, amplius non reviviscit: La obligación y la acción, una vez extinguidas, no reviven.

Actus debet interpretari ut potius valeat, quam pareat: El acto debe interpretarse de manera que más bien valga, que deje de ser.

Aequitas in dubito prevalent: La equidad prevalece en caso de duda.

Alteri per alterum fieri non debet iniqua conditio: Ninguno puede poner a otro una condición inicua.

Animus talis praesumitur qualem facta demonstrant: El ánimo se presume tal cual lo demuestran los hechos.

Argumentum ab absurdo validum in jure est: El argumento que se toma del absurdo es válido en derecho.

Argumentum a contrario sensu in jure validum prorsus est: El argumento que se toma en sentido contrario, es válido en derecho.

Argumentum a maiori ad minus: Quien tiene derecho a lo más, tiene derecho a lo menos.

Bona proprie non dicuntur quae plus incommodi quam commodi habent: No deben considerarse bienes aquellos que originan más daño que bien.

Cessante ratione legis, cessat ejus dispositio: Cesando la razón de la ley, cesa su disposición.

Coacta voluntas, voluntas est: La voluntad aunque sea forzada es voluntad.

Contractus ex conventione legem accipere dignoscuntur: El convenio (convencción) es lo que da la ley a los contratos

Cui licet quod est plus, licet utique quod est minus: A quien se permite lo más es permitido lo menos.

Culpa caret qui scit sed prohibere non potest: No tiene culpa el que sabe y no puede impedir el hecho.

Culpa in casibus fortuitis non praesumitur nisi probetur: En los casos fortuitos no se presume culpa si no se prueba.

Culpa lata dolo comparatur: La culpa lata (grave) se compara al dolo.

Cum quid una via prohibetur alicui, ad id alia non debet admitti A quien se prohíbe algo por un medio, no debe permitírsele por otro.

Dictum unius, dictum nullius: El dicho de uno (de un testigo) es como el de ninguno.

Dolus non praesumitur nisi probetur: El dolo no se presume, debe probarse.

Dura lex, sed lex: a ley aunque dura, es ley.

Effectus legis non debet excedere legislatoris voluntatem: El efecto de la ley no debe extenderse a más de lo que quiso el legislador.

Error communis facit jus: El concepto erróneo generalizado se equipara al precepto de ley. (Mazeaud IV-III, p. 198).

Ex casu fortuito quis tenetur si praecessit culpa, pactum vel mora: Al caso fortuito nadie está obligado sino por culpa, pacto o mora.

Exceptio non adimpleti contractus: Excepción de contrato no cumplido o ejecutado. "En los contratos bilaterales una de las partes no podrá demandar su cumplimiento, si no probase haberlo ella cumplido u ofreciese cumplirlo o que su obligación es a plazo" (Art. 1201 del Código Civil Argentino).

Exceptio non rite adimpleti contractus: Excepción de contrato parcialmente no cumplido "o de incumplimiento parcial, defectuoso o irritual" (Mosset Iturraspe. *Teoría general del contrato*, Ediciones Jurídicas Orbir, Rosario, Arg., 1970, p. 458).

Exceptiones sunt strictissimae interpretationis: Las excepciones deben interpretarse en forma estricta.

Factum non praesumitur nisi probetur: El hecho no se presume, debe probarse.

Fidejubere pro alio potest quisque et iamsi promissor ignoret: Cualquiera puede ser fiador de otro, aunque lo ignore el deudor.

Fideijussor antequam reusdebeat conveniri non potest: El fiador no puede ser demandado sin que previamente lo sea el deudor.

Fides publica etiam hostibus est servanda: La fe pública debe guardarse aun con los enemigos.

Ignorantia facti, non juris excusat: Puede excusarse la ignorancia de hecho, pero no la de derecho.

Inanis est actio quam inopia debitoris excludit: Es vana la acción del acreedor si la excluye la pobreza del deudor.

Inclusionem unius, fit exclusio alterius: Al incluir uno se excluye al otro.

In contractibus rei veritas potius, quam scriptura perspici debet: En los contratos se debe atender a la verdad antes que a lo escrito.

Iniquum est ex alterius pacto alterum obligari: Es injusto querer obligar a uno por el pacto de otro.

Jura iuribus concordari debent: Las leyes deben concordarse unas con otras.

Juris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere: Los preceptos del derecho son: vivir con honestidad, no dañar a otros y da a cada quien lo suyo.

Jus est ars boni et aequi: El derecho es el arte de lo bueno y lo justo. El Digesto.

Lex statuit de eo quod plerumque: La ley reglamenta teniendo en cuenta lo que sucede generalmente.

Libertas inaestimabilis res est: La libertad es una cosa inestimable. (La libertad no tiene precio.)

Locus regit actum: Son aplicables a los actos, las leyes del lugar en donde pasan.

Mandatum speciale derogat generali: El mandato especial deroga al general.

Mutuum damus, recepturi idem genus: En el mutuo debe devolverse no la misma cosa, sino otra, pero sí del mismo género.

Nemini facit injuriam qui jure suo utitur: No causa daño quien usa de su derecho.

Nemo dat quod non habet: No puede dar quien no tiene. (Ver Art. 1599 c.c. francés.)

Non debet nocere factum alterius ei qui nihil fecit: El hecho de una persona no puede perjudicar a otra que no haya intervenido en él.

Non potest commodari id, quod usu consumitur: No pueden ser objeto del comodato las cosas que se consumen por su uso.

Notoria probatione non indigent: Lo que es notorio no necesita probarse.

Nuda pactio obligationem non parit: Los contratos sin forma no producen obligaciones. (Ulpiano)

Numus numum parere non potest: Dinero no puede parir dinero.

Pacta contra bonos mores, vel leges, vel contra honestas consuetudines, nullius sunt momenti: Los pactos contra las buenas costumbres, las leyes o la honestidad, son nulos.

Pacta quantuncumque nuda omnino a contrahentibus servari debent: Los pactos, por nudos que sean, deben guardarse por los contratantes.

Post rem judicatam transactio non valet: La transacción después de terminado el juicio es nula.

Praesumptio cedit veritati, siquidem veritas praevallet praesumptioni: La presunción cede a la verdad porque ésta prevalece respecto de aquélla.

Quae non probantur prohibita, licita et permissa censentur: Las cosas que no se prueba que están prohibidas, se reputan lícitas y permitidas.

Quilibet potest alterius conditionem meliorem, non deteriorem facere: Cualquiera puede mejorar, pero no empeorar la condición de otro.

Quilibet potest juri principaliter pro se introducto renuntiari: Cualquiera puede renunciar el derecho introducido principalmente en favor suyo.

Qui juri suo semel renuntiavit non valet postea ad ipsum redire: El que una vez renunció su derecho, no puede alegarlo después.

Qui prior est tempore, potior est jure: El que es primero en tiempo es primero en derecho.

Qui tacet, consentire videtur: El que calla parece que consiente.

Quod fit per legem, fieri potest per pactum: Lo que puede hacerse por ley, puede hacerse por contrato.

Ratum quis habere non potest, quod ipsius nomine non est gestum: Ninguno puede ratificar lo que no fue hecho en su nombre.

Rebus sic stantibus: Los contratos deben cumplirse en sus términos, mientras no cambien las circunstancias que les dieron origen. Si estas circunstancias cambian (por una excesiva onerosidad sobreviniente o por causas imprevistas), el contrato puede ser revisado para modificar las obligaciones generadas o para revocarlo. Ver Mosset Iturraspe, Jorge. *Teoría general del contrato*, Ediciones Jurídicas Orbir, Rosario, Argentina, 1970, pp. 389 a 399.

Rebus Sic stantibus. Contractus qui habent tractum successivum et dependentiam de futuro, rebus sic stantibus intelliguntur: Los contratos de tracto sucesivo o de prestaciones periódicas (a futuro), quedan subordinados al mantenimiento de las condiciones de hecho reinantes al momento en que se celebraron. Ver Bercaitz, Miguel Ángel. *Teoría general de los contratos administrativos*. Segunda edic. Ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1980, p. 99.

Res cum suo onere transit: La cosa pasa a otro con sus cargas.

Res quae casu fortuito perit, suo domino perit: La cosa que perece por caso fortuito, perece para su dueño.

Sensum non verba considerare debemus: Debe atenderse al sentido y no a las palabras.

Sine possessione praescriptio non procedit: No habiendo posesión, no puede ganarse la prescripción.

Ubi eadem, est legis ratio, eadem est legis dispositio: Donde existe la misma razón de la ley, debe aplicarse la misma disposición.

Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus: Donde la ley no distingue, no debemos distinguir.

Usuras illicitas sorti mixtas ipsas tatum non deberi constat, ceterum sortem non vitare: Los intereses ilícitos no deben pagarse, pero éstos no vician al capital.

Ut nullo modo usurae usurarum a debitoribus exigantur: Es nulo el pacto de intereses sobre intereses.

Turpitudinem propriam allegans non est audiendus: No debe ser oído el que alega sus propias torpezas.

Verba ex consuetudine regionis interpretationem accipiunt: Las palabras se interpretan según la costumbre del lugar.

Verba in dubio contra stipulatorem interpretantur: Las palabras dudosas se interpretan contra el que prometió.

Verba intelligi debent ita ut aliquid operentur: Las palabras deben entenderse de modo que surtan algún efecto.

Verba secundum intentionem proferentis intelligenda sut: Las palabras deben entenderse según la intención del que las profiere.

Verbum homo ad faeminam extenditur nisi contrarium expresse reperiat: Bajo la palabra "hombre" se comprende también la mujer, a menos que se exprese lo contrario.

APÉNDICE NÚMERO CUATRO

EL DERECHO DEL TANTO DE LOS ARRENDATARIOS DE CASA HABITACIÓN Y LA INTERVENCIÓN NOTARIAL*

SUMARIO: I. Otorgamiento del derecho.—II. Concepto del derecho del tanto.—III. Justificación del derecho.—IV.—Significado y operatividad del derecho del tanto.—V. Necesidad de acatar el precepto.—VI. Forma de ejercicio.—VII. Notificación indubitable.—VIII. Convenio entre arrendador y tercero.—IX. Tratos previos.—X. Naturaleza jurídica de la notificación.—XI. Renuncia del derecho del tanto.—XII. Derecho del tanto imposible de cumplir.—XIII. Venta de derechos de copropiedad.—XIV. Aceptación de la policitación por parte de varios arrendatarios.—XV. Conclusiones.

I. OTORGAMIENTO DEL DERECHO

El artículo 2448-I del Código Civil para el Distrito Federal, confiere a los arrendatarios de inmuebles destinados a habitación, si están al corriente en el pago de sus rentas, el derecho del tanto para el caso de que el propietario quiera vender la finca arrendada.

Por su parte, el artículo 2248-J establece las bases a las que se sujetará ese derecho del tanto:

A. El propietario debe dar un aviso al arrendatario en forma indubitable, de su deseo de vender el inmueble, precisando el precio y todas las circunstancias y características de la compraventa.

B. Los arrendatarios gozan del plazo de quince días para notificar al propietario, también en forma indubitable, su voluntad de ejercitar su derecho del tanto, en los términos de la oferta. Si no lo hacen precluye su derecho.

C. Los notarios deberán cerciorarse del cumplimiento de esas disposiciones previamente a la autorización de la escritura de compraventa.

D. La compraventa y su escrituración realizada en contravención a lo dispuesto en ese precepto, serán “*nulas de pleno derecho*” y los notarios in-

* Nota aclaratoria. Este apéndice se mantendrá en este libro porque contiene principios generales y aspectos de interés práctico notarial y por ende conceptos de interés en el estudio de estas materias, independientemente de que el derecho del tanto consagrado en la ley dejó de tener aplicación a partir del primero de enero de 2002, fue restablecido en el artículo 2448 J conforme al Decreto publicado en la *Gaceta Oficial* del D. F. el 16 de enero de 2003, actualmente vigente. Consúltese el capítulo del arrendamiento en esta obra.

currirán en las sanciones que determina la Ley del Notariado. Esta acción de nulidad prescribe a los seis meses contados a partir de que el arrendatario tenga conocimiento de la celebración del contrato.¹

II. CONCEPTO DEL DERECHO DEL TANTO

El derecho del tanto es la posibilidad jurídica que le da la ley a un copropietario para adquirir, en igualdad de circunstancias, respecto de cualquier tercero, la parte indivisa del bien sobre el que recae la copropiedad, que pretenda vender otro copropietario.

El legislador, por considerar que existen razones similares a las que se dan en materia de copropiedad, también concede este derecho del tanto a los coherederos, a los socios en las sociedades civiles y a los usufructuarios.²

¹ Art. 2448-I.—Para los efectos de este capítulo, el arrendatario, si está al corriente en el pago de la renta, tendrá derecho a que, en igualdad de condiciones, se le prefiera a otro interesado en el nuevo arrendamiento del inmueble. Asimismo, tendrá el derecho del tanto en caso de que el propietario quiera vender la finca arrendada.

Art. 2448-J.—El ejercicio del derecho del tanto se sujetará a las siguientes reglas:

I. En todos los casos el propietario deberá dar aviso, en forma indubitable al arrendatario de su deseo de vender el inmueble, precisando el precio, términos, condiciones y modalidades de la compraventa.

II. El o los arrendatarios dispondrán de 15 días para notificar en forma indubitable al arrendador su voluntad de ejercitar el derecho del tanto en los términos y condiciones de la oferta.

III. En caso de que el arrendador cambie cualquiera de los términos de la oferta inicial estará obligado a dar un nuevo aviso en forma indubitable al arrendatario, quien a partir de ese momento, dispondrá de un nuevo plazo de 15 días para los efectos del párrafo anterior. Si el cambio se refiere al precio, el arrendador sólo está obligado a dar este nuevo aviso cuando el incremento o decremento sea de más de un diez por ciento.

IV. Tratándose de bienes sujetos al régimen de propiedad en condominio, se aplicarán las disposiciones de la ley de la materia.

V. Los notarios deberán cerciorarse del cumplimiento de este artículo previamente a la autorización de la escritura de compraventa.

VI. La compraventa y su escrituración realizadas en contravención de lo dispuesto en este artículos, serán nulas de pleno derecho y los notarios incurrirán en responsabilidad en los términos de la ley de la materia. La acción de nulidad a que se refiere esta fracción prescribe a los seis meses contados a partir de que el arrendatario tuvo conocimiento de la realización del contrato.

En caso de que el arrendatario no dé aviso a que se refieren las fracciones II y III de este artículo precluirá su derecho.

² Art. 973.—Los propietarios de cosa indivisa no pueden enajenar a extraños su parte alícuota respectiva, si el partícipe quiere hacer uso del derecho del tanto. A ese efecto, el copropietario notificará a los demás, por medio de notario o judicialmente, la venta que tuviere convenida, para que dentro de los ocho días siguientes hagan uso del derecho del tanto. Transcurridos los ocho días, por el solo lapso del término se pierde el derecho. Mientras no se haya hecho la notificación, la venta no producirá efecto legal alguno.

Art. 1005.—El usufructuario goza del derecho del tanto. Es aplicable lo dispuesto en el artículo 973, en lo que se refiere a la forma para dar el aviso de enajenación y al tiempo para hacer uso del derecho del tanto.

Art. 1292.—El heredero de parte de los bienes que quiera vender a un extraño su derecho hereditario, debe notificar a sus coherederos por medio de notario, judicialmente o por medio de dos testigos, las bases o condiciones en que se ha concertado la venta, a fin de que

Además, el derecho del tanto se da entre personas que son titulares de iguales o similares derechos respecto del objeto sobre el que recae y nunca debe otorgarse técnicamente entre personas que no tengan entre sí, esa categoría, porque se rompe el equilibrio jurídico.

III. JUSTIFICACIÓN DEL DERECHO

El derecho del tanto, siguiendo una tradición jurídica ya centenaria³ sólo se otorga a quien tenga un derecho real sobre el bien que se pretende vender o un derecho similar que por amplio e importante, el legislador trata de preservar y evitar conflictos por el ejercicio que de él puedan llegar a hacer varias personas.

Cuando una persona es propietaria de un bien o es único heredero en una sucesión no hay posibilidad de que se creen conflictos sociales respecto al ejercicio de sus derechos y utilización del bien o de los que integran el acervo hereditario. No sucede en cambio lo mismo, cuando esos derechos son compartidos por dos o más personas; ya que el ejercicio de los derechos de uno o varios, puede perjudicar o incomodar a los otros.

Para tratar de evitar esos conflictos, la ley establece un sistema sencillo para procurar la concentración de esos derechos compartidos, en una sola persona. Tal sistema es el derecho del tanto. Mientras los diversos titulares de esos derechos estén conformes en mantener esa comunidad, la ley les reconoce y protege esa situación; pero, cuando uno de ellos pretende enajenar sus derechos a quien no forma parte de la comunidad, para evitar, hasta donde sea factible, la posibilidad de conflictos entre los restantes derechohabientes y un nuevo titular, la ley da a los primeros el derecho de adquirir, en igualdad de circunstancias, los derechos que pretende enajenar el otro. En la copropiedad, la ley da una solución aun en casos de conflicto declarado, a través de la *actio communi dividundo*, que no establece en las otras figuras que originan la comunidad, porque, en la sucesión, el pa-

aquéllos, dentro del término de ocho días, hagan uso del derecho del tanto; si los herederos hacen uso de ese derecho, el vendedor está obligado a consumir la venta a su favor, conforme a las bases concertadas. Por el solo lapso de los ocho días se pierde el derecho del tanto. Si la venta se hace omitiendo la notificación prescrita en este artículo, será nula.

Art. 2706.—Los socios gozarán del derecho del tanto. Si varios socios quieren hacer uso del derecho, les competirá éste en la proporción que representen. El término para hacer uso del derecho del tanto, será el de ocho días, contados desde que reciban aviso del que pretende enajenar.

El derecho del tanto se caracteriza porque es recíproco en sí mismo. Es decir, quien es deudor del derecho por pretender vender a un tercero su parte alícuota, puede ser, en cualquier momento, acreedor del mismo derecho, si otro copropietario es el que pretende enajenar.

³ El derecho del tanto se establece en la legislación mexicana, en el Código Civil de 1884 en el que su artículo 2843 es igual al 973 del código actual; el 892 consagra el derecho del tanto, en términos similares al 1005 del código actual, y los artículos 3803 y 3804 establecen el derecho del tanto entre los herederos, en forma similar al 1292 del código actual.

trrimonio o universalidad jurídica tiende natural y legalmente a liquidarse y por ello a terminar la comunidad. En la sociedad civil, por no reconocer la ley a las sociedades unimembres, requiere por lo menos la existencia de dos socios y además tiende a proteger a los terceros con los que se haya relacionado la sociedad y esta acción daría por resultado la disolución de la sociedad y la inseguridad de los terceros. En el usufructo, la ley establece mecanismos precisos para evitar o solucionar conflictos entre los nudos propietarios y los usufructuarios y además se pretende proteger en última instancia el derecho de propiedad que tiene, aunque limitado, el nudo propietario.

Con el derecho del tanto, se tiende a evitar conflictos entre los titulares de los derechos patrimoniales que la ley estima más importantes, como son los derechos reales y específicamente el de propiedad y el de usufructo y aquellos que por su trascendencia social y económica podrían equipararse a ellos, por recaer con la fuerza de un derecho real, sobre una universalidad jurídica o de hecho, como es el caso de los herederos y de los socios.

El derecho del tanto, en última instancia, tiende a garantizar el pleno ejercicio del derecho de propiedad y evitar, dentro de lo posible, conflictos que afecten a la colectividad.

Cuando el legislador proyecta el derecho del tanto al campo de los derechos personales está olvidando esa tradición jurídica, está desnaturalizando la figura y está originando la posibilidad de mayores conflictos que los que mal pretende evitar. La protección a los derechos personales la debe establecer la ley en vista de evitar conflictos patrimoniales, pero sin alterar instituciones jurídicas fundamentales como el derecho de propiedad.

IV. SIGNIFICADO Y OPERATIVIDAD DEL DERECHO DEL TANTO

Del tanto, significa igual, otro tanto igual. En igualdad de situaciones y circunstancias, no simplemente indica una igualdad en cuanto a cantidad, sino una igualdad en pleno sentido. En cantidad, en oportunidad, en lugar, en forma, en calidad.

Cuando el copropietario de un bien pretende vender su parte alícuota a persona que no sea su copropietario, primero debe tener tratos con el posible adquirente y en esos tratos previos, convenir sobre todas las situaciones y circunstancias que deban darse en caso de llegar a perfeccionar su contrato. Después, deberá notificar a sus copropietarios que gozan del derecho del tanto, para darles la oportunidad de adquirir esa parte alícuota en igualdad de circunstancias y por último, si ninguno de los copropietarios hace uso del derecho, ya podrá concertar en definitiva su contrato con el tercero y si algún copropietario hace uso de su derecho, deberá concluir con él el contrato.

No se puede cumplir con la obligación correlativa al derecho del tanto

o en otros términos no se puede respetar y dar oportunidad a su titular a ejercerlo, si no se satisfacen plenamente las situaciones que le permitan dar "otro tanto igual" al tercero y por ello, primero deben existir esas situaciones o circunstancias que permitan ser equiparadas.

En el caso de una compraventa lisa y llana no siempre es verdad que ésta se perfeccione cuando las partes se han puesto de acuerdo en precio y cosa, ya que se dan supuestos en que existe tal acuerdo y no hay compraventa lisa y llana, como en el caso de una promesa de compraventa o cuando se ha condicionado la celebración del contrato a un hecho de realización incierta en cuyo caso habrá un contrato de compraventa sujeto a condición suspensiva, pero no un contrato de compraventa liso y llano. Tal es lo que acontece en este último supuesto, de los tratos que deben tener un copropietario y un tercero, y la calificación de esos tratos no puede ser la de un contrato de compraventa liso y llano.

Cuando el deudor de un derecho del tanto pretenda enajenar el derecho que tiene en la comunidad a un tercero, debe hacerle saber indubitablemente cuál es su situación jurídica, para que ambos estén conscientes de que su contrato sólo se perfeccionará en definitiva, si ningún titular de aquel derecho lo ejercita y que, si lo hace, sus relaciones concluyen por no darse la condición de que el copropietario no ejercitara su derecho, y por ello, nunca culminarán con el contrato de compraventa plenamente efectivo respecto a la transmisión de la propiedad y entrega de la cosa entre ellos a cambio de un precio cierto y en dinero.

V. NECESIDAD DE ACATAR EL PRECEPTO

No obstante que el mencionado derecho del tanto conferido a los arrendatarios de casa habitación es un disparate legislativo, tanto la población en general como los arrendadores-propietarios y los notarios, en particular, deben acatar las disposiciones que lo consagran, por ser ley vigente en el Distrito Federal y así, mientras no tenga alguna persona el resguardo de una sentencia firme de amparo, deberá respetarlo y no es válido en la práctica el argumento de que por no ser un auténtico derecho "del tanto" en términos de tradición jurídica, no hay por qué hacerlo.

VI. FORMA DE EJERCICIO

Una vez que el propietario-arrendador y el tercero se han puesto de acuerdo en todos los aspectos necesarios para realizar la compraventa del inmueble, deben notificar al arrendatario de casa habitación los términos o pormenores de su operación, para darle la oportunidad de que haga ejercicio de su derecho del tanto.

El contenido de la notificación puede ser un documento como el siguiente:

Sr. Izcóatl Pérez y Pérez
Calle El Clavel N° 10 Depto. 5
Col. Las Flores
01010 México, D. F.

Muy estimado señor Pérez y Pérez:

Con fundamento y para los efectos de los artículos 2448-I, 2448-J y demás relativos del Código Civil vigente, hago de su conocimiento lo siguiente:

1. Que tengo propalada o concertada —aún no concluida— una operación de compraventa con el señor Alfredo Vázquez Ponce, respecto del inmueble marcado con el núm. 10 de la calle El Clavel, en la Col. Las Flores, C.P. 01010 en esta ciudad de México, D. F., y terreno que ocupa, inmueble del que forma parte el departamento núm. cinco que usted ocupa como arrendatario para casa habitación.

2. Que el contrato de compraventa con el señor Vázquez, si se celebra porque ningún arrendatario del inmueble haga uso de su derecho del tanto, se sujetará a las siguientes bases:

A. El inmueble se enajena en las condiciones y en la situación física que tenga al momento de perfeccionarse el contrato por la firma de la escritura pública que después se indica.

B. Se transmitirá al comprador con los contratos de arrendamiento celebrados respecto de las diversas localidades que integran el inmueble y por lo tanto con los derechos y obligaciones emanados de esos contratos para el arrendador, tomando en consideración que el inmueble tiene diez departamentos habitacionales y un local comercial y que todos están arrendados. Un ejemplar de cada uno de esos contratos se entregará al adquirente en el momento de la firma de la escritura de compraventa.

C. En el momento de la firma de la escritura pública de compraventa, el vendedor entregará al comprador la posesión jurídica del inmueble, por no poder hacer una entrega real en su totalidad, en virtud de los contratos de arrendamiento que tiene celebrados.

D. El inmueble se transmitirá al comprador libre de todo gravamen y responsabilidad aún fiscal, al corriente en el pago de sus contribuciones prediales y de sus derechos por servicio de agua y sin tener adeudo a la Tesorería del Departamento del Distrito Federal, y si al momento de la firma de la escritura pública de compraventa aparecieren en la constancia respectiva adeudos a la tesorería, el vendedor sólo se obliga a exhibir en ese acto los recibos pagados que aparezcan como adeudos.

E. El precio de la compraventa es la cantidad de cincuenta millones de pesos, moneda nacional, que el comprador deberá pagar en una sola exhibición en un cheque de caja a nombre del vendedor, señor José Luis Sarrabía Román, en el momento de la firma y antes de que lo haga el vendedor, quien inmediatamente después de recibirlo a su satisfacción, firmará

la escritura, después firmará el comprador y así se concluirá la celebración del contrato.

F. La firma de la escritura pública de compraventa se hará ante el licenciado Miguel Ángel Zamora Valencia, notario público núm. 242 de las calles de Colima, Col. Roma, en esta ciudad de México, D. F., el día 20 de mayo de 1988, a las 17:30 horas.

G. En la escritura notarial de compraventa, se relacionará un certificado del Registro Público de la Propiedad de libertad de gravámenes, pero ese certificado no tendrá efectos de primer aviso preventivo, en los términos del artículo 3016 del Código Civil, en favor del comprador.

H. Todos los gastos, derechos, impuestos y honorarios que origine la operación serán por cuenta del comprador, a excepción del impuesto sobre la renta por utilidades por enajenación de bienes, que si se causa, será por cuenta del vendedor, quien podrá optar por el sistema de deducciones que estime pertinentes, en los términos de la ley.

3. Que por ser usted arrendatario de la localidad arriba precisada, se le notifica lo anterior para que haga uso de su derecho del tanto en el entendido de que:

Primero. Deberá usted hacerme saber, dentro del término que le concede la ley, su deseo de hacer ejercicio de su derecho del tanto, para adquirir, en igualdad de términos y situaciones que el señor Vázquez Ponce, el inmueble antes precisado; términos y situaciones que han quedado especificados arriba.

Segundo. Si dentro del término de ley me notifica usted su deseo de hacer uso de su derecho del tanto, deberá usted, con toda oportunidad, hacer del conocimiento esa situación al señor licenciado Miguel Ángel Zamora Valencia, notario público núm. 78 del D. F., anticiparle los gastos de la escritura en los términos del artículo 34, fracción II de la Ley del Notariado, para que el día antes precisado, 20 de mayo de 1988, a las 17:30 horas pueda firmarse a su nombre esa escritura de compraventa y deberá usted presentarse el día y hora señalados en las oficinas del señor notario, cuya ubicación ya quedó precisada, con el cheque de caja por los cincuenta millones de pesos, m. n., precio de la compraventa, para poder celebrar con usted el contrato.

Tercero. Si no me notifica usted, dentro del término de ley, su deseo de hacer uso de su derecho del tanto; si no anticipa usted los gastos al señor notario; o habiéndome notificado no cumple usted, en los mismos términos y bases convenidos con el señor Alfredo Vázquez Ponce antes precisadas, con la celebración y conclusión del contrato de compraventa, presentándose a pagar y firmar la escritura ante el notario mencionado a las 17:30 horas del próximo 20 de mayo de 1988, el contrato lo celebraré como se tiene convenido con el señor Vázquez Ponce.

Lo anterior se le notifica a usted por ser arrendatario para casa habita-

ción del departamento cinco del inmueble núm. 10 de la calle El Clavel, en la Col. Las Flores, en esta ciudad de México, 01010 D. F.

México, D. F., a 1º de abril de 1988.

SR. JOSÉ LUIS SARABIA ROMÁN

Conforme:

Alfredo Vázquez Ponce

VII. NOTIFICACIÓN INDUBITABLE

El autor de este trabajo siempre ha recomendado cautela en el ejercicio profesional del notario y evitar hasta donde sea posible la actuación agresiva que comprometa su seguridad o tranquilidad. Por ello, al intervenir en una operación de compraventa en que se requiera el notario, deberá exigir la comprobación judicial o notarial de que se cumplió con la notificación a los inquilinos de casa habitación.

La notificación de la compraventa concertada deberá hacerse en forma indubitable.

No obstante que una notificación hecha ante dos testigos puede considerarse desde un punto de vista estrictamente jurídico como indubitable según el criterio que se obtiene por analogía del contenido de los artículos 1292 y 2080 del Código Civil, se recomienda para seguridad de la operación y certeza en la actuación notarial, que esa notificación se haga por vía judicial (con fundamento en los artículos 893 y sigs. del Código de Procedimientos Civiles) o por vía notarial (con fundamento en los artículos 84, 85 y 86 de la Ley del Notariado para el Distrito Federal).

La notificación debe contener todas las bases, términos, circunstancias y situaciones convenidas con el posible comprador y como lo dispone la ley "precisando el precio, términos, condiciones y modalidades de la compraventa", para hacer posible que el arrendatario pueda dar otro tanto al convenido con el tercero. "El tanto" no sólo significa "dar otro tanto igual al precio convenido", sino igualar los términos convenidos en todos sus aspectos: pagar en el lugar, tiempo y modo ese precio y cumplir en igualdad de circunstancias todos los demás aspectos del contrato como son: contenido clausular, documentación relacionada con la operación y notario ante quien se otorgue el contrato.

VIII. CONVENIO ENTRE ARRENDADOR Y TERCERO

Naturaleza jurídica del convenio entre el arrendador-propietario y el tercero, antes de la notificación al arrendatario. Cuando se conviene entre el propietario-arrendador y un tercero la posible celebración de un contrato de compraventa, respecto de un inmueble arrendado para casa habita-

ción, no se está perfeccionando entre ellos el contrato de compraventa liso y llano; sino un contrato de compraventa sujeto a condición suspensiva, de que uno o varios terceros, arrendatarios del inmueble o de partes del inmueble para casa habitación, no deseen hacer uso de su derecho del tanto para adquirirlo y en el que además, sin sujetarse a la forma prevista en la ley, han convenido en perfeccionar el contrato un día, hora y ante notario, determinados.

Necesariamente el arrendador y el tercero han de convenir no sólo respecto del precio y cosa, sino en todas las situaciones, circunstancias y pormenores que pudieran originar un contratiempo en el momento de perfeccionarse la operación con plenos efectos de transmisión de propiedad y entrega de prestaciones ya sea entre ellos, si ningún arrendatario hace uso de su derecho preferente para adquirir, o entre arrendador-propietario y el arrendatario que haga valer su derecho. No obstante este acuerdo entre arrendador-propietario y el tercero, en los términos del artículo 2449 la venta no se ha perfeccionado. El artículo señala que “por regla general la venta es perfecta y obligatoria para las partes...” y aquí se contempla una excepción a esa regla general que permiten y justifican los artículos 1938, 1939 y 1947 del Código Civil.

En la práctica, este contrato de compraventa sujeto a condición suspensiva como no se otorga con las formalidades que la ley señala, esto es, en escritura pública por recaer sobre inmuebles, origina diversos problemas. Si los arrendatarios a quienes se les notifica para que puedan hacer uso de su derecho del tanto no manifiestan su voluntad de ejercitarlo y la notifican legalmente o en su oportunidad no cumplen con la obligación de celebrar el contrato y efectuar el pago del precio en los términos de la notificación, y el tercero comprador no cumple con la celebración del contrato frente al arrendador-propietario, éste no tiene normalmente la posibilidad de exigir ese cumplimiento por falta de prueba. En cambio, si el incumplidor fuere el propietario-arrendador, al tercero comprador le serviría como prueba fehaciente la notificación hecha por aquél y podría exigir o el cumplimiento forzoso demandando el otorgamiento y firma del contrato notarial de compraventa o la resolución del contrato y en ambos casos el pago de daños y perjuicios. Por ello, es recomendable que el documento a notificar al arrendatario lo firme de conformidad el tercero.

Es conveniente que la notificación al arrendatario la hagan el arrendador-propietario y el tercero, para preconstituir una prueba fehaciente del contrato celebrado entre ellos y para que cualquiera de ambos pueda exigir a futuro la celebración del contrato si el tercero no hace uso de su derecho del tanto.

No obstante que en el fondo puede considerarse que el reconocimiento de tener opalada o concertada una operación de compraventa respecto del inmueble equivale a un contrato de compraventa aunque sujeto a con-

dición suspensiva entre el arrendador-propietario y el tercero, el notario no tiene una responsabilidad personal por la falta de cumplimiento de obligaciones fiscales, porque la Ley Fiscal no grava estas operaciones sujetas a condición suspensiva y además, porque tal reconocimiento se hace en una notificación que se impone al notario por un requerimiento de una ley de orden público (Art. 2448 del Código Civil).⁴

IX. TRATOS PREVIOS

Antes de celebrar un contrato, los interesados tienen la posibilidad jurídica de hablar o convenir sobre los posibles términos definitivos del contrato y una vez que se han agotado las pláticas sobre todos los detalles del mismo, uno de ellos, necesariamente hará la propuesta o declaración a la otra, con los elementos esenciales del contrato en forma seria y con ánimo de cumplir en su oportunidad. Si el destinatario de esa propuesta la acepta sin modificaciones, se perfecciona el contrato.

En esta exposición se pueden distinguir con toda claridad los tratos previos o tratativas que son las pláticas o diálogos para ajustar los intereses de las partes antes de celebrar un contrato, de la policitud que es el momento previamente inmediato a la celebración del contrato; y a ambos del contrato.

Las expresiones “tengo o tenemos propalada o concertada una operación de compraventa” pueden considerarse como la fase precontractual, como los tratos previos para la celebración del contrato, pero en realidad, entre el propietario-arrendador y el tercero ya se agotaron esas pláticas y se llegó al acuerdo de celebrar el contrato, con la modalidad de que un arrendatario no ejercite su derecho del tanto y por ello, entre ellos, se ha celebrado ya un contrato de compraventa aunque no puro y simple, sino sujeto a condición suspensiva; y por lo tanto, si el arrendatario no hace uso de su derecho debe perfeccionarse entre aquéllos el contrato de compraventa, con efecto de entrega de prestaciones.

X. NATURALEZA JURÍDICA DE LA NOTIFICACIÓN

Desde un punto de vista lógico, todo contrato se forma por la aceptación que en cierto momento, una persona hace de la propuesta de la otra, haya habido o no un cambio de impresiones y tratos previos. Para que exista acuerdo de voluntades como elemento constitutivo de todo contrato, se requiere, precisamente, que una persona esté conforme con una propuesta definitiva y última de otra, ya que no es lógico que ambas al mismo tiempo propusieran y aceptaran. Necesariamente alguien debe hablar primero.

⁴ Art. 2448.—Las disposiciones de este capítulo son de orden público e interés social. Por tanto, son irrenunciables y en consecuencia, cualquier estipulación en contrario se tendrá por no puesta.

La notificación que hace el arrendador-propietario al inquilino de casa habitación, es precisamente esa propuesta seria y formal para la celebración de un contrato de compraventa, y como necesariamente debe contener todos los pormenores tratados y platicados con el tercero posible adquirente, para que el arrendatario pueda dar "otro tanto" igual, es una propuesta que reúne además de los elementos característicos del contrato de compraventa, los que son complemento para dar plenos efectos al contrato y evitar, hasta donde hayan previsto arrendador y tercero, la aplicación de normas supletorias del código.

Esa propuesta, se llama "policitación" u "oferta". Por ello, la naturaleza jurídica de la notificación, es que es una oferta perfecta y plenamente válida para posibilitar la celebración de un contrato de compraventa.⁵

Lo anterior trae dos consecuencias fundamentales:

A. En el momento en que el arrendatario, destinatario de la oferta la acepte sin condiciones, se perfecciona el contrato sin más requisito legal y como el contrato es de compraventa, se producen plenamente todos sus efectos, tanto el translativo de dominio respecto del inmueble, como el obligacional respecto a la entrega del precio y de la cosa, en el tiempo, lugar y forma señalados en la notificación. Si el arrendador falleciere dentro del plazo de quince días que tiene el arrendatario para manifestar su aceptación, sus herederos quedan obligados a sostener el contrato, según lo dispone el artículo 1809 del código.

B. El arrendador-propietario no puede retractarse de su oferta ni variarla o modificarla, dentro del plazo legal de los quince días que se conceden al arrendatario para que pueda aceptarla.

Hay que recordar que, en los términos del artículo 2248 las disposiciones relacionadas con el arrendamiento de inmuebles para casa habitación son de orden público; y por lo tanto, una contravención a esas normas sería un hecho ilícito que originaría su nulidad absoluta y la responsabilidad de los daños y perjuicios. Por otra parte, el arrendatario podrá demandar directamente el otorgamiento del contrato de compraventa con base en la primera notificación, ya que el arrendador debe sostener su oferta por el plazo señalado en la ley. Si el plazo convencional señalado en una oferta, obliga al oferente a sostenerla, en los términos del artículo 1804 del código.

⁵ "Concepto de policitación. Es una declaración unilateral de voluntad, recepticia, expresa o tácita, hecha a persona presente o no presente, determinada o indeterminada, que contiene los elementos esenciales de un contrato cuya celebración pretende el autor de esa voluntad, sería hecha con ánimo de cumplir en su oportunidad". Gutiérrez y González, Ernesto, *Derecho de las obligaciones*, sexta edición. Edit. Cajica, Puebla, Pue., 1987, p. 265.

"109.—II. Oferta y aceptación. Uno de los futuros contratantes propone a otro las condiciones de un contrato; esto es lo que se llama oferta o policitación. Si el otro se muestra conforme con ellas, les da su aceptación, queda formado el consentimiento." Borja Soriano, Manuel, *Teoría general de las obligaciones*, octava edición, Porrúa, México, 1982, p. 121.

go, con mayor razón, el plazo legal que establece el artículo 2448-J tanto porque es un imperativo de la ley, cuanto porque esa ley, por disposición expresa, es de orden público. Y es lo mismo retractarse de la oferta, que variar sus términos originales; y ambas posibilidades serían ilícitas. El Código Civil de 1884, en su artículo 1292 establecía la posibilidad de retractarse de una oferta, pagando los daños y perjuicios que pudieran resultar de su retractación, pero el actual Código Civil, cambió totalmente esa tendencia y ahora, en general no puede el oferente retractarse de su oferta si existe un plazo convencional conferido al destinatario, y en especial, a mayoría de razón, no podrá retractarse si el plazo es establecido por la ley, y en este caso estas razones se agravan al considerar ese plazo establecido en una ley declarada expresamente de orden público.⁶

No es que la notificación mencionada surta los efectos de una policitud, sino que es una oferta, y como tal produce sus propios efectos.

Si después de la notificación, el arrendatario no notifica indubitablemente su deseo de hacer uso de su derecho del tanto y adquirir en igualdad de condiciones que el tercero el inmueble, o habiendo notificado no cumple con esa igualdad de situaciones y circunstancias, pierde su derecho y deja en libertad al arrendador-propietario y al tercero, para la celebración de su contrato de compraventa lisa y llano en la forma, términos y pormenores en que ya habían celebrado el contrato sujeto a condición suspensiva, pero siempre y cuando no modifiquen esos términos y pormenores; ya que si existe una variación, en cualquier aspecto, su contrato sería nulo y responsabilizaría al notario con las sanciones que establece la ley si autoriza esa operación. La única excepción que señala la ley, es la precisada en el artículo 2448-J, fracción III en que permite variar sólo el precio de la compraventa, siempre que esa variación no exceda del diez por ciento del precio precisado en la notificación.⁷

El mencionado artículo 2448-J de ninguna manera autoriza al arrendador-propietario a retractarse de su oferta contenida en la notificación hecha al inquilino, dentro del plazo de los quince días, antes de que haya aceptado el inquilino y notifique que hará uso de su derecho del tanto, ni

⁶ "...dentro del sistema de los códigos de 1870 y de 1884, se permitía la retractación de la oferta. En cuyo caso ya el contrato no se celebraba y simplemente se daba acción al aceptante, si había sufrido daños y perjuicios, para exigir una reparación de los mismos; pero no se le daba acción para exigir el cumplimiento del contrato, no obstante que hubiera aceptado dentro del plazo legal o convencional..."

"...En cambio, en el código vigente, cuando el oferente concede un plazo o bien cuando la ley lo señala para los contratos entre ausentes, la retractación de la oferta es inoperante, es decir, a pesar de que el oferente la reitera, el aceptante tiene acción judicial para exigir el cumplimiento del contrato, si dio su conformidad dentro del plazo legal o convencional", Rafael Rojina Villegas, *Derecho civil mexicano*, tomo quinto, vol. I, segunda edición, Edit. Antigua Librería Robredo, México, 1960, pp. 352 y 353.

⁷ Ver el artículo mencionado en la nota primera.

a modificar los términos de la oferta en el mismo plazo, ya que esa modificación equivale a una retractación, y ya se indicó que esa actitud sería un hecho ilícito, independientemente de que el arrendatario podría en forma directa demandar el otorgamiento del contrato, si cumplió con la notificación de aceptación.

Si se aceptara que el arrendador-propietario puede modificar los términos de la oferta dentro del plazo de los quince días antes de recibir notificación del inquilino en el sentido de aceptar hacer uso de su derecho del tanto, se estaría permitiendo una inseguridad jurídica, una falta de certeza en las relaciones respecto del inmueble y una falta de seriedad en los tratos patrimoniales. Podría en esas condiciones el arrendador notificar un número indefinido de propuestas y crear una gran confusión al arrendatario, con perjuicio de la seguridad jurídica que debe imperar en todo trato serio y formal. Además, haría nugatorio el plazo legal de quince días que tiene el arrendatario para aceptar esa oferta y no hay que olvidar, que ese plazo es un derecho concedido por la ley de orden público y que toda contravención es nula absoluta, en los términos del artículo 2448: "...en consecuencia cualquier estipulación en contrario se tendrá por no puesta".

XI. RENUNCIA DEL DERECHO DEL TANTO

En los términos del artículo 2448 del Código Civil el arrendatario no puede, en ningún momento, renunciar a su derecho del tanto. Por ello, el notario no puede aceptar la comparecencia del arrendatario en el momento en que se celebra ante él, el contrato de compraventa liso y llano entre arrendador-propietario y el tercero ni antes ni después de que transcurran los quince días de plazo legal; ya que, en los términos de ese artículo: "Las disposiciones de este capítulo son de orden público e interés social. Por tanto son irrenunciables..."

Si el arrendatario compareciera ante el notario, para que tal comparecencia sea válida, tendría que ser después de transcurrido el plazo (de quince días) y no para renunciar a su derecho del tanto, sino para manifestar que recibió la notificación fehaciente y declarar que no hizo uso de su derecho dentro del plazo que la ley le concede. En este caso, no será necesario probar que la notificación se le hizo al arrendatario por vía judicial o notarial, ya que su reconocimiento expreso de haber recibido la notificación, significa que se le hizo en forma indubitable; tan indubitable que se da por sabedor de todos los pormenores de la operación entre el arrendador y el tercero, al comparecer en el acto de la formalización del contrato de compraventa y declarar ahí que no hizo uso de su derecho, dentro del plazo legal.

Cualquier otra forma de renuncia, sería nula, no produciría los efectos deseados y además de responsabilizar al notario en los términos del artículo 126, fracción III, inciso d) de la Ley del Notariado para el Distrito

Federal con suspensión hasta por un año,⁸ podría el arrendatario demandar el otorgamiento de la escritura de compraventa en los términos asentados entre arrendador y tercero, por considerar que su renuncia no produjo efectos. Esto daría una gran inseguridad jurídica a la operación por el plazo de seis meses, ya que transcurrido ese plazo, en los términos del artículo 2448-J, fracción VI del Código Civil, la acción de nulidad habría prescrito.

XII. DERECHO DEL TANTO IMPOSIBLE DE CUMPLIR

En los términos del artículo 2250 del Código Civil, es posible convenir entre arrendador-propietario y tercero que el precio se pague parte en dinero y parte con el valor de otra cosa. Si así se hiciera, se podría convenir, por ejemplo, en que el precio es la cantidad de cincuenta millones de pesos que se pagarán, con veinticinco millones de pesos en dinero y el resto con el valor de un automóvil marca Ford Mustang color azul, modelo 1978, en perfectas condiciones de funcionamiento, previo certificado que expida el propietario del taller automotriz llamado "Autos Mustang" ubicado en Frontera 15, Col. Roma, señor Ulises Román Sánchez.

Como es prácticamente imposible que exista otro automóvil en esas condiciones y puede hacerse imposible que el "maestro" Román expida un certificado en esas situaciones, una notificación al arrendatario en esos términos, haría desde un punto de vista fáctico imposible el cumplimiento para pagar "otro tanto" igual y por lo tanto no podría de ninguna manera tener la posibilidad de adquirir el inmueble.

XIII. VENTA DE DERECHOS DE COPROPIEDAD

Si un copropietario desea vender su parte alícuota a otro copropietario, no tiene por qué notificar la operación a los restantes copropietarios, ya que el artículo 973 sólo impone esa obligación, cuando se quisiera enajenar a extraños esa parte alícuota. Ahora bien, si el copropietario desea enajenar su parte alícuota ya sea a otro copropietario o a un tercero y la copropiedad es respecto de un inmueble arrendado para casa habitación, con base en el artículo 2448-I el autor de este trabajo considera que no tiene por qué notificarse al arrendatario esa operación, ya que éste, no goza en tal caso del derecho del tanto. Ese artículo dispone que: "...tendrá el derecho del tanto en caso de que el propietario quiera vender la finca arrendada".

⁸ Art. 126.—Al notario responsable del incumplimiento de sus obligaciones derivadas de esta ley, sin perjuicio de las sanciones penales que le sean aplicables, será acreedor a las sanciones siguientes: ...III. Suspensión del cargo hasta por un año: ...d) Por autorizar la escritura de compraventa de un bien inmueble sin haberse cerciorado de que el vendedor cumplió con las obligaciones que establecen los artículos 2448-I y 2448-J del Código Civil... Ley del Notariado para el Distrito Federal.

El precepto indica que cuando se trate de vender el inmueble, no partes alícuotas del inmueble, se deberá dar el aviso, para que el arrendatario pueda hacer ejercicio de su derecho del tanto; pero si no tiene tal derecho, no hay por qué dar el aviso. E indiscutiblemente que no es lo mismo vender el inmueble, a vender parte alícuota del mismo.

Desenvolviendo este argumento, podría cometerse un fraude a la ley, si un arrendador-propietario dueño de la totalidad de un inmueble arrendado para casa habitación, vendiera parte alícuota (ejemplo un 50% indiviso) a un tercero, y después, le vendiese la parte alícuota que hubiera reservado de la primera enajenación, y esto podría considerarse como una simulación, para burlar no a la ley, sino al arrendatario de casa habitación.

Pero si el contrato de arrendamiento se celebró cuando el inmueble ya pertenecía a varios en copropiedad, no podría ser ni una simulación ni un fraude a la ley, la operación o las operaciones que se celebrasen con posterioridad respecto de las partes alícuotas.

XIV. ACEPTACIÓN DE LA POLICITACIÓN POR PARTE DE VARIOS ARRENDATARIOS

No debe olvidarse que las reformas al Código Civil contenidas en el Decreto publicado en el *Diario Oficial* del 7 de febrero de 1985 y que, entre otros aspectos contienen el derecho del tanto al arrendatario de casa habitación, se hicieron en forma atropellada, con una falta absoluta de conocimientos jurídicos y presumiblemente apoyadas en un proyecto de iniciativa legal que no fue formulado por abogados ni por licenciados en derecho. De ahí que existan en esta materia tal cúmulo de errores y de lagunas. Precisamente, es una laguna en esta materia, el que no se haya señalado en la reforma, el procedimiento para dilucidar los problemas que acarrea la aceptación por parte de varios arrendatarios de la oferta hecha por el arrendador.

Como la ley no concede el derecho del tanto sólo al arrendatario que ocupe para casa habitación la totalidad del inmueble, sino a todos los que ocupen con esa finalidad el inmueble o parte de él, el arrendador que desee vender el inmueble a uno de los arrendatarios cuando son varios o a un tercero, deberá notificar a todos los demás esa operación para darles la oportunidad de adquirirlo en igualdad de condiciones. Ya de por sí es un contrasentido el que se tenga que notificar a los demás arrendatarios, si la operación se concreta con uno de ellos. Pero el problema se complica, cuando varios o todos los arrendatarios desean adquirir y así contestan la notificación que se les hizo, dentro del término de ley.

Como la ley no da una solución específicamente en esta materia, hay que recurrir a los principios generales que se encuentran en el código, para dilucidar ese problema.

En primer lugar, el notario que tenga conocimiento de que dos o más

arrendatarios notificaron al arrendador en el término de ley, que desean hacer uso de su derecho del tanto y adquirir el inmueble, debe de suspender toda actuación, hasta en tanto no exista una resolución judicial que determine quien sea el comprador, para evitar la monstruosa sanción de una suspensión hasta por un año en el ejercicio de sus funciones. Ya esta suspensión de la actividad notarial es un serio perjuicio para la economía del vendedor, pero es originada no por escrúpulos del notario, sino por una mala actividad legislativa, que no dio una solución clara al respecto.

Si se considera, como ya quedó asentado, que la notificación hecha al arrendatario es una policitud u oferta para la celebración del contrato de compraventa, en el momento en que cualquier arrendatario acepta sin condiciones, se perfecciona el contrato, ya que, en los términos del artículo 2249 del Código Civil, la venta es perfecta y obliga a las partes, cuando se han puesto de acuerdo en precio y cosa aunque la segunda no haya sido entregada ni el primero satisfecho. En un riguroso orden lógico, el contrato se perfecciona cuando el primer arrendatario notifica indubitablemente la aceptación de la oferta, manifestando que hará uso de su derecho del tanto, y no es culpa del arrendador-propietario el haber notificado a los demás arrendatarios, porque tal actuación se la impone imperativamente la ley, y tampoco es su responsabilidad el que la ley haya concedido a todos los arrendatarios el plazo de quince días para aceptar, y que uno haya aceptado primero y otros después. Además, no está policitando una venta en copropiedad, para considerar que todos los arrendatarios tengan el mismo derecho para adquirir el inmueble, o para adquirirlo en el porcentaje que pudiera corresponderles, tomando en cuenta el número de arrendatarios aceptantes y el valor proporcional de la vivienda ocupada por cada uno, dentro de la totalidad del inmueble.

Por ello se considera que la venta se perfeccionó con el primero que haya aceptado, que haya notificado indubitablemente esa aceptación y haya cumplido con presentarse a pagar en "igualdad de circunstancias" respecto a lo convenido con el tercero, el día y hora señalados para la terminación de la operación y concertación del contrato.

Los artículos 2264, 2265 y 2266 indican que, cuando una persona haya vendido dos veces la misma cosa a diversos compradores, si se trata de inmuebles, prevalecerá la venta que primero se haya registrado y si ninguna se registró, prevalecerá la primera en fecha. En el supuesto planteado, no se puede decir que el arrendador haya vendido a varios inquilinos por hecho de haberles notificado la operación y por el hecho de que varios hayan aceptado, porque, en realidad, esas notificaciones por parte del arrendador se las impone la ley, y las aceptaciones por parte de los arrendatarios, las hacen en ejercicio de un derecho dentro del plazo fijado en la ley. Toda la culpa y responsabilidad debe ser del legislador que en este caso,

se manifestó inepto y ligero, pero hay que tratar de dar una solución, y ésta, por un principio obtenido analógicamente de los preceptos citados, puede ser la de declarar prevalente la operación de compraventa entre el arrendador-propietario y el arrendatario que pruebe que primeramente notificó al arrendador su aceptación, y como las notificaciones deben ser indubitables, es fácil probar quién fue ese primer aceptante.

En la práctica, es conveniente que el notario que interviene en la operación no se precipite y primero esté pendiente de quién se presenta el día y hora señalados en la notificación, para hacer uso de su derecho del tanto, porque podría darse el caso de que varios arrendatarios notificaran que aceptan y sólo se presentara uno, en cuyo caso, con éste se celebraría el contrato, o que ninguno se presentara, en cuyo caso, el contrato se celebraría con el tercero. Si asisten varios, es conveniente sugerirles que se levante un acta notarial de comparecencia de los arrendatarios que asistan para probar que estaban en disposición de cumplir “el tanto” y hacerles saber que no intervendrá ese día en ninguna operación de compraventa y que sólo actuará si un juez competente resuelve quién será el comprador.

Por su parte, el arrendador-propietario podría al día siguiente hábil, presentar demanda de otorgamiento y firma de escritura en contra del arrendatario que primero aceptó, solicitando dar vista con la demanda los demás arrendatarios aceptantes, para que en el procedimiento, expresen lo que a su derecho convenga, y que el primer arrendatario aceptante confiese lisa y llana la demanda.

El juez deberá resolver y el notario actuar en consecuencia.

XV. CONCLUSIONES

De lo expuesto se desprende que el ejercicio del derecho del tanto por parte de los arrendatarios de casa habitación es complicado y riesgoso para el notario que interviene en la operación; es una molestia para el arrendador-propietario, quien también tiene una responsabilidad seria si no actúa con mesura, y es un inconveniente para el tráfico normal del comercio de inmuebles.

Nunca debió establecerse en la ley este derecho del tanto, porque viola los principios aceptados tradicionalmente por nuestra legislación civil, y porque es una fuente de conflictos en materia de arrendamiento y no proporciona solución a los graves problemas de la vivienda en México.

El notario debe ser cauto en el manejo de estos problemas, por la responsabilidad profesional en que puede incurrir y por la responsabilidad administrativa que puede originar una suspensión en sus funciones hasta de un año. No se recomienda la agresividad en la actuación notarial que pueda proyectar al notario responsabilidades que son propias del arrenda-

dor o de los arrendatarios; que cada quien trate de dar solución a los problemas que le impone la ley, pero no aceptar los problemas de los demás.

Se espera que este trabajo motive a los amigos y amigas notarias y notarios para que se profundice en los problemas y soluciones que aquí se plantearon. Si se origina esa motivación, el propósito de elaborarlo habrá sido colmado.

APÉNDICE NÚMERO CINCO

EL SISTEMA DE TIEMPO COMPARTIDO*

GLOSARIO

SUMARIO: I. Introducción.—II. Significados del término tiempo compartido.—III. Dificultades en la reglamentación de la figura.—IV. Diferente regulación del inmueble y del servicio.—V. Presupuestos del sistema: A. Un inmueble. B. Un contrato. C. Una reglamentación.—VI. Motivaciones del tiempo compartido.—VII. Formas de constitución: 1. La copropiedad. 2. Las asociaciones o sociedades: A. Asociaciones civiles. B. Sociedades Civiles. C. Sociedades Mercantiles. 3. Servicio hotelero. 4. La concesión sólo del uso. 5. El fideicomiso.—VIII. Concepto.—IX. Tiempo compartido respecto de muebles.—X. Derechos y obligaciones de las partes.—XI. Necesidad de una reglamentación civil.—XII. Propuesta de articulado para la reglamentación del sistema. XIII.—Norma Oficial Mexicana NOM-029-SCFI-1998 Prácticas Comerciales-Requisitos informativos para la comercialización de tiempo compartido.

* *NOTA MUY IMPORTANTE.*—En el *Diario Oficial de la Federación* del día 31 de diciembre de 1992 se publicó la Ley Federal de Turismo y conforme a sus dos primeros artículos transitorios se indicó que entraría en vigor a los treinta días de su publicación y que se abrogaban tanto la Ley Federal de Turismo publicada en el *Diario Oficial* del 6 de febrero de 1984, COMO TODOS SUS REGLAMENTOS.

Por desgracia para este país y para todos aquellos que deseamos sinceramente la elevación del nivel social y cultural de sus habitantes, el “Reglamento de la Prestación del Servicio Turístico del Sistema de Tiempo Compartido”, primer intento serio y responsable para regular la materia que se tratará en este apéndice, era un reglamento de esa ley, ahora abrogada y por lo tanto, también ahora abrogado.

En el cuerpo de este artículo ya se dijo que los desarrolladores inmobiliarios habían luchado para evitar la promulgación de ese reglamento, por su afán de lucro y su ambición inmoderada y porque al no existir una reglamentación en esta materia, se les dejaban las manos libres para abusar en su provecho de las necesidades de la población.

¡Ganaron los malos! Ahora ya no hay reglamento que limite el abuso y el criterio lesivo de los desarrolladores inmobiliarios, porque los pobres intentos legislativos en algunos (muy pocos) Estados, no son ningún obstáculo para esas actitudes.

Los 63 artículos del ahora abrogado reglamento, se cambiaron por dos, los números 64 y 65 de la Ley Federal de Protección al Consumidor publicada en el *Diario Oficial* del 24 de diciembre de 1992. (Estos artículos se transcriben al final del artículo.)

Ahora más que nunca, es necesario motivar a los abogados, a los maestros universitarios y a los estudiosos del derecho en general, para que estudien, investiguen y publiquen sus resultados en relación con estos temas, para tratar de dar seguridad y confianza a quienes desean gozar de un tiempo compartido y no la vergüenza de sentirse defraudados.

I. INTRODUCCIÓN. Tratar respecto al tema de tiempo compartido es una labor difícil y compleja.

Desde precisar qué nombre es conveniente darle a este tema, es ya una seria dificultad, ya que a esta figura se le han dado diversas y contradictorias denominaciones. Se le llama, entre otras muchas formas: Timesharing, multipropietate, proprietá spazio temporale, propiedad temporal, propiedad cuadrimensional, condominio con disfrute rotativo, tiempo compartido, etcétera.

En este estudio, se utiliza la denominación de tiempo compartido, para uniformar la terminología que se ha venido empleando en México. El Código Civil del Estado de Quintana Roo¹ regula en el título noveno del libro tercero de la cuarta parte especial, el “Contrato de tiempo compartido” y el reglamento que trata de estas materias desde el punto de vista de la prestación de servicios turísticos, se llama “Reglamento de la Prestación del Servicio Turístico del Sistema de Tiempo Compartido”.² Los estados que han iniciado la regulación de esta materia, como Guerrero y Nayarit, también emplean la expresión “tiempo compartido”.³

Así, tratar de innovar otro término sería confuso y desconcertante. Con el mismo criterio, en adelante se utilizarán los términos de “usuario-turista” y “prestador” que ya se emplean en el reglamento mencionado.⁴

Debe tenerse en cuenta al leer este artículo que siempre que se mencione el citado reglamento, éste ya está abrogado y que al mencionarse a la “Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera”, también ya está abrogada y la nueva ley se llama “Ley de Inversión Extranjera”.

Por lo demás, el artículo se deja como originalmente está redactado, como una luz de lámpara votiva en espera de otros que le hagan compañía.

¹ Decreto N° 97 de fecha 30 de septiembre de 1980 de la Honorable Legislatura de ese Estado y publicado en el *Periódico Oficial* del mismo día.

² Publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 21 de agosto de 1989.

³ En el estado de Guerrero, se publicó en el *Periódico Oficial* del 3 de noviembre de 1989, la “Ley de Regulación y Fomento del Sistema de Tiempo Compartido del Estado de Guerrero”; y en el Estado de Nayarit, se publicó en el *Periódico Oficial*, Órgano del Gobierno del Estado de Nayarit, del 27 de abril de 1987, la “Ley sobre el Régimen de Propiedad en Condominio de Inmuebles del Estado de Nayarit”, en la que el capítulo XI se denomina “Condominio de tiempo compartido” y regula esta materia en sus artículos del 44 al 56.

⁴ “Artículo 3º.—Para efectos de este reglamento se entiende por:

La Secretaría: el servidor público competente, en los términos del Reglamento Interior de la Secretaría de Turismo.

Sistema de tiempo compartido, independientemente de la denominación que se le de a la forma de contratación; todo acto jurídico por el cual se concede a una persona el uso, goce y demás derechos que se convengan sobre un bien o parte del mismo, ya sea una unidad cierta, considerada en lo individual o una unidad variable dentro de una clase determinada, durante un periodo específico, a intervalos previamente establecidos, determinados o determinables.

Usuario-turista: a la persona que adquiere los derechos mencionados en el párrafo anterior, así como a cualquier otra que haga uso de los mismos, con justo título.

Establecimiento: El bien en el que se presta el servicio turístico del sistema de tiempo compartido.

Por otra parte, todo autor, maestro, o funcionario que trata sobre este tema, ensaya un concepto de lo que aquí se le llamará tiempo compartido y además, se le conceptúa como contrato, negocio, sistema, etcétera.⁵

No obstante estas dificultades de precisión en el nombre y concepto, existen algunas notas o características que deben tenerse en cuenta al tratar este tema, como se verá más adelante y que permita dar un concepto y una mejor comprensión del tema.

II. SIGNIFICADOS DEL TÉRMINO TIEMPO COMPARTIDO. Desde el punto de vista terminológico, se puede llamar igualmente "tiempo compartido" al documento por el que el propietario afecta o destina un inmueble para que se utilice concediendo a terceros su uso por periodos cíclicos, con las características que se indican; el contrato que celebra la persona que se obliga a conceder ese uso, con el beneficiario del mismo, y el sistema económico y legal al que deben sujetarse tanto el documento de afectación, como el contrato mencionado.

III. DIFICULTADES EN LA REGLAMENTACIÓN DE LA FIGURA. Existen varios y diversos motivos que dificultan la reglamentación de esta figura:

A. Es una figura novedosa y por lo tanto no se tienen muchos modelos o antecedentes legislativos.

B. Se deben satisfacer todas las necesidades antes apuntadas.

C. Se debe buscar la claridad de conceptos que permita el entendimiento y la aplicación práctica de las normas que la regulen.

D. Se debe distinguir la reglamentación respecto del inmueble que se destine o afecte a ese servicio, precisando los elementos y presupuestos del acto constitutivo, su funcionamiento y forma de extinguir la afectación, del servicio mismo. Como se verá más adelante, en derecho mexicano, la primera parte es un problema local que compete a las autoridades de las entidades federativas y la segunda, por ser los servicios de tipo turístico, materia federal compete al legislador federal y debe ser concordante con la Ley Federal de Turismo; y

E. Da la impresión de que existe una seria oposición por parte de los desarrolladores inmobiliarios privados para reglamentar correctamente esta figura, ya que mientras menos normas existan al respecto, mayor es

Prestador: las personas física o moral que tenga a su cargo la administración del sistema, el mantenimiento y operación del establecimiento, debiendo estar domiciliada en el territorio de los Estados Unidos Mexicanos. Aun cuando el prestador contrate con terceros la prestación de los servicios que se proporcionen a los usuarios-turistas y al establecimiento, aquél será el único responsable en los términos del presente reglamento."

⁵ Ver Martínez-Piñero Caramés, Eduardo, *Soluciones notariales al fenómeno de la llamada multipropiedad o propiedad a tiempo compartido*. Publicación de la Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España. Consejo General del Notariado. Madrid, España, 1988.

su posibilidad de actuación y la rapidez para obtener beneficios económicos, independientemente de la inseguridad a que sometan a los usuarios-turistas; y así, esos desarrolladores piden que por ser una figura compleja y singular, no debe ser juzgada con un "rasero único", sea éste jurídico, económico, comercial, financiero o de servicio; que los ajustes legales y administrativos garanticen la seguridad jurídica tanto de consumidores como de inversionistas y promotores y "que la cuestión jurídica no sea un obstáculo que frene o encarezca innecesariamente el desarrollo de esta nueva modalidad y que debe seguirse profundizando en el estudio del novedoso fenómeno turístico".⁶ Manifiestamente la falta de una reglamentación del tiempo compartido permite que un promotor contrate de manera inmediata, porque no se debe satisfacer ningún requisito, pero la inseguridad para el usuario es absoluta y por otra parte, la cantidad de fraudes que se han cometido por falta de esa reglamentación, justifica los esfuerzos de autoridades y estudiosos para encontrar una solución a este problema. Que la regulación puede encarecer el negocio es indudable, pero lo encarece en beneficio del usuario consumidor, porque tendrá un título justo y confiable y esto daña al promotor, porque ve írsele de las manos una cantidad que incrementaría su precio de venta, y que en cambio dará garantía al titular del derecho.

IV. DIFERENTE REGULACIÓN LEGAL DEL INMUEBLE Y DEL SERVICIO. De conformidad con el derecho positivo mexicano, es necesario distinguir la regulación del inmueble que se afecta o destina al tiempo compartido, de la prestación de los servicios administrativos y de hospedaje que se consideran de tipo turístico.

En México, la reglamentación respecto del inmueble, corresponde a las legislaturas locales y debiera incorporarse al Código Civil de las diversas entidades federativas; en cambio la reglamentación de los servicios, corresponde al Poder Legislativo Federal y debe acoplarse a la Ley Federal de Turismo.

La falta de distinción entre estos dos aspectos, lleva necesariamente a soluciones equívocas y confusas.

Actualmente el servicio de tiempo compartido se encuentra regulado por la Norma Oficial Mexicana OFM-029-SCFI-1998 que puede consultarse al final de este apéndice.

⁶ Los términos y conceptos anteriores fueron tomados de las conclusiones, recomendaciones y proposiciones de la "Reunión Nacional sobre Tiempo Compartido" que se celebró en esta ciudad de México, los días 20 y 21 de agosto de 1987, convocada por el secretario de Turismo.

V. PRESUPUESTOS DEL SISTEMA. Para que una persona pueda disfrutar de un tiempo compartido, se requieren diversos elementos y actividades previas:

A. *Un inmueble*. Es necesario afectar o destinar un inmueble a este sistema. Para tal efecto es conveniente que esa afectación se haga constar en forma auténtica e indubitable y con base en una reglamentación civil que sea confiable y en su caso, en una inscripción en el Registro Público de la Propiedad. Estas acciones son las que deban regularse y precisarse en el Código Civil.

B. *Un contrato*. Es necesario celebrar un contrato en donde se precisen los derechos y obligaciones de quien va a disfrutar ese tiempo compartido. Necesariamente, para celebrar este contrato se requieren dos partes, la que concede el uso de la vivienda en el inmueble y proporciona los servicios, y a quien se concede. Este contrato, conforme al derecho mexicano es un contrato mixto tanto civil como mercantil, porque en un aspecto recae sobre el inmueble y debe regular las características de la concesión de su uso, así como de los demás bienes muebles que se requieran, plazo y forma de terminación de ese uso, y por otra parte, debe regular todo lo relacionado con la prestación de los servicios turísticos que son necesarios para que el contrato sea eficaz.

C. *Un sistema*. Por último, es necesario que la actividad del prestador de servicios turísticos esté regulada en una ley o reglamento, que en derecho mexicano, debe ser de carácter federal.⁷ Es necesario que se regule la actividad de este prestador de servicios, ya que ésta es indispensable para el funcionamiento del sistema. De nada serviría la afectación del inmueble y la celebración del contrato si al llegar el titular al lugar de su descanso no hay quién lo reciba, le muestre su vivienda y le permita el acceso y que ésta esté equipada con los muebles e instalaciones necesarias para permitir una estadía cómoda y en su caso, que se le proporcionen los servicios normales de limpieza, lavado de ropa y vigilancia y que los servicios administrativos generales como el pago de impuestos prediales y de servicios generales, estén al corriente.

VI. MOTIVACIONES DEL TIEMPO COMPARTIDO. El tiempo compartido se origina de la búsqueda de un lugar seguro y económico pero que le dé categoría a las personas, para pasar sus vacaciones. Cuando se tienen satisfe-

⁷ El Art. 73, fracción X de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, señala: "Artículo 73. El Congreso tiene facultades: ... X. Para legislar en toda la República, sobre... comercio..." y el Art. 75 fracción VIII del Código de Comercio, establece: "Artículo 75.—La ley reputa actos de comercio... VIII... Las empresas de turismo...".

chas las necesidades más apremiantes de alimento, vestido y habitación y se desea un descanso en un lugar diverso al en que se vive, con la posibilidad de volver periódicamente y que no sea exageradamente caro, pero que permita cierta presunción, se piensa, en la actualidad, en el tiempo compartido.

Los bisabuelos, por lo general, no tenían vacaciones y descansaban en su casa, aunque la casa de descanso fuera diferente a la de la vida cotidiana, lo que significaba un gasto enorme al mantener dos o más casas. Los abuelos ya buscaron la casa de un amigo en la playa o en la montaña o bien el albergue en un hotel. Los padres enseñaron a la familia a ir de vacaciones en “casas rodantes” (campers) y a hospedarse en hoteles. La generación actual busca para vacacionar un sitio que reúna varias características: Debe sentirse propio, para poder decir orgullosamente “voy a pasar mis vacaciones en mi casa o en mi departamento en la playa o en el campo”; debe tenerse la seguridad de poder ir a él, cada vez que se tiene el tiempo libre necesario, lo que generalmente ocurre una o dos veces al año, independientemente de que ahora se busca también la posibilidad del intercambio, sitio que debe de ser una vivienda residencial turística debidamente equipada con todos los muebles, fluidos y servicios que le hagan confortable para el titular y su familia y que se ubique dentro de un inmueble seguro y preferentemente espacioso; que esté al corriente en todos sus compromisos municipales, laborales y fiscales, para que esto no presente una preocupación para el titular; debe ser económica y para ello, lo mejor es compartir los gastos de adquisición y mantenimiento, con otras personas, aunque no sean entre ellas conocidas, y debe dar la sensación de que se está haciendo una inversión, para tener la aprobación unánime de la familia, y de gozar, por lo tanto, de la posibilidad de transmitir ese derecho.

El sistema que reúne todos esos requisitos, es precisamente el tiempo compartido.

VII. FORMAS DE CONSTITUCIÓN. Para que exista tiempo compartido no basta que una persona tenga derecho a usar por periodos cíclicos una vivienda turística, sino que es necesario que un tercero se obligue a proporcionar en esa vivienda y en las demás, dentro de un inmueble, los servicios que sean necesarios para que el usuario-turista disfrute de un descanso o de unas vacaciones, con la posibilidad de que lo acompañen miembros de su familia.

Como ejemplos de situaciones que no constituyen tiempo compartido, se pueden citar los siguientes:

A. Varias personas compran en copropiedad un departamento ubicado en un edificio sujeto al régimen de propiedad y condominio (que es lo más común, pero para efectos del ejemplo es igual una casa que no esté

sujeta a tal régimen) y para regular su uso, celebran un contrato que les permite ocupar el inmueble cierto periodo del año a cada uno de los copropietarios.

B. Varias personas celebran un contrato de arrendamiento con el propietario de una finca, por varios años por lo cual cada uno de los arrendatarios tiene sólo el derecho de uso del bien cierto periodo en el año.

C. Un padre celebra un contrato de comodato por varios años con sus hijos respecto de un inmueble y les concede el uso gratuito, a cada hijo por periodos fijos del año.

Para que se dé la figura del tiempo compartido se requiere que se preste un servicio de atención, hospedaje y vigilancia dentro de un inmueble integrado por varias viviendas junto con la concesión del uso de esa vivienda por periodos determinados cada año.

Dentro de la búsqueda e investigación para encontrar el medio y procedimiento más idóneo de carácter legal para regular al tiempo compartido, se han propuesto diversas soluciones. Las más comunes son:

- La copropiedad;
- Las asociaciones o sociedades;
- El servicio hotelero.
- La concesión sólo del uso; y
- El fideicomiso.

A. *La copropiedad.* Al desarrollar un sistema de tiempo compartido, puede estructurarse bajo la base de vender a los usuarios turistas una parte indivisa de cada una de las viviendas que integran el conjunto sobre el que a su vez, previamente se ha constituido el régimen de propiedad y condominio y obligar a los copropietarios de cada vivienda a pactar la obligación recíproca de permanecer en la indivisión y la regulación del uso del bien por ciertos periodos del año. En este sistema, como en todos los demás, el promotor se obliga a prestar los servicios de hospedaje, atención y vigilancia que son propios del sistema y el usuario a pagar además del precio, como contraprestación por la parte alícuota en la copropiedad, una cuota periódica de mantenimiento como contraprestación por los servicios.

Esta forma de constitución del régimen del tiempo compartido puede originar muchos y graves problemas, además de serios inconvenientes prácticos.

Por una parte, es un sistema caro, ya que el usuario debe pagar un precio que generalmente es alto como comprador del indiviso y pagar los gastos de escrituración y registro de su título, además de los pagos a futuro, por impuestos prediales y derechos municipales. La ventaja de esta forma, es que el usuario es propietario y por ese medio tiene protegida su inversión y si el promotor incumple por los servicios ofrecidos, por lo menos queda el inmueble para los usuarios.

Por otra parte, crea problemas de certeza en el régimen, porque como todos los usuarios son copropietarios, cualquiera de ellos puede pedir la división del inmueble o si ésta no es posible, la enajenación del mismo, para terminar con la copropiedad,⁸ ya que en derecho mexicano no existe la disposición española de poder convenir la copropiedad forzosa por diez años refrendables. Aun en España que tiene un precepto que hace suponer que los copropietarios no pueden exigir la división de la cosa común cuando de hacerla resulte inservible para el uso a que se la destina, existe otro precepto que obliga a la venta del bien cuando la cosa fuese esencialmente indivisible, lo que origina serios problemas de interpretación.⁹

La objeción fundamental a esta forma de constituir el régimen es que no podría ser utilizado por los extranjeros, en atención a la prohibición constitucional de adquirir inmuebles dentro de la zona restringida (faja de cincuenta kilómetros a lo largo de las playas y de cien kilómetros a lo largo de las fronteras) y es precisamente el tiempo compartido la búsqueda de soluciones a problemas turísticos y específicamente de los turistas extranjeros que desean vacacionar en zona de playas y limítrofes con otros países.

B. Las asociaciones y sociedades. Para estructurar un sistema de tiempo compartido pueden utilizarse tanto las asociaciones como las sociedades ya sean civiles o mercantiles. La forma más viable sería constituir primero la asociación o la sociedad; después que la persona moral ya creada adquiera el inmueble sobre el que se establecerá el sistema y posteriormente conceder a los asociados o socios el derecho a ese uso alternado por periodos generalmente anuales, para vacacionar. Al utilizar uno de esos sistemas hay que precisar en la escritura constitutiva de la persona moral sus finalidades u objetivos; qué personas pueden ser asociados o socios; cuáles son

⁸ Artículos 939 y 940 del Código Civil: "Art. 939. Los que por cualquier título tienen el dominio legal de una cosa, no pueden ser obligados a conservarlo indiviso, sino en los casos en que por la misma naturaleza de las cosas o por determinación de la ley, el dominio es indivisible."

"Art. 940.—Si el dominio no es divisible, o la cosa no admite cómoda división y los partícipes no se convienen en que sea adjudicada a alguno de ellos, se procederá a su venta y a la repartición de su precio entre los interesados."

⁹ Artículos 400, 401 primer párrafo y 404 del Código Civil Español:

"ART. 400.—Ningún copropietario estará obligado a permanecer en la comunidad. Cada uno de ellos podrá pedir en cualquier tiempo que se divida la cosa común.

"Esto, no obstante, será válido el pacto de conservar la cosa indivisa por tiempo determinado, que no exceda de diez años. Este plazo podrá prorrogarse por nueva convención."

"ART. 401.—Sin embargo, de lo dispuesto en el artículo anterior, los copropietarios no podrán exigir la división de la cosa común, cuando de hacerla resulte inservible para el uso a que se destina..."

"ART. 404.—Cuando la cosa fuere esencialmente indivisible, y los condueños no convienen en que se adjudique a uno de ellos indemnizando a los demás, se venderá y repartirá su precio."

sus derechos y sus obligaciones y por último cómo podrían ceder sus derechos y la posibilidad de su cesión.

Además, como en todos los casos, es necesario diferenciar la regulación del inmueble y de los derechos y obligaciones de sus propietarios o usuarios, de la regulación del servicio administrativo hotelero que deba darse al usuario turista para que éste pueda gozar del sistema. Esta última parte, es materia del reglamento administrativo federal, pero la primera es la que habrá que analizar aquí.

Las consecuencias y en su caso ventajas o inconvenientes de utilizar como medio una asociación o una sociedad, ya sea civil o mercantil, son diversas.

Si se utiliza esta forma, lo normal será que la asociación adquiera la propiedad o el uso y goce del inmueble y después haga en él las divisiones y ponga las instalaciones que permitan el funcionamiento del tiempo compartido y deberá optarse ya sea porque los administradores de la persona moral sean los encargados de la administración y operación del tiempo compartido o contratar esos servicios con un tercero, ya sea persona física o moral.

En todo caso siempre existirá un propietario del inmueble que se encuentre afectado al sistema y si no se involucra a los usuarios turistas con esa propiedad, es irrelevante el que se constituya o no una persona moral para que adquiera el bien.

Al considerar que una de las soluciones propuestas al establecimiento del sistema de tiempo compartido es la utilización de las asociaciones civiles o sociedades civiles o mercantiles, se entiende que es para involucrar a los usuarios turistas como asociados o socios y que tal calidad les da derecho a la utilización de la vivienda turística dentro del sistema.

Asociaciones civiles. Si se utiliza este medio al sistema de tiempo compartido, funcionaría, toda proporción guardada, como un club deportivo. La asociación sería la propietaria del inmueble y de las instalaciones y proporcionaría los servicios de hospedaje, atención, vigilancia y en general de tipo turístico a sus asociados, quienes tendrían todos los derechos del usuario turista.

En la utilización de esta figura existen diversos inconvenientes, a saber:

a) Los asociados no pueden recuperar las aportaciones hechas a la persona moral. Como la asociación no tiene finalidades lucrativas ni preponderantemente económicas, por regla general el asociado no puede recuperar lo aportado, que en todo caso debe destinarse junto con todo su patrimonio al logro de los fines sociales comunes. Esta situación le quita el atractivo al sistema de considerarlo una inversión, que es una de las motivaciones de peso de todo posible usuario turista.

En el caso de que se conviniera en el contrato social la posibilidad de recuperar la aportación, existen también otros inconvenientes: primero, el

valor de recuperación sería el de la aportación porque los asociados no pueden perseguir una finalidad lucrativa, situación que hace inapropiado el uso de este medio, y en segundo lugar, el derecho a recuperar lo aportado no conlleva el derecho corporativo de estatus de asociado, lo que impide al asociado el aprovecharse de una cesión o traspaso de sus derechos de usuario-turista, ya que tales derechos sólo se los daría la calidad de asociado y ésta sólo se obtiene mediante el ingreso con la aprobación de los órganos de la asociación y de ninguna manera con la cesión de derechos de carácter económico patrimonial.

b) Al disolverse la asociación el asociado no tiene derecho a su patrimonio.

Éstos son graves inconvenientes de carácter económico.

c) Además, existe el inconveniente jurídico que es posiblemente el más grave. No pueden ser asociados los extranjeros, si la asociación adquiere o pretende adquirir bienes inmuebles dentro de la faja restringida de cien kilómetros a lo largo de las fronteras y de cincuenta de las playas y precisamente la razón de existir del sistema es el proporcionar a los turistas extranjeros este tipo de servicios e inversión.

Sociedades civiles. Al utilizar este medio en el sistema de tiempo compartido, se evitan los dos primeros inconvenientes señalados para la asociación, pero no el tercero y además existen otros. Nunca la calidad de socio en una sociedad civil lleva aparejado el derecho a usar y disfrutar de los bienes sociales, ya que su finalidad es la obtención de un beneficio o utilidad, sin que constituya una especulación comercial; y el socio administrador tiene una responsabilidad solidaria respecto a las obligaciones sociales.

Sociedades mercantiles. Si se utiliza una sociedad mercantil, además de los inconvenientes apuntados para las sociedades civiles, excepto la responsabilidad solidaria de los administradores, que en este caso no existe, hay los inconvenientes siguientes:

a) Los socios no tienen más obligación que el pago de las partes sociales o acciones suscritas y por ello no se les puede exigir ni nuevas aportaciones de capital, ni pago de cuotas y mantenimiento, lo que origina serios problemas para mantener el sistema.

b) La calidad de socio o accionista, no le da derecho al uso o disfrute de los bienes sociales; y

c) La cesión de las partes sociales o endoso de las acciones hace perder todo derecho a la persona sobre decidir la marcha de la sociedad y sobre sus bienes.

C. *El servicio hotelero.* Esta forma para fundamentar el sistema de tiempo compartido puede dar y de hecho da muy buenos resultados.

El prestador tiene ya toda la infraestructura para proporcionar tanto el

uso de la vivienda o habitación y los bienes muebles que se requieren, como los servicios que pretende el usuario turista. Además, si el prestador es una empresa hotelera con instalaciones en diversos lugares del país y del extranjero, tiene la posibilidad de proponer intercambios de los lugares en que preste el servicio.

La forma de utilización de este medio, es un simple contrato en el que el prestador se obliga a proporcionar todos los servicios del sistema de tiempo compartido a cambio de una contraprestación en dinero consistente en una suma determinada al momento de la celebración del contrato y pagos periódicos posteriores sujetos a determinación, dependiendo de los costos de los servicios a futuro.

Esta forma de estructurar el tiempo compartido, no obstante su sencillez y claridad, no tiene ninguna aplicación práctica, ya que funciona como un simple derecho de apartado o una reservación hotelera y los posibles usuarios no ven con claridad ninguna ventaja sobre la posibilidad, siempre abierta para ellos, de hacer cuando lo consideren necesario y con toda oportunidad, la reservación hotelera para pasar sus vacaciones. No sienten que estén haciendo una inversión sino un gasto; no se prevé ahorro a futuro, ya que los pagos por el servicio hotelero con posterioridad serán iguales o similares para el que contrató previamente el servicio, que para el que no lo hizo y de cualquier manera utilizar las instalaciones del hotel; no se siente dueño de nada, porque no lo es y no cree tener una forma fácil o ágil de ceder sus derechos.

D. *La concesión sólo del uso.* No hay duda de que el tiempo compartido es precisamente el sistema en que se permite a una persona (usuario-turista) el uso de una vivienda y se le proporcionan los servicios necesarios que le permiten disfrutar de unas vacaciones y descanso en el sentido general y amplio que tienen estos términos. Pero como ya se dijo, las motivaciones de los usuarios son más complejas y no les satisface sólo esa concesión del uso.

Es importante precisar que se otorga el uso del inmueble para que el usuario turista está consciente de que no tiene derechos de propiedad.

Nunca es recomendable otorgar al usuario turista del derecho de propiedad o copropiedad sobre el inmueble, por los graves problemas que se originan a futuro, como son su transmisión, el derecho a pedir la división de la copropiedad, conflictos entre copropietarios por daños causados al inmueble y a los muebles destinados al servicio y por las cuotas de mantenimiento y reparaciones, y en general, la actitud mental de quien es o se siente propietario es diferente a quien sabe que sólo tiene el derecho de uso.

Esta forma de proporcionar el sistema de tiempo compartido significa que no se requiere ningún mecanismo jurídico previo a la concesión de ese

uso y que basta con que el propietario (o quien tenga el uso y goce) de un inmueble susceptible de destinarse a ese sistema ya sea persona física o moral, celebra un contrato con el usuario para obligarse ambos, uno a conceder periódicamente el uso del bien y prestar ciertos servicios de hospedaje y la otra parte a pagar una cantidad al momento de la firma del contrato y ciertos pagos periódicos, generalmente anuales, por el mantenimiento del inmueble y por los servicios que reciba.

Si la simple celebración de un contrato fuera garantía del cumplimiento de las obligaciones ahí convenidas, saldrían sobrando muchos preceptos legales. Pero, por desgracia, no es así.

La falta de reglamentación adecuada en esta materia llevó a la comisión de muchos fraudes y estafas. Precisamente sin ningún antecedente para operar el sistema, los promotores y los prestadores proponían la celebración en documento privado para la prestación del servicio de tiempo compartido; al celebrarse el contrato cobraban una cantidad siempre significativa y proporcionaban, en el mejor de los casos, durante dos o tres años el servicio que requería el usuario turista al gozar de sus vacaciones y después de ese tiempo, sin previo aviso y en forma descarada y criminal, simplemente se dejaba de prestar el servicio. El inmueble completo aparecía ocupándolo otra persona o institución; se averiguaba que había sido dado en arrendamiento o comodato y que el contrato había terminado y los promotores o prestadores no aparecían nunca y cuando se les llegaba a encontrar, decían haber actuado como apoderados de una sociedad o de otra persona, de la que nunca se encontraba el menor rastro. En otras ocasiones el fraude es más sutil, ya que se proporciona la vivienda por uno o dos años con una superficie de cien metros cuadrados y el tercero o posterior año, el local proporcionado es de treinta o cuarenta metros, o existe al inicio una torre, con todas las habitaciones o viviendas con una vista preciosa al mar y espacios verdes, y después aparecen dos o tres torres más, que quitan todo panorama a las antiguas y suprimen los espacios verdes.

La presión social que tantos fraudes de este tipo se cometieron, ha llevado a los maestros a estudiar esta figura y a las autoridades a reglamentar estas relaciones para tratar de proporcionar una mayor seguridad a los usuarios turistas y un documento que muestre claramente sus derechos y sus obligaciones y demás, establecer una base jurídica que muestre claramente al público la situación del inmueble y su destino.

Es importante dar certeza tanto a la situación jurídica del inmueble y al contrato que se celebra con el usuario turista, como a las relaciones entre el prestador del servicio hotelero con el indicado usuario. Estas últimas ya están reguladas en el Reglamento de la Prestación del Servicio Turístico del Sistema de Tiempo Compartido, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 21 de agosto de 1989.

Aquí se pretende dar una orientación en la regulación jurídica del inmueble y del contrato.

E. *El fideicomiso*. Para estructurar el sistema de tiempo compartido se puede utilizar y de hecho a la fecha es la mejor opción, la figura del fideicomiso.

El contrato de fideicomiso lo celebran, de una parte como fideicomitente el dueño del inmueble para hacer a través de este medio la afectación del bien y ser susceptible de inscribirse en el Registro Público de la Propiedad, de la ubicación del inmueble; como fideicomisario en primer término el prestador del servicio de tiempo compartido o la persona a quien se le den facultades para contratar el servicio con un tercero y en ocasiones como segundos fideicomisarios los usuarios-turistas y por último, como fiduciaria una institución de crédito. Deben proponerse como fines del fideicomiso precisamente el destinar el inmueble fideicomitado al servicio de tiempo compartido y la posibilidad de emitir certificados de participación que den a sus titulares el derecho a una parte alícuota de los frutos o rendimientos de los bienes, o del producto neto que resulte de su venta, si se pretende emitirlos a favor de extranjeros y con el derecho a la parte alícuota del derecho de propiedad, si se emiten a favor de mexicanos. (Art. 228 a de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.)

La utilización del fideicomiso para sentar las bases en la estructuración de un sistema de tiempo compartido es en la actualidad la mejor opción, por no haberse incorporado a los códigos civiles la regulación tanto del inmueble destinado a esos fines, como del contrato a celebrar con el usuario turista. Por fortuna, en materia turística, ya se reglamentó el servicio en el reglamento antes precisado.

Para evitar que los usuarios turistas se encuentren con la desagradable sorpresa de que el inmueble en que gozaron en dos o tres años sus vacaciones, es ahora una clínica oficial o un edificio sujeto al régimen de propiedad y condominio y nuevos dueños, al afectarlo en fideicomiso antes de destinarlo al sistema de tiempo compartido, existe la posibilidad de pactar que no podrá convenirse ningún destino que no sea el cumplimiento de los fines del fideicomiso e inscribirse en el Registro Público de la Propiedad, para conocimiento de todo interesado. Así se evita uno de los problemas más grandes y serios que han causado serios perjuicios a la población.

Además, este sistema permite con toda amplitud la contratación con inversionistas y con usuarios turistas extranjeros, ya que no obstante la ubicación del inmueble dentro de la zona restringida, sí es posible conceder derechos de fideicomisario al extranjero, en los términos del Capítulo IV de la Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera y su Reglamento.

Además, por este medio se facilita la entrega de un documento al inversionista que le precise sus derechos y la posibilidad de una recupera-

ción inmediata de su inversión, como lo son los certificados de participación y la entrega del contrato que se celebre para regular sus derechos y obligaciones.

Por lo que se refiere al servicio hotelero, si se cumple con el reglamento turístico se dará al usuario una garantía suficiente.

VIII. CONCEPTO. Después de haber hecho las consideraciones anteriores y en cumplimiento de lo manifestado al inicio de este trabajo, se proporciona un concepto del contrato de tiempo compartido.

El contrato de tiempo compartido es aquel por virtud del cual una de las partes llamada prestador se obliga a conceder a la otra llamada usuario-turista el derecho a usar y gozar una unidad residencial vacacional, los bienes muebles que en ella se encuentren y en su caso, las instalaciones, áreas y servicios comunes, limitado el ejercicio de este derecho a un número de días al año por un periodo determinado de años, quien se obliga a pagar como contraprestación un precio cierto y las cuotas ordinarias anuales para el mantenimiento, la operación, administración y los servicios que reciba.

IX. TIEMPO COMPARTIDO RESPECTO DE BIENES MUEBLES. Es perfectamente factible el destinar bienes muebles a este sistema, siempre y cuando esos bienes sean susceptibles de una identificación indubitable, y para evitar perjuicios a los usuarios turistas, que exista la posibilidad de inscribir la afectación del bien en un Registro Público. Lo más normal, sería convenir un tiempo compartido respecto de un buque, un avión o un autobús.

X. DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LAS PARTES. Tanto en una posible regulación que se haga de esta materia, como en los contratos que se celebren, es muy importante precisar cuáles serían los derechos y obligaciones tanto del prestador, como del usuario-turista.

El prestador está obligado, obviamente, a conceder el mencionado uso y goce de la vivienda y sus accesorios y a prestar los servicios que permitan el cumplimiento de las finalidades convenidas y a cumplir con los requisitos previos que establezca la ley civil en materia inmobiliaria y la ley federal en materia turística, y sus derechos fundamentales, el cobrar la contraprestación por el uso y los gastos de mantenimiento, sin perjuicio de considerar como derechos en forma correlativa, todas las obligaciones del usuario turista.

Por su parte, el usuario turista, tendrá los derechos fundamentales de usar y gozar de la unidad residencial vacacional, de los muebles e instalaciones que sean necesarias y la posibilidad de transmitir temporal o definitivamente sus derechos y como obligaciones fundamentales, el pago de la contraprestación y los gastos de mantenimiento y el de desocupar y entre-

gar la vivienda el día y hora previstos en su contrato y en el estado en que se recibió.

XI. NECESIDAD DE UNA REGLAMENTACIÓN CIVIL. Después de haber hecho un planteamiento de las necesidades que origina la figura del tiempo compartido y de los problemas que se presentan tanto de hecho como jurídicos, es necesario avanzar en esta materia y propugnar porque en los códigos civiles se incluya una reglamentación de las materias que son propias de ese ordenamiento, como son las relacionadas con la precisión del inmueble y la inscripción en el Registro Público de la Propiedad de la afectación al sistema, y con la reglamentación del contrato de tiempo compartido.

*Artículos 64 y 65 de la
"Ley Federal de Protección al Consumidor
que tratan del tema del Tiempo Compartido.*

ARTÍCULO 64.—La prestación del servicio de tiempo compartido, independientemente del nombre o de la forma que se dé al acto jurídico correspondiente, consiste en poner a disposición de una persona o grupo de personas, el uso, goce y demás derechos que se convengan sobre un bien o parte del mismo, en una unidad variable dentro de una clase determinada, por períodos previamente convenidos, mediante el pago de alguna cantidad, sin que, en el caso de inmuebles, se transmita el dominio de éstos.

ARTÍCULO 65.—La venta o la preventa de un servicio de tiempo compartido sólo podrá iniciarse previa notificación a la Secretaría (de Comercio y Fomento Industrial) y el contrato correspondiente especifique:

- I. Nombre y domicilio del proveedor.
- II. Lugar donde se prestará el servicio.
- III. Determinación clara de los derechos de uso y goce de bienes que tendrán los compradores, incluyendo períodos de uso y goce.
- IV. El costo de los gastos de mantenimiento para el primer año y la manera en que se determinarán los cambios en este costo en períodos subsecuentes.
- V. Las opciones de intercambio con otros prestadores del servicio y si existen costos adicionales para realizar tales intercambios, y
- VI. Descripción de las fianzas y garantías que se otorgarán en favor del consumidor.

En el *Diario Oficial de la Federación* del día 18 de enero de 2012, se publicó el Decreto de fecha 13 de diciembre de 2011 que reformó el primer párrafo del artículo 73 quáter de la Ley Federal de Protección al Consumidor, para quedar redactado como sigue:

“Artículo 73 quáter.—Todo bien inmueble cuya transacción está regulada por esta ley, deberá ofrecerse al consumidor con la garantía correspondiente, la

cual no podrá ser inferior a cinco años para cuestiones estructurales y tres años para impermeabilización; para los demás elementos la garantía mínima será de un año. Todos los plazos serán contados a partir de la entrega real del bien. En el tiempo en que dure la garantía el proveedor tendrá la obligación de realizar, sin costo alguno para el consumidor, cualquier acto tendiente a la reparación de los defectos o fallas presentados por el bien objeto del contrato”.

En el *Diario Oficial de la Federación* del día 27 de enero de 2012, se publicó un diverso Decreto de fecha 13 diciembre de 2011 que reformó la fracción II y se adicionó la fracción VII del artículo 65 de la Ley Federal de Protección al Consumidor, para quedar como sigue:

“II. Lugar e inmueble donde se prestará el servicio exhibiendo copia certificada de la afectación del inmueble o parte del mismo ante notario público mediante el acto jurídico de una declaración unilateral de la voluntad o fideicomiso en el que se deslinde el inmueble al servicio de tiempo compartido ‘por el número de años que se está ofreciendo el servicio, debiendo obtener el registro definitivo en el Registro Público de la Propiedad, para con ello registrarse en la Procuraduría Federal del Consumidor, dejando a salvo los derechos de propiedad del proveedor una vez concluida la afectación.”

“VII. En lo relativo a los servicios de tiempo compartido a prestarse en el extranjero éstos podrán ser comercializados en la República Mexicana únicamente cuando las personas físicas o morales que ofrezcan y/o presten y/o comercialicen los servicios sean sujetos de comercio en México, de conformidad con las leyes aplicables, y que se hayan constituido en lo general, así como en lo especial en materia de tiempo compartido o club vacacional, de conformidad con las leyes de su país de origen; en caso de ser omisas, las personas referidas en el párrafo anterior deberán acreditar fehacientemente que su representada es el dueño del inmueble y su autorización a ser destinados a la comercialización de tiempo compartido”.

Además, en el *Diario Oficial de la Federación* del 9 de marzo de 2012, se modificó la Norma Oficial Mexicana NOM-029-SCFI-2012 relacionada con el servicio del tiempo compartido, para exigir al proveedor o al prestador intermediario, que acreditan ante “Profeco” que han constituido los instrumentos que establece la Ley de Protección al Consumidor y que se mantienen vigentes, establece los lineamientos para la comercialización de los servicios de tiempo compartido que se presten en el extranjero.

En el *Diario Oficial de la Federación* del día 18 de enero de 2012, se publicó el Decreto de fecha 13 de diciembre de 2011 que reformó el primer párrafo del artículo 73 quáter de la Ley Federal de Protección al Consumidor, para quedar redactado como sigue:

“Artículo 73 quáter. Todo bien inmueble cuya transacción está regulada por esta ley, deberá ofrecerse al consumidor con la garantía correspondiente, la cual no podrá ser inferior a cinco años para cuestiones estructurales y tres años

para impermeabilización: para los demás elementos la garantía mínima será de un año. Todos los plazos serán contados a partir de la entrega real del bien. En el tiempo en que dure la garantía el proveedor tendrá la obligación de realizar, sin costo alguno para el consumidor, cualquier acto tendiente a la reparación de los defectos o fallas presentados por el bien objeto del contrato”.

XII. PROPUESTA DE ARTICULADO PARA LA REGLAMENTACIÓN DE LA SITUACIÓN JURÍDICA DEL INMUEBLE Y DEL CONTRATO DE TIEMPO COMPARTIDO. Colaborando con un grano de arena en este estudio, a continuación se propone un articulado para ser incorporado a los Códigos Civiles, para que sirva de base a los estudios y en su caso a los legisladores que deseen abocarse a esta materia:

PROPUESTA PARA LA REGLAMENTACIÓN DEL TIEMPO COMPARTIDO

Art. 1.—*Concepto*. El contrato de tiempo compartido es aquél por virtud del cual una de las partes llamada prestador se obliga a conceder a la otra llamada usuario-turista el derecho a usar y gozar una unidad residencial vacacional, los bienes muebles que en ella se encuentre y en su caso, las instalaciones, áreas y servicios comunes, limitando el ejercicio de este derecho a un número de días al año por un periodo determinado de años, quien se obliga a pagar como contraprestación un precio cierto y las cuotas ordinarias anuales para el mantenimiento, la operación, administración y los servicios que reciba.

También es posible celebrar este contrato respecto de bienes muebles susceptibles de identificación indubitable y a los que se puedan aplicar las normas establecidas en este capítulo.

Art. 2.—Para poder celebrar válidamente un contrato de tiempo compartido así como para realizar cualquier clase de campaña publicitaria en relación al tiempo compartido, y realizar cualquier clase de actos jurídicos que tiendan a la celebración del contrato en forma directa o indirecta, se requiere previamente afectar el inmueble al sistema de tiempo compartido e inscribir la escritura de afectación en el Registro Público de la Propiedad.

Art. 3.—La afectación del inmueble al sistema de tiempo compartido se hará en escritura pública la que contendrá:

I. La afectación que deberá hacer expresamente el propietario, quien deberá acreditar que el inmueble es de su propiedad y que está libre de gravámenes o limitaciones de dominio y no tiene adeudos fiscales.

II. El plazo de afectación al sistema.

III. La justificación, con los documentos que legalmente sean procedentes, de que las construcciones fueron debidamente edificadas.

IV. La transcripción del oficio que contenga la declaratoria que deberá expedir el Gobierno del Estado por conducto del funcionario competente en el sentido de ser realizable el proyecto general por hallarse dentro del marco legal.

V. El plano general arquitectónico del inmueble.

VI. Los planos de cada una de las unidades residenciales vacacionales, que se considerarán áreas privativas.

VII. La descripción general del inmueble precisando claramente el destino de cada parte.

VIII. La descripción de cada unidad residencial vacacional, susceptible de ser objeto del contrato de tiempo compartido.

IX. La descripción de las partes o elementos que puedan ser usados o gozados en común por todos los usuarios-turistas del inmueble; y cuando se trate de áreas destinadas a jardín, estacionamiento o deportes, o construcciones, se deberá precisar la superficie, las medidas y los linderos.

X. La descripción de los materiales empleados en la construcción y de los acabados.

XI. La designación del primer prestador; y

XII. El reglamento del tiempo compartido.

Art. 4.—La escritura de afectación del inmueble al sistema de tiempo compartido deberá inscribirse en el Registro Público de la Propiedad, en donde además se deberá conservar una copia certificada con todos sus anexos para que pueda ser consultada por cualquier persona. No se requerirá abrir una inscripción o folio por cada unidad residencial vacacional y bastará una inscripción general.

El notario dentro de los sesenta días posteriores a la autorización de la escritura, enviará una copia con todos sus anexos a la Oficina del Archivo General de Notarías de donde tendrán derecho a obtener copias certificadas todos los interesados.

Art. 5.—Los funcionarios del Gobierno del Estado sólo expedirán la declaratoria a que se refiere la fracción cuarta del artículo tercero si se comprueba:

I. Que existe la licencia de uso del suelo acorde con el proyecto.

II. Que el inmueble tiene las instalaciones necesarias de seguridad para caso de incendio.

III. Que el inmueble reúne los requisitos necesarios de estabilidad, seguridad e higiene.

IV. Que se ha obtenido la póliza de la fianza con vigencia mínima de un año a partir de la presentación de la solicitud de la expedición de la declaratoria, para responder a cualquier interesado de los vicios ocultos de las construcciones y por el monto que determine la propia autoridad.

V. Que el proyecto es viable por que el inmueble reúne los requisitos

arquitectónicos y estructurales necesarios para afectarlo al sistema de tiempo compartido; y

VI. Los demás requisitos que se exijan en los instructivos o reglamentos que se expidan sobre la materia.

Art. 6.—Una vez inscrita en el Registro Público de la Propiedad la escritura de afectación del inmueble al sistema de tiempo compartido, sólo se podrá modificar con la autorización expresa de los funcionarios del Gobierno del Estado, quienes deberán expedir una nueva declaratoria en los términos de la fracción IV del artículo tercero sujetándose a todos los requisitos antes precisados para su expedición y justificando la necesidad de la modificación.

Las modificaciones se harán constar en escritura pública por el propietario y deberán inscribirse en el Registro Público de la Propiedad y no surtirán efecto sino después de transcurridos dos años a partir de la inscripción y en ese plazo cualquier usuario-turista tiene derecho a oponerse judicialmente a las modificaciones si alteran, cambian o modifican en cualquier forma en su perjuicio sus derechos consignados en el contrato respectivo.

En ningún caso se podrá modificar el destino del inmueble, la superficie de las unidades privativas ni las destinadas a áreas verdes, recreativas, deportivas y estacionamientos.

Las copias de la escritura de modificación también deberán distribuirse en los términos del artículo cuarto.

Art. 7.—Como consecuencia de la celebración del contrato de tiempo compartido, el usuario-turista tendrá como mínimo los siguientes derechos:

I. Podrá usar y gozar de la unidad residencial vacacional, los bienes muebles que en ella se encuentren y en su caso las instalaciones, áreas y servicios comunes, en los términos de la escritura de afectación, del reglamento, del contrato celebrado y de las disposiciones de este capítulo.

II. Cuando por causas imputables al propietario, promotor, vendedor o prestador del servicio turístico no puedan los usuarios-turistas o sus causahabientes usar su unidad residencial vacacional, alojarán al usuario-turista a costa del culpable, en algún hotel o desarrollo turístico de la zona que sea de la misma categoría o mejor a aquélla, sin perjuicio de las sanciones que imponga la autoridad competente por las infracciones a las leyes y reglamentos que se cometan.

Si no fuere posible cubrirle al usuario-turista la estancia durante el tiempo reservado conforme a su contrato, el prestador del servicio turístico pagará a costa del culpable el importe de los gastos de transportación y daños y perjuicios que sufra por ese motivo.

Se exceptúan de lo dispuesto en este artículo, aquellos casos en los que el usuario-turista no pueda usar la unidad residencial vacacional por causas de caso fortuito, fuerza mayor o huelga.

III. Podrá transmitir temporal o definitivamente sus derechos. La transmisión se hará en documento privado firmado ante dos testigos y se deberá notificar al promotor para que haga la anotación correspondiente en el libro de registro de usuarios turistas.

La transmisión de los derechos del tiempo compartido es indivisible del resto de los bienes de uso común.

Art. 8.—Son obligaciones de los usuarios-turistas:

I. Pagar el precio de la adquisición de los derechos de tiempo compartido en la forma y términos establecidos en el contrato.

II. Pagar las cuotas ordinarias destinadas a sufragar los gastos de conservación, mantenimiento, operación, reparación y reposición de la unidad residencial vacacional, los muebles que en ella se encuentren y los bienes, instalaciones y servicios comunes.

Esta obligación la debe cumplir el usuario-turista use o no la unidad y haga o no uso de las instalaciones, servicios y áreas comunes.

III. Respetar el reglamento del tiempo compartido.

IV. Usar sólo la unidad residencial vacacional durante el tiempo que le corresponda según su contrato.

V. Desocupar la unidad residencial vacacional exacta y puntualmente el día y a la hora señalados en su contrato o en el reglamento.

El prestador o el operador hotelero en su caso, podrá acudir directamente al auxilio de la fuerza pública para proceder a la inmediata desocupación de la unidad residencial vacacional para conseguir la desocupación oportuna del inmueble, sin perjuicio del ejercicio de todas las acciones que les correspondan.

VI. Usar del mobiliario de la unidad conforme a su destino y naturaleza y antes de abandonar el desarrollo deberán cubrir el importe de los daños a la unidad, a los muebles y a las instalaciones, sin perjuicio del ejercicio de las acciones que le correspondan al prestador del tiempo compartido.

Art. 9.—En todo inmueble afectado al sistema de tiempo compartido deberá existir una oficina para su administración y en ella deberá haber siempre para su consulta por cualquier persona interesada una copia certificada con sus anexos de la escritura de afectación del inmueble al sistema de tiempo compartido y un registro de tiempo-compartidarios, quienes tienen derecho a obtener en todo tiempo y a su costa, una copia simple o certificada de esos documentos.

En el registro de usuarios-turistas se deberá precisar el nombre, domicilio y teléfono del titular y el número de períodos en que se divide el uso de cada una de las unidades residenciales vacacionales, que deberá coincidir con los contratos; y la mención de si son períodos fijos o variables y la forma de operar la variabilidad conforme a los mismos contratos de tiempo compartido. En ese registro también deberá existir un inventario y des-

cripción del mobiliario de cada una de las diversas unidades residenciales vacacionales.

Art. 10.—Queda prohibida la celebración de contratos de tiempo compartido por plazos que excedan al de la afectación del inmueble.

Art. 11.—El reglamento del tiempo compartido deberá contener:

I. Forma y periodicidad en que se dará mantenimiento a las unidades residenciales vacacionales, servicios, instalaciones y áreas comunes y la forma y horarios en que los usuarios o turistas deben permitir el acceso a su unidad para esas finalidades.

II. Condiciones, requisitos y reglas para el uso de áreas comunes.

III: Las limitaciones que tengan los usuarios turistas para introducir en su unidad animales y objetos.

IV. El horario y la forma de utilización de los bienes comunes, instalaciones y servicios generales.

V. El sistema de registro de los usuarios turistas; y

VI. Las demás menciones que exijan otras leyes y reglamentos sobre la materia.

El reglamento puede modificarse por la aprobación del ochenta por ciento de los usuarios turistas sin que su modificación implique una modificación a la escritura de afectación y siempre y cuando no la contradiga.

El acta que se levante en donde conste el acuerdo para modificar el reglamento se protocolizará ante Notario y se le dará el mismo trámite que a la escritura de afectación.

Art. 12.—La primera cuota ordinaria anual se fijará de común acuerdo por las partes en el contrato de tiempo compartido y las siguientes no tendrán más incremento que el porcentaje de incremento del índice nacional de precios al consumidor que se publique en el *Diario Oficial* de la federación, en ese periodo anual.

Para que el promotor prestador o administrador pueda exigir un aumento mayor a esa cuota ordinaria anual, deberán demandar el aumento ante un Juez de lo Civil, ante quien se justificará la pretensión del aumento.

Art. 13.—Para que el usuario turista tenga derecho a usar y gozar de la unidad residencial vacacional que le corresponde conforme su contrato, deberá haber pagado la cuota anual de mantenimiento con una anticipación mínima de tres meses a la fecha en que tenga derecho a iniciar el uso o goce de la unidad, y estar al corriente en el pago de la contraprestación convenida por el uso o goce de la unidad o haberla pagado íntegramente, con excepción de la primera vez en que use y goce de ella, pues bastará con que acredite la celebración de su contrato.

Art. 14.—La realización de cualquier acto jurídico que origine el derecho precisado en el artículo primero que no se sujete a las disposiciones de este título, originará una sanción al obligado a conceder ese derecho de

cinco mil a ocho mil días de salario mínimo diario general vigente en la capital del Estado.

Art. 15.—Todo lo relacionado con los bienes muebles e inmuebles afectados al sistema de tiempo compartido se regirá por las disposiciones de este capítulo. Lo relacionado con la prestación de los servicios turísticos se regirá por las leyes y reglamentos de carácter federal aplicables en la materia.

Art. 16.—El propietario del inmueble es obligado solidario con el prestador y las personas que hayan contratado con el usuario turista y favor de éste, respecto de todas las obligaciones emanadas del contrato y especialmente de la entrega oportuna y en el estado de servir conforme a lo convenido y responsabilidades por el incumplimiento de sus obligaciones.

La afectación del inmueble al sistema de tiempo compartido origina una hipoteca por el valor total del inmueble que deberá señalarse en la escritura constitutiva, para garantizar las obligaciones del prestador y del promotor y de quien haya contratado con los usuarios turistas.

Art. 17.—El inmueble afectado al sistema de tiempo compartido quedará sujeto a su destino hasta la expiración del plazo fijado en la constitución del propio sistema, salvo lo dispuesto en el artículo 20.

La cancelación en el Registro Público de la Propiedad de la afectación del destino o la desafectación que se realicen en contravención a lo establecido en este artículo será nula y el Notario, el Director del Registro Público y el Registrador serán responsables de los daños y perjuicios que se causen cuando cancelen o desafecten un inmueble sujeto al sistema de tiempo compartido o intervengan en esas operaciones en violación a lo establecido en este capítulo, independientemente de la responsabilidad del propietario.

Art. 18.—Al vencimiento del plazo fijado en la escritura constitutiva, bastará constatar a petición de cualquier interesado esa circunstancia ante Notario para que se redacte el acta de desafectación la que se inscribirá en el Registro Público de la Propiedad.

Art. 19.—El sistema de tiempo compartido podrá terminarse anticipadamente en los siguientes casos:

I. En cualquier momento si no se ha realizado enajenación alguna; o las que se hubieren realizado se declaran nulas por sentencia firme o concluyan por cualquier causa legal. En este caso el propietario así lo declarará bajo protesta de decir verdad al Notario que intervenga y le mostrará el libro de registro de usuarios turistas. En este supuesto no habrá responsabilidad alguna para el Notario, el Director del Registro Público de la Propiedad ni para el Registrador.

II. Por expropiación por causa de utilidad pública.

III. Por destrucción total del inmueble por caso fortuito o fuerza mayor.

Art. 20.—Cuando por cualquier causa, excepto el de expropiación por causa de utilidad pública se extinga un sistema de tiempo compartido, la hipoteca a que se refiere el artículo 17 continuará vigente durante el plazo de tres años para garantizar a los usuarios turistas cualquier responsabilidad a cargo del propietario o del prestador.

Art. 21.—El sistema de tiempo compartido no se extingue:

I. Por muerte del propietario o del promotor.

II. Por quiebra o concurso del propietario o promotor.

III. Por abandono del inmueble por el propietario o promotor.

IV. Por evicción del inmueble.

V. Por remate judicial del inmueble.

VI. Por usucapión del inmueble.

Art. 22.—Cuando por cualquier causa una persona adquiere la propiedad o cualquier otro derecho real sobre el inmueble afecto al sistema de tiempo compartido, queda obligado a respetar el sistema y los derechos adquiridos por los usuarios turistas hasta su terminación.

Art. 23.—En caso de expropiación o destrucción del inmueble, la indemnización o el importe del seguro se distribuirá equitativamente entre los interesados y si no se ponen de acuerdo por decisión judicial.

XIII. NORMA OFICIAL MEXICANA NOM-029-SCFI-1998, PRÁCTICAS COMERCIALES-REQUISITOS INFORMATIVOS PARA LA COMERCIALIZACIÓN DEL SERVICIO DE TIEMPO COMPARTIDO. (Publicada en el Diario Oficial de la Federación del 29 de enero de 1999). La Secretaría de Comercio y Fomento Industrial, por conducto de la Dirección General de Normas, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 34 fracciones XIII y XXX de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal; 39 fracción V, 40 fracción III; 47 fracción IV de la Ley Federal sobre Metrología y Normalización, y 24 fracciones I y XV del Reglamento Interior de la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial, y

CONSIDERANDO

Que es responsabilidad del Gobierno Federal determinar las medidas necesarias para garantizar que los servicios que se comercialicen en territorio nacional contengan la información necesaria con el fin de lograr una efectiva protección de los derechos del consumidor.

Que habiéndose cumplido el procedimiento establecido en la Ley Fe-

deral sobre Metrología y Normalización para la elaboración de proyectos de normas oficiales mexicanas, la Presidencia del Comité Consultivo Nacional de Normalización de Seguridad al Usuario, Información Comercial y Prácticas de Comercio ordenó la publicación del Proyecto de Norma Oficial Mexicana NOM-029-SCFI-1997, Prácticas comerciales-requisitos informativos para la comercialización del servicio de tiempo compartido, lo que se realizó en el *Diario Oficial de la Federación* el 6 de abril de 1998, con objeto de que los interesados presentaran sus comentarios al citado Comité Consultivo;

Que durante el plazo de los 60 días naturales contados a partir de la fecha de publicación de dicho Proyecto de Norma Oficial Mexicana, la Manifestación de Impacto regulatorio a que se refiere el artículo 45 de la Ley Federal sobre Metrología y Normalización, estuvo a disposición del público para su consulta; y que dentro del mismo plazo los interesados presentaron sus comentarios al proyecto de norma, los cuales fueron analizados por el citado Comité Consultivo, realizándose las modificaciones procedentes;

Que con fecha 10 de septiembre del presente año el Comité Consultivo Nacional de Normalización de Seguridad al Usuario, Información Comercial y Prácticas de Comercio, aprobó por unanimidad el referido proyecto de norma;

Que la Ley Federal sobre Metrología y Normalización establece que las normas oficiales mexicanas se constituyen como el instrumento idóneo para la prosecución de estos objetivos, se expide la siguiente: Norma Oficial Mexicana NOM-029-SCFI-1998, Prácticas comerciales-requisitos informativos para la comercialización del servicio de tiempo compartido”.

En virtud de lo anterior, los prestadores de servicios que notificaron a la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial el inicio de operaciones y registraron el contrato de adhesión ante la Procuraduría Federal del Consumidor antes de la entrada en vigor de la presente Norma Oficial Mexicana, no están obligados a realizar una nueva notificación. No obstante lo anterior, dichos prestadores se encuentran obligados a registrar cualquier modificación efectuada al contrato, en los términos previstos en la presente Norma Oficial Mexicana.

Asimismo, los prestadores que iniciaron operaciones de venta o pre-venta del servicio de tiempo compartido con anterioridad a la fecha de entrada en vigor de la presente Norma Oficial Mexicana y que no hayan efectuado la notificación ante la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial, quedan obligados a realizarla conforme a lo dispuesto en la presente Norma, so perjuicio de las sanciones a que se hayan hecho acreedores por dicha omisión.

México, D. F., a 9 de diciembre de 1998.—La Directora General de Normas, *Carmen Quintanilla Madero*.—Rúbrica.

NORMA OFICIAL MEXICANA NOM-029-SCFI-1998, PRÁCTICAS COMERCIALES-REQUISITOS INFORMATIVOS PARA LA COMERCIALIZACIÓN DEL SERVICIO DE TIEMPO COMPARTIDO

PREFACIO

En la elaboración de la presente Norma Oficial Mexicana participaron las siguientes empresas e instituciones:

- Asociación de Banqueros de México, A. C.
- Asociación de Clubes Vacacionales de Cancún, A. C.
- Asociación de Desarrolladores y Promotores Turísticos de Tiempo Compartido, A. C. (ADEPROTUR)
- Asociación Mexicana de Desarrolladores Turísticos, A. C. (AMDETUR)
- Asociación Sudcaliforniana de Desarrolladores de Tiempo Compartido, A. C. (ASUDESTICO)
- Augusto D. Ocampo Carapia
- Canaco Cd. de México
- Club Maeva Manzanillo, S. A. de C. V.
- Desarrollo Cancún Clipper Club, S. A. de C. V.
- Gerónimo Reyes
- Grupo COSTAMEX, S. A. de C. V.
- Instituto Politécnico Nacional
 - Escuela Superior de Turismo
- Interval International the Quality Vacation Exchange Network
- Marriot Ownership Resort International
- Operadora Corporativa Miro, S. A. de C. V.
- Procuraduría Federal del Consumidor
 - Dirección General de Quejas y Conciliación
 - Dirección General de Verificación y Vigilancia
 - Dirección General Jurídico Consultiva
- Promotora Cancún Sunset Clubs, S. A. de C. V.
- Resort Condominiums International (RCI) de México, S. de R. L. de C. V.
- Secretaría de Comercio y Fomento Industrial
 - Dirección General de Asuntos Jurídicos
 - Dirección General de Negociaciones de Servicios
 - Dirección General de Normas
 - Dirección General de Política de Comercio Interior
 - Dirección General del Registro Mercantil y Correduría
- Secretaría de Turismo:
 - Dirección General de Asuntos Jurídicos
 - Dirección General de Servicios a Prestadores de Servicios Turísticos
- Tree Travel Recreación Internacional, S. A. de C. V.

1. Objetivo

La presente Norma Oficial Mexicana establece los requisitos de formación comercial y elementos normativos a que deben sujetarse los prestadores del servicio de tiempo compartido, con el objeto de proteger la capacidad adquisitiva y lograr la plena satisfacción del usuario por el servicio contratado.

2. Campo de aplicación

La presente Norma Oficial Mexicana es de interés y observancia general para todas aquellas personas que se dediquen directa o indirectamente a la comercialización, operación y prestación del servicio de tiempo compartido en el territorio nacional.

3. Definiciones

Para efectos de esta Norma Oficial se establecen las siguientes definiciones:

3.1. Área común

La parte de las instalaciones del establecimiento que pueden disfrutar todos los usuarios del servicio de tiempo compartido, conforme a su naturaleza y destino ordinarios, sin transgredir los derechos de los demás.

3.2. Comercializador

La persona física o moral que, a nombre y representación del prestador promueve, media y/o realiza en el territorio nacional la venta o pre-venta del servicio de tiempo compartido.

3.3. Cuotas extraordinarias

Aquellos pagos generados por hechos imprevisibles en la operación y mantenimiento normal del bien o establecimiento que son urgentes, necesarios o indispensables para la conservación total o parcial del mismo; así como de sus áreas comunes, instalaciones, equipos y servicios; para la conservación o reposición del mobiliario o equipo, o aquellas sin cuya aplicación el establecimiento o parte de él corran el riesgo de perderse, destruirse o deteriorarse de forma tal que no puedan cumplir con la función para la cual fueron creados, construidos o destinados.

3.4. Cuotas ordinarias

Aquellos pagos que son previsibles en la operación y mantenimiento normal del bien o establecimiento, como los generados por la administración, operación y mantenimiento del establecimiento, de las instalaciones y áreas comunes.

3.5. Establecimiento

El bien inmueble o la parte de él en el que se preste el servicio de tiempo compartido.

3.6. Garantía de uso alternativo

La garantía de devolución del servicio de tiempo compartido que el

prestador ofrece de manera opcional en condiciones similares, otorgada por otro u otros establecimientos.

3.7. Garantía solidaria

La garantía de devolución de las sumas recibidas por el prestador de parte de los usuarios, otorgada por una empresa cuyo balance dictaminado por contador público del último ejercicio refleje, por lo menos, un valor contable igual al valor de la construcción del establecimiento o de la parte del mismo pendiente de terminación.

3.8. Ley

Ley Federal de Protección al Consumidor.

3.9. NOM

Norma Oficial Mexicana

3.10. Operador

La persona física o moral que haya asumido con el prestador la obligación de proporcionar el servicio de tiempo compartido a los usuarios, ya sea en forma total o parcial.

3.11. Prestador

Persona física o moral que por justo título y mediante las condiciones especificadas en un contrato, se obliga a prestar al usuario el servicio de tiempo compartido.

3.12. Prestador intermediario

Aquel intermediario que, independientemente del acto jurídico que celebre, ofrezca la prestación periódica de los servicios a que se refiere esta NOM en bienes inmuebles o desarrollos turísticos respecto de los cuales carece de derechos de propiedad o disposición o no estén al servicio de tiempo compartido.

3.13. Preventa

Acto jurídico a través del cual el prestador se obliga a proporcionar el servicio de tiempo compartido y sus accesorios en uno o varios establecimientos aún no terminados ni en operación.

3.14. PROFECO

Procuraduría Federal del Consumidor

3.15. Reglamento Interno

Documento en el que se especifican todos los servicios que ofrece el prestador a los usuarios de la membresía, o miembros, o el manual de procedimientos o de políticas de prestación de los servicios en donde queden establecidos los derechos y obligaciones del prestador y los usuarios.

3.16. Secretaría

Secretaría de Comercio y Fomento Industrial.

3.17. Servicio de tiempo compartido

Todo acto jurídico por el cual se pone a disposición de un usuario el uso, goce y demás derechos que se convengan sobre un bien o parte del mismo en una unidad variable, dentro de una clase determinada, por pe-

riodos previamente convenidos mediante el pago de alguna cantidad, sin que, en ningún caso, se transmita el dominio de los establecimientos afectos al servicio.

Para los efectos de esta definición también se consideran unidades variables aquellas que, aun cuando se pacten como fijas, para su ocupación requieran de reservación y sean susceptibles de modificación futura o de la facultad de revocar o sustituir la opción original.

3.18 Usuario

Las persona o personas que por cualquier justo título son acreedoras a recibir el servicio de tiempo compartido.

3.19. Venta

Acto jurídico por medio del cual el prestador, a cambio de un precio, se obliga a proporcionar el servicio de tiempo compartido respecto de un bien en uno o varios establecimientos terminados y en operación, o en parte de ellos; incluyendo los beneficios adicionales, secundarios o complementarios que el prestador ofrece.

4. Especificaciones generales

4.1. En los términos de la presente NOM, el prestador y/o el prestador intermediario son los únicos responsables aun cuando éstos, el comercializador u operador contraten con terceros la prestación de los servicios de tiempo compartido que se proporcionen a los usuarios o el establecimiento.

4.2. Las obligaciones de pago en moneda extranjera contraídas dentro o fuera de la República Mexicana para ser cumplidas en ésta, se deben solventar entregando el equivalente en moneda nacional al tipo de cambio que rija en el lugar y fecha en que se realice el pago, tal y como lo señala la Ley Monetaria de los Estados Unidos Mexicanos, o en la moneda extranjera pactada, a elección del usuario al momento de efectuar cada pago. Lo anterior es aplicable de igual forma a las cuotas ordinarias y extraordinarias.

4.3. En los contratos celebrados en el territorio nacional el prestador debe establecer un lugar de pago dentro del mismo, sin menoscabo de que pueda especificar uno o más lugares en el extranjero, a fin de que el usuario pueda optar por liquidar sus pagos en cualquiera de ellos.

4.4. Los derechos derivados del servicio de tiempo compartido no constituyen derechos reales y pueden ser adquiridos por personas físicas o morales, mexicanas o extranjeras, sin más limitaciones que las que establece la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y otras leyes aplicables.

4.5. Las promociones, información y publicidad que lleven a cabo los prestadores de los servicios que regula esta NOM, se deben realizar en estricto apego a lo establecido en la ley.

4.6. Constituyen prácticas comerciales que contravienen la presente NOM, todos aquellos actos o estrategias que tengan por objeto:

4.6.1. Utilizar información o publicidad cuyo contenido sea falso, confuso o contrario a las condiciones estipuladas en el contrato y reglamento registrados ante la PROFECO.

4.6.2. Emplear mecanismos promocionales como son rifas, regalos, premios, certificados de hospedaje, ya sea por medios escritos o mediante llamadas telefónicas, con el intento de ofrecer o presentar sus servicios, sin especificar de manera clara e inequívoca el propósito de hacer dicha oferta.

4.6.3. Emplear por cualquier medio, sin autorización, el nombre o logotipo de la Secretaría, de la PROFECO o de cualquier dependencia de la administración pública federal, estatal o municipal, para la comercialización de servicios de tiempo compartido.

4.7. Los prestadores deben adoptar las medidas necesarias para evitar la sobreventa, de tal manera que su volumen de contrataciones nunca debe rebasar su capacidad de servicio.

5. Requisitos para el inicio de operaciones de venta o preventa del servicio de tiempo compartido

Para que el prestador pueda realizar, directamente o a través de comercializadoras, la venta o la preventa del servicio de tiempo compartido, debe notificar previamente a la Secretaría el inicio de las operaciones. Para tal efecto, debe cumplir con los siguientes requisitos:

5.1. Presentar escrito de notificación en el que se especifique el nombre, denominación o razón social del prestador y, en su caso, de su representante legal, así como los datos relativos al (los) lugar (es) en el (los) que se ofrece la prestación del servicio de tiempo compartido. En el caso de presentar el escrito a través de un representante legal, éste debe acreditar su personalidad adjuntando copia simple del documento comprobatorio, previo cotejo con su original.

5.2. En el caso de personas morales, además de lo señalado en el inciso anterior, acompañar copia certificada del acta consultiva, en la que el objeto social admita la prestación de servicios de tiempo compartido.

6. Contratos

Los contratos de adhesión que celebre el prestador con los usuarios deben contar con el registro previo ante la PROFECO, y estar escritos en idioma español, sin perjuicio de que sean también escritos en otro idioma, siempre y cuando el prestador compruebe que se trata de una traducción fiel del documento registrado en español, hecha por perito oficial. Dichos contratos deben incluir una cláusula donde se señale que en caso de existir discrepancias, debe prevalecer el texto en español sobre el texto del idioma extranjero.

6.1. Para la venta.

6.1.1. Para que la PROFECO otorgue el registro del contrato de adhesión del servicio de tiempo compartido, el prestador debe presentarle los siguientes documentos:

6.1.1.1. Comprobante de la notificación presentada ante la Secretaría, en los términos previstos en el inciso 5 y subincisos.

6.1.1.2. Constancia de que el bien está afectado a la prestación del servicio de tiempo compartido, en los términos que señalen las legislaciones locales sobre la materia o mediante declaración unilateral de voluntad otorgada ante notario público, o contenida en un contrato de fideicomiso en escritura pública. En ambos casos debe presentarse la constancia de inscripción definitiva en el Registro Público de la Propiedad.

Se exceptúan de este requisito los prestadores intermediarios que cumplan satisfactoriamente con lo establecido en el inciso 6.4.7 de esta NOM.

6.1.1.3. Copia simple de la póliza del seguro contra daños y siniestros totales o parciales de los bienes muebles e inmuebles destinados al servicio de tiempo compartido, para la reconstrucción o reparación del establecimiento y para amparar a los usuarios en su integridad física y sus pertenencias. Dicho seguro en ningún caso puede tener una cobertura inferior a lo dispuesto para servicios hoteleros.

Los prestadores intermediarios deben cerciorarse de que los establecimientos en donde se preste el servicio de tiempo compartido cuenten con el seguro indicado en el párrafo anterior. En el caso de que el establecimiento no cuente con el mismo será responsable de cubrir los daños y perjuicios que sufra el usuario en el establecimiento.

6.1.1.4. Descripción de los cobros, y conceptos de los mismos, que se pretende hacer al usuario por la contratación del servicio de tiempo compartido, incluyendo, en su caso, los costos por la suscripción o membresía.

6.2. Para la preventa

6.2.1. Para que la PROFECO otorgue el registro del contrato de adhesión del servicio de tiempo compartido, el prestador debe cumplir con los requisitos de los incisos 6.1.1.1, 6.1.1.2 y presentar además los siguientes documentos:

6.2.1.1. Licencia de construcción del inmueble destinado al servicio de tiempo compartido, así como la fianza o garantía de uso alternativo o garantía solidaria de otras empresas por todo el tiempo en que dure la construcción y puesta en operación del establecimiento.

6.2.1.2. Tratándose de reconstrucción, ampliación o reparación del establecimiento, copia de la póliza de seguro contra daños y siniestros totales o parciales de los bienes muebles e inmuebles, construidos sido en operación, destinados al servicio de tiempo compartido.

6.2.1.3. Descripción de los cobros, y conceptos de los mismos, que se

pretende hacer al usuario por la contratación del servicio de tiempo compartido, incluyendo, en su caso, los costos por la suscripción o membresía.

6.2.2. Los prestadores intermediarios no pueden realizar preventas de ninguna especie.

6.3. Un inmueble afecto al servicio de tiempo compartido no puede modificarse en cuanto al uso al que está destinado. En el caso de que se pretenda llevar a cabo cambios importantes que reduzcan o supriman las instalaciones, áreas verdes recreativas, deportivas y/o las áreas comunes del establecimiento, el prestador debe someter la propuesta al visto bueno de los usuarios vía escrita, quines por mayoría simple de votos deben decidir lo procedente.

6.4. En adición a lo anterior, los contratos de adhesión para la venta o preventa del servicio de tiempo compartido, deben indicar lo siguiente:

6.4.1. Nombre y domicilio del prestador dentro de la República Mexicana.

6.4.2. Registro Federal de Contribuyentes del prestador.

6.4.3. Lugar donde se presta el servicio de tiempo compartido.

En el caso de los prestadores intermediarios, la obligación de proporcionar al usuario, por lo menos tres veces al año, una relación actualizada de los lugares y desarrollos donde se presta el servicio de tiempo compartido.

6.4.4. Espacio para indicar el nombre y domicilio del usuario.

6.4.5. La obligación del prestador de hacer efectivos los derechos de uso de bienes que tienen los usuarios, incluyendo periodos de uso y características de los bienes muebles e inmuebles del servicio de tiempo compartido.

6.4.6. Para el caso de las ventas, mencionar el importe de las cuotas ordinarias para el primer año y manera en que se deben determinar los cambios en este rubro para periodos subsecuentes. Por lo que se refiere a las preventas, los criterios o mecanismos para determinar los costos para el primer año en que se proporcione el servicio de tiempo compartido y la forma en que se deben definir los cambios en este costo en periodos subsecuentes.

6.4.7. El costo de la adquisición de los derechos que genera el servicio de tiempo compartido.

Salvo lo dispuesto en el inciso 8, para el caso de los prestadores intermediarios, se debe incorporar una cláusula en la cual el prestador se compromete a no realizar al usuario cobros o cargos periódicos bajo ningún concepto, limitándose a efectuar el cobro del servicio correspondiente al momento de confirmar la reservación respectiva, y que dicho cobro sólo puede ser exigible dentro de los 15 días naturales anteriores a la fecha en que deba realizarse la prestación del servicio de tiempo compartido. Tampoco pueden estipularse cobros ni cargos iniciales o únicos bajo ningún otro concepto.

6.4.8. En su caso, indicar las opciones de intercambio con otros prestadores del servicio de tiempo compartido y si existen costos adicionales para realizar tales intercambios, señalando que el desarrollo está inscrito a un programa de intercambio prestado por terceros, sujeto a un contrato de afiliación que implica un costo adicional y la duración.

El prestador se obliga a inscribir al usuario a la empresa de intercambio, en su caso, en un plazo máximo de 30 días de la fecha de compra o de acuerdo a los plazos establecidos en el contrato con la compañía de intercambio.

6.4.9. La indicación expresa de que, por cuenta del prestador, el usuario debe ser alojado inmediatamente en algún establecimiento en el mismo lugar, y de categoría y calidad similares al servicio de tiempo compartido contratado, siempre que por causas imputables al prestador no pueda utilizar los servicios pactados.

6.4.10. En caso de que el prestador demuestre que esta garantía no puede ser cumplida por motivos fuera de su alcance, está obligado a pagar al usuario en un lapso no mayor a quince días naturales, contados a partir de la fecha en que se produzca el incidente, los gastos comprobables en que haya incurrido para trasladarse desde su lugar de origen hasta el establecimiento y viceversa.

6.4.11. Determinación del procedimiento para el cálculo de los intereses que debe pagar el usuario del servicio de tiempo compartido, cuando las operaciones se realicen a crédito.

6.4.12. Procedimiento a seguir por los usuarios que quieran vender, transmitir o ceder sus derechos sobre el servicio de tiempo compartido y, en su caso, la mecánica a seguir para el cálculo de los cargos que se originen por este proceso.

6.4.13. En el caso de los contratos celebrados en moneda extranjera, el usuario debe pagar de acuerdo con lo estipulado en los incisos 4.2 y 4.3.

6.4.14. La forma y términos en que se notifican a los usuarios las modificaciones estipuladas en el inciso 6.3 de esta NOM.

6.4.15. Se debe incorporar una cláusula que mencione el plazo en el que el usuario puede cancelar el servicio de tiempo compartido, sin que sufra menoscabo en los pagos efectuados; dicho plazo no puede ser menor al de cinco días hábiles, contados a partir del siguiente día hábil al de la firma del contrato. La devolución de la inversión inicial debe hacerse, como máximo, dentro de los quince días hábiles siguientes a la fecha de cancelación del contrato. La devolución de la inversión inicial debe hacerse, como máximo, dentro de los quince días hábiles siguientes a la fecha de cancelación del contrato.

La cancelación se debe hacer por escrito en el lugar en que se haya realizado la operación o en el domicilio del prestador o representante de la empresa señalado en el contrato.

6.4.16. Detalle de las sanciones a que se hacen acreedores tanto el

prestador como el usuario, en caso de cancelación extemporánea o incumplimiento del contrato, así como el procedimiento para su cálculo y aplicación al dar por terminada la relación contractual.

6.4.17. Vigencia del contrato. En el caso de los prestadores intermediarios que cuenten con algún mecanismo de garantía, deberá establecerse una vigencia del contrato que no podrá ser posterior a la de dicho mecanismo.

6.4.18. Mecánica y condiciones para llevar a cabo la renovación del contrato, en su caso, así como los costos que implica para el usuario.

6.4.19. Para el caso de los prestadores intermediarios, se debe incorporar además la mención expresa de que dichos prestadores se responsabilizan solidariamente de la prestación del servicio de tiempo compartido en el desarrollo o establecimiento de que se trate.

6.4.20. La mención de que existe un Reglamento Interno que contiene las bases o reglas de operación al que se sujeta la prestación y uso de tiempo compartido, el cual debe anexarse al contrato de adhesión.

6.5. El Reglamento Interno debe contener lo siguiente:

6.5.1. Mecánica para el uso de las unidades o bienes destinados a la prestación del servicio de tiempo compartido.

6.5.2. Funcionamiento de los sistemas de reservación y medios de confirmación.

6.5.3. Cuotas ordinarias, su aplicación y/o periodicidad, monto y manera de modificarse, así como las cuotas extraordinarias y las formas de aplicación.

6.5.4. Participación de los usuarios en la toma de decisiones, en las cuales tengan derecho a participar, de acuerdo con lo previsto en el contrato o en el reglamento interno, a través de los medios necesarios para que el usuario efectivamente se encuentre en conocimiento de los acuerdos tomados y pueda opinar sobre los mismos.

6.5.5. Descripción de bienes muebles e inmuebles.

6.5.6. Indicación de que el prestador del servicio de tiempo compartido tiene la obligación de dar mantenimiento a los bienes muebles e inmuebles con la periodicidad necesaria para mantener las instalaciones en condiciones de funcionamiento.

6.5.7. Número máximo de personas que pueden alojarse por unidad.

6.5.8. Días y horas de inicio y terminación de los periodos de uso.

6.5.9. Condiciones, requisitos y reglas para el uso de áreas comunes.

6.5.10 Sanciones que internamente se pueden aplicar a los usuarios por incumplimiento o infracción al reglamento y el procedimiento para aplicarlas y dar por terminada la relación contractual.

6.5.11. Descripción de los servicios adicionales que se ofrecen y bajo qué bases o reglas de uso.

6.5.12. Derechos y obligaciones del prestador y los usuarios.

6.5.13. Indicación expresa de si el servicio queda afiliado a un sistema

de intercambio, nacional o internacional, por así haberlo ofrecido en los contratos y la forma de cumplir con esta obligación.

6.6. En el caso de los prestadores intermediarios el reglamento interno debe contener, cuando menos, lo siguiente:

6.6.1. La mecánica para el uso de la membresía o bienes destinados a la prestación del servicio de tiempo compartido.

6.6.2. Descripción del mecanismo y funcionamiento de los sistemas de reservación y medios de confirmación.

6.6.3. Información referente al número máximo de personas que puede alojarse por unidad y días y horas de inicio y terminación de los periodos de uso.

6.6.4. Derechos y obligaciones del prestador y los usuarios.

6.6.5. En su caso, las cuotas ordinarias, su aplicación y/o periodicidad, monto y manera de modificarse.

6.6.6. Descripción de bienes inmuebles.

6.6.7. En su caso, las sanciones que internamente se pueden aplicar a los usuarios por incumplimiento o infracción al reglamento y el procedimiento para aplicarlas y dar por terminada la relación contractual.

6.6.8. Descripción de los servicios adicionales que se ofrecen y bajo qué bases o reglas de uso.

6.6.9. Derechos y obligaciones del prestador y los usuarios.

6.6.10. Indicación expresa de si el servicio queda afiliado a un sistema de intercambio, nacional o internacional, por así haberlo ofrecido en los contratos y la forma de cumplir con esta obligación.

7. Sistema de reservaciones

Los prestadores deben crear o establecer un sistema de reservaciones que responda a las necesidades y requerimientos de los usuarios del servicio de tiempo compartido. Dicho sistema debe tomar en cuenta la demanda anticipada para el uso de los bienes del establecimiento, de acuerdo con la capacidad de ocupación de los mismos, su tipo o clase y temporada.

8. Garantías

Los prestadores intermediarios que pretendan realizar cobros periódicos o de afiliación o membresía deben acreditar ante la PROFECO que cuentan con garantías suficientes y expeditas en el pago para respaldar el cumplimiento de sus obligaciones, las cuales deben cumplir con las características de irrevocabilidad, eficiencia, permanencia, transparencia y legalidad que resulten necesarias para proteger los intereses de los usuarios. En este caso, la ausencia de garantías es causa suficiente para negar el registro del contrato de adhesión respectivo, salvo que se cumpla con el requisito señalado en el inciso 6.4.7.

Si el mecanismo a que se refiere el punto anterior consistiera en una fianza con garantía fiduciaria, se deben reunir los siguientes requisitos:

a) La fianza garantizará el cumplimiento de las obligaciones del presta-

dor frente al usuario, debe ser global, debiéndose expedir endosos de inclusión para cada uno de los usuarios.

b) La fianza a su vez debe garantizarse con un fideicomiso de garantía constituido de conformidad con la normatividad aplicable, en el cual la fiduciaria será la propia afianzadora.

c) El prestador debe afectar en el fideicomiso de garantías todas las contraprestaciones que reciba, así como cualquier otro activo que destine a la prestación del servicio y que haya adquirido con los fondos del fideicomiso.

d) El fideicomiso de garantía debe tener a su cargo la administración de las contraprestaciones pactadas en el contrato, así como las partidas mencionadas en el inciso anterior, y deben ser entregadas al prestador, previa autorización del Comité Técnico que al efecto se constituya.

Asimismo, tendrá como finalidad garantizar la recuperación de las cantidades pagadas por la afianzadora.

e) La fianza y el fideicomiso de garantía deben permanecer en vigor mientras exista un usuario acreedor del servicio de tiempo compartido.

f) La institución que funja como fiduciaria debe comprometerse a notificar de inmediato a la PROFECO cuando considere que la garantía otorgada puede verse reducida de manera importante.

En todos los casos en que el mecanismo de garantía involucre la figura del fideicomiso será responsabilidad del prestador mantener vigente dicho mecanismo, por lo que la vigencia del contrato de adhesión nunca podrá ser posterior a la fecha de conclusión legal o voluntaria de la vigencia del fideicomiso respectivo. En caso de renovarse éste o suscribirse un nuevo fideicomiso, dicha circunstancia deberá notificarse a la PROFECO y registrarse un nuevo modelo de contrato de adhesión en el que se establezca la nueva vigencia.

9. Cuotas

La determinación del monto, condiciones y periodos de pago de las cuotas ordinarias, debe sujetarse a lo establecido en el contrato o en el reglamento interno del servicio de tiempo compartido.

10. Administración del tiempo compartido

10.1. El prestador del servicio de tiempo compartido debe administrar el desarrollo y realizar todos los actos relativos a la operación, mantenimiento de instalaciones y equipo, reservaciones, reposición y reparación de bienes. El prestador debe cumplir todas las obligaciones que le correspondan conforme al contrato y el reglamento interno del tiempo compartido.

10.2. En el caso de que el prestador contrate los servicios de un tercero para que funja como prestador, de conformidad con el inciso 10.1 de esta NOM, este último debe contar con un representante en el lugar donde se presta el servicio de tiempo compartido.

11. Terminación del servicio de tiempo compartido

Los establecimientos afectos al servicio de tiempo compartido quedan sujetos a su destino hasta la terminación del plazo fijado en la constitución del servicio. La desafectación de estos establecimientos sólo puede realizarse cuando ya no existan usuarios. Para tal efecto, los prestadores deben apegarse a lo dispuesto en las legislaciones estatales y, en su defecto, al procedimiento siguiente:

a) Notificar a la Secretaría y a la PROFECO la intención de desafectar el o los establecimientos, y solicitar la autorización de la PROFECO para llevar a cabo tal propósito. En todo caso, la desafectación de establecimientos debe surtir efecto un año después de la fecha en que se solicite la cancelación de la inscripción de afectación en el Registro Público correspondiente.

b) Una vez que el prestador obtenga la autorización de la PROFECO para desafectar el o los inmuebles, debe publicar cada 30 días, por un periodo de 3 meses en dos de los diarios de mayor circulación nacional y en uno de la localidad donde se ubique el o los establecimientos, el aviso sobre la desafectación de éstos.

c) El prestador debe mantener durante un año la disponibilidad del uso alternativo para aquellos usuarios que aún tuvieran derecho, o entregar a la PROFECO una fianza por el 10 por ciento del valor del inmueble con vigencia de un año, para garantizar los derechos de los mismos.

12. Comercialización de los servicios de tiempo compartido que se prestan en el extranjero

Para que se pueda comercializar en México el servicio de tiempo compartido de un establecimiento ubicado en el extranjero, el prestador debe acreditar ante la PROFECO lo siguiente:

12.1. Que el establecimiento a comercializar se encuentre concluido y debidamente registrado donde proceda, de acuerdo a las leyes del país en que se ubique. En el caso de que el establecimiento no esté concluido, puede comercializarse siempre que se cumplan los siguientes requisitos:

12.1.1. Que el establecimiento se encuentre debidamente registrado donde proceda, de acuerdo a las leyes del país de su ubicación.

12.1.2. Las leyes del país de ubicación del establecimiento permitan su comercialización antes de su conclusión.

12.1.3. Se constituya en los Estados Unidos Mexicanos una garantía financiera mediante la cual se protejan las cantidades pagadas por los usuarios, por concepto de los servicios de tiempo compartido ubicados en el extranjero, de manera que el prestador sólo pueda disponer de dichas cantidades una vez que el establecimiento haya sido concluido en la forma descrita en el contrato de adhesión correspondiente. En caso de que el establecimiento no se concluyera en el plazo y en la forma contratada por

los usuarios, el proveedor debe reembolsar a los usuarios, el proveedor debe reembolsar a los usuarios las cantidades pagadas por tal concepto.

12.2. Los prestadores acreditarán el registro del o los establecimientos en los países en que se ubican, mediante la presentación de la documentación legal correspondiente. En caso de que el establecimiento a comercializar no requiera de registro en el país en que se ubique, debe presentar copia certificada de la documentación siguiente:

12.2.1. Estatutos sociales y la organización administrativa del prestador que sea propietario del o los establecimientos.

12.2.2. Título de propiedad o posesión sobre el o los establecimientos, que cumpla con los requisitos legales establecidos por la legislación del país de su ubicación. Si el prestador no tiene título legal alguno que acredite la propiedad o posesión sobre el establecimiento, debe cumplir con los requisitos establecidos en esta NOM para los prestadores intermediarios.

12.2.3. Documento en el que conste que el prestador está registrado ante la autoridades fiscales competentes del país en donde se ubica el establecimiento.

12.2.4. Documento expedido por la autoridad competente del país en que se ubica el establecimiento, en el que conste que el mismo está construido en su totalidad.

12.2.5. Ejemplar de los documentos que use el prestador para comercializar los servicios de tiempo compartido.

12.3. Documento que acredite al prestador extranjero contar con la autorización de la Secretaría para realizar actos de comercio en los Estados Unidos Mexicanos, de conformidad con la ley de Inversión Extranjera.

12.4. La documentación señalada en el inciso 12.2. y subincisos debe presentarse ante la PROFECO, debidamente legalizada o apostillada ante Cónsul Mexicano para surtir efectos en el territorio de los Estados Unidos Mexicanos, conforme a la legislación aplicable y traducida al idioma español por perito traductor autorizado por cualquier Tribunal de Justicia de México.

12.5. Que el comercializador opere de acuerdo a las condiciones siguientes:

12.5.1. Sea una persona moral que esté domiciliada en el territorio nacional o presente una garantía equivalente al cincuenta por ciento de las operaciones que pretenda realizar en el territorio nacional, circunstancia que debe comprobar mediante documentación auditada contablemente por un despacho internacional con oficinas en México.

12.5.2. Tenga las facultades suficientes para comercializar el servicio de tiempo compartido, otorgadas directamente por el prestador.

12.5.3. Sea responsable solidario por la prestación del servicio de tiempo compartido en los términos y por los plazos pactados en el contrato de tiempo compartido.

12.5.4. Que se notifique previamente a la Secretaría el inicio de operaciones, conforme se establece en el capítulo 5 de esta NOM.

12.6. Que se registre el contrato de adhesión ante la PROFECO, presentando la documentación señalada en los incisos 6.1.1.1., 6.1.1.3., 6.1.1.4. y en el capítulo 12 de esta NOM. Además, tratándose de preventa, lo señalado en el inciso 6.2.1.1., y en el supuesto de reconstrucción, ampliación o reparación del establecimiento, copia de la póliza en el inciso 6.2.1.2.

13. Vigilancia de la norma

13.1. El cumplimiento a lo dispuesto en esta NOM debe ser sancionado por la PROFECO y por las dependencias competentes, conforme a lo dispuesto en la Ley y demás ordenamientos legales aplicables.

13.2. La PROFECO debe recibir las reclamaciones de los contratantes con base en la ley y en esta NOM y, en su caso, debe agotar los procedimientos que la misma Ley señala.

14. Bibliografía

a) Ley Monetaria de los Estados Unidos Mexicanos. *Diario Oficial de la Federación*, 6 de marzo de 1985.

b) Ley Federal sobre Metrología y Normalización. *Diario Oficial de la Federación*, 1 de julio de 1992.

c) Ley Federal de Protección al Consumidor. *Diario Oficial de la Federación*, 24 de diciembre de 1992.

d) Ley de Regulación y Fomento del Sistema de Tiempo Compartido del Estado de Guerrero. *Gaceta Oficial del Gobierno Estatal*, 31 de noviembre de 1989.

e) Ley que establece las normas a que se sujetarán los contratos celebrados en el Régimen de Tiempo Compartido Turístico del Estado de Quintana Roo, *Periódico Oficial del Gobierno Estatal*, 1 de julio de 1991.

f) NMX-Z-13-1977, "Guía para la Redacción, Estructuración y Presentación de las Normas Oficiales Mexicanas".

g) Reglamento de la Prestación del Servicio Turístico del Sistema de Tiempo Compartido. *Diario Oficial de la Federación*, 21 de agosto de 1989. (Derogado).

15. Concordancia con normas internacionales

Esta NOM no concuerda con ninguna norma internacional por no existir referencia alguna al momento de su elaboración.

México, D. F., a 9 de diciembre de 1998.—La Directora General de Normas, *Carmen Quintanilla Madero*.—Rubrica.

APÉNDICE NÚMERO SEIS

DOCUMENTO HISTÓRICO CULTURAL
COMPRAVENTA DE ESCLAVO

A continuación se imprime de la copia que le obsequió al autor, el señor Maestro universitario Doctor Don Ricardo Franco Guzmán, el contrato de compraventa de esclavo celebrado en la Ciudad de la Purísima Concepción de Celaya el día 29 de Marzo de 1780, para facilitar a los investigadores tanto en materia jurídica como sociológica un documento que tiene una gran importancia para estudiar las condiciones en que vivían los habitantes de este hermoso país en esa época; y además por ser pertinente su incorporación en esa obra, ya que no deja de ser un contrato civil. También se copia la transcripción de la interpretación en español actual del contrato, que también fue proporcionada por el Dr. Franco Guzmán.

Celaya — — — Año. — — — de 1780

6
 Venta de Esclavo

Que de L. que dentro expresa, otorgo Doña Rosalia de Luñga y Muga, legítima de D. Antonio Estrada vecino de la Congregacion de Xapualto Nido en esta misma Ciudad, por Cantidad de 750 p. y de mas que menciona.

Ahora
 De Don Juan de la Trinidad Nuñez, vecino el Pueblo de Apasco de esta Nunciatura.



Seis reales,

SELLO SEGUNDO, SEIS REALES, AÑOS DE MIL SETECIENTOS Y OCHENTA Y OCHENTA Y VNO.

Ordo
de
la
Real
Chancilleria
de
Castilla

En la Ciudad de la Purísima Concepción de Celaya, á veinte, y nueve dias del mes de Mayo, del año de mil setecientos ochenta y siete me el Mexicano, y Ferrigós: Doña Rosalía de Funiqoa Madraex Secotiana. E Don Antonio Estrada, Verinos de la Congregacion de Nupriato, Residentes en esta Ciudad, con Licencia, que la nominada demandó ante dicho Sr. Maxido, para Otorgar, y Jurar esta Excepcion, y el dicho ve la concedió sin expresa obligacion, que hizo, con vna Persona, y Bienes, e no Revocarla, E que doy fee, y se conoverles. De cuya Licencia usando la supra nominada Doña Rosalía. Por la presente, y en la mas barzante forma, que haya lugar Otorgo, que para, y á nombre de sus herederos, y subvereros, y quien en causa huviere, vende Calmonte, y con efecto, de Francisco de la Trinidad Nuñez Verino del Pueblo de Apaves en esta Jurisdiccion para el dicho Sr. Maxido, los suyos, y quien

[Signature]

su derecho Representante, es á saber; ~~en~~ ^{el} ~~del~~
 dicho Enclave Nombrado Jefe Joaquín, ^{en} ~~del~~
 Blasco, Peto Lacio, ^{de} ~~del~~ ^{de} ~~del~~ ^{de} ~~del~~
 y de ^{de} ~~del~~ ^{de} ~~del~~ ^{de} ~~del~~ ^{de} ~~del~~
 Barbara ^{de} ~~del~~ ^{de} ~~del~~ ^{de} ~~del~~ ^{de} ~~del~~
 Caridad con Joaquín ^{de} ~~del~~ ^{de} ~~del~~ ^{de} ~~del~~ ^{de} ~~del~~
 la que, y dicho ^{de} ~~del~~ ^{de} ~~del~~ ^{de} ~~del~~ ^{de} ~~del~~
 Otorgante ^{de} ~~del~~ ^{de} ~~del~~ ^{de} ~~del~~ ^{de} ~~del~~
 Verina ^{de} ~~del~~ ^{de} ~~del~~ ^{de} ~~del~~ ^{de} ~~del~~
 captura, que en virtud ^{de} ~~del~~ ^{de} ~~del~~ ^{de} ~~del~~ ^{de} ~~del~~
 de Don Antonio ^{de} ~~del~~ ^{de} ~~del~~ ^{de} ~~del~~ ^{de} ~~del~~
 misma Congregacion ^{de} ~~del~~ ^{de} ~~del~~ ^{de} ~~del~~ ^{de} ~~del~~
 paró á los trece ^{de} ~~del~~ ^{de} ~~del~~ ^{de} ~~del~~ ^{de} ~~del~~
 mil seiscientos ^{de} ~~del~~ ^{de} ~~del~~ ^{de} ~~del~~ ^{de} ~~del~~
 Diez y cinco, por ^{de} ~~del~~ ^{de} ~~del~~ ^{de} ~~del~~ ^{de} ~~del~~
 Don Maximiliano ^{de} ~~del~~ ^{de} ~~del~~ ^{de} ~~del~~ ^{de} ~~del~~
^{de} ~~del~~ ^{de} ~~del~~ ^{de} ~~del~~ ^{de} ~~del~~
 que procedió como ^{de} ~~del~~ ^{de} ~~del~~ ^{de} ~~del~~ ^{de} ~~del~~
 Jefe ^{de} ~~del~~ ^{de} ~~del~~ ^{de} ~~del~~ ^{de} ~~del~~
 y Arrendamiento. En cuya ^{de} ~~del~~ ^{de} ~~del~~ ^{de} ~~del~~ ^{de} ~~del~~
 compañía ^{de} ~~del~~ ^{de} ~~del~~ ^{de} ~~del~~ ^{de} ~~del~~
 el dicho Otorgante ^{de} ~~del~~ ^{de} ~~del~~ ^{de} ~~del~~ ^{de} ~~del~~
 declara suyo ^{de} ~~del~~ ^{de} ~~del~~ ^{de} ~~del~~ ^{de} ~~del~~
 propio ^{de} ~~del~~ ^{de} ~~del~~ ^{de} ~~del~~ ^{de} ~~del~~
 dicho Enclave, y que está ^{de} ~~del~~ ^{de} ~~del~~ ^{de} ~~del~~ ^{de} ~~del~~
 libre ^{de} ~~del~~ ^{de} ~~del~~ ^{de} ~~del~~ ^{de} ~~del~~
 y Compañía ^{de} ~~del~~ ^{de} ~~del~~ ^{de} ~~del~~ ^{de} ~~del~~
 Censo, Hipoteca, ^{de} ~~del~~ ^{de} ~~del~~ ^{de} ~~del~~ ^{de} ~~del~~
 memoria, y Obligación ^{de} ~~del~~ ^{de} ~~del~~ ^{de} ~~del~~ ^{de} ~~del~~
 especial, ó General, que no ^{de} ~~del~~ ^{de} ~~del~~ ^{de} ~~del~~ ^{de} ~~del~~
 la tiene, lo que ^{de} ~~del~~ ^{de} ~~del~~ ^{de} ~~del~~ ^{de} ~~del~~
 así ^{de} ~~del~~ ^{de} ~~del~~ ^{de} ~~del~~ ^{de} ~~del~~
 asequia, y no ^{de} ~~del~~ ^{de} ~~del~~ ^{de} ~~del~~ ^{de} ~~del~~
 de Vicio, Facha, ^{de} ~~del~~ ^{de} ~~del~~ ^{de} ~~del~~ ^{de} ~~del~~
 defecto, ó Enfermedad, ^{de} ~~del~~ ^{de} ~~del~~ ^{de} ~~del~~ ^{de} ~~del~~
 Pública, ó Secreta, por

que con las que tuviere, ó produciere tener en
 exas mismas. lo vende á dicho Niño en precio, y
 quantia de ciento cinquenta pesos, libras, y los
 derechos de la Real Alcañala, y esta Cruzpatria,
 que son el cargo del nominado. Y de dicha can-
 tida, por vez ya en paxa de la Obispanca Real
 mente, y con efecto, se satisfice, y dá por enca-
 gada á su Voluntad, sobre que Renuncia la exce-
 pcion de la non numerata Pecunia; Leyes del no
 encargo, y su paxera. Y declara, que dichos cien-
 to cinquenta pesos, son furto valia, y precio,
 del expresado Enclavo, que no vale mas, y en
 caso de exceso, del que fuere, haze Gracia, y
 Donacion al Comprador, paxa, meca, perfec-
 ta, é irrevocable, que el derecho llama inter Ni-
 vos, con Renunciacion de las Leyes. El ordena-
 miento Real, fecho en Caxer de Alcalá de He-
 narez, que hablan de lo que se compra, ó vende
 por menos de la mitad de su furto, precio, y de
 los quatro años de la del Enclavo, que con ellas
 concuerda, para no poder pedir Rescote de
 la Venta: Mediante la que se desampara la
 Obispanca, y á sus Alcañales, y subenciones, de-

y aparta del derecho de acción, dominio,
 y propiedad venoso, Título, VII, y otros Reales, que
 á dicho Excmo. ha tenido, y todo ello lo cede, Re-
 nuncia, y transfiere en el Compañero, los suyos,
 y quien su causa hubiere, para, q. como vuyos
 proprio, hauido, y adquirido con su Dinero, y
 Justo Título, lo haya, posea, goze, e su uso, y
 Venda, enageno, y disponga. E él á su arbitrio,
 á cuyo efecto ve lo tiene entregado en señal
 de Posesion, la que ve ha visto haver aprehen-
 dido Judicial, ó extrajudicialmente, como le
 combenga, con solo en tanto autorizado e
 esta Excriptura, que tiene á bien ve la de, pa-
 ra que le sirva e Título bastante. Y en su Vir-
 tud, como Real Vendedora la Otorgante, ve obli-
 ga á la evicción, seguridad, y saneamiento e
 esta Venta, en la mejor, y mas solemne for-
 ma, que por derecho pueda, y deba, ser obliga-
 da. Y á la firmeza, guarda, y cumplimiento
 e lo que dicho es, se obligan el nominado Don
 Antonio Estrada, por la Licencia, que contie-
 ne, con su Persona, y Dinero, y dicha Doña Ro-
 lida con los suyos, ambos, con los hanidos, y por
 haver, con poderio á los señores sueros,




Jurar en su Real cédula de qualquiera edad,
 parcer, que sean especialmente, à los por quie-
 nes fueren requeridos; à cuyo fecho, y juris-
 diction se cometen; Renuncian el vayo proprio
 Domicilio, y Veridad, la Ley vi convenio; di-
 cha Dona Natalia los Auxilia del Comendador
 Justiniانو, venata Consultar, Beneficio Ve-
 tellano, nueva, y vya constitucion, Foro, Ma-
 dád, y Paxida, y demas jurables à las Mu-
 geres; e cuyo efecto fue advenida, por mi el
 presente Escrivano, que de ello doy fee: y
 como entendida, las Renuncia para no valea
 se de su Remedio. Y vya el Juizamento, que hare
 por Dios Nuestro Señor, y la Señal e la Santa
 Cruz: Declara que para el otorgamiento de
 esta Excepcion, no ha sido computada, apre-
 miada, inducida, aconsejada, ò acorazada
 por el dicho su marido, ni otra Persona en
 su Nombre, ni que la Orogia se su Libre
 y espontanea Voluntad, por combenir el
 efecto de ella en su pro, y utilidad, por lo que
 no la Reclamada, ò contradicha, aca, ni en
 ningun tiempo, ni à ella se oponda, por


su Dote, Armar, Bienes Hereditarios, y otras cosas
 ser, multiplicadas, ni por otro derecho, que lo por
 tenencia, y que se este Juramento, no tiene he-
 cha, ni hará protesta, ò Reclamacion en contrario,
 ni de el pedia abluacion, ò Relaxacion, à nin-
 gun Juez, ò Realdo, q. conforme à derecho se la
 pueda, y deba conceder, y si pareciere la Bro-
 ca, ò vi se motu proprio, ò ad defectum Agendi
 se fuere dividido, ò Relaxado, de uno, ni otro
 usaria, ponga se Persuadi, y se caen en caso de
 menor dalea, que tanto, quanto Juramentos,
 sean necesarios hazer hazer, y uno más, pa-
 ra que exceda à las Relaxaciones, y por el mis-
 mo echo se entienda haver Aprobado esta Cu-
 rripraxa, Qualidadola, y añadido en ella, fuer-
 za, à fuerza, y Contrato à Contrato, ambos Num-
 cion, las demás Leyes de vi, fazon, y deforra. y
 General. El derecho en forma, para que les com-
 pelan, y apremien por todo tipo, y via Executiva,
 y como si fuere por ventura, parada en caridad.
 E Cosa Juzgada. Y assi lo
 Otorgaron y firmaron
 endo Juezes Don Fernando
 e Carrizo, Vicente Roche, y

~~Ante~~
 José Mexicana: E esta Verdad =
 Antonio Páez Loriga = Antonio Curado =
 Antonio Juan Dipi & Curado, y Ochoa Curado

como Real Comen de Peluma = v.
 Se hace día de su ocupamiento de Redimida la otorgante y para el Comprador en quatro
 for. con este Chapel correspondi y comutada con su Original doffe

Lo signo & En Ferm. el Sr. 

Yo el Sr. 
 Juan de Dios 
 Juan de Dios 
 P. Villalva Escalante llamado Sr. Joaquin Comenido
 en Era Escipitana le huere Compro con Orden y Com
 rion de D. Thomas Escal. Del Comercio de P. Escalante
 a quien pertenece como si anstaba Escipitane eton
 para el Compro y ~~...~~ para el Compro
 para que como lo firmo el ~~...~~
 Sr. ~~...~~ de Ochoa

Fran. Platinidad 

Celaya, Año de 1780

Venta de Esclavo

Que del que dentro expresa, otorgo Doña Rosalía de Zúñiga Muger Legítima de D.n Antonio Estrada vecinos de la Congregación de Irapuato Residentes en esta Ciudad, por Cantidad de 150 ps. y demas que menciona. A favor De Don Fran.co de la Trinidad Núñez, vecino del Pueblo de Apaseo de esta Jurisdiccion.

A la izquierda un sello que dice: "CAROLUS III D.G. HISPANIAR REX".

Seis reales. Sello segundo, Seis reales, años de mil setecientos ochenta y ochenta y uno. En la Ciudad de la Purísima Concepcion de Celaya, á veinte, y nueve días del mes de Marzo, del año de mil setecientos ochenta. Ante mi el Escribano, y Testigos: Doña Rosalia de Zuñiga, muger Legítima de Don Antonio Estrada, vecinos de la Congregación de Yrapuato, residentes en esta Ciudad; con Licencia, que la nominada demandó á dicho su marido, para Otorgar, y Jurar esta Escritura; y el dicho se la concedió, so expresa obligacion, que hizo, con su Persona y Bienes, de no revocarla, de que doy fee, y de conocerles. De cuya Licencia usando la supranominada Doña Rosalia. Por la presente, y en la mas bastante forma, que haya lugar otorga, que por si, y á nombre de sus herederos, y subseores, y quien su causa huviere, vende totalmente, y con efecto, a Francisco de la Trinidad Nuñez vezino del Pueblo de Apaseo en esta Jurisdicción para el susodicho, los suyos, y quien su derecho representare, es á saber; un Mulatillo Esclavo nombrado José Joaquin, Color blanco, Pelo lacio, de Edad al presente de diez, y seis años, seis meses, poco mas, Hijo de Barbara del Espiritu Santo su Esclava, casada con Joaquin de Leon Español, á la que, y dicho mulatillo huvo, y compró la otorgante de Doña María Ana de Oñate vezina de dicho Pueblo de Apaseo, por Escritura, que en virtud de su Poder le otorgó Don Antoñio de Oñate, vezino de la misma Congregacion de Yrapuato, en que pasó a los tres de Diziembre del Año de mil setecientos sesenta, y cinco, por Ante Don Martin Perez de Zierra, Teniente de Alcalde Mayor Substituto en ella, que procedió como Juez Receptor, con testigos de asistencia. En cuya conformidad la otorgante Declara suyo proprio dicho Esclavo, y que está libre de Empeño, Cenzo, Hypoteca; memoria, y Obligación, Especial, ó General, que no la tiene; lo que asi asegura, y no ve Vicio, Tacha, defecto, ó Enfermedad, Pública, ó secreta, porque con las que tuviere, ó pareciere tener con esas mismas lo vende á dicho Nuñez en precio, y quantia de ciento cinquenta pesos, libres de los derechos de la Real Alcavala, y esta Escritura, que son de cargo del nominado. Y de dicha cantidad, por ser yá en poder de la Otorgante totalmente, y con efecto, se satisface, y dá por entregada á su voluntad, sobre que renuncia la excepcion de la non numerata Pecunia; Leyes del no entrego, y su prueba. Y declara; que dichos ciento cinquenta pesos, son justo valor, y precio, del expresado Esclavo, que no vale más, y en caso de exceso, del que fuere, haze Gracia, y Donacion al comprador, pura, mexa, perfecta, é irrevocable, que el derecho llama inter vivos, con renunciacion de las Leyes del ordenamiento Real, fecho en Cortes de Alcalá de Henares, que hablan de lo que se compra, ó vende, por menos de la mitad de su justo, precio, y de los quatro años de la del engaño, que con ellas concuerda, para no poder pedir rescion de la Venta: Mediante la que se desapodera la Otorgante, y á sus Herederos, y subseores, desiste, y aparta del derecho de accion, dominio y propiedad, Señorío, Titulo, Voz, y otro recurso, que á dicho Esclavo há tenido, y todo ello lo cede, renuncia y transfiere en el Comprador, los suyos, y quien su

causa huviere, para, que como suyo proprio, havido, y adquirido con su Dinero, y Justo Titulo, lo haya, posea, goze de su servicio, Venda, enagene, y disponga de él á su arbitrio; á cuyo efecto se lo tiene entregado en señal de Posesión, la que se há visto haver aprehendido Judicial, ó extrajudicialmente, como le combenga, con solo un tanto autorizado de esta Escritura, que tiene á bien se le dé, para que le sirva de Título bastante. Y en su virtud, como Real Vendedora la Otorgante, se obliga á la evicción, seguridad, y saneamiento de esta Venta, en la mejor, y mas solemne forma, que por Derecho pueda, y deba, ser obligada. Y á la firmeza, guarda, y cumplimiento de lo que dicho es, se obligan el nominado Don Antonio Estrada, por la Licencia, que contiene, con su Persona, y Bienes, y dicha Doña Rosalía con los suyos, ambos, con los havidos, y por haver, con poderio á los señores Juezes, y Justicias de su Majestad de qualesquiera partes, que sean especialmente, á los por quienes fueren Requeridos; á cuyo fuero, y jurisdicción se someten; renuncian el suyo proprio Domicilio, y Vecindad; la Ley de convenxit; dicha Doña Rosalía los auxilios del Emperador Justiniano, senatur consultus. Beneficio Vetellano, nueva, y vieja constitución, Foro, Madrid, y Partida, y demas favorables á las Mugeris; de cuyo efecto fué advertida, por mí el presente Escrivano, que de ello doy fee: y como entendida, las renuncia para no valerse de su Remedio. Y vajo el Juramento, que haze por Dios Nuestro Señor, y la señal de la Santa Cruz: Declara que para el otorgamiento de esta Escritura, no há sido compulza, apremiada, inducida, aconsejada, ó atemorizada por el dicho su marido, ú otra Persona en su Nombre, si no que la otorga de su libre y espontanea voluntad, por combertirse el efecto de ella en su pró, y utilidad, por lo que, no la reclamará, ó contradirá, aora, ni en ningun tiempo, ni á ella se opondrá, por su Dote, Arras, Bienes Hereditarios Parafrenales, multiplicados, ni por otro Derecho, que le pertenezca, y que de este Juramento, no tiene hecha, ni hará protesta, ó reclamacion en contrario, ni de el pedirá absolucion, ó relaxacion, á ningun Juez, ó Prelado, q.e conforme á derecho se la pueda, y deba conceder, y si pareciere la revocá, ó si de motu proprio, ó ad efectum agendi le fuere disuelto, ó relaxado, de uno, ni otro usará, pena de Perjuría, y de caer en caso de menos valer, que tantos, quantos Juramentos, sean necesarios hazer haze, y uno más, para que exceda á las relaxaciones, y por el mismo echo se entienda hacer Aprobado esta Escritura, revalidadola, y añadido en ella, fuerza, á fuerza, y contrato á contrato, ambas renunciando, las demás Leyes de su favor, y defenza: y General el derecho en forma, para que les compelan, y apremien por todo vigor, y Vía executiva; y como si fuese por sentencia pasada en autoridad de Cosa Juzgada Y así lo Otorgaron y firmaron Siendo Testigos Don Fernando de Castro; Vicente Roche, y José Miranda: de esta Vecindad = Antonia Rosalia Zuñiga = Antonio Estrada = Ante mí Juan de Dios de Castro, y Ochoa Escrivano Real = Emenda = Reclama =

Se sacó dia de su otorgamiento de Pedim.to de la otorgante y para el Comprador en quatro fox.s con esta. Papel conzerpond.te, y concuerda con su Original. Doy fee. Lo signo en testim. Juan de Dios de Castro y Ochoa, Escriv. no

Mulata, Esclavo llamado José Joaquin Contenido en Esta Escritura, lo huve y compre con orden y Comisión de D.n Tomás Ecala del Comercio de Queretaro a quien pertenece como si Estubiere otorgandola Escritura y haverlo pagado; y para que conste lo firmo en Apaseo y Abril Seis de mil setecientos y ochenta.

Fran co de la Trinidad Nuñez

APÉNDICE NÚMERO SIETE

LOS ACTOS SIMULADOS Y LAS ACCIONES PAULIANA Y SUBROGATORIA

Es indispensable en la actualidad tomar en cuenta, cuando se redacta y cuando se analiza un contrato, que las partes están comprometidas con la comunidad de que forman parte. Las personas se quejan de la falta de civilidad de sus vecinos, de que no ven sino sólo su interés personal y se olvidan de los principios de colaboración y atención que todos deben tener para con los demás. Es cierto que cada uno debe velar por sus propios intereses para obtener el mayor beneficio de los actos que realiza, pero no hay que olvidar que debemos guardar las normas de convivencia que nos permiten desarrollar una vida segura y digna. Es una queja común, la tolerancia a las actitudes de prepotencia, abuso, de menosprecio de los demás. Hay quienes por malas artes evitan hacer turno frente a ventanillas, no permiten el paso preferente de quienes llegan primero, de quienes se valen de relaciones o amistades para conseguir lo que a otros sólo se les concede si llenan requisitos reglamentarios o legales. Se debe de cambiar la actitud de abuso por otras de cortesía y de apego a la ley. La mentalidad de incumplimiento de deberes, comienza con acciones domésticas y cotidianas y se afianza con la edad para cometer faltas graves y delitos.

En materia jurídica, una de las labores más importantes de los maestros es insistir en un comportamiento digno de respeto a la ley, a las instituciones, a las autoridades especialmente a los jueces, a las personas con las que existen relaciones de cualquier índole, a uno mismo y al respeto a la palabra dada y a los compromisos contraídos. Es la única forma de lograr una convivencia digna y segura.

Al celebrar un contrato, se deben observar las normas mínimas de civilidad y convivencia.

La autonomía de la voluntad debe tener actualmente límites que impidan el abuso de unas personas en perjuicio de otras con menor capacidad económica o cultural o por la situación de necesidad por la que en ocasiones se atraviesa.

Cada vez que se toman en cuenta esos principios, se está luchando en contra del fraude que perjudica no sólo a los acreedores, sino a toda la colectividad.

Ya se ha dicho que en esta época de globalización, las personas sin escrúpulos tienen un arma muy poderosa en la libertad de contratar y en la autonomía de la voluntad. Para ellos es muy importante realizar los negocios en el menor tiempo posible y con la mayor libertad, para obtener el máximo de ganancias a corto plazo. La especulación, tiende a la monopolización, a la usura, a la ventaja, etc. y de ella se aprovechan unos pocos en perjuicio de las mayorías. En la actualidad, los grandes comerciantes, los desarrolladores inmobiliarios, los controladores de las bolsas financieras, pretenden lucros excesivos, rápidos y fáciles y dan un ejemplo pésimo a los comerciantes e industriales de tipo medio.

Para tratar de lograr un equilibrio sano en las relaciones comerciales, se puede recurrir a varios procedimientos. Uno es proporcionar a las autoridades gubernamentales facultades en la ley para que puedan frenar la actividad de las personas que no actúen en vista del interés colectivo. Otra, facultar legalmente a los jueces para que, en casos concretos puedan aligerar la carga de grupos vulnerables. Otra, por último, puede ser que la misma ley establezca los mecanismos de protección que se impongan no sólo a los particulares, sino a las autoridades gubernamentales y a los jueces.

Es cierto que conceder facultades legales excesivas al Gobierno puede ser peligroso porque propicia actitudes abusivas y tiende a desalentar a los inversionistas, pero posiblemente en la actualidad, en vista de los grandes abusos de los capitalistas fuertes, sea un remedio eficaz para proteger a las personas de escasos recursos.

Posiblemente el remedio más eficaz sea establecer en la ley las limitaciones que sean necesarias a la autonomía de la voluntad y a la libertad contractual, para lograr esos propósitos. No se pierde de vista que la regulación legal en la contratación privada, en muchas ocasiones, no es el resultado de un estudio serio y técnico, como la reforma inquilinaria de 1985, y por ello origina una gran incomodidad en grandes grupos de la población y tanto juristas como empresarios buscan la forma de burlar la disposición que les impone límites.

Para establecer las medidas correctoras en la ley, es indispensable que el legislador las haga después de un trabajo serio y responsable y se asesore de aquellos profesionales que por su actividad y su experiencia son los más aptos, y después que se establezca el mecanismo necesario para darle a la norma el máximo de eficacia. Es una pena que en principio se establezca en la legislación civil la posibilidad de renunciar derechos, por considerar que no afectan al interés público y que la renuncia se haga en términos claros y precisos. Establecen los artículos 6 y 7 del Código Civil "Art. 6. La voluntad de los particulares no puede eximir de la observancia de la ley, ni alterarla ni modificarla. Sólo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente al interés público, cuando la renuncia no perjudique derechos de tercero". "Art. 7. La renuncia autorizada en

el artículo anterior no produce efecto alguno si no se hace en términos claros y precisos, de tal suerte que no quede duda del derecho que se renuncia”.

La ley debe señalar con toda claridad que sólo pueden renunciarse los derechos que nazcan de convenciones particulares que la ley permita específicamente renunciar y que conste en el documento de la renuncia, cual fue la causa que la motivó. No hacerlo así es permitir que se renuncie cualquier derecho, bajo la consideración de ser un derecho privado y que el único requisito es que se haga en forma clara y precisa. No hay duda, de que para el abusivo, el defraudador, el violador, no existe ningún inconveniente en formular la renuncia en forma clara y precisa y así lo hará para justificarla.

Se debe recordar que el legislador al realizar su trabajo lo hace para toda la comunidad, que la ley es de observancia obligatoria, no un apunte para desmemoriados ni una invitación a su cumplimiento. Sin necesidad de que lo diga, todo el trabajo del Poder Legislativo es de orden público e interés social. Si no fuera así, no tendría sentido su labor legislativa.

El respeto a los compromisos ya sean verbales o por escrito era una norma de buena conducta hace algunos años y parece que poco a poco se ha ido perdiendo. Se decía “empeño mi palabra” y esta fórmula parecía sagrada, ya que sin excusa ni pretexto se cumplían deberes u obligaciones contraídas sin mayores formalidades.

Actualmente, parece que el incumplimiento, no sólo de deberes, sino de obligaciones, es una actitud cotidiana. Las personas con mayor frecuencia buscan cualquier mecanismo, generalmente ilegal, para no cumplir. Analizan los términos, las formalidades, las circunstancias y cualquier otro aspecto para encontrar una justificación o un pretexto para no cumplir las obligaciones consignadas en un contrato, y cuando no los encuentran, buscan entonces los mecanismos para originarse una insolvencia, que les justifique legalmente su incumplimiento. “Debo no niego, pago no tengo”.

Esa búsqueda de los mecanismos para originar la insolvencia de los deudores, se llama “fraude en perjuicio de los acreedores” o como se establece en el Código Civil, “actos celebrados en fraude de los acreedores”. Y es este tema, el que se abordará a continuación.

Antes de entrar a los comentarios relacionados con el fraude en perjuicio de acreedores, hay que hacer notar que en la doctrina existe otra expresión hermanada con aquella, “fraude a la ley”, que merecen comentarios por separado.

El fraude a la ley se da cuando se busca un camino o procedimiento establecido en la ley para conseguir una finalidad que un precepto legal diverso no lo permite o lo prohíbe.

La mejor manera de aclarar una idea es poner ejemplos:

A. Conforme a las leyes civiles y penales, no se permiten intereses usuarios en contratos de mutuo. A (acreedor) compra a B (deudor) un objeto cualquiera en 100 x en una compraventa lisa y llana al contado y por ello de inmediato le entrega esas 100 x. A continuación, A le vende a B el mismo objeto y se lo entrega, pero fijan como precio 210 x y convienen en que B pague el precio en 12 abonos mensuales de 17.5 x cada uno. Según A, no están celebrando un contrato de mutuo con intereses usurarios, sino una compraventa a precio razonable.

B. La ley prohíbe el pacto comisorio en los contratos de garantía, que consiste en que el acreedor tiene el derecho a adquirir la propiedad del bien gravado en el valor fijado en el momento de la celebración del contrato, ante el incumplimiento del deudor. Se celebra un contrato de arrendamiento respecto de un bien que adquirió a su nombre el arrendador por instrucciones previas con el arrendatario (quien había solicitado un crédito para adquirirlo) y se fija como renta la cantidad que representa el valor del bien más un incremento que representan los intereses (que el deudor, arrendatario se comprometió a pagar). Si el arrendatario no paga las rentas, el arrendador simplemente demanda la terminación del arrendamiento por incumplimiento en su pago y conserva la propiedad del bien. El arrendador argumenta que él celebró un honesto contrato de arrendamiento.

C. La ley no permite la celebración de contratos de arrendamiento respecto de fincas urbanas destinadas a casa habitación, en los que se pacte la renta en moneda extranjera. Se celebra el contrato indicando que la renta se pacta en moneda nacional, pero el arrendatario deberá pagar el equivalente a 100 dólares de renta mensual.

Así se pueden encontrar muchos otros ejemplos.

Estos son fraude a la ley. Que lleva un claro perjuicio a una persona, no puede decirse que sea en fraude a los acreedores.

El fraude a la ley, una vez descubierto, demostrado y probado, origina la nulidad del negocio. Es una acción en contra de normas de orden público y buenas costumbres, por lo tanto la ley lo sanciona con la nulidad y de ella puede valerse todo interesado, especialmente el que resultó perjudicado con el negocio.

Ahora, los actos celebrados en fraude de acreedores.

El acto celebrado en fraude de acreedores, ¿es nulo? ¿es revocable?

NULIDAD. El Código Civil para el Distrito Federal califica la acción pauliana como una acción de nulidad. El Capítulo I “De los actos celebrados en fraude de los acreedores”, de la Sección II (dos romano del Título Cuarto “Efectos de las Obligaciones”), contiene diecisiete artículos, de los cuales nueve califican la acción, como de nulidad, lo que no deja lugar a duda respecto a la intención del legislador. Así lo establece en los artículos 2163, 2164, 2165, 2167, 2170, 2172, 2174, 2175, 2178. Dos de los artícu-

los 2168 y 2171 la mencionan como una acción de revocación y los restantes artículos sólo dan conceptos generales relacionados con el tema.

La nulidad es una sanción. La ley determina en casos concretos, en base a la gravedad de la falta, quién tiene acción para pedir esa nulidad y si la acción para solicitarla prescribe o no.

La ley a través de esta acción pretende que las cosas vuelvan al estado que tenían antes de la comisión del hecho nulo. Señala el artículo 2226 que la nulidad no impide que el acto produzca provisionalmente sus efectos, los cuales serán destruidos retroactivamente cuando se pronuncie por el juez la nulidad. Esto es, a través de la declaratoria de nulidad del hecho ilícito, se pretende la restitución de la prestación en favor del perjudicado por la celebración del ilícito. Si la parte culpable no puede obtener de inmediato la restitución de su prestación, esa situación no es obstáculo para que progrese la acción, y esa parte conservará un crédito de carácter personal para lograr esa restitución a futuro, si su contraparte llega a ser solvente para el efecto.

Por lo que se refiere a la persona que puede pedir la nulidad del hecho, en principio es quien haya intervenido en el negocio y se haya perjudicado por el mismo y dependiendo de la gravedad de la infracción a la ley, puede pedirla todo aquel que muestre un interés jurídico, incluyendo el Ministerio Público, cuando el hecho afecte intereses colectivos o nacionales.

Así, la acción de nulidad:

A. Procede frente a la violación de un precepto legal.

B. Pretende que las cosas vuelvan al estado que tenían antes de la violación.

C. Si se trata de un contrato, se da en favor de la parte que no cometió la violación y en ocasiones, tomando en cuenta la gravedad de la falta, en favor de todo interesado.

D. Pretende la restitución de la prestación del afectado.

E. Al pronunciarse por el juez la nulidad, destruye la totalidad del negocio.

Ahora bien, la acción que da la ley a los acreedores que se ven defraudados por los actos de sus deudores:

A. No se otorga a la persona que contrató con el defraudador. Se otorga a un acreedor que no intervino en el acto que se pretende nulificar.

B. Sólo procede la acción, si ese acreedor demuestra que el negocio lo perjudica, porque origina o agrava la insolvencia de su deudor para cumplir con su obligación.

C. La sentencia sólo es pronunciada en interés del acreedor que la haya invocado.

D. Sólo beneficia al actor hasta el importe de su crédito.

Además: es muy difícil justificar que esa acción sea de nulidad, por las siguientes razones:

A. El acto jurídico atacado es un acto válido, lícito, apegado a la ley. Si ningún acreedor lo objeta, aunque le cause perjuicio por la insolvencia de su deudor, produce plenos efectos.

B. Si el acto de disposición es gratuito, es plenamente válido y no se tiene por qué sancionarlo con una nulidad. Si es oneroso, podría suceder que tanto disponente (por regla general enajenante) como beneficiario fueran de buena fe y que el acto fuera por ello válido y eficaz. Si ambos actúan de mala fe, esto es, con la intención manifiesta de defraudar al acreedor, es decir, para no cumplir con la obligación de pago del deudor, es cuando procede la acción pauliana o en fraude de acreedores. Pero aun en este caso, méditese sobre los siguientes aspectos.

C. La sentencia que se dicte sólo es pronunciada en interés del acreedor que le haya invocado. Si el deudor tiene otros acreedores que no la intentan, no les puede beneficiar.

D. La sentencia sólo protege al acreedor invocante, hasta el importe de su crédito y por el valor en exceso, el acto es válido y eficaz en provecho del beneficiario.

E. El beneficiario, tercero (por no ser ni acreedor ni deudor), puede hacer cesar la acción, satisfaciendo el crédito al acreedor o dando garantía suficiente para su pago.

Todo esto lleva a la conclusión de que la acción pauliana no es una acción de nulidad.

¿Será una acción de revocación?

Establece el artículo 2168 “*Revocado el acto fraudulento del deudor, si hubiere habido enajenación de propiedades, éstas se devolverán por el que las adquirió de mala fe, con todos sus frutos*”; y el 2171 “*Si el deudor no hubiere renunciado derechos irrevocablemente adquiridos, sino facultades por cuyo ejercicio pudiere mejorar el estado de su fortuna, los acreedores pueden hacer revocar esa renuncia y usar de las facultades renunciadas*”.

En el código civil argentino, el capítulo que trata del fraude en los actos jurídicos contiene doce artículos y de ellos seis califican a la acción como de revocación y los restantes son un complemento de aquellos.

Aún cuando el código civil mexicano no da un concepto formal de revocación, por la reglamentación que hace de diversas figuras, puede considerarse que la revocación es un acto monosubjetivo (de voluntad) que extingue, con proyección hacia el futuro, otro acto monosubjetivo de la misma persona. Como características pueden señalarse que la revocación siempre se origina por causas o situaciones lícitas y sus efectos operan hacia el futuro. Cuando el acto a revocar produjo efectos, las personas destinatarias originales del acto o quienes pudieron tomarlo en cuenta para

realizar alguna actividad, la revocación no puede tener y de hecho no tiene efectos retroactivos. Así sucede con la revocación de un poder o de una donación. Los actos realizados por el apoderado antes de la revocación quedan firmes respecto de terceros y no los afecta la revocación. Los actos realizados por el donatario, en principio, quedan firmes y sólo queda obligado el donatario a liberar el gravamen o a restituir lo que hubiere recibido por la enajenación. Como ejemplos de revocación se tienen: el acto monosubjetivo por el cual una persona deja sin efectos una oferta o policitación (cumpliendo los requisitos que marca la ley); el acto monosubjetivo por el cual el poderdante deja sin efectos un poder otorgado por él; el acto monosubjetivo por el cual el testador deja sin efectos un testamento otorgado previamente por él; el acto monosubjetivo por el cual un donante, con fundamento legal, deja sin efectos con proyección hacia el futuro, un contrato de donación celebrado por él como donante.

El legislador puede denominar como quiera a las acciones procesales como a los contratos, como a cualquier acto jurídico, pero es conveniente, para normalizar el lenguaje jurídico, facilitar el estudio de las instituciones y después, la aplicación de la ley, respetar la terminología tradicionalmente aceptada.

Al llamar a esta acción en derecho mexicano, acción de nulidad, choca con todos los principios que regulan a las nulidades de los actos y de los hechos jurídicos; y llamarla de revocación induce a confusiones, porque ese término se emplea con otra connotación en otras partes del código.

Es más prudente llamarla acción pauliana, porque la tradición y la doctrina le han dado ya ese nombre que no conduce a confusiones y porque tiene sus propios antecedentes y tiene sus propias finalidades.

Los actos celebrados en fraude acreedores, pertenecen al género de las ineficacias. No porque no produzcan efectos, sino que pueden producir otros diversos a los originalmente previstos por los actores de ellos. La acción pauliana puede originar la extinción del acto en perjuicio de acreedores para lograr así la devolución de la solvencia del deudor para cumplir sus compromisos.

La acción pauliana persigue la conservación del patrimonio del deudor para que pueda hacer frente a sus responsabilidades económicas, no tanto respecto de un acreedor determinado, sino de todos los posibles acreedores en un momento dado.

La acción pauliana exige ciertos requisitos para hacerla valer:

A. Una relación crediticia o la posibilidad real jurídica de que llegue a existir.

B. Un acto de disposición o de renuncia de derechos o facultades que ponga en riesgo la solvencia del deudor para cumplir sus compromisos.

C. La existencia, en principio, de una deuda o crédito que se contrajo tomando en consideración el valor de los bienes del deudor, en ese momento.

D. La falta de cumplimiento del deudor.

E. La realización de acciones u omisiones que disminuyen su solvencia para cumplir con sus obligaciones y que generalmente son actos de enajenación o disposición, que si son onerosos, requieren demostrar la mala fe o conocimiento del tercero beneficiado de la situación económica del deudor; y que si es a título gratuito, procede sin necesidad de demostrar esa mala fe o conocimiento.

F. Pretende devolver al deudor su capacidad de pago de sus compromisos.

G. Sólo beneficia al acreedor accionante y sólo hasta el límite de sus créditos.

H. Por último, puede el beneficiario demandado hacer cesar la acción, satisfaciendo el crédito. Esto es, el actor puede obtener a través de la acción el cobro de su crédito.

Cuando la Ley establece que si el deudor no hubiere renunciado derechos irrevocablemente adquiridos, sino facultades por cuyo ejercicio pudiere mejorar el estado de su fortuna, los acreedores pueden hacer revocar esa renuncia y usar de las facultades renunciadas, lo que origina que la acción pauliana tenga efectos subrogatorios y no simplemente conservatorios.

Existen derechos personalísimos que pueden ser renunciados libremente aunque puedan perjudicar acreedores, como sería la renuncia a ejercer el cargo de albacea, o al usufructo de los bienes del hijo que haya adquirido por medio diverso a su trabajo personal, ya que el albacea tiene derecho a una remuneración y el usufructo una compensación por los desvelos del padre y éstas podrían mejorar su capacidad de solvencia para cumplir sus compromisos económicos; pero hay otras facultades, como la de evitar una prescripción, la de exigir el cumplimiento de una obligación, que sí pueden ser objeto de la acción subrogatoria y por ende pueden motivar el ejercicio de la acción pauliana.

Es bien sabido que en principio todo acto ejecutado en contra de la ley debe tener una sanción, ya sea la nulidad o una ineficacia determinada, como puede ser la resolución del acto, su inoponibilidad a determinada persona y la posibilidad del ejercicio de la acción pauliana. Ahora bien, cuando la ley establece una prohibición determinada, ¿debe considerarse como de aplicación restringida o como un principio general de derecho para aplicarse a todos aquellos supuestos que sean semejantes?

La respuesta natural debe ser la de aplicación general, aunque este criterio contraría la opinión de los especuladores, que abogan por un criterio restrictivo, basado en los principios de la libre contratación y del mercado de libre comercio. Todas aquellas personas que pretenden grandes ganan-

cias en corto plazo y la expansión de sus actividades para obtener mayores utilidades personales, sin importarles el bienestar colectivo, están en contra de medidas restrictivas en aras del bien común y de las buenas costumbres.

Siguiendo así el principio de la aplicación amplia y analógica de los supuestos de procedencia de la acción pauliana en perjuicio de acreedores, se señalan a continuación algunos de ellos, ya que por el mismo principio no pueden agotarse en una enumeración casuística:

1. Enajenación de bienes muebles o inmuebles ya sea para sacarlos del patrimonio del deudor y evitar así su secuestro o para ocultar el precio y no pagar la deuda.

2. Enajenaciones a precio bajo. (Tomar en cuenta la posibilidad del adquirente de conservar el bien consignando el valor real).

3. Contratos de arrendamiento, con rentas bajas o plazos largos.

Actuando el defraudador como arrendador o como arrendatario.

4. Imposición de gravámenes tanto por cuenta propia como por cuenta de terceras personas.

5. Enajenación de bienes futuros.

6. Renuncia de derechos reales (como las servidumbres o los derechos de garantía) que implican un menoscabo en el valor de bienes propios del deudor o en la posibilidad de cobro de un crédito.

7. El pago de obligaciones naturales.

8. Renuncia de ciertos derechos, como a recibir regalías por obras culturales, sin la debida compensación.

9. La aceptación de herencia o legado.

10. Omisiones para evitar la prescripción de derechos o la usucapión de bienes o no proseguir las acciones correspondientes.

11. No hacer ejercicio de la acción de revocación en un pacto comisorio; o de la acción de rescisión en los contratos celebrados con falta de capacidad o con vicios en la voluntad (en que la acción sólo puede intentarla el incapaz o quien ha sufrido los vicios).

12. Desde el punto de vista procesal puede haber actos que ponen en peligro el patrimonio del deudor, como no proseguir una acción ya intentada o no oponer excepciones pertinentes.

13. El ejercicio o desistimiento de una acción o de una excepción.

14. El reconocimiento de derechos, ya sea como acreedor o como deudor. (El reconocimiento puede hacerse en acto entre vivos o en testamento. En todo caso es conveniente que contenga el origen y tiempo de la obligación).

15. La división de la cosa común entre los copropietarios.

16. La aprobación de un proyecto de adjudicación de bienes en una sucesión.

17. Revocación de donaciones por incumplimiento de cargas.
18. Hacer valer nulidades
19. Siendo socio mayoritario tomar decisiones o no tomarlas, perjudiciales a los intereses de los acreedores.
20. Las divisiones de copropiedad.
21. Las divisiones de la hipoteca, cuando se gravaron varios bienes en garantía de una sola obligación.

No obstante que en la actualidad son cada días más frecuentes los actos celebrados en fraude de acreedores, en tribunales son pocas, casi ninguna, las acciones paulianas o subrogatorias, que se hacen valer por los acreedores defraudados.

Parece que ya las personas se han acostumbrado al incumplimiento de las obligaciones que no tienen una garantía real.

Es necesario, en primer lugar darle mayor difusión a esta figura a través de la cátedra universitaria y a través de libros y monografías, y en segundo lugar, parece que es necesario hacer una reforma legislativa, para simplificar el trámite de procedencia de la acción. En efecto, el artículo 2163 del Código Civil señala que “Los actos celebrados por un deudor en perjuicio de su acreedor, pueden anularse a petición de éste, si de esos actos resulta la insolvencia del deudor...” y el 2166 señala cuando hay insolvencia del deudor. El grave problema para el planteamiento de la acción radica en que hay que demostrar no sólo la existencia de una obligación y su incumplimiento, sino la realización del acto celebrado por el deudor del que debió resultar su insolvencia. Tal parece que primero habría que declarar al deudor en estado de concurso o de quiebra, si es fraudulenta, para poder después intentar la acción pauliana, y cuando eso llegare a ocurrir, ya el deudor o el tercero beneficiario de los actos fraudulentos ocultó o dispuso de sus bienes y efectivamente el acreedor se encuentra con un auténtico deudor insolvente y sin poder ejercitar la acción pauliana.

Es conveniente, así, formular una reforma legal que permita la restitución rápida de los bienes o derechos de los que dispuso el deudor, para que el acreedor pueda secuestrarlos o subrogarse en los derechos del deudor, en forma efectiva.

Las medidas legales pueden tener una intención benéfica, pero si no se instrumenta convenientemente su aplicación, resultan inútiles o poco prácticas.

Por último, se insiste en que al celebrar un contrato o realizar un negocio, hay que hacerlo con la intención clara de respetar la palabra dada y cumplir los compromisos contraídos.

APÉNDICE NÚMERO OCHO

ESTUDIOS JURÍDICOS

(Evolución de la indemnización por daños en el derecho mexicano. Excesiva onerosidad sobreviniente. Solidaridad, indivisibilidad y subrogación de las obligaciones. Aspectos prácticos)

EVOLUCIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS EN EL DERECHO MEXICANO

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA. La indemnización por daños no tenía discusión si el agente causaba el daño con dolo, esto es, con la intención de causarlo; después, ya no sólo estaba obligado a indemnizar del daño si actuaba con dolo, bastaba que el daño se originara por situaciones culposas; con posterioridad, se amplió la responsabilidad por daños originados simplemente por el riesgo que implica la utilización de sustancias peligrosas u objetos o mecanismos que puedan causar en su utilización normal ese daño; en su evolución, se piensa en indemnizar por daños aunque se hayan originado sin culpa del agente ni utilizando objetos peligrosos o que impliquen riesgo; hasta aquí, era necesario que ese daño originaria un menoscabo patrimonial en la víctima; después, evoluciona el concepto de la indemnización y debe indemnizar por daño moral, no mediante una reparación moral, sino material, y actualmente, ya no importa quien es el responsable, sino simplemente que una persona sufra daños aunque no existe por parte persona alguna, dolo, culpa, objeto dañoso o daño moral y aún en caso de daños originados por casos fortuitos o fuerza mayor, como pueden ser contingencias climatológicas o desastres naturales, hay que repararlos, y por último, un proyecto de ley, ya aprobado en el Senado, prevé la responsabilidad patrimonial del Estado por todo daño que sufra un particular.

A continuación se harán algunos comentarios en relación con la responsabilidad en estas etapas y al final, un juicio crítico en relación con la indemnización por daños sufridos por las personas por contingencias climatológicas, desastres naturales, culpa del interesado y por servidores públicos.

2. DESEO DE LA REPARACIÓN DEL DAÑO. Es común que las personas que sufren un daño ya sea en su persona, en la persona de sus dependientes o en sus bienes, quiera que sea reparado, mediante la indemnización correspondiente.

3. EN QUÉ CONSISTE LA REPARACIÓN DEL DAÑO. La indemnización por daños consiste en primer término, si es posible, en la reparación del bien dañado, volviéndolo al estado que tenía antes de sufrirlo y si no es posible hacer esa reparación, en la entrega de otro bien que substituya al dañado o en el pago de una cantidad de dinero que compense el daño causado. Establece el artículo 1915 del código civil “La reparación del daño debe consistir a elección del ofendido en el restablecimiento de la situación anterior, cuando ello sea posible, o en el pago de daños y perjuicios”.

4. DETERMINACIÓN DEL CAUSANTE DEL DAÑO. Para poder determinar a quien se le debe pedir esa indemnización, es necesario demostrar quien causó el daño y porqué lo causó. Una vez que se ha encontrado respuesta a esas dos cuestiones, hay que considerar si la ley permite a la víctima exigir una indemnización y en su caso a quien.

5. HECHOS ILÍCITOS DOLOSOS. Parece no haber discrepancia en el sentido de que quien comete un acto ilícito doloso, debe reparar el daño causado.

El hecho será doloso, cuando exista en el autor, la intención de realizarlo para causar el daño.

Para que exista ese dolo se requiere que el sujeto tenga la intención tanto de realizar el hecho, como la intención de causar el daño.

Puede ser que exista la intención de realizar el hecho, pero no la de causar el daño. En ese supuesto, habría que analizar si el hecho en sí es lícito o no. Si el hecho no es lícito es irrelevante la intención de causar o no el daño, si se causa tendrá la obligación de repararlo. Si el hecho en sí no es ilícito, no se estará en presencia de un hecho doloso, sino culposo y en ese caso habrá que analizar si debe reparar el daño o no.

Por otra parte, un hecho es ilícito, cuando va en contra de normas de orden público o de las buenas costumbres. Art. 1830 del código civil.

6. CUANDO EXISTE RESPONSABILIDAD. Si la ley precisa quien debe indemnizar de ese daño, jurídicamente se dice que esa persona es responsable. Planiol y Ripert¹ señalan “En sentido amplio se dice que existe responsabilidad en todos los casos en que una persona queda obligada a reparar un daño sufrido por otra”.

¹ PLANIOL, Marcelo y Ripert, Jorge. *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés*. Tomo Sexto. Las Obligaciones. Tomo 6, Editorial Cultural, La Habana, Cuba, 1936, p. 664.

7. CLASES DE RESPONSABILIDAD. Tradicionalmente se ha considerado que existen dos clases de responsabilidad, la contractual y la extracontractual. Será de la primera especie, cuando el daño se origina como consecuencia del incumplimiento de un contrato y será de la segunda, cuando no existe ese antecedente.

8. CÓDIGO CIVIL FRANCÉS (CÓDIGO NAPOLEÓN). El Código Civil francés trata respecto de la responsabilidad extracontractual en los artículos del 1382 al 1386 en el capítulo de los delitos y de los cuasi delitos.

El artículo 1382 del código francés establece: “1382. Todo hecho cualquiera del hombre que cause a tercero un daño obliga a aquel por cuya culpa ocurrió a repararlo”.

Además establece responsabilidad por negligencia e imprudencia (art. 1383), por hechos propios y por hechos de personas que estén bajo su guarda (1384), por animales que estén bajo la guarda del responsable sin importar si se extraviaron o fugaron (1385) y al propietario de edificaciones por daños causados por su ruina, ya sea por defectos en su conservación o vicios en su construcción (1386).

9. RESPONSABILIDAD POR CULPA. En principio la responsabilidad se basa en la culpa de las personas. “La culpa es el estado mental o psicológico, superable, que origina una actividad o una inactividad traducida en hechos o abstenciones que aunque lícitos en sí, producen consecuencias dañosas a otras personas y que su autor no las evitó por imprevisión, negligencia, por falta de reflexión o de cuidado, por no hacer las investigaciones convenientes o por impericia en el oficio o disciplina cuyo conocimiento es necesario para que el hecho no produzca daño².”

Daños causados por niños y por locos. Pothier indica que:

“118. Resulta de la definición que hemos dado de los delitos (hecho por el cual una persona por dolo o malignidad causa perjuicio o daño a otra) y cuasi-delitos (hecho por el cual una persona, sin malignidad, sino por una imprudencia que no es excusable causa algún daño a otro), que sólo las personas dotadas de razón son capaces de cometerlos; pues los que no la tengan como los niños e insensatos no son capaces de malignidad, ni de imprudencia. Es por esto que si un niño o un loco hace alguna cosa que cause daño a alguien, no resulta obligación ninguna de la persona de este niño o de este loco; pues lo que han hecho no es un delito ni un cuasi delito, por lo mismo que no hay imprudencia ni malignidad, de que no son susceptibles dicha clase de personas”.³

² ZAMORA Valencia, Miguel Ángel. *Contratos Civiles*. 9a. ed., Porrúa, México, 2002, p. 479.

³ POTHIER, Robert Joseph. *Tratado de las Obligaciones*. Edición facsimilar hecha por el Tribunal Superior de Justicia del DF, México, 2002.

Es interesante la posición de otros autores, en relación con los daños causados por incapaces. “Como dice Díaz, las consecuencias de la irresponsabilidad de los incapaces se encuentran atenuadas porque en tales casos el derecho hace responder a otras personas en lugar de ellos: el padre, la madre, el tutor, etc. No obstante esa previsión del legislador puede fallar; en primer término, las personas llamadas a responder por el incapaz pueden eximirse demostrando que no han incurrido en culpa (art. 1903, párrafo último), y en segundo término, estas mismas personas pueden ser insolventes y el daño en ambos supuestos, quedará sin reparar. Para evitar esa incongruencia, algunas legislaciones establecen que en tal hipótesis cabe dirigirse contra los bienes del incapaz, aunque otorgándole el beneficio de competencia”.⁴

10. RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL O AQUILIANA. Tradicionalmente se ha distinguido la diferencia entre responsabilidad contractual y extra contractual o aquiliana.

Ello obedece a que en legislaciones como la italiana, existen diferencias legales entre una y otra:

A. En la responsabilidad contractual sólo se exige en el cumplimiento de la obligación, la diligencia normal del buen padre de familia y por ello, sólo una diligencia media, mientras que en el ilícito aquiliano (extra contractual) se responde también de la culpa más leve. “Los artículos citados 1176 y 1218 exigen en el cumplimiento de las obligaciones, la diligencia normal del buen padre de familia... mientras que por el segundo, el ilícito aquiliano, se responde también de la culpa más leve: *in lege Aguilla et levissima culpa venit...* en la responsabilidad contractual se persigue no gravar excesivamente del deudor”.

B. En el ilícito contractual existe una presunción de culpa respecto del incumplimiento. En el ilícito aquiliano, no. “El más seguro elemento de diferencia se encuentra en la diversa disciplina de la carga de la prueba. En cuanto a lo ilícito contractual, existe una presunción de culpa para el que no ha cumplido la propia obligación, presunción que decae tan sólo cuando el deudor demuestre que el incumplimiento o el retraso no le son imputables (caso fortuito o fuerza mayor v. art. 1218); para la extra contractual, por el contrato la presunción no existe...”.

C. Existen plazos diversos de prescripción ya se trate de una o de otra. “Una ulterior diferencia relevante de su régimen jurídico es el diverso plazo de prescripción de la acción de responsabilidad: cinco años por lo ilícito extracontractual, diez años (esto es, el tiempo ordinario) para las consecuencias de la violación de una obligación (ilícito contractual)”.⁵

⁴ PUIG PEÑA, Federico. *Tratado de Derecho Civil Español*. Tomo IV. Obligaciones y Contratos. 2a. ed. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, España, 1873, p. 683.

⁵ TRABUCCHI, Alberto. *Instituciones de Derecho Civil*. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1967, pp. 219 y 220.

11. **RESPONSABILIDAD OBJETIVA O POR RIESGO CREADO.** En una evolución en la consideración de estos temas, para procurar una mejor y más pronta indemnización a las víctimas de daños, se ha elaborado una nueva teoría llamada “de la responsabilidad objetiva”. Con base en ella, se elimina el factor culpa y se establece que el daño debe ser reparado por quien haya realizado la actividad que lo origina. La actividad humana implica siempre riesgos y quien crea el riesgo debe repararlo. Así la base de la responsabilidad descansa en el riesgo creado, sin importar si hubo o no culpa. El simple hecho de ser propietario del objeto que origina el riesgo, hace responsable al propietario de los daños causados.

Al aplicar esta teoría de la indemnización se deben tener en cuenta que si bien es cierto que toda actividad implica un riesgo, actúan tanto el agente como la víctima y cada uno debe soportar su propio riesgo. El azar, la fortuna, la naturaleza de las cosas, proporciona beneficios o perjuicios a las personas y no sólo su actividad; y esos beneficios o perjuicios los disfruta o los padece el interesado y el imponer cargar los perjuicios a otros, por el simple hecho del riesgo creado, puede inhibir a las personas para buscar mejores condiciones de vida, puede abatir ese espíritu de lucha y la creación de empresas.

12. **MAYOR O MENOR RESPONSABILIDAD.** En ocasiones teniendo como principio la idea de favorecer a quienes menos tienen, se imponen mayores responsabilidades a quienes tienen una posición económica desahogada y se dice, que quien más tiene, debe exigírsele un mayor cuidado en su actuación, que el que menos tiene. Así, se pone mayor énfasis en la conducta del agente que puede causar un daño, que en la conducta que debió adoptar el que lo sufre. Puede suceder que quien sufre el daño lo haya podido evitar con una simple conducta de alejarse. Piénsese en una persona que se acerca mucho a la jaula que tiene un animal y éste la rasguña, la pica o la muerde. En principio se dice, el dueño del animal peligroso debe indemnizar a la víctima; pero, no sería prudente preguntar, que hacía ésta tan cerca de la jaula? ¿No estaría azuzando al animal?, etcétera.

13. **DAÑO MORAL.** La tendencia en la evolución de los principios en materia de indemnización y responsabilidad, es la de indemnizar cualquier daño, siempre que no sea a costa del bolsillo personal de quien decide o sentencia esa indemnización. Si el daño lo causa un párvulo, un demente, un animal o se origina por un objeto inanimado o por condiciones climatológicas, hay que indemnizar, sin tomar en cuenta ni la actitud ni la actividad de la víctima.

Además, ya no sólo hay que indemnizar el daño material sino la molestia en la afección de la víctima. Así, en esta materia, la evolución de las teorías de indemnización corren a marchas agigantadas. Se debe también indemnizar el “daño moral”, pero no con bienes morales, sino con bienes materiales.

Parece lógico pensar que si se causa un daño material, se indemnice con bienes materiales, y que si se causa un daño moral, se indemnice con bienes morales. Pero no, Las supuestas víctimas de daños morales, lo que quieren es dinero. Si un automovilista atropella a un niño, se pregunta la autoridad ¿Cuánto debe pagar el conductor o el dueño del vehículo a los padres del niño? y no, ¿Donde estaba el padre o la madre del niño cuando sufrió el accidente?

14. RESPONSABILIDAD POR DAÑOS CAUSADOS POR ACTIVIDADES LÍCITAS Y SIN EMPLEAR MECANISMOS PELIGROSOS. En la evolución del concepto de la indemnización por daños, se considera que originándose un daño por parte de un particular, existe la obligación de repararlo, independientemente de que haya existido dolo o culpa o que se hayan empleado objetos, mecanismos o procedimientos peligrosos. La ley no dice nada al respecto y aún existen argumentos que pueden llevar a una conclusión opuesta.

Si una persona realiza una actividad lícita (art. 1912) y no utiliza mecanismos, instrumentos, aparatos o substancias peligrosas por sí mismas (art. 1913), y causa un daño a otra, **no tiene obligación de repararlo**. Esta conclusión se desprende de los siguientes razonamientos:

El artículo 1910 señala que el que obrando ilícitamente causa un daño a otro, está obligado a repararlo, por lo que, a *contrario sensu*, si se obra lícitamente, no estaría obligado.

El artículo 1912 establece que si al ejercitar un derecho se causa un daño y se demuestra que el derecho sólo se ejercitó a fin de causar el daño, sin utilidad para el titular, existe la obligación de repararlo, esto es, que si ejercita un derecho sin la finalidad de causar daño a otro y con utilidad para el titular, a *contrario sensu*, no hay obligación de repararlo.

El artículo 1914 indica que cuando sin el empleo de mecanismos, instrumentos, etc. peligrosos y sin culpa de las partes se producen daños, no existe la obligación de repararlos y que cada una de ellas los soportará sin derecho a indemnización. El artículo da a entender que dos o más partes sufren daños, pero a igual conclusión debe llegarse, si sólo una de ellas es la que sufre el daño.

Por lo anterior, hay que considerar que en este supuesto no existe la obligación de reparar el daño. No obstante lo anterior, el Maestro don Rafael Rojina Villegas, no opina igual. “Desde luego, nos parece evidente que todo hecho del hombre que cause daño, obligue a su autor a la reparación, aplicando simplemente la noción de causalidad.” “Es evidente que el causante de un daño, cuando procede lícitamente, no deberá cubrir una indemnización total y por ello deben fijarse distintas reparaciones en la responsabilidad por hecho ilícito y por hecho lícito; pero lo que sí es inadmisibles, es que el causante del daño quede liberado y que un tercero sufra las consecuencias de ese hecho.” “Ahora bien, un principio de justicia nos indica que esa reparación

no debe ser total, sino parcial; pero no hay razón para que sólo por el uso de cosas peligrosas, cuando se proceda lícitamente, se indemnice y no haya obligación alguna cuando se usen cosas no peligrosas.”

El argumento del Maestro Rojina Villegas es sólo “ un principio de justicia”, pero no tiene fundamento legal y además, ¿cuál principio de justicia deberemos aplicar, si se indica que por la misma razón no debe ser una reparación total sino parcial? ¿Debemos de conceder una reparación al 10 por ciento; al 20 o al 50, o al 80 por ciento? Cada vez que se piense en ello, ese principio de justicia, se vuelve injusto. Si determinamos un 10 por ciento, ¿no diría con razón el agente causante, porqué no un 9, un 8 o un 2 por ciento? y el dañado, ¿porqué no un 40 o un 50 o un 99 por ciento?

15. EXCLUYENTE DE RESPONSABILIDAD. Siempre y en todo caso, ya se trate de responsabilidad por culpa, por utilización de mecanismos peligrosos, daño moral o cualquier otra circunstancia, excepto —posiblemente y sin que la ley lo señale— el dolo, si el daño se produce como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima, no habrá obligación de reparación.

A las víctimas este criterio no les agrada. Pero la ley, expresamente así lo señala en los artículos 1910 y 1913.

Quien sufre el daño, siempre y en todo caso quiere la indemnización y presupone la culpa del agente, pero nunca admite su propia culpa, y posiblemente y sin exagerar, en la mayoría de los supuestos, existe más culpa de la víctima que del agente.

16. INDENMIZACIONES IRRACIONALES. Continuando con esta evolución en los conceptos de indemnización y responsabilidad, ahora hay que reparar el daño que se origine por cualquier motivo, incluso imprudencia o culpa de la víctima.

Ejemplos cotidianos que pueden consultarse en los últimos días y meses en los periódicos de circulación nacional:

A. Una señora va a tener un niño. Su marido no se preocupó ni poco ni mucho para prever el evento y no cuenta sino con la asistencia pública. No tiene medios ni para trasladar a la señora a la clínica y claro encuentra dificultades para salir del problema. Si el niño muere, grita, exige indemnización material y moral y acusa a los paramédicos, a los médicos y a los responsables de las instituciones de salud de su desgracia y les exige responsabilidades y por lo general las consigue y los medios de comunicación le hacen el juego.

B. Una persona o un grupo de personas invaden un predio que es una barranca, cauce natural de aguas pluviales; cae un aguacero y el torrente se lleva su casa y a su familia. Así ha sucedido en las barrancas de Santa Fe en el Distrito Federal y en Piedras Negras en Coahuila. De inmediato clama una indemnización, como en el caso anterior y por regla general la consigue.

C. Los macrosismos de 1985 originaron grandes pérdidas. De inmediato el Gobierno indemnizó los daños a las personas que nunca antes se habían preocupado no sólo de darles a sus viviendas mantenimiento ni siquiera de pagar las rentas.

D. Una persona no previsoramente llega a vieja y tiene derecho a una pensión, aunque nunca haya contribuido a un instituto de seguridad social.

E. Una persona, fumadora de más de cincuenta años al enfermarse tiene derecho a que los institutos de salud carguen con ella, aunque en su vida haya colaborado con su cuota, porque constitucionalmente tiene derecho a la salud.

F. Una persona ha sido floja, indolente, perezosa y no sabe leer ni escribir, pero tiene derecho a que todo un Instituto de Educación para Adultos le preste todos los servicios y le enseñe gratis.

G. Por cualquier motivo, incluso imprudencia o culpa de la víctima.

En fin, todo irresponsable tiene todos los derechos. La ley y las instituciones están a su servicio. Existen Institutos para niños, para ancianos, para jóvenes, para mujeres, para indígenas, para delincuentes y todos son gratis; claro, gratis para ellos, pero onerosos para el hombre trabajador productivo y responsable.

17. DAÑOS POR CAUSAS NATURALES. En fin, esta tendencia evolutiva, llega al colmo. Ahora hay que reparar daños que se produzcan aun por causas naturales o hechos fortuitos

A. Si una persona sufre daños con motivo de lluvias torrenciales o por falta de lluvia, puede ser indemnizado si la Secretaría de Gobernación a través de la Coordinación General de Protección Civil emite una declaratoria de emergencia. Existe además, el Centro Nacional de prevención de Desastres (CENAPRED) que protege a las personas por esas eventualidades.

B. La Secretaría de Agricultura, Ganadería, Desarrollo Rural, Pesca y Alimentación, puede emitir declaratorias de contingencia climatológica e indemnizar a los afectados, con base en el Fondo para Atender a la Población Rural Afectada por Contingencias Climatológicas y en la Ley de Desarrollo Rural Sustentable y el Presupuesto de Egresos de la Federación.

C. En el periódico Reforma del 7 de Junio de 2004 (pág. 13 A) se publicó un artículo de Daniel Pensamiento en el que señala que el senador Fauzi Hamdan ha promovido un proyecto de "Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado". Esta ley prevé la responsabilidad directa del Estado y de funcionarios por actos de negligencia cometidos contra particulares. "Ya no es necesario demostrar que hubo una conducta culposa o dolosa del servidor público, sino que basta con que haya el daño proveniente por parte del Estado, y el particular no está obligado a soportarlo en términos de ley, tiene derecho automático de la indemnización. Y bueno, si después del pago de la indemnización se demuestra que el daño fue ocasionado por negligencia o

por dolo de un servidor público, es ahí donde el Estado tiene el derecho de repetir contra el servidor público por el daño ocasionado". Se desprende del artículo que esa ley ya fue aprobada en el Senado y sólo falta la aprobación de la Cámara de Diputados.

D. Existen apoyos a la capacitación por parte de la Secretaría del Trabajo, para los analfabetos por parte del Instituto de Educación para los Adultos, para los niños, para los jóvenes, para las mujeres, para los indígenas, para los ancianos, para los enfermos, para, para, para.

18. REPARACIÓN ILIMITADA. Se está viviendo una época en la que los hombres pretenden estar protegidos de toda contingencia dañosa. Si una persona sufre un daño, cualquiera que sea, no piensa en cómo superar la desgracia, fortalecerse y seguir adelante, sino en quien lo debe indemnizar. Si contrae una enfermedad, v. gr. enfisema pulmonar, no se pone a considerar que tal vez fue por su imprudencia de fumar 20 o 30 cigarrillos diarios durante 25 años, sino pregunta si puede demandar la reparación de los daños o una indemnización a la compañía tabacalera que produjo esos cigarrillos y si no consigue su objetivo, entonces piensa que quien debe repararle el daño o indemnizarlo es el pariente con quien vive o en última instancia el Estado a través de un organismo de salud.

Si una persona no fue previsora y llega a vieja sin medios para subsistir, piensa en demandar un daño moral al propietario de un hotel en donde se haya hospedado varios meses o años atrás, por no contar con rampas y mecanismos adecuados para inválidos o minusválidos y si no resulta, solicitar una pensión al Estado por vejez, aunque nunca en su vida haya pagado impuestos y menos aportado a un organismo de seguridad social. Que si llueve o hace calor, que si se cae, que si lo rosa un vehículo, etc., que lo indemnicen.

No todos piensan igual. Hay quien considera que todo hombre debe ser cuidadoso, respetuoso, atento, previsor y si llega a sufrir un daño, emplea en primer término sus propios recursos para repararlo y después analiza todas las circunstancias que se dieron alrededor del hecho que originó el daño para determinar si otra persona tiene el deber de indemnizarlo o reparar el daño, o si es él quien debe soportar la pérdida.

Es muy agradable y satisfactorio pensar que así lo hicieron sus abuelos y en general los antepasados y por ello así lo debe hacer él ahora. El considerarse un hombre recio, productivo, recto, autosuficiente, cumplido es un orgullo, y considerar así al padre, al abuelo, es muy gratificante. Cuando se encuentran hombres débiles, pusilánimes, atenidos, incumplidos, da vergüenza y causa angustia a los de bien. Son blandos, irresponsables, atenidos y dan pena. Si una persona origina daños por conducir un vehículo semi alcoholidado, no debe recurrir a la caridad pública para repararlos, ni culpar a otros. Calle, pague y en general sufra las consecuencias.

Ya se dijo y ahora se insiste en que en la actualidad las personas al sufrir un daño, no preguntan quien es el responsable de él, sino quien me lo paga, quien me indemniza por ese daño y si no se encuentra a la persona física y determinada que lo haga, se le exige al Estado, al Gobierno.

Es una realidad que en este hermoso país, México existen dos clases de hombres: Los maduros, con trabajo, trabajadores, responsables, serios, previsores y con un ansia infinita de vivir bien, y todos los demás. ¿Quiénes son los demás? Los ancianos, los enfermos y los que no tienen trabajo que llegaron a tales sin haber pasado por la etapa de los primeros; los niños, los jóvenes, los que no producen bienes o servicios suficientes para cubrir sus propias necesidades y los burócratas estatales.

Con alguna frecuencia se escucha la pregunta ¿Porqué en México estamos como estamos y no progresamos al nivel de otros países que han sufrido muchas desgracias y han logrado superarlas y ahora se respira en ellos un clima de prosperidad como en España, Japón, etc.? ¿Porqué en México tenemos tanta inseguridad y carencias y en otros países como Estados Unidos, Canadá, Holanda, Bélgica, etc. existe progreso, una forma de vida elevada y confianza en el futuro?. La respuesta puede encontrarse en que en todos esos países mencionados, el porcentaje de los hombres maduros responsables, trabajadores y productivos es del 15 al 20 por ciento de la población y en México no llega al cinco y no se tiene ni la capacidad ni la imaginación para elevar el promedio.

Por otra parte, hay que tener en cuenta que el dinero y los bienes que tiene el Estado, en principio provienen de los impuestos, derechos, productos y aprovechamientos que hacen los contribuyentes. Cuando los funcionarios (ahora se dice servidores) del Estado pagan una indemnización, no lo están haciendo con su dinero, sino con el que tiene el Estado y el que tiene el Estado es el de las contribuciones que hacen los contribuyentes. Así, cuando con mucha largueza, los diputados y senadores establecen en la ley la obligación del Estado de reparar daños por cualquier motivo, en realidad quienes están pagando, no son ni el Estado, ni los legisladores, sino Usted, lector, que es un contribuyente cumplido, y si se indemniza a quien sufra daños en esa forma, no habrá dinero que alcance. Ya pueden establecer contribuciones o impuestos exagerados de cualquier manera no alcanzará.

Esto obliga a pensar con mayor detenimiento y en forma responsable, porqué y cómo se deben indemnizar los daños que tenga cualquier persona.⁶

⁶ Rojina Villegas, Rafael. *Derecho Civil Mexicano*. Tomo Quinto. Obligaciones. Volumen II. Antigua Librería Robledo. México, 1096, pp. 330 y 331.

APÉNDICE NÚMERO NUEVE

EXCESIVA ONEROSIDAD SOBREVINIENTE

Este tema ha recibido en doctrina diversos títulos: *Teoría de la imprevisión*, estudio de la locución “rebus sic stantibus”, el riesgo imprevisible, y da a entender que los contratos pueden ser revisados judicialmente cuando cambian substancialmente las circunstancias que existían al perfeccionarse, sin haberlo podido prever los interesados, haciendo las prestaciones de uno de ellos significativamente más onerosas, para el efecto de modificar esos efectos perjudiciales, haciéndolos más equitativos o de plano para resolver el contrato.

Los contratos se celebran para ser cumplidos en sus términos. Esta regla descansa en el principio de obligatoriedad del contrato, que, independientemente de la posición que se adopte, dispone que las personas requieren de una base de certeza y de seguridad al relacionarse entre ellas y ese fundamento es la conciencia clara y generalmente aceptada de que si se compromete a realizar una determinada conducta en forma libre y voluntaria, debe cumplir ese compromiso y el contrato es un medio a través del cual se formalizan en forma cotidiana, ágil y al alcance de todos para lograr esos propósitos.

Existen argumentos para considerar que los contratos, como cualquier compromiso hecho por un individuo, en ocasiones para preservar valores de igual o superior jerarquía, deben ser revisados para ajustarlos a las nuevas circunstancias que se presentan en la vida, tomando en consideración que si esas circunstancias hubieran existido al momento de la celebración del compromiso, o no se hubiera realizado o se hubiera hecho bajo bases diferentes. Piénsese por ejemplo en el voto de castidad vitalicio que hace un joven al entrar en alguna corporación religiosa, o el compromiso de vida en común que hacen los contrayentes al casarse.

La vida es un continuo devenir; un cambio constante y por ello, es justificado pensar que si todas las situaciones y circunstancias que rodean a las personas y las que influyen en las relaciones legales dentro de una comunidad cambian, por qué ha de permanecer inmutable un compromiso y en su caso un contrato; por ello, los contratos deben ser revisados judicialmente cuando cambian substancialmente las circunstancias que existían al perfeccionarse, sin haberlo podido prever los interesados, haciendo las prestaciones de uno de ellos significativamente más onerosas, para el efecto de modificar

esos efectos perjudiciales, haciéndolos más equitativos o de plano para resolver el contrato.

Esta posición es muy peligrosa porque puede romper y de hecho rompe el principio de certeza y seguridad que debe imperar en todo orden jurídico; pero por la realidad que se impone, por la necesidad de ajustar las obras culturales a los cambios de la vida, es necesario tomarla en consideración y en su caso, si no adoptarla como un principio general, sí como tesis para atemperar, en ocasiones, los graves daños y la falta de reciprocidad de las prestaciones entre los contratantes, y para ello, puede ser útil una reglamentación cuidadosa que precise los casos y la forma de aplicación, sus consecuencias y motivos de improcedencia.

En México, hasta el año 2010, la teoría de la imprevisión o de la excesiva onerosidad sobrevenida, no tenía una aplicación y reglamentación general, sino sólo algunos aspectos de aplicación específica, cuando en el artículo 2455 del código civil, se señala que “El arrendatario no tendrá derecho a la rebaja de la renta por esterilidad de la tierra arrendada o por pérdida de frutos proveniente de casos fortuitos ordinarios; pero sí en el caso de pérdida de más de la mitad de los frutos, por casos fortuitos extraordinarios. Entiéndase por casos fortuitos extraordinarios; el incendio, guerra, peste, inundación insólita, langosta, terremoto u otro acontecimiento igualmente desacostumbrado y que los contratantes no hayan podido razonablemente prever”.

La idea de reglamentar este tema en el Código Civil Mexicano, no pareció descabellada, si se toma en consideración que existen antecedentes importantes tanto doctrinales como legislativos.¹

Desde hace más de quince años, el autor, en los cursos impartidos en la División de Estudios Superiores de la Escuela Libre de Derecho, propuso que en una reglamentación de esta materia, deben tomarse en cuenta, las siguientes consideraciones:

A. Sólo debe establecerse en los contratos onerosos con ejecución diferida o de tracto sucesivo, dejando siempre a salvo las prestaciones cumplidas antes del cambio de las circunstancias que originen la revisión y las cumplidas antes de la solicitud de la revisión.

B. Que se dé por surgir acontecimientos extraordinarios e imprevisibles. Estos acontecimientos no deben restringirse en una enumeración restrictiva, sino dejarse abiertos para que pueda aplicarse a situaciones futuras no imaginadas hoy.

C. Que ese acontecimiento extraordinario determine una onerosidad excesiva para uno de los contratantes, haciendo su prestación inequitativa, frente a la prestación del otro. Es muy peligroso fijar objetivamente esa des-

¹ Ver MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Teoría General del Contrato*, Ediciones Jurídicas Orbir, Rosario, Argentina, 1970, pp. 384 a 399; y los códigos civiles de argentino, italiano, polaco y otros.

proporción u onerosidad, porque por un grado puede verse frustrado el derecho del interesado. Por ejemplo, el artículo 2455 del código civil antes transcrito indica que se pierda más de la mitad de los frutos; ¿La mitad de los frutos esperados por el arrendatario? ¿La mitad de los obtenidos en el año anterior? ¿La mitad de los que pudieran determinar peritos? ¿Y si sólo se pierde la mitad, pero no más de la mitad, procede en beneficio? ¿y si la pérdida fue del cuarenta y nueve por ciento? Puede ser útil que la calificación de esta excesiva onerosidad se deje a la determinación judicial, basada en criterios de peritos.

Entre otras son causas que originan una excesiva onerosidad, además de las señaladas en el art. 2455: Las sequías, granizos, la inflación, deflación, alza de interés bancario, escasez en los mercados, etc. La devaluación frente a las monedas extranjeras, es un tema que podría tener otro tipo de soluciones.

D. Que no exista culpa o mora del perjudicado. Este requisito también debe dejarse al criterio judicial, con base en la opinión de peritos.

E. Que el juez, en primer término, pueda modificar la prestación del perjudicado, haciéndola más equitativa frente a la contraprestación de la otra parte y evitando los perjuicios de esa excesiva onerosidad que sobrevino, en preferencia a la declaración de resolución del contrato, buscando su permanencia y conservación; y

F. Que la reglamentación de la acción satisfaga tanto al perjudicado, como al beneficiado, para que el primero pueda demandar la modificación o resolución del contrato y el segundo “ofreciendo mejorar los efectos del contrato”.²

El art. 1198 del Código Civil Argentino que fue reformado por la Ley 17,711 sancionada y promulgada el 22-IV-68, indica:

“1198. Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosíblemente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión.

En los contratos bilaterales conmutativos y en los unilaterales onerosos y conmutativos de ejecución diferida o continuada, si la prestación a cargo de una de las partes se torna excesivamente onerosa podrá demandar la resolución del contrato. El mismo principio se aplicará a los contratos aleatorios cuando le excesiva onerosidad se produzca por causas extrañas al riesgo propio del contrato.

En los contratos de ejecución continuada la resolución no alcanzará a los efectos ya cumplidos.

No procederá la resolución, si el perjudicado hubiese obrado con culpa o estuviere en mora.

La otra parte podrá impedir la resolución ofreciendo mejorar equitativamente los efectos del contrato”.

² MOSSET ITURRASPE, *op. cit.*, p. 297.

El artículo 1467 del código civil italiano de 1942, establece:

“1467. Contratos con prestaciones recíprocas. En los contratos de ejecución continuada o periódica o de ejecución diferida, si la prestación de una de las partes hubiere llegado a ser excesivamente onerosa por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte que deba tal prestación podrá demandar la resolución del contrato, con los efectos establecidos en el art. 1458.

La resolución no podrá ser demandada si la onerosidad sobrevenida entrara en el álea normal del contrato.

La parte contra quien se hubiere demandado la resolución podrá evitarla, ofreciendo modificar equitativamente las condiciones del contrato”.

En la Ciudad de México, se publicó en la *Gaceta Oficial del Distrito Federal* del día 22 de enero de 2010, el decreto de fecha 22 de Diciembre de 2009, y en vigor a partir del día siguiente a la fecha de su publicación, que reformó el artículo 1796 y adicionó los artículos 1796 Bis y 1796 Ter del Código Civil, para quedar como sigue:

“Artículo 1796. Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, excepto aquellos que deben revertir una forma establecida por la Ley. Desde que se perfeccionan obligan a los contratantes no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias que, según su naturaleza son conforme a la buena fe, al uso o a la ley, con excepción de aquellos contratos que se encuentren en el supuesto señalado en el párrafo siguiente:

Salvo aquellos contratos que aparezcan celebrados con carácter aleatorio, cuando en los contratos sujetos a plazo, condición o de tracto sucesivo, surjan en el intervalo acontecimientos extraordinarios de carácter nacional que no fueren posibles de prever y que generen obligaciones para una de las partes que sean más onerosas, dicha parte podrá intentar la acción tendiente a recuperar el equilibrio entre las obligaciones conforme al procedimiento señalado en el siguiente artículo.

“Artículo 1796 Bis. En el supuesto del segundo párrafo del artículo anterior, se tiene derecho a pedir la modificación del contrato. La solicitud debe hacerse dentro de los treinta días siguientes a los acontecimientos extraordinarios y debe indicar los motivos sobre lo que está fundada.

La solicitud de modificación no confiere, por sí misma, al solicitante el derecho de suspender el cumplimiento del contrato.

En caso de falta de acuerdo entre las partes dentro de un término de treinta días a partir de la recepción de la solicitud, el solicitante tiene derecho a dirigirse al juez para que dirima la controversia. Dicha acción deberá presentarse dentro de los treinta días siguientes.

Si se determina la procedencia de la acción por ocurrir los acontecimientos a que se refiere el artículo anterior, la parte demandada podrá escoger entre:

- I) La modificación de las obligaciones con el fin de restablecer el equilibrio del contrato según lo determine el juez,
- II) La resolución del contrato en los términos del siguiente artículo.

“Artículo 1796 Ter. Los efectos de la modificación equitativa o la rescisión del contrato no aplicarán a las prestaciones realizadas antes de que surgiera el acontecimiento extraordinario e imprevisible sino que estas modificaciones aplicarán a las prestaciones por cubrir con posterioridad a éste. Por ello tampoco procederá la rescisión si el perjudicado estuviere en mora o hubiere obrado dolosamente”.

APÉNDICE NÚMERO DIEZ
SOLIDARIDAD, INDIVISIBILIDAD
Y SUBROGACIÓN DE LAS OBLIGACIONES

ASPECTOS PRÁCTICOS

El acreedor solidario puede remitir total o parcialmente la deuda, la puede novar y la puede compensar. “Art. 1991 La novación, compensación, confusión o remisión hecha por cualquiera de los acreedores solidarios, con cualquiera de los deudores de la misma clase, extingue la obligación”.

En cambio, uno de los acreedores de obligación indivisible, no puede por sí solo perdonar el débito total ni recibir el valor en lugar de la cosa (2007), lo que equivaldría a novarla y la misma razón legal que inspira ese precepto, le impide extinguir por sí solo la obligación por novación, compensación o confusión.

El artículo 2060 establece además que no habrá subrogación parcial en deudas de solución indivisible, en cambio nada impide que haya subrogación en obligaciones solidarias.

Si un tercero paga una obligación indivisible no se subrogará (parcialmente y por lo tanto tampoco totalmente) en los derechos del acreedor. Para que tal subrogación pudiese operar, se necesitaría que la subrogación fuera convencional y que se tuviera el consentimiento de todos los acreedores.

Pago hecho por un acreedor a otro preferente.

Para que se de este supuesto, es necesario que existan varios acreedores de una misma deuda, y que uno de ellos, pague a otro acreedor que sea preferente. El acreedor pagador, se subroga en los derechos del pagado.

Si uno de esos acreedores (solvens) entrega el dinero al deudor y éste después lo entrega al otro acreedor, no habrá subrogación.

El efecto del pago hecho por un acreedor a otro preferente, es que el que paga conserva dos créditos diferentes en cuanto a su graduación preferencial. Uno, el que tenía de origen (por ejemplo puede ser de grado cuarto) y el otro, el que paga (ejemplo de grado segundo) y no es posible legalmente hacer un solo crédito de ambos, con el grado preferente del acreedor pagado, porque tal subrogación o mecanismo perjudicaría a los demás acreedores (en el ejemplo, perjudicaría al acreedor en tercer grado) y además de que la ley no lo autoriza, por un principio de congruencia jurídica, un acto celebra-

do entre dos personas, no puede perjudicar a un tercero, si éste no presta su consentimiento o la ley impone ese efecto; los efectos del acto jurídico son, en principio entre quienes lo celebran.

Pago por un tercero al vendedor en un contrato de compraventa en abonos o con reserva de dominio.

Cuando se celebra un contrato de compraventa en abonos o con reserva de dominio, la ley otorga al vendedor una garantía especial ante la eventualidad del incumplimiento en el pago total del precio por parte del comprador. Tal garantía es el pacto comisorio; que puede ser tácito o expreso y el expreso puede quedar sólo en el contrato con efectos entre las partes, o puede ser inscrito en el Registro Público de la Propiedad, si los bienes objeto del contrato de compraventa son inmuebles o bienes muebles identificables indubitadamente. Los efectos de ese pacto comisorio son diferentes si se celebra de una o de otra forma, pero de lo que no existe duda, es de que el vendedor tiene la garantía, en el supuesto del incumplimiento en el pago, de poder demandar la resolución del contrato, con la consecuencia de obtener la restitución del bien vendido, más una indemnización por el deterioro sufrido por la cosa en poder del comprador y otra por el uso que éste haya hecho de la cosa, ambas fijadas por peritos.

Si un tercero paga a ese vendedor el saldo del precio (o la totalidad si el contrato se celebró con la obligación de pago total del precio en forma diferida, que en sus efectos se compara a la compraventa en abonos), no se ve donde puede estar su interés jurídico en el cumplimiento de la obligación, para concluir que se ha subrogado en los derechos del vendedor y en particular en el derecho a considerarse subrogado, por ministerio de la ley, en el derecho a la resolución del contrato de compraventa por incumplimiento de pago del comprador.

Consecuentemente, por la falta de un interés legal, en ese supuesto no habrá subrogación.

Pero, si por convenio entre el vendedor y el tercero, éste paga a aquel el saldo o la totalidad del precio de la compraventa y el vendedor subroga en su lugar al tercero, ¿también lo subroga en el derecho de resolver el contrato ante el incumplimiento de su obligación de pago del comprador?

No existe duda de que por la subrogación convencional, el tercero se convierte en acreedor del comprador por el pago del crédito que éste debía al vendedor, más sus accesorios normales como serían los intereses pactados y los moratorios, pero existe una duda seria, si la acción resolutoria del contrato de compraventa es un accesorio de la obligación del pago del precio.

Puede pensarse que la acción revocatoria es una acción que le compete exclusivamente al vendedor, para recuperar o la propiedad del bien vendido (si el contrato se celebró como compraventa en abonos) o la disponibilidad del bien (si el contrato de compraventa se celebró bajo el régimen de compraventa con reserva de dominio) y la posesión del bien en ambos casos y por

ello, un tercero que nunca fue propietario pueda por ese medio convertirse en dueño, por el incumplimiento de la obligación del pago total del precio de esa compraventa.

De conformidad con el artículo 2993 fracción VIII, el tercero tendrá, sin duda una preferencia en el pago de su crédito, como consecuencia de la subrogación (convencional) por ser pagado con el valor del objeto del contrato de compraventa, pero no el ejercicio de la acción revocatoria.

Para que convencionalmente se transmita a un tercero el derecho a la revocación del contrato por incumplimiento de la obligación de pago del comprador en los contratos de compraventa en abonos o con reserva de dominio, no basta con que el tercero pague al vendedor el precio de la compraventa, sino que exista una cesión de contrato, con la intervención necesaria del comprador y la satisfacción de todos los requisitos tanto civiles como administrativos en ese contrato.

Desde un punto de vista estricto, son dos operaciones diferentes las que origina la subrogación convencional (el pago en que sólo interviene el vendedor y el tercero) y la cesión de contrato, en que deben intervenir tanto el vendedor como el comprador y el tercero, para que se convenga en que el tercero adquiera todas las obligaciones y derechos que tenía el vendedor y se considere como vendedor para todos los efectos del contrato, y así existe no sólo la subrogación del crédito sino del contrato. Además, las consecuencias de tal operación serían distintas si el contrato de compraventa es en abonos o si fue con reserva de dominio, ya que en el primer caso, el tercero que paga el precio no adquiriría por ese hecho y por la subrogación la propiedad del bien, ya que requeriría una transmisión que a su favor hiciera el comprador, quien ya había adquirido antes, como consecuencia de la compraventa en abonos esa propiedad (y en el contrato de subrogación convencional celebrado sólo entre el vendedor y el tercero, si se operara esa transmisión de dominio, el vendedor estaría vendiendo cosa ajena) y si se pactó el contrato con reserva de dominio, debería de haber una transmisión expresa del bien al tercero, con todas las consecuencias tanto civiles como fiscales, como consecuencia del incumplimiento del comprador del pago del precio, y tal transmisión no le está permitida sin consentimiento del comprador (2313).

Si se celebra un contrato de compraventa en abonos o con reserva de dominio y el comprador, con posterioridad paga totalmente el precio de la operación, se cumple totalmente la obligación del comprador y ello, deja sin efecto tanto el pacto de reserva de dominio que se convino sólo como garantía del pago del precio, como el pacto comisorio, que también se convino como garantía del pago del precio. Una vez pagado totalmente el precio, la compraventa se perfeccionó y se operó la translación del dominio, si con tal reserva se celebró el contrato y se extinguió el pacto comisorio si tal fue el pacto. Si las partes quisieran dar marcha atrás a esa compraventa, devolviéndose mutuamente precio y cosa, en realidad no estarían rescindiendo el con-

trato de compraventa, sino celebrando otra compraventa diferente, en la cual sería vendedor el comprador en la anterior y comprador el vendedor en la anterior y se originarían los efectos tanto civiles como administrativos y entre ellos los fiscales, normales de toda compraventa.

El mecanismo de considerar posible una subrogación convencional en los derechos del vendedor con reserva de dominio o en abonos, puede ser un mecanismo de fraude a la ley, para encubrir una rescisión voluntaria de la compraventa entre vendedor y comprador, no obstante que de hecho ya se hubiera pagado totalmente el precio de la compraventa y una compraventa posterior entre el comprador y un tercero, sin el pago de los impuestos que tal operación originaría, como serían, los impuestos de adquisición de bienes inmuebles por la compraventa vedada (reventa) entre el comprador y el vendedor en abonos o con reserva de dominio y la compraventa entre el vendedor original y el tercero).

EFFECTOS. Los efectos de la subrogación son los mismos, ya se trate de la legal o la convencional.

Aún cuando la obligación es la misma que existía entre el acreedor y el deudor, se transmite el derecho de crédito del acreedor al tercero subrogado, con todos sus accesorios, como son:

Las garantías que pudiera tener el acreedor, como serían sus derechos prendarios o hipotecarios, si se celebraron los contratos de prenda o hipoteca para garantizar el crédito.

Las fianzas que hayan otorgado terceros para garantizar el pago del crédito.

Si el crédito consta en título auténtico, la acción ejecutiva (Art. 443 del Código de Procedimientos Civiles).

El derecho a continuar un pleito ya iniciado por el acreedor (subrogante).

PAGO PARCIAL. Si el tercero (solvens) sólo paga parcialmente y por ello, sólo podrá ejercitar parcialmente las acciones que tenga en contra del deudor y el acreedor conservará su acción por la parte no pagada de la obligación.

Se presenta una duda. ¿Tiene el acreedor un derecho preferente para ser pagado frente al subrogado parcial? Podría considerarse que el acreedor no subroga en su perjuicio y por ello, como primero en tiempo, tiene un derecho preferente para ser pagado con el valor de los bienes del deudor, especialmente ante un deudor parcialmente insolvente, frente al subrogado. En el derecho mexicano, no existe por ley un derecho preferente para ninguno de los dos y por lo tanto puede considerarse que lo tienen igual.

Es claro que si la subrogación es convencional, se puede pactar una preferencia ya sea a favor de una de o otra parte.

Acciones que tiene quien paga una deuda ajena, con interés jurídico.

Si un tercero paga una deuda al acreedor y tal pago se ubica dentro de los supuestos de la subrogación legal (2058 y 2059) el "solvens" tiene dos accio-

nes: Una, la que le corresponde como acreedor subrogado, que es la misma que le correspondía al acreedor pagado, y otra, la que se origine el antecedente del pago, como persona interesada en el cumplimiento de la obligación, que como ya se dijo al estudiar el pago, puede ser que lo haya hecho como un gestor de negocios o en virtud de una autorización del deudor y entonces se equipara al mandato y tendría la acción que da la ley al mandatario para recuperar lo pagado. Esta conclusión es importante, porque pudiera resultar que al ejercitar una acción y no otra, el actor tuviera cierta ventaja, como por ejemplo, que en la acción como subrogado del crédito no causara interés o un interés más bajo que el legal y en cambio si hiciera ejercicio de otra acción como la del mandato, tuviera derecho a un interés legal.

DIFERENCIA ENTRE LA SUBROGACIÓN Y LA CESIÓN DE CRÉDITOS. El acreedor que recibe el pago de un tercero en la subrogación legal, no tiene la obligación de garantizar la existencia de la obligación y por lo tanto del crédito pagado (la ley no impone esa obligación); en cambio, el acreedor que cede su crédito a un tercero, sí tiene esa obligación, con la única excepción de que la cesión se hubiere hecho respecto de un crédito con el carácter de dudoso (2042).

UTILIDAD DE LA SUBROGACIÓN. Para el estudio de este tema, es necesario distinguir si la subrogación es convencional o legal.

En la subrogación convencional, no se puede discutir si la subrogación tiene o no utilidad para el subrogado. Al celebrar el contrato entre el acreedor y el “solvens”, ya verá éste si le conviene o no, o si le reporta o no una utilidad, como en cualquier contrato. Toda proporción guardada, es como inquirir si una compraventa le reporta utilidad o no al comprador. En la celebración de cualquier contrato, no tiene ninguna importancia si su celebración le reporta o no utilidad a las partes, ese es un asunto que queda fuera del estudio de los contratos; es un asunto personal de las partes y no afecta en nada ni a reglamentación ni a los efectos del contrato.

Adquiere importancia analizar esa utilidad cuando la ley establece la subrogación legal, para determinar si es conveniente que se reglamente en la ley, si es conveniente mantenerla, o es conveniente para la población que se introduzca en la ley cuando no se prevé.

La utilidad de la reglamentación de la subrogación legal, debe verse desde el punto de vista del subrogado, que es la persona que motiva al supuesto jurídico con su pago, para que se produzca el efecto de darse la subrogación “por ministerio de la ley”.

Al acreedor no le interesa en lo más mínimo que el que pague sea el deudor o un tercero, con tal que se le pague la obligación. Jurídicamente, el efecto primordial de las obligaciones es su pago. Lo que a la ley y todo interesado en materia jurídica le importa, es la necesidad de que las obligaciones

se cumplan. Podrían encontrarse casos de excepción en que a un acreedor no le interesaría el cumplimiento por parte de su deudor en el pago de la obligación, cuando el acreedor actúa en forma egoísta y de mala intención, como cuando se ha pactado un interés excesivo y el deudor es un buen pagador. Pero la ley no debe proteger intereses mezquinos y por ello, permite que cualquier personas pueda pagar una obligación, tenga o no interés y aún en contra no sólo de la voluntad del acreedor, sino de la del deudor.

Así, al acreedor en primer lugar no le interesa, en principio quien le pague, con tal de que la obligación se cumpla. Si no le reporta ninguna utilidad quien sea el que pague, menos le reporta utilidad y menos le interesa si el que paga se subroga en sus derechos o no se subroga. Ese asunto queda fuera de su control e interés. En la subrogación convencional, sí que le interesa y por ello está conforme en la celebración del contrato con el “solvens”, ya que posiblemente de otra manera no podría cobrar su crédito.

Sin lugar a dudas, al deudor también le interesa. Sin duda alguna, el cambio de acreedor le permite un respiro para poder cumplir con su obligación, ya que lo libra de una demanda inminente. Además le permite planear con tiempo la forma de cumplir con posterioridad. Por otra parte, le permite tratar con un nuevo acreedor la posibilidad de ampliar el plazo, de reducir intereses, de lograr unas remisión parcial, etc. En la subrogación legal, todas estas ventajas, no dependen de él, dependen sólo y exclusivamente del “solvens”, que es quien paga y que no se puso de acuerdo ni con el acreedor ni con el deudor al hacer el pago.

Es conveniente recapacitar sobre la utilidad de cualquier figura, para poder utilizarla en forma adecuada y para poder recomendarla, si fuera el caso. Esta figura no tiene una gran aplicación práctica y en algún caso que podría ser de utilidad a una persona, el abogado o el Notario, por desconocimiento o por lo difícil de su aplicación, no la recomienda.

Para el estudio de este tema, es necesario distinguir si la subrogación es convencional o legal.

En la subrogación convencional, no se puede discutir si la subrogación tiene o no utilidad para el subrogado. Al celebrar el contrato entre el acreedor y el “solvens”, ya verá éste si conviene o no, o si le reporta o no una utilidad, como en cualquier contrato. Toda proporción guardada, es como inquirir si una compraventa le reporta utilidad o no al comprador. En la celebración de cualquier contrato, no tiene ninguna importancia si su celebración le reporta o no utilidad a las partes, ese es un asunto que queda fuera del estudio de los contratos; es un asunto personal de las partes y no afecta en nada ni a la reglamentación ni a los efectos del contrato.

Adquiere importancia analizar esa utilidad cuando la ley establece la subrogación legal, para determinar si es conveniente que se reglamente en la ley, si es conveniente mantenerla, o es conveniente para la población que se introduzca en la ley cuando no se prevé.

La utilidad de la reglamentación de la subrogación legal, debe verse desde el punto de vista del subrogado, que es la persona que motiva al supuesto jurídico con su pago, para que se produzca el efecto de darse la subrogación “por ministerio de la ley”.

Al acreedor no le interesa en lo más mínimo que el que pague sea el deudor o un tercero, con tal que se le pague la obligación. Jurídicamente, el efecto primordial de las obligaciones es su pago. Lo que la ley y todo interesado en materia jurídica, le interesa, le importa y siente la necesidad de que las obligaciones se cumplan. Podrían encontrarse casos de excepción en que a un acreedor no le interesaría el cumplimiento por parte de su deudor en el pago de la obligación, cuando el acreedor actúa en forma egoísta y de mala intención, como cuando se ha pactado un interés excesivo y el deudor es un buen pagador; o cuando el acreedor tiene un ascendiente social o laboral sobre el deudor y quiere mantenerlo en su beneficio. Pero la ley no debe proteger intereses mezquinos y por ello, permite que cualquier persona pueda pagar una obligación, tenga o no interés y aun en contra no sólo de la voluntad del acreedor, sino de la del deudor.

Así, al acreedor en primer lugar no le interesa, en principio quien le pague, con tal de que la obligación se cumpla. Si no le reporta ninguna utilidad quien sea el que pague, menos le reporta utilidad y menos le interesa si el que paga se subroga en sus derechos o no se subroga. Ese asunto queda fuera de su control e interés. En la subrogación convencional, sí que le interesa y por ello está conforme en la celebración del contrato con el “solvens”, ya que posiblemente de otra manera no podría cobrar su crédito.

Sin lugar a dudas, al deudor también le interesa. Sin duda alguna, el cambio de acreedor le permite un respiro para poder cumplir con su obligación, ya que lo libra de una demanda inminente. Además le permite planear con tiempo la forma de cumplir con posterioridad. También le permite tratar con un nuevo acreedor la posibilidad de ampliar el plazo, de reducir intereses, de lograr una remisión parcial, etc. En la subrogación legal, todas estas ventajas, no dependen de él, dependen sólo y exclusivamente del “solvens”, que es quien paga y que no se puso de acuerdo ni con el acreedor ni con el deudor al hacer el pago.

Si desde el punto de vista práctico, la subrogación no le interesa mayormente ni al acreedor ni al deudor, por lo anterior, debe analizarse si es de utilidad o no la subrogación para el “solvens” subrogado.

Análisis de la utilidad o no de los supuestos de la subrogación legal: Existe subrogación legal “por ministerio de la ley” (artículo 2058):

A. CUANDO EL QUE ES ACREEDOR PAGA A OTRO ACREEDOR PREFERENTE

Nada impide que un deudor tenga varias obligaciones a su cargo y varios acreedores. Además, cuando eso sucede, por regla general, los bienes del

deudor no alcanzan a pagar, en un momento dado, el total de todas sus obligaciones y por ello, la ley establece grados de prelación entre los acreedores, tanto cuando las obligaciones están garantizadas con un derecho real de prenda o de hipoteca o cuando se sujeta a deudor a concurso de acreedores. A estos acreedores se refiere esta fracción del artículo 2058.

Es un principio de derecho, que los actos jurídicos realizados por una persona no deben causar perjuicio a otra que no ha intervenido en el acto, si la ley no lo autoriza expresamente. Los actos jurídicos y entre ellos los contratos, sólo benefician o perjudican a los que intervienen en su celebración (*res inter alios acta allis neque nocere neque prodesse potest*).

Ahora bien, cuando un deudor tiene varios acreedores y entre ellos existe un grado de prelación para cobrar, significa que si el valor libre de los bienes del deudor no alcanza para pagar a todos los acreedores, primero se le pagará a quien tenga el grado primero; si queda efectivo para pagar al segundo, se le pagará a este y no a uno de ulterior grado, y así sucesivamente.

Las obligaciones en ese caso, puede decirse que tienen un grado de prelación al igual que los acreedores y ese grado no puede variar en beneficio de uno de los acreedores y en perjuicio de otro u otros, si los perjudicados no consienten en el cambio.

Si un acreedor de cuarto grado paga una obligación de segundo grado, jurídicamente tiene dos obligaciones diferentes: La que tenía de cuarto grado, conserva sus grado y su monto, y la que paga de segundo grado, conservará también su grado y su monto y no podrá haber confusión entre ellas, para sumar el importe de ambas y dar a la nueva obligación el grado segundo, porque la ley no lo autoriza y porque estaríamos dañando al acreedor de tercer grado. Así, con el valor libre de los bienes del deudor, se pagará, en su momento, en primer término la obligación en primer grado, si queda efectivo, se pagará la obligación del subrogado que era la del acreedor en segundo grado, en su monto original, si aún queda efectivo se pagará la obligación en tercer grado y así sucesivamente.

¿Qué ventaja o beneficio tuvo el acreedor que al pagar a un acreedor preferente se subrogó en su derecho? Ninguno. Porque a lo más que pudo haber aspirado es a recuperar lo pagado, después de haber sido pagado el acreedor en primer grado. Esto es, corrió el riesgo de no recuperar ni lo pagado, si el valor libre de los bienes del deudor no alcanza a cubrir totalmente al acreedor en primer grado y totalmente el crédito de la obligación en segundo grado, en que se subrogó. Si no ha pagado esa obligación en segundo grado, tendría el importe de la misma en su patrimonio, sin necesidad de correr ningún riesgo. Por ello, se le aconsejará que no haga tal pago a un acreedor preferente, ni siquiera al acreedor en primer grado, pues podría no recuperar totalmente el crédito y sus accesorios, si el valor libre de los bienes del deudor no alcanza para su pago. Además se ahorrará todos los gastos, problemas, angustias y molestias del procedimiento judicial de cobro.

B. CUANDO UN HEREDERO PAGA CON SUS BIENES PROPIOS ALGUNA DEUDA DE LA HERENCIA

En este supuesto, el “solvens” tampoco tiene una utilidad. Toda herencia se entiende aceptada a beneficio de inventario; eso significa que los herederos y legatarios no tienen obligación de pagar las deudas de la herencia con sus bienes propios. Todas las deudas de la herencia se deben pagar con el activo de la misma.

Si el valor libre de los bienes de la herencia no alcanzan a cubrir todas las deudas, por insolvencia quedan sin ser pagadas.

Si el heredero tiene bienes propios y con ellos paga a un acreedor de la herencia, está cambiando la seguridad de tener a buen recaudo sus bienes, para tener un crédito, como consecuencia de la subrogación que operó a su favor, en contra de la sucesión, con el riesgo de que los bienes de ésta no alcancen a cubrir lo que él ha pagado. Si alcanzan a cubrir su crédito, no ganó nada, sino sólo recuperar lo que pagó, sin tener obligación de hacerlo, pero las molestias, angustias, gastos y tiempo para recuperar lo pagado, no los recuperará nunca.

C. CUANDO EL QUE PAGA TIENE UN INTERÉS JURÍDICO EN EL CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN

A este supuesto pueden aplicarse los mismos argumentos que los asentados en los incisos anteriores para decir que quien paga no va a tener ninguna ventaja o utilidad.

Cualquier utilidad que pudiera reportarle la subrogación que se opera a su favor por ministerio de la ley, la puede llegar a tener, con toda claridad, a través de un contrato de subrogación convencional con el acreedor.

El hecho de librar a un deudor de una demanda inminente; del pago de intereses altos; de la angustia de tener un acreedor implacable; etc., son beneficios para el deudor, no para el “solvens” subrogado. El deseo de hacer una liberalidad disfrazada, haciendo un pago con subrogación y después no exigir el cobro del crédito, también es en beneficio del deudor, pero no del subrogado.

D. EL MUTUO SUBROGATORIO

Igual que a los supuestos anteriores, no le reporta al prestamista ningún beneficio o ventaja especial. Que le hace al deudor un favor, sin discusión. Que le quita problemas, es cierto. Que le puede permitir obtener más créditos, sin duda. Pero ventajas o beneficios al prestamista, ninguno.

E. EL COMPRADOR DE UN BIEN HIPOTECADO, QUE PAGA A UN ACREEDOR HIPOTECARIO

Esta subrogación, sí beneficia al comprador. En el caso de que llegue a sufrir la pérdida del bien, como consecuencia del ejercicio por parte de un

tercero de una acción reivindicatoria o una acción de nulidad, el comprador, al subrogarse en los derechos del antiguo acreedor hipotecario, puede recuperar lo pagado de ese crédito.

Se remite al lector, a lo ya precisado en el inciso correspondiente a la compraventa de un inmueble hipotecado.

No obstante que es, prácticamente el único supuesto en donde se ve la gran utilidad de la subrogación legal, en la práctica, ningún Notario la aconseja, y existen cientos de casos, en que un propietario deudor hipotecario, vende su inmueble porque los réditos y el pago de los abonos a capital lo tienen en una situación muy difícil, de la cual no podría salir, si no es vendiendo el inmueble, para pagar con parte del precio, el crédito hipotecario.

Lo que los Notarios aconsejan es que se firmen simultáneamente el contrato de compraventa y con parte del precio pagar el crédito para hacer la cancelación de la hipoteca. Pero como el que paga es el deudor, no existe subrogación y no tiene el comprador las ventajas de la subrogación. En otros casos, el deudor pide un anticipo al comprador y con él paga a su acreedor, para así vender ya libre del gravamen el bien al comprador. También aquí el que paga es el deudor y por ello no hay subrogación, benéfica al comprador.

Para tomar una decisión es conveniente analizar el título de propiedad del vendedor. Si existe una duda razonable de que un tercero pudiera ejercer una acción reivindicatoria o una acción de nulidad o de rescisión de su título y el comprador insistiera en celebrar el contrato de compraventa, se le recomendaría hacer el pago al acreedor y subrogar en su calidad de acreedor hipotecario. El problema se le presentará cuando su Notario le diga que no sabe cómo hacer esa subrogación para poderla inscribir en el Registro Público de la Propiedad y hacerla eficaz en contra de los posibles reclamantes en un juicio de reivindicación, de nulidad o de resolución del contrato por incumplimiento.

BIBLIOGRAFÍA

I. DOCTRINA

1. ABELENDA, César Augusto. *Derecho civil. Parte general*. Dos tomos, Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1980.
2. ADAME GODDARD, Jorge. *El contrato de compraventa internacional*, McGraw-Hill, México, 1994.
3. AGUILAR CARVAJAL, Leopoldo. *Contratos civiles*, Hagtman, México, 1964.
4. ALESSIO Robles, Miguel. *Temas de derechos reales*, Porrúa, México, 2004.
5. ALTERINI, Atilio A. *Cómo redactar un contrato*, Abeledo Perot, Buenos Aires, Argentina, 1991.
6. BAÑUELOS, Froilán. *De la interpretación de los contratos y de los testamentos* Cárdenas Editores y Distribuidores México, 1975.
7. BARRERA GRAF, Jorge. *Concepto y requisitos de la sociedad en derecho mexicano* Estudio publicado en la Revista de la Facultad de Derecho de México, Tomo XX, jul-dic., 1970, núms. 79-80, UNAM, México, 1970.
8. ————. *La representación voluntaria en el derecho privado*, Instituto de Derecho Comparado, UNAM, México, 1967.
9. BERCAITZ, Miguel Ángel. *Teoría general de los contratos administrativos*, Segunda ed., Ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1980.
10. BORDA, Guillermo A. *Manual de derecho civil. Parte general y contratos*. 16a. ed., Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1993.
11. BORJA MARTÍNEZ, Manuel. *Análisis del efecto de la condición suspensiva sobre la obligación y sobre el negocio jurídico que le da origen*. Artículo publicado en el libro “Estudios Jurídicos que en homenaje a Manuel Borja Soriano, presenta la Universidad Iberoamericana”, Porrúa, México, 1969.
12. BORJA MARTÍNEZ, Manuel. *El contrato atípico*. Artículo publicado en *El Foro*, Órgano de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, Quinta Época, Núm. 19, jul-sept., México, 1970.
13. BORJA SORIANO, Manuel. *Apuntes de teoría general de los contratos*. Edición mimeográfica (presuntamente no autorizada), UNAM, 1930.
14. ————. *Teoría general de las obligaciones*. Sexta ed., Porrúa, 2 tomos, México, 1970.
15. CAPITANT, Henri. *De la causa de las obligaciones*, Góngora, Madrid, España, 1928.
16. CASTÁN TOBEÑAS, José. *Derecho civil español común y foral*. Tomo III, Reus, Madrid, España, 1968.

17. COLIN Henri y CAPITANT, Ambroise. *Cours Élémentaire de Droit Civil Française*. Librairie Dalloz Tomo II, núm. 8, París, 1921.
18. *Compendio de términos de derecho civil*. Coordinador Mario Magallón Ibarra, Porrúa, México, 2004.
19. DEGNI, Francisco. *La compraventa*. Trad. de Francisco Bonet Ramón, *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1957.
20. DEHESA DÁVILA, Gerardo. *Etimología jurídica*. Poder Judicial de la Federación, México, 2004.
21. DE PINA, Rafael. *Elementos de derecho civil mexicano* Tomo IV, Primera ed., (Contratos en Particular), Porrúa, México, 1961.
22. *Diccionario de derecho privado*. Labor, Barcelona, España, 1950.
23. DI FILIPPO, Maria Isabel. *Tiempo compartido. Un condominio especial*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1987.
24. DIEZ PICAZO, Luis Y GULLÓN, Antonio. *Sistema de derecho civil*, vol. II, *Las relaciones obligatorias en particular*, Tecnos, 1a. ed., Madrid, 1977.
25. DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo. *Derecho civil. Contratos*, Porrúa, México, 2000.
26. *Enciclopedia jurídica Omeba*. 26 Tomos. Bibliografía Omeba, Buenos Aires, Argentina, 1992.
27. ENNECCERUS, Ludwig. *Tratado de derecho civil*. Derecho de las Obligaciones Civiles. Tomo II, vols. I, II y III y Parte General, Tomo I, Bosch, Barcelona, España, 1966.
28. FLORIS MARGADANT, Guillermo. *El derecho privado romano*, 2a. ed., Esfinge, México, 1965.
29. FUEYO LANERI, Fernando. *Derecho civil*, Tomo Quinto, vol. II (Contratos preparatorios), 2a. ed., Santiago de Chile, 1964.
30. GALINDO GARFIAS, Ignacio. *El contrato preliminar*, conferencia publicada en la revista *El Foro*, Órgano de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, Quinta Época, núm. 19, jul.-sept., México, 1970.
31. GARCÍA LÓPEZ, Agustín. *Apuntes de contratos*, dos partes. Publicación mimeográfica, Facultad de Derecho, UNAM, México, s/f.
32. GARCÍA MÁYNES, Eduardo. *Introducción al estudio del derecho*, 15a. ed., Porrúa, México, 1968.
33. GORLA, Gino. *El contrato*. Traduc. de José Ferrandis Vilella. Tomos I y II, Bosch, Barcelona, España, 1959.
34. GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. *Derecho de las obligaciones*, Cagica, 5a. ed., Puebla, México, 1974.
35. ————. *Derecho de las obligaciones*. Octava ed., Porrúa, México, 1991.
36. HUPKA, Josef. *La representación voluntaria en los negocios jurídicos*. Trad. del alemán y notas de Luis Sancho-Seral, *Revista de Derecho Privado*, Madrid, España, 1930.
37. IBARROLA, Antonio de. *Cosas y Sucesiones* 3a. ed., Porrúa, México, 1972.
38. JOSSERAN, Louis. *Derecho civil*. Trat. de Santiago Cuchillos y Monterola. Tomo III, vol. III. (Liberalidades). Ediciones Jurídicas Europa-América, Bosch, Buenos Aires, Argentina, 1951.
39. KELSEN, Hans. *Principios del derecho internacional público*. Librería *El Ateneo*, Buenos Aires, Argentina, 1965.

40. LALAGUNA DOMÍNGUEZ, Enrique. *Estudios de derecho civil. Obligaciones y contratos*. Instituto Editorial Reus, Madrid, España, 1978.
41. LEMUS GARCÍA, Raúl. *La Hipoteca*. Publicación Especial (Civil, Tomo 209) Lecturas de Anales de Jurisprudencia. Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México.
42. LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J. *Teoría de los contratos. Parte General*. Víctor P. de Zavallía, Editor. Buenos Aires, Argentina, 1971.
43. ————. *Teoría de los contratos. Parte general*. Tercera ed., Víctor P. de Zavallía, Editor, Buenos Aires, Argentina, 1984.
44. ————. *Teoría de los contratos*. Tomo 2. Parte Especial (1). 2a. ed., Víctor P. de Zavallía, Buenos Aires, Argentina, 1985.
45. LÓPEZ VILAS, Ramón. *El subcontrato*, Tecnos, Madrid, 1973.
46. LOZANO NORIEGA, Francisco. *Cuarto curso de derecho civil: contratos*, Asociación Nacional del Notariado Mexicano, México, 1962.
47. MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario. *Instituciones de derecho civil*. Tomo IV, Derechos Reales, Porrúa, México, 1990.
48. MANRESA Y NAVARRO, José María. *Comentarios al código civil español*. Tomo X (Compraventa, Permuta y Arrendamiento). Tomo XI (Sociedades, Mandato, Mauuo y Depósito) y Tomo XII (Juego y Apuesta, Renta Vitalicia, Transacción, Fianza, Prenda, Hipoteca y Anticresis). Reus, Madrid, 1931 (Tomos X y XI) y 1951 (Tomo XII).
49. MANTILLA MOLINA, Roberto L. *Derecho mercantil*. 5a. ed., Porrúa, México, 1961.
50. MARTY, G. *Derecho civil*. (Teoría General de las Obligaciones, vols. I y II. Trad. de José M. Cajica, Jr. Edit. José M. Cajica Jr., Puebla, Pue., México, 1952.
51. MATEOS ALARCÓN, Manuel. *Estudio sobre el Código Civil del Distrito Federal*. Cuatro tomos, Imprenta de Irineo Paz, México, 1892.
52. MAZEAUD, Henri y León, Y Jean. *Lecciones de derecho civil*. Trad. de Luis Alcalá-Zamora y Castillo, Jurídicas Europa-América. Parte Tercera. Vols. III y IV. *Los principales contratos*, Buenos Aires, Argentina, 1962.
53. MEDAL, Ramón. *De los contratos civiles*. 11a. ed., Porrúa, México, 1991.
54. MESSINEO, Francisco. *Dottrina Generale del Contratto*. Dott. A. Giuffrè. Milano, 1948; y en español *Doctrina general del contrato*. Tomo I. Trad. de R. O. Fontanarrosa, S. Sentis Melendo y M. Volterra, Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, Argentina, 1952.
55. MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Mandatos*, Ediar, Comercial, Industrial y Financiera, Buenos Aires, Argentina, 1979.
56. MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Teoría general del contrato*. Ediciones Jurídicas Orbir, Rosario, Argentina, 1970.
57. MUÑOZ, Luis. *Teoría general del contrato*. 1a. ed., Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1973.
58. NEGRI PISANO, Luis E. *La representación voluntaria* (El Poder y el Mandato). Abeledo Perrot. Buenos Aires, Argentina, 1985.
59. OLIVEROS LARA, Rafael. *El poder y el mandato en derecho civil mexicano*. Tesis Profesional. Facultad de Derecho, UNAM, México, 1975.

60. ORTOLAN, M. *Explicación histórica de las instituciones del emperador Justiniano* Tomo II. Librería de Leocadio López Editor. Madrid, España, 1877.
61. PALLARES, Eduardo. *Diccionario de derecho procesal civil*. 2da. ed., Porrúa, México, 1956.
62. PALLARES, Eduardo. *Tratado elemental de sociedades mercantiles*. Antigua Librería Robredo, México, 1965.
63. PALOMAR DE MIGUEL, Juan. *Diccionario para juristas*. Dos Tomos. Porrúa, México, 2000.
64. PERUGINI DE PAZ y GEUSE, Alicia M. *La validez y circulabilidad internacional del poder de representación notarial*. Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1988.
65. PETIT, Eugene. *Tratado elemental de derecho romano*. Edit. Nacional. México, 1963.
66. PLANIOL, Marcel y RIPERT, George. *Tratado práctico de derecho civil francés*. Tomo VI (Las Obligaciones). Trad. Mario Díaz Cruz, Cultura Habana, Habana, Cuba, 1947.
67. PLANIOL Marcel y RIPERT Jorge. *Tratado práctico de derecho civil francés*. Doce tomos. Cultural, Habana, Cuba, 1946. Edición Facsimilar por el Tribunal Superior de Justicia del D.F., México, 2002.
68. POTHIER, Roberto Joseph. *Tratado de las obligaciones*. Edición facsimilar del Tribunal Superior de Justicia del D.F., México, 2003.
69. PORTE PETIT, Celestino. *Dogmática sobre los delitos contra la vida y la salud personal*, Jurídica Mexicana, México, 1966.
70. PUIG PEÑA, Federico. *Tratado de derecho civil español*. Tomo II (Hipoteca). Tomo III (Derechos reales). Tomo IV (Obligaciones y Contratos), *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1951 (Tomos II y III y 1973 Tomo IV).
71. PUIG PEÑA, Federico. *Tratado de derecho civil español*. Tomo IV, Obligaciones y Contratos, vol. II, 2a. ed., *Revista de Derecho Privado*, Madrid, España, 1973.
72. RECASÉNS SICHES, Luis. *Panorama del pensamiento jurídico en el siglo XX*. Primera ed., Porrúa, México, 1963.
73. ————. *Tratado general de filosofía del derecho*, 2a. ed., Porrúa, México, 1961.
74. REZZÓNICO, Luis María. *Estudio de los contratos*, 3a. ed., 2 tomos, Ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1967.
75. RISOLIA, Marco Aurelio. *Soberanía y crisis del contrato*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1945.
76. ————. *Soberanía y crisis del contrato*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1958.
77. ROCA SASTRE, Ramón María. *Instituciones de derecho hipotecario*, 3 Tomos, Bosch, Barcelona, España, 1942.
78. ROCHA DÍAZ, Salvador. *Los contratos aleatorios*. Artículo publicado en el libro *Estudios jurídicos que en homenaje a Manuel Borja Soriano, presenta la Universidad Iberoamericana*. Porrúa, México, 1969.
79. RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio. *Contratos bancarios su significación en América Latina*, Federación Latinoamericana de Bancos, Felabrán, Cuarta ed., Bogotá, Colombia, 1990.
80. RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Joaquín. *Curso de derecho mercantil*. Dos tomos, 6a. ed., Porrúa, México, 1966.

81. ROJINA VILLEGAS, Rafael. *Derecho civil mexicano*. Tomo Primero (2a. ed., 1975), Tomo Segundo (4a. ed., 1975), Tomo Tercero (4a. ed., 1976) y Tomo Cuarto (4a. ed., 1976). Porrúa, México, y Tomo Quinto (Vols. I, II y III) y Tomo Sexto (Vols. I, II y III), 3a. ed., Antigua Librería Robredo, México, 1966.
82. ROMÁN GARCÍA, Antonio. *El precontrato*, Montecorvo, Madrid, 1982.
83. RUGGIERO, Roberto. *Instituciones de derecho civil*. trad. de Ramón Serrano Suñer y José Santa-Cruz Tejeiro. Tomo II, vol. Primero y tomo IV, vol. segundo, Reus, Madrid, España, 1952.
84. SALVAT, Raymundo. *Tratado de derecho civil argentino*. 6a. ed. (Nueve volúmenes). Tipografía Editora Argentina, Buenos Aires, Argentina, 1952.
85. SEREBROUSKY, V.; JÁLFINA R. y otros. *Fundamentos del derecho soviético*, trad. de Echenique, Ediciones en Lenguas Extranjeras, Moscú, 1962.
86. STAMMLER, Rudolf. *Tratado de filosofía del derecho*, Reus, Madrid, España, 1930.
87. TÉLLEZ VALDÉS, Julio. *Contratos informáticos*, UNAM, México, 1988.
88. TERÁN MATA, Manuel. *Filosofía del derecho*, Porrúa, México, 1970.
89. TRABUCCHI, Alberto. *Instituciones de derecho civil*, *Revista de Derecho Privado*, dos tomos, Madrid, 1967.
90. TREVIÑO GARCÍA, Ricardo. *Contratos civiles y sus generalidades*, Librería Font, Guadalajara, México, 2a. ed., 1975.
91. TREVIÑO GARCÍA, Ricardo. *Epítome de los contratos*, McGraw-Hill, México, 1994.
92. URITE, Ernesto A. *Mandato y representación*, 2a. ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1986.
93. WAYAR, Ernesto C. *Compraventa y permuta*, Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1984.
94. ZAMORA VALENCIA, Miguel Ángel. *La compraventa de cosa ajena*, artículo publicado en el "Libro del cincuentenario del Código Civil", Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 1978.

II. LEGISLACIÓN

1. Código Civil alemán.
2. Código Civil argentino.
3. Código Civil brasileiro.
4. Código Civil español.
5. Código Civil francés.
6. Código Civil italiano.
7. Código Civil mexicano de 1870.
8. Código Civil mexicano de 1884.
9. Código Civil mexicano de 1928.
10. Código Civil peruano.
11. Código de Comercio mexicano.
12. Código Fiscal de la Federación.

13. Código Penal mexicano.
14. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
15. Jurisprudencia 1917-1975. Apéndice al *Seminario Judicial de la Federación*. 4a. Parte. Tercera Sala. Edic. Mayo Editora, S. de R. L., México, 1975.
16. Ley de Hacienda del Departamento del Distrito Federal.
17. Ley de Nacionalidad.
18. Ley del Impuesto al Valor Agregado.
19. Ley del Impuesto sobre Adquisición de Inmuebles.
20. Ley del Impuesto sobre la Renta y su Reglamento.
21. Ley General de Población.
22. Ley de Inversión Extranjera y su Reglamento.
23. Ley reglamentaria del Artículo 5o Constitucional relativo al ejercicio de las profesiones en el Distrito Federal.
24. Ley Federal de Turismo.
25. Ley de Asociaciones Religiosas.
26. Ley General de Población.
27. Ley de Navegación.
28. Ley de Protección al Consumidor.
29. Ley de Condominio.
30. Ley General de Asentamientos Humanos.

ÍNDICE ALFABÉTICO

- Abandono de bienes, 467
- Acción estimatoria, 115
- Acto jurídico, 3
- Acto monosubjetivo, 79
- Acto Plurisubjetivo, 14
- Administración de las asociaciones, 387
- Administración de las sociedades, 399
- Anatocismo, pacto de, 176
- Aparcería agrícola, 387
- Aparcería de Ganados, 387
- Aparcería rural, 387
- Apuesta, 391
- Arraha danda, pactum de, 471
- Arras, 499
- Arrendamiento, 258
- Arrendamiento administrativo, 179
- Arrendamiento financiero, 179
- Arrendamiento mercantil, 181
- Asociación civil, 357
- Asociación en participación, 371

- Beneficio de división, 416
- Beneficio de excusión, 414
- Beneficio de orden, 414
- Bien consumible por su primer uso, 171
- Bien fungible, 171
- Bien futuro, 151
- Bien presente, 151

- Caducidad, 417
- Capacidad, 21
- Capacidad de ejercicio, 21
- Capacidad de goce, 21
- Capacidad especial, 23
- Capacidad general, 23
- Capital, 375

- Capitulaciones matrimoniales, 471
- Censo, 474
- Censo consignativo, 475
- Censo enfiteúutico, 475
- Censo reservativo, 477
- Claudicante, contrato, 478
- Colonato, 478
- Comiso, 478
- Comodato, 261
- Comprador, pacto de mejor, 478
- Compraventa, 95
- Compraventa a vistas, 129
- Compraventa con pacto de no vender a determinada persona, 124
- Compraventa con pacto de preferencia, 124
- Compraventa con reserva de dominio, 120
- Compraventa de cosa ajena, 104
- Compraventa de cosa esperada, 128
- Compraventa de cosa futura, 128
- Compraventa de esperanza, 403
- Compraventa en abonos, 122
- Compraventa judicial, 132
- Compraventa por acervo, 131
- Compraventa sobre muestras, 130
- Concepto, 508
- Conceptos jurídicos fundamentales, 6
- Concesión, 478
- Condición, 82
- Consecuencias de derecho, 6
- Consentimiento, 15
- Consortio, contrato de, 479
- Constitutum possessorium*, 113
- Contrato accesorio, 64
- Contrato aleatorio, 79, 398
- Contrato bilateral, 85

- Contrato combinado, 70
 Contrato como acto jurídico, 6
 Contrato como norma jurídica, 8
 Contrato, concepto, 5, 6
 Contrato conmutativo, 61
 Contrato consensual, 19, 61
 Contrato de doble tipo, 68
 Contrato de garantía, 407
 Contrato de obra a precio alzado, 345
 Contrato de hospedaje, 351
 Contrato de tracto sucesivo, 65
 Contrato formal, 19, 61
 Contrato gratuito, 59
 Contrato innominado, 68
 Contrato instantáneo, 65
 Contrato mixto, 68
 Contrato nominado, 66
 Contrato oneroso, 59
 Contrato principal, 64
 Contrato real, 63
 Contrato solemne, 19, 61
 Contrato unilateral, 57
 Contrato unión, 70
 Contrato unión alternativos, 71
 Contrato unión con dependencia bilateral, 70
 Contrato unión con dependencia unilateral, 71
 Culpa, 477
- Decreto de prórroga, 236
 Depósito, 267, 505
 Depósito de garantía, 277
 Depósito administrativo, 276
 Depósito irregular, 277
 Depósito judicial, 276
 Depósito mercantil, 275
 Derecho de enajenación, 427, 438
 Derecho de persecución, 427, 438
 Derecho de preferencia, 427, 439
 Derecho de preferencia por el tanto, 200
 Derecho del tanto, 215, 234
 Disolución, 368
 Distrato, 478
 Dolo, 27
- Domicilio, 365, 379
 Donación, 146
 Donación ante nupcial, 164
 Donación a título particular, 165
 Donación a título universal, 165
 Donación con derecho de acrecer, 166
 Donación condicional, 163
 Donación entre consortes, 163
 Donación *mortis causa*, 164
 Donación onerosa, 162
 Donación pura y simple, 162
 Donación remuneratoria, 163
- Efectos de la obligación, 84
 Efectos del contrato, 81
 Elemento, 13
 Elementos del contrato, 13
 Enfiteusis, 478
 Error, 27
 Estado personal, 365
 Estado político, 365
 Estimatorio, contrato, 481
 Evicción, 115
- Fianza, 417
 Fianza civil, 412
 Fianza convencional, 410
 Fianza gratuita, 410
 Fianza judicial, 410
 Fianza legal, 410
 Fianza mercantil, 410
 Fianza onerosa, 410
 Finalidades de las asociaciones, 368
 Finalidades de las sociedades, 381
 Fines, 30
 Forma del contrato, 17
- Hecho jurídico, 7
 Hipoteca, 431
 Hipoteca de propietario, 441
 Hipoteca inmobiliaria, 441
 Hipoteca mobiliaria, 441
 Hipoteca necesaria, 440
 Hospedaje, 351
- “Incapacidad absoluta”, 272

- "Incapacidad no absoluta", 272
 Ineficacia absoluta, 280
 Inmatriculación, 482
 Inoficiocidad de las donaciones, 161

Joint venture, contrato de, 483
 Juego, 391

 Lactancia, contrato de, 481
 Laudemio, 482
 Lesión, 29
 Legitimación, 482
 Libertad contractual, 119
 Liberalidad, 145
 Licitud, 32
 Liquidación, 370

 Mandato, 279, 506
 Mandato civil, 291
 Mandato con representación, 291
 Mandato gratuito, 291
 Mandato mercantil (comisión mercantil), 291
 Mandato oneroso, 291
 Mandato sin representación, 291
 Meteorito, 486
 Minuta, 487
 Modalidad, 82
 Mohatra, 487
 Motivos, 33
 Mutuo, 169

 Negocio jurídico, 7
 Nodrizaje, contrato de, 487
 Nombre, 365, 379
 Notario, 487
 Nulidad, 408, 487
 Nulidad de actos jurídicos, 487
 Nulidad de pleno derecho, 490

 Objeto, 15
 Objeto directo, 15
 Objeto indirecto, 15
 Obligatoriedad del contrato, 9
 Obra a precio alzado, 345

 Pacto comisorio, 428, 440
 Pacto concisorio, 439
 Pactos sucesorios, 490
Pactum in diem addictio. Pactum Addictiones in diem, 490
 Patente, 491
 Patrimonio, 366, 380
 Permuta, 135
 Poder, 281
 Poder especial, 292
 Poder general, 292
 Poder Judicial, 295
 Poder no revocable, 293
 Poder revocable, 293
 Posesión, 505
 Precario, 491
 Precio, 116
 Prenda, 419
 Prescripción, 417, nota 8
 Prestación de servicios profesionales, 335
 Presupuestos del contrato, 21
 Promesa, 75
 Prórroga forzosa, 232

Rebus sic stantibus, cláusula, 492
 Renta vitalicia, 397
 Representación, 279
 Representación legal, 281
 Representación voluntaria, 282
 Rescisión, 199, 495, 496
 Resolución, 118, 497, 498
 Responsabilidad precontractual, 499
 Retención, derecho de, 504
 Retracto, 510
 Retroventa, 511
 Reventa, pacto de, 511
 Revocación, 159, 511
 Revocación de las donaciones, 159

 Saneamiento, 139
 Secuestro convencional, 276
 Servicio público, 513
 Sociedad civil, 375
 Sociedades extranjeras, 385
 Subarrendamiento, 200

- Superficie, derecho de, 514
Supuesto jurídico, 9
- Tácita reconducción, 200
Término, 79
Tiempo compartido, 543
Transacción, 443
Transmisión de propiedad, 97, 109
- Vicios en el consentimiento, 28
Vicios ocultos, 114
Violencia, 30
Voluntad, 3
- Zona prohibida, 106

ÍNDICE

	<i>Pág.</i>
NOTA PRELIMINAR	XI
PRÓLOGO	XIII

PARTE PRIMERA

TEORÍA GENERAL

CAPÍTULO I

EL CONCEPTO DE CONTRATO

SUMARIO: I. Aspecto general.—II. El concepto de contrato en Derecho mexicano.—III. Diversas acepciones del término contrato: 1. El contrato como acto jurídico. 2. El contrato como norma jurídica.—3. El contrato como documento	3
---	---

CAPÍTULO II

LOS ELEMENTOS DEL CONTRATO

SUMARIO: I. El consentimiento.—II. El objeto.—III. La forma.	13
--	----

CAPÍTULO III

LOS PRESUPUESTOS DEL CONTRATO

SUMARIO: 1. La capacidad.—II. La ausencia de vicios en el consentimiento: 1. El error.—2. El dolo.—3. La violencia.—4. La lesión.—III. La licitud en el objeto, motivo o fin.	21
---	----

CAPÍTULO IV

LA INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO

SUMARIO: I. El concepto de la Interpretación.—II. La interpretación del con-	
--	--

trato: 1. La interpretación para comprender las circunstancias en que se originó el contrato. 2. La interpretación como necesidad de comprender la intención de las partes en la celebración del contrato. 3. La interpretación para determinar el alcance y límites de las cláusulas contractuales. 4. La interpretación para indagar si el contrato se ajusta a las disposiciones legales y a los principios generales del derecho.—III. Las reglas para le interpretación de los contratos de Pothier.	35
---	----

CAPÍTULO V

LA CLASIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS

SUMARIO: 1. Los contratos unilaterales y bilaterales.—II. Los contratos onerosos y gratuitos.—III. Los contratos conmutativos y aleatorios.—IV. Los contratos solemnes, formales y consensuales.—V. Los contratos reales y consensuales.— VI. Los contratos principales y accesorios.—VII. Los contratos instantáneos y de tracto sucesivo.—VIII. Los contratos nominados e innominados: 1. Los contratos mixtos: en sentido estricto, de doble tipo y combinados.—2. Los contratos unión: con dependencia bilateral, con dependencia unilateral y alternativos.—IX. La clasificación del Código Mexicano.	57
--	----

PARTE SEGUNDA

LOS CONTRATOS EN PARTICULAR

TÍTULO PRIMERO

EL CONTRATO PREPARATORIO

CAPÍTULO VI

EL CONTRATO DE PROMESA

SUMARIO: I. El Concepto.—II. Las características.—III. La distinción con otras figuras afines: 1. Con el acto unilateral. 2. Con el contrato bajo modalidad término.—3. Con el contrato bajo condición suspensiva y 4. Con el contrato definitivo.—IV. La clasificación.—V. Los elementos: 1. El consentimiento.—2. El objeto.—3. La forma.—VI. Los presupuestos: 1. La capacidad.—2. La ausencia de vicios en el consentimiento y la licitud.—VII. Las consecuencias: Las obligaciones de los promitentes.—VIII. Las causas de terminación.	75
--	----

TÍTULO SEGUNDO

LOS CONTRATOS TRANSLATIVOS DE DOMINIO

CAPÍTULO VII

EL CONTRATO DE COMPRAVENTA

SUMARIO: 1. El concepto.—II. Las características.—III. La clasificación.—IV.	
--	--

Los elementos: 1. El consentimiento.—2. El objeto.—3. La forma.—V. Los presupuestos: 1. La capacidad.—2. La ausencia de vicios en el consentimiento y la licitud.—VI. Las consecuencias: 1. Respecto al objeto.—2. Respecto a las partes: A. Las obligaciones del vendedor y del comprador.—B. Los derechos del vendedor y del comprador.—VII. Algunas cláusulas especiales que pueden ser incorporadas al contrato y que lo califican como compraventa: 1. Con reserva de dominio.—2. En abonos.—3. Con pacto de preferencia.—4. Con pacto de no vender a determinada persona.—5. De esperanza.—6. De cosa esperada.—7. De cosa futura.—8. A vistas.—9. Sobre muestras.—10. Por acervo: y 11. Judicial. 95

CAPÍTULO VIII

EL CONTRATO DE PERMUTA

SUMARIO: I. El concepto.—II. Las características.—III. La aplicación de la mayor parte de las reglas de la compraventa a este contrato.—IV. La clasificación.—V. Los elementos: 1. El consentimiento.—2. El objeto.—3. La forma.—VI. Los presupuestos: 1. La capacidad.—2. La ausencia de vicios en el consentimiento y la licitud.—VII. Las consecuencias: 1. Respecto al objeto.—2. Respecto a las partes. 135

CAPÍTULO IX

EL CONTRATO DE DONACIÓN

SUMARIO: I. El concepto.—II. Las características.—III. La clasificación.—IV. Los elementos: 1. El consentimiento.—2. El objeto.—3. La forma.—V. Los presupuestos: 1. La capacidad.—2. La ausencia de vicios en el consentimiento y la licitud.—VI. Las consecuencias: 1. En relación al objeto.—2. En relación al donante.—3. En relación al donatario.—VII. Las causas de revocación.—VIII. La inoficiosidad de las donaciones.—IX. Las clases de donaciones: 1. Puras y simples.—2. Las onerosas.—3. Las remuneratorias.—4. Las condicionales.—5. Las entre consortes.—6. Las antenupciales.—7. Las *mortis causa*.—8. Las a título particular y a título universal.—9. La donación con derecho de acrecer. 145

CAPÍTULO X

EL CONTRATO DE MUTUO

SUMARIO: I. El concepto.—II. Las características.—III. La clasificación.—IV. Los elementos: 1. El consentimiento.—2. El objeto.—3. La forma.—V. Los presupuestos: 1. La capacidad.—2. La ausencia de vicios en el consentimiento y la licitud.—VI. Las consecuencias: 1. Respecto al objeto.—2. Respecto a los contratantes: A. Las obligaciones del mutuante.—B. Las obligaciones del mutuatario.—VII. Los derechos o defensas que la ley otorga al mutuatario en los contratos de mutuo con interés. 169

TÍTULO TERCERO
LOS CONTRATOS TRANSLATIVOS DE USO

CAPÍTULO XI
EL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO

SUMARIO: I. El concepto.—II. Las características.—III. La clasificación.—IV. Los elementos: 1. El consentimiento.—2. El objeto.—3. La forma.—V. Los presupuestos: 1. La capacidad.—2. La ausencia de vicios en el consentimiento y la licitud.—VI. Las consecuencias: 1. Las obligaciones de las partes: A. Las obligaciones del arrendador.—B. Las obligaciones del arrendatario.—2. Los derechos especiales del arrendatario.—3. La tácita reconducción.—VII. El subarrendamiento.—VIII. Las causas de terminación del contrato.—IX. Del arrendamiento de fincas urbanas destinadas a la habitación. 179

APÉNDICE NÚMERO UNO DEL CAPÍTULO XI
REFORMAS AL ARRENDAMIENTO DEL AÑO DE 1985

SUMARIO: I. Antecedentes.—II. Permanencia de las reformas del año 1985.—III. Normas de orden público e interés social.—IV. Requisitos de higiene y salubridad.—V. Duración mínima del contrato.—VI. Renta en moneda nacional.—VII. Plazo para el pago de la renta.—VIII. Forma del contrato.—IX. Registro del contrato.—X. Muerte del arrendador o del arrendatario.—XI. Derecho del tanto.—XII. Necesidad de transcribir las disposiciones del código en los contratos que se celebren.—XIII. Decreto de prórroga de 1948.. 223

APÉNDICE NÚMERO DOS DEL CAPÍTULO XI
DECRETOS RELACIONADOS CON EL CONTRATO
DE ARRENDAMIENTO

SUMARIO: I. Decreto publicado en el *Diario Oficial* del 7 de febrero de 1985.—II. Decreto publicado en el *Diario Oficial* del 21 de julio de 1993.—III. Decreto publicado en la Gaceta Oficial del D. F. del 16 de enero de 2003.—IV. Decreto publicado en el *Diario Oficial* del 30 de diciembre de 1948.—V. Decreto publicado en el *Diario Oficial* del 30 de diciembre de 1992. 239

CAPÍTULO XII
EL CONTRATO DE COMODATO

SUMARIO: I. El concepto.—II. Las características.—III. La clasificación.—IV. Los elementos: 1. El consentimiento.—2. El objeto.—3. La forma.—V. Los presupuestos: 1. La capacidad.—2. La ausencia de vicios en el consentimiento y la licitud.—VI. Las consecuencias: 1. Las obligaciones del comodante.—2. Las obligaciones del comodatario.—VII. Las causas de terminación. . . . 261

TÍTULO CUARTO
LOS CONTRATOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS

CAPÍTULO XIII
EL CONTRATO DE DEPÓSITO

SUMARIO: I. El concepto.—II. Las características.—III. La clasificación.—IV. Los elementos: 1. El consentimiento.—2. El objeto.—3. La forma.—V. Los presupuestos: 1. La capacidad.—2. La ausencia de vicios en el consentimiento y la licitud.—VI. Las consecuencias: 1. Las obligaciones del depositante.—2. Las obligaciones del depositario.—VII. Las causas de terminación.—VIII. Las clases. 269

CAPÍTULO XIV
EL CONTRATO DE MANDATO

SUMARIO: I. El concepto.—II. Las características.—III. La distinción con otras figuras afines: 1. El mandato y la representación.—2. El mandato y el poder.—3. El mandato y el contrato de prestación de servicios profesionales.—VI.—La clasificación.—V.—Los elementos: 1. El consentimiento.—2. El objeto.—3.—La forma.—VI.—Los presupuestos: 1. La capacidad.—2. La ausencia de vicios en el consentimiento y la licitud.—VII. Las consecuencias: 1. Las obligaciones del mandante.—2. Las obligaciones del mandatario.—VIII. Las causas de terminación.—IX. Las clases de mandatos: 1. Mandatos gratuitos y onerosos.—2. Mandatos con representación y no representativos.—3. Mandatos civiles y mercantiles.—X. Clases de poderes: 1. Poderes generales y especiales.—2. Poderes revocables e irrevocables.—3. El poder judicial.—XI. Contrato celebrado a nombre de otro por quien no es su representante.—XII. Ejemplos de mandatos y de poderes. 279

APÉNDICE NÚMERO UNO DEL CAPÍTULO XIV
PODERES PARA ACTOS ADMINISTRATIVOS
ALCANCE Y LÍMITES

SUMARIO: I. Planteamiento del Tema.—II. Precisión del Tema.—III. Poderes Especiales y Generales.—IV. Precisión del concepto de acto de Administración. A. Por el tipo de patrimonio. B. Por las universalidades de hecho. C. Por exclusión.—V. Actos de Pleitos y Cobranzas. A. Alcance. B. Límites.—VI. Actos de Dominio.—A. Alcance. B. Límites.—VII. Actos de Administración.—VIII. Facultades implícitas.—IX. Redacción de poderes.—X. Facultades de los administradores de las personas morales.—XI. Conclusiones. 303

APÉNDICE NÚMERO DOS DEL CAPÍTULO XIV
LA GESTIÓN DE NEGOCIOS AJENOS

SUMARIO: I. Concepto.—II. Naturaleza jurídica.—III. Requisitos.—IV. Obliga-

ciones del gestor.—V. Obligaciones del dueño.—VI. Diferencia con la actuación a nombre de otro por quien no es su representante. 323

CAPÍTULO XV

EL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES

SUMARIO: I. El concepto.—II. Las características.—III. Diversas clases del contrato: A. El contrato llamado de Iguala.—B. El contrato llamado de “cuota litis”.—C. El contrato llamado de “reserva profesional”.—IV. La clasificación.—V. Los elementos: 1. El consentimiento.—2. El objeto.—3. La forma.—VI. Los presupuestos: 1. La capacidad.—2. La ausencia de vicios en el consentimiento y la licitud.—VII. Las consecuencias: 1. Las obligaciones del profesional.—2. Las obligaciones del cliente.—3. Pluralidad de partes.—VIII. Las causas de terminación. 335

CAPÍTULO XVI

EL CONTRATO DE OBRA A PRECIO ALZADO

SUMARIO: I. El concepto.—II. Las características.—III. Las diferencias con otros contratos.—IV. La clasificación.—V. Los elementos: 1. El consentimiento.—2. El objeto.—3. La forma.—VI. Los presupuestos: 1. La capacidad.—2. La ausencia de vicios en el consentimiento y la licitud.—VII. Las consecuencias: 1. Las obligaciones del empresario.—2. Las obligaciones del dueño.—VIII. Las causas de terminación. 345

CAPÍTULO XVII

EL CONTRATO DE HOSPEDAJE

SUMARIO: I. El concepto.—II. Las características.—III. La clasificación.—IV. Los elementos: 1. El consentimiento.—2. El objeto.—3. La forma.—V. Los presupuestos: 1. La capacidad.—2. La ausencia de vicios en el consentimiento y la licitud.—VI. Las consecuencias: 1. Las obligaciones del hostelero.—2. Las obligaciones del huésped.—VII. Las causas de terminación. 351

TÍTULO QUINTO

LOS CONTRATOS ASOCIATIVOS

CAPÍTULO XVIII

EL CONTRATO DE ASOCIACIÓN CIVIL

SUMARIO: I. El concepto.—II. Las características.—III. La clasificación.—IV. Los elementos: 1. El consentimiento.—2. El objeto.—3. La forma.—V. Los presupuestos: 1. La capacidad.—2. La licitud.—3. La ausencia de vicios en el consentimiento.—VI. Las consecuencias: 1. La creación de una persona moral: A. Sus atributos.—B. Su patrimonio.—C. Su finalidad.—D. Su administra-

ción.—E. La posibilidad de admisión y exclusión de asociados.—F. Los derechos y obligaciones de los asociados.—2. Las obligaciones de los contratantes.—VII. Las causas de disolución y liquidación.—VIII. Las distinciones con otras figuras afines. 357

CAPÍTULO XIX

EL CONTRATO DE SOCIEDAD CIVIL

SUMARIO: I. El concepto.—II. Las características.—III. La distinción con otras figuras afines.—IV. La clasificación.—V. Los elementos: 1. El consentimiento.—2. El objeto.—3. La forma.—VI. Los presupuestos: 1. La capacidad.—2. La licitud.—3. La ausencia de vicio en la voluntad.—VII. Las consecuencias: 1. La creación de una persona moral: A. Sus atributos.—B. El capital social.—C. Su finalidad.—D. Su administración.—E. La posibilidad de admisión y exclusión de socios.—F. Los derechos y obligaciones de los socios.—2. Las obligaciones de los contratantes.—VIII. Las causas de disolución y liquidación.—IX. Las sociedades extranjeras. 375

CAPÍTULO XX

EL CONTRATO DE APARCERÍA RURAL

SUMARIO: I. El concepto.—II. Las características.—III. La clasificación.—IV. Los elementos: 1. El consentimiento.—2. El objeto.—3. La forma.—V. Los presupuestos: 1. La capacidad.—2. La ausencia de vicios en el consentimiento y la licitud.—VI. Las consecuencias: 1. Las obligaciones del dueño.—2. Las obligaciones del aparcero.—VII. Las causas de terminación. 387

TÍTULO SEXTO

LOS CONTRATOS ALEATORIOS

CAPÍTULO XXI

LOS CONTRATOS DE JUEGO Y APUESTA

SUMARIO: I. El concepto.—II. Las características.—III. La clasificación.—IV. Los elementos: 1. El consentimiento.—2. El objeto.—3. La forma.—V. Los presupuestos: 1. La capacidad.—2. La licitud.—3. La ausencia de vicios en el consentimiento. VI. Las consecuencias. 391

CAPÍTULO XXII

EL CONTRATO DE RENTA VITALICIA

SUMARIO: I. El concepto.—II. Las características.—III. La clasificación.—IV. Los elementos: 1. El consentimiento.—2. El objeto.—3. La forma.—V. Los presupuestos: 1. La capacidad.—2. La ausencia de vicios en el consentimiento y la licitud.—VI. Las consecuencias: 1. Las obligaciones del deudor de la renta.—2. Las obligaciones de quien transmite el bien.—3. Los derechos del pensionista. VII.—Las causas de terminación. 397

CAPÍTULO XXIII

EL CONTRATO DE COMPRAVENTA DE ESPERANZA

SUMARIO: I. El concepto.—II. Las características. III. Las normas aplicables. 403

TÍTULO SÉPTIMO

LOS CONTRATOS DE GARANTÍA

CAPÍTULO XXIV

EL CONTRATO DE FIANZA

SUMARIO: I. El concepto.—II. Las características.—III. Las clases de fianzas.—IV. La clasificación.—V. Los elementos: 1. El consentimiento.—2. El objeto.—3. La forma.—VI. Los presupuestos: 1. La capacidad.—2. La ausencia de vicios en el consentimiento y la licitud.—VII. Las consecuencias: 1. Las derivadas directamente para las partes por la celebración del contrato.—A. La obligación para el fiador.—B. Los derechos del fiador.—a) Beneficio de orden.—b) Beneficio de la excusión.—c) Excepciones que puede oponer.—2. Las derivadas indirectamente.—A. Los derechos del fiador ante el deudor.—B. El beneficio de división.—VIII. Las causas de extinción.—IX. La caducidad. 407

CAPÍTULO XXV

EL CONTRATO DE PRENDA

SUMARIO: I. El concepto.—II. Las características.—III. La clasificación.—IV. Los elementos: 1. El consentimiento.—2. El objeto.—3. La forma.—V. Los presupuestos: 1. La capacidad.—2. La ausencia de vicios en el consentimiento y la licitud.—VI. Las consecuencias: 1. Los derechos del acreedor.—2. Las obligaciones del acreedor.—3. Los derechos del deudor.—4. Las obligaciones del deudor.—VII. Las causas de extinción. 419

CAPÍTULO XXVI

EL CONTRATO DE HIPOTECA

SUMARIO: I. El concepto.—II. Las características.—III. La clasificación.—IV. Los elementos: 1. El consentimiento.—2. El objeto.—3. La forma.—V. Los presupuestos: 1. La capacidad.—2. La ausencia de vicio en el consentimiento y la licitud.—VI. Las consecuencias: 1. Los derechos del acreedor.—2. Las obligaciones del deudor.—3. Los derechos de deudor.—VII. Las clases de hipotecas.—VIII. La duración y la prórroga de la hipoteca.—IX. Las causas de extinción. 431

TÍTULO OCTAVO
EL CONTRATO DE AFIRMACIÓN DE DERECHOS

CAPÍTULO XXVII
EL CONTRATO DE TRANSACCIÓN

SUMARIO: I. El concepto.—II. Las características.—III. La clasificación.—IV. Los elementos: 1.—El consentimiento.—2. El objeto.—3. La forma.—V. Los presupuestos: 1. La capacidad.—2. La licitud.—3. La ausencia de vicios en el consentimiento.—VI. Las consecuencias: 1. Creación de obligaciones.—2. Efectos extintivos.—3. Efectos declarativos.—4. Efectos traslativos. 443

APÉNDICE NÚMERO UNO
EL REGISTRO PÚBLICO DE LA PROPIEDAD

SUMARIO: I. El concepto.—II. La publicidad registral.—III. La materia de las inscripciones: A. Los bienes inmuebles.—B. Los bienes muebles.—C. Las personas morales.—IV. Los documentos registrables y su calificación.—V. La función registral: A. La rogación del servicio.— B. La necesidad del antecedente.—C. Las anotaciones preventivas.—D. Las inscripciones.—E. Las anotaciones de rectificación.—VI. Los efectos: A.—De las inscripciones: a). Respecto de inmuebles.—b). Respecto de muebles.—c). Respecto de personas morales.—B. De las anotaciones preventivas.—VII. Los asientos de cancelación: A. De las anotaciones preventivas.—B. De las inscripciones.—C. Cancelaciones totales y parciales. 459

APÉNDICE NÚMERO DOS
GLOSARIO CONTRACTUAL

Abandono de bienes	467
Arras	469
<i>Arraha danda, pactum de</i>	471
Capitulaciones matrimoniales	471
Censo	473
Censo consignativo	474
Censo enfiteúutico	474
Censo reservativo	476
Claudicante, contrato	477
Colonato	477
Comiso	477
Comprador, pacto de mejor	477
Concesión	477
Consortio, contrato de	478
Culpa	479
Distrato	480
Enfiteusis	480

Estimatorio, contrato	480
Ineficacia absoluta	480
Inmatriculación	482
<i>Joint venture</i> , contrato de	482
Lactancia, contrato de	483
Laudemio	483
Legitimación.	483
Meteorito	485
Minuta	486
Mohatra	486
Nodrizaje, contrato de	487
Notario	487
Nulidad de los actos jurídicos	487
Nulidad.	489
Nulidad de pleno derecho	490
Pactos sucesorios	490
<i>Pactum in diem addictio. Pactum additiones in diem</i>	490
Patente	491
Precario	491
<i>Rebus sic stantibus</i> , cláusula	492
Rescisión	495
Rescisión	496
Resolución	497
Resolución	498
Responsabilidad precontractual	499
Retención, derecho de	504
Retracto	506
Retroventa	511
Reventa, pacto de	511
Revocación	511
Servicio público	513
Superficie, derecho de	513

APÉNDICE NÚMERO TRES

ADAGIOS, MÁXIMAS Y AXIOMAS
EN MATERIA CONTRACTUAL

521

APÉNDICE NÚMERO CUATRO

EL DERECHO DEL TANTO DE LOS
ARRENDATARIOS DE CASA HABITACIÓN
Y LA INTERVENCIÓN NOTARIAL

SUMARIO: I. Otorgamiento del Derecho.—II. Concepto del Derecho del tanto.—III. Justificación del Derecho.—IV.—Significado y operatividad del Derecho del tanto.—V. Necesidad de acatar el precepto.—VI. Forma de Ejerci-

cio.—VII. Notificación indubitable.—VIII. Convenio entre arrendador y tercero.—IX. Tratos previos.—X. Naturaleza jurídica de la notificación.—XI. Renuncia del Derecho del tanto.—XII. Derecho del tanto imposible de cumplir.—XIII. Venta de derechos de copropiedad.—XIV. Aceptación de la politización por parte de varios arrendatarios.—XV. Conclusiones. 525

APÉNDICE NÚMERO CINCO

EL SISTEMA DE TIEMPO COMPARTIDO

SUMARIO: I. Introducción.—II. Significados del término tiempo compartido.—III. Dificultades en la reglamentación de la figura.—IV. Diferente regulación del inmueble y del servicio.—V. Presupuestos del sistema: A. Un inmueble. B. Un contrato. C. Una reglamentación.—VI. Motivaciones del tiempo compartido.—VII. Formas de constitución: 1. La copropiedad. 2. Las asociaciones o sociedades: A. Asociaciones civiles. B. Sociedades Civiles. C. Sociedades Mercantiles. 3. Servicio hotelero. 4. La concesión sólo del uso. 5. El fideicomiso.—VIII. Concepto.—IX. Tiempo compartido respecto de muebles.—X. Derechos y obligaciones de las partes.—XI. Necesidad de una reglamentación civil.—XII. Propuesta de articulado para la reglamentación del sistema. XIII.—Norma Oficial Mexicana NOM-029-SCFI-1998 Prácticas Comerciales-Requisitos informativos para la comercialización de tiempo compartido.. 545

APÉNDICE NÚMERO SEIS

DOCUMENTO HISTÓRICO CULTURAL COMPRAVENTA DE ESCLAVO

. 583

APÉNDICE NÚMERO SIETE

LOS ACTOS SIMULADOS Y LAS ACCIONES PAULIANA Y SUBROGATORIA

. 595

APÉNDICE NÚMERO OCHO

ESTUDIOS JURÍDICOS

. 605

APÉNDICE NÚMERO NUEVE

EXCESIVA ONEROSIDAD SOBREVINIENTE

. 615

APÉNDICE NÚMERO DIEZ
SOLIDARIDAD, INDIVISIBILIDAD Y SUBROGACIÓN
DE LAS OBLIGACIONES

.	621
BIBLIOGRAFÍA	631
ÍNDICE ALFABÉTICO	637

Esta obra se terminó de componer, imprimir y encuadernar
el 22 de abril de 2012 en los talleres de
CASTELLANOS IMPRESIÓN, SA de CV,
Ganaderos 149, col. Granjas Esmeralda,
09810, Iztapalapa, México, DF