JAVIER ARCE GARGOLLO

CONTRATOS MERCANTILES ATÍPICOS

DECIMOCUARTA EDICIÓN



EDITORIAL PORRÚA
AV REPÚBLICA ARGENTINA. 15
MÉXICO. 2010

Primera edición, 1985

Derecho» reservados © 2010, por
Javier ARCE GAROOU.O
Av. Insurgentes Sur 1605 - Piso 11
Col. San José Insurgente»
03900 México. D. F.

I a» características de esta edición son propiedad de
EDITORIAL PORRÚA, S. A. de C.V. — 8
Av. República Argentina, 15, 06020 México, D F.

Queda hecho el depósito que marca la ley

ISBN 978-607-9-00100-1

IMPRESO EN MÉXICO
PRINTED IN MEXICO

A María Teresa, naturalmente

ADVERTENCIA A ESTA EDICIÓN

Con relación a la anterior edición, esta nueva publicación tiene unos cambios importantes en los capítulos relativos a los contratos de arrendamiento financiero y de factoraje. Kstas adecuaciones consisten en el análisis de estos contratos con relación a las disposiciones que ai tualmente los regulan y que se contienen en la I.ey Cicneral de I nulos y Operaciones de ('rédito, que permiten que estas operaciones puedan celebrarse "en forma habitual y profesional por cualquier persona sin necesidad de requerir autorización del Gobierno Federal".

Se hicieron, también, algunas adiciones y correcciones a textos de algunos capítulos, como la mención a unas tesis judiciales en materia de arrendamiento financiero y al contrato de agencia

Espero que esta obra, hoy actualizada, siga siendo un buen manual de contratos meicantiles.

EL AUTOR

Julio de 2010

PRÓLOGO A LA TERCERA EDICIÓN

Esta obra lia sido nuevamente escrita. A más de diez años de la primera edición de *Contratos Mercantiles Atípicas,* los temas orígínalmente tratados han sido revisados y reflexionados, muchos de ellos, bajo otros matices. La sustancia del libro en su versión primera es. SIII embargo, la misma; como también es muy similar el método de su estudio.

A partir de la segunda edición (1989) el texto se ha reimpreso en varias ocasiones, pues desde esas fechas he iniciado su profunda revisión.

En la práctica de los negocios, una importante cantidad de los contratos que se celebran cotidianamente son atípicos y, muchos de ellos, mercantiles. Y todo esto, que es normal en el Derecho, tiene muchas razones que lo explican y que, de algún modo, se datan en el texto. Algunas de estas causas son: la aparición de nuevos hechos y cosas objeto del contrato, la creatividad de los hombres de negocios, la influencia de la economía de los Kstados Unidos de América y el proceso lento de las legislaciones para adaptar nuevas normas a la cambiante realidad de la sida económica, política y social.

las disposiciones del Derecho mercantil que hoy rigen a México, y quizá a otros países del mundo, han variado en forma muy importante en estos años. Hoy nos enfrentamos a un Derecho mercantil que abarca nuevas materias de regulación con una normativa más abierta, más internacional y, quizá, menos rígida; pero, también, un Derecho con otras preocupaciones como la armonización de sus normas con las de otros ordenamientos, la competencia económica, la protección al consumidor o la solución de conflictos Esto, necesariamente, me ha obligado a rehacer buena parte de este libro.

En general, puedo decir que los cambios más importantes para esta nueva edición son: los capítulos sobre las obligaciones y el contrato mercantiles (I y II) se han ampliado considerablemente con temas nuevos; el capítulo III se revisó conforme a la nueva LPC (es éste, quizá, un capítulo demasiado amplio para un libro sobre contratos). En el estudio particular de cada contrato he procurado

hacer menos referencia a disposiciones de otros Derechos o a opiniones doctrínales, para hacer más ágil la exposición de la figura comí actual. Estas referencias se hacen al pie de página. Se cita nueva y más reciente bibliografía, así como precedentes judiciales mas escogidos. Como contratos nuevos sólo se estudia, por ahora, al de franquicia.

I* II algunos puntos he cambiado mi opinión respecto a ediciones anteriores, lo que creo que es válido. El estilo es más directo y he tratado de ser más preciso v claro en la terminología utilizada.

En el año de 1989 dos importantes sucesos cambiaron, para siempre, mi vida. Ese año nació mi hija *Ana Isabel* que enriqueció el sentido de mi vivir. Y ese año, también, murió mi padre: *José Arce y Cervantes* —jurista, notario y autor—, quien revisó el primer provecto de esta obra y le hizo valiosas observaciones. Naturalmente, el libro sigue dedicado a *María Teresa.*

Desearía que quien leyera este libro lo hiciera, como sugiere Sertillanges, pata pensar.

Este ensayo jurídico —como inacabado texto de contratos mercantiles— es. en todo su sentido, un ensayo, pues en esta vida, algo de lo mis importante que hacemos los hombres es ensayar y ensayar de nuevo.

Mayo de 1996
EL AUTOR

PRÓLOGO A LA PRIMERA EDICIÓN

El *titulo* de la obra no explica plenamente su contenido, porque no todos los contratos analizados en ella son alípicos. Algunas figuras típicas tratadas aquí tienen su justificación. Así, el arrendamiento financiero (cap. VII) fue incluido en nuestro ordenamiento legal en 1982, cuando ya se tenían los primeros proyectos de este trabajo y dicho conuato era atípico. Por su parte, es necesario estudiar el contrato de comisión (cap. XI) para entender otros negocios jurídicos relacionados: corretaje, agencia y distribución (caps. XII, XIII Y XIV); y el *joinl ventare* (cap. XVI), que se nos descubre como contrato típico, en algunas de sus formas de ser, sólo al concluir su análisis. Sin embargo, la *intención* de la obra es estudiar los contratos atípicos y creo que esto es suficiente para justificar su ütulo.

Sirve de guía a este ensayo la idea siguiente: *"paru ser prácticos hay que ser teóricos".* Ia paradoja, que Chcslerton pudo incluir en su *Santo Tomás de Aquino* (al menos ahí fue inspirada), se comprende cuando la búsqueda de soluciones prácticas exige el conocimiento teórico de los medios de solución. Ante un determinado negocio que requiere un resultado jurídico específico, este sólo puede producirse —y producirse bien— si se conoce la teoría. La elección de una figura contractual apropiada —o la combinación de varias— únicamente podrá sugerirla quien conozca los efectos y el contenido de los actos jurídicos por proponer. Es por ello que este libro resultará teórico para un práctico y falto de teoría —casuista, paiticular— para un verdadero teórico.

El *contenido* consiste en los contratos atípicos y su proliferación, producto de la evolución humana y signo de avance de la civilización. 1.a figura atípica nace mucho antes que la sabia norma que va a regularla; aparece como resultado de una búsqueda de soluciones pragmáticas a nuevas necesidades que el orden jurídico no ha asimilarlo todavía. Ix>s contratos atípicos aquí tratados son algunos de los que tienen un arraigo en el tráfico mercantil cotidiano y que, en terminología acuñada por Bctü (y aceptada ya por muchos autores), paiticipan de la llamada *tipmdad social.* la *estructura* de la obra comprende dos partes: una general (capítulos I a V),

sobre las obligaciones y el contrato mercantiles, la LPC y la teoría del atípico; y otra especial (caps. VI a XVI), que estudia los contratos en particular. El orden de exposición de estos contratos que integran la segunda parte es: traslativos de dominio, de uso, de gestión y asociativos. La secuencia se basa en las normas supletorias del contrato típico más semejante y en la ubicación que éstos tienen en nuestra ley civil.

El *esquema* en el que se presenta cada figura contractual puede parecer demasiado amplio, ya que los autores de Derecho mercantil sólo destacan los aspectos más sobresalientes de estos temas. Contra esta práctica, pero con el fin de abarcar más aspectos de los que atañen a los contratos, he utilizado el rutinario —y repetitivo— método de exposición propio de los civilistas, principalmente españoles. Sacrifiqué la profundidad en el detalle por la exposición general comprensiva de toda la figura contractual. Por último, como el problema básico de los atípicos es determinar cuál será la regla supletoria, el inciso final de cada capítulo se refiere a la naturaleza contractual y a las posibles normas supletorias.

Para facilitar el manejo de este libro se colocó al final la bibliografía numerada y en orden alfabético; además, cada capitulo contiene la bibliografía selecta recomendable expuesta en orden alfabético. Las notas se relacionan por autor y número de obra. 1.a *jurisprudencia* y tesis relacionadas aplicables a algunos conceptos se colocaron en un apéndice general, al que se hace referencia en el tema por el título de la tesis judicial relacionada.

El *estilo* es parco, con la monotonía del lenguaje propio de los temas jurídicos. Busqué más las ideas y la precisión de los conceptos que las palabras. En este sentido, pretendo seguir el consejo del Quijote: "...sé breve en tus razonamientos; que ninguno hay gustoso si es largo" (Parte I, capítulo XXI).

Quisiera que este libro fuera leído y criticado, esperanza legítima y mínima de todo aquel que escribe.

Noviembre de 1984

ABREVIATURAS

art.	Artículo.
Ce.	Código Civil federal.
Ce. esp.	Código Civil español.
Ce. i tal.	Código Civil italiano.
C. de c.	Código de Comercio mexicano.
C. de c. esp.	Código de Comercio español.
C. de c. fran.	Código de Comercio francés.
CF	Código Fiscal de la Federación.
CFDF	Código Financiero del Distrito Federal.
Const.	Constitución Política de los Estarlos Unidos Mexicano?
CPC	Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Fed
DO.	*Diano Oficial* de la Federación,
fracc.	fracción.
IAASSP	La Ley de Adquisiciones. Arrendamientos y Servicios Sector Público.
LCE	Ley Federal de Competencia Económica.
LCM	Ley de Concuraos Mercantiles
LCORR	Ley Federal de Correduría Pública.
LCS	Ley sobre el Contrato de Seguro.
LFDA	Ley Federal del Derecho de Autor.
LGIMS	Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Vy
UC	Ley de Instituciones de Crédito.
LICOA	Ley de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxili
LIF.	Ley de Inversión Extranjera.
LIF	Nueva ley Federal de Instituciones de Fianzas.
LP1	Ley de la Propiedad Industrial
I.FPPI	Ley de Fomento y Protección a la Propiedad Industri
LFT	Ley Federal del Trabajo.
LIMAC	Ley del Impuesto al Activo.
i BK	Ley del Impuesto sobre la Renta.
UVA	Ley del Impuesto al Valor Agregarlo.
LMV	Ley del Mercado de Valores.
LN	ley del Notariado para el Distrito Federal.
LNCM	Ley de Navegación y Comercio Marítimos.
LOAAC	Ley de Organizaciones y Actividades Auxiliares de Cié

IJOAPK	l-ey Orgánica de ia Administración Pública Federal.
IOPSR	L-cy de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas.
LPC	Ley Federal de Protección al Consumidor.
I PP1	Ley de Protección y Propiedad Industrial.
i *QfSP*	Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos.
I.RTT	Ley sobic el Control y Registro de la Transferencia de Tecnología y el Uso y Explotación de Patentes y Marcas
I.SCOP	Ley General de Sociedades Cooperativas.
I sM	Ley General de Sociedades Mercantiles.
SPI i	Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica.
I.TOC	Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.
Rl.PI	Reglamento de la Ley de la Propiedad Industrial.
SHCP	Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

PRIMERA PARTE

CAPÍTULO I

LAS OBLIGACIONES MERCANTILES

SUMARIO: 1.—**El Derecho Mercantil mexicano actual.** 2.—**Tendencias del Derecho mercantil doméstico. 3.—El Derecho Mercantil internacional. 4.—La unificación del Derecho privado. 5.—Las obligaciones mercantiles. 6.—El plazo. 7.—El cumplimiento de las obligaciones.** 8.—**El interés. 9.—La solidaridad.** 10.—**Prescripción.** 11.—**Normas procesales mercantiles.** 12.—**El derecho común supletorio.**

1. EL DERECHO MERCANTIL MEXICANO ACTUAL

El Derecho mercantil que originalmente nació como una rama autónoma del Derecho privado aplicable a los comerciantes, ha evolucionado y ampliado notablemente su ámbito de aplicación para convertirse, modernamente, en un conjunto de normas que regulan relaciones de la más diversa índole relativas a la *actividad económica* y a los empresarios.[1]

Así, además de la actividad de intermediación que supone la compra y venta de mercancías, lo que es propiamente *el comercio,* el Derecho mercantil comprende materias tan diferentes como el Derecho marítimo y el aeronáutico, la propiedad industrial, el contrato de seguro con sus modalidades, los títulos de crédito, las sociedades mercantiles, la actividad bancada y financiera y, recientemente, en su proyección de leyes económicas de origen tutelar, el Derecho mercantil abarca también a las inversiones extranjeras, la protección al consumidor y la competencia económica. Estos últimos ordenamientos participan de normas que aplica la Administración Pública y tienen algún carácter administrativo.

"El Derecho mercantil se ha extendido a todos los ámbitos de la sociedad, distanciándose enormemente de su primitivo contenido, cuando solo era el Derecho profesional de los comerciantes. A éste fenómeno se le ha llamado 'generalización' u 'objetivación' del Derecho mercantil."* *

[1] *Cfr.* **Barrera Graf (17), pág. 5.**

*** Garrigues,** *Qué es y qué debe ser el Derecho mercantil,* **parte de la obra (54) pág. 86.**

A diferencia del Código Civil que contiene prácticamente todas las disposiciones del Derecho civil, el Código de Comercio abarca sólo una pequeña parte del Derecho mercantil. El nuevo texto del artículo 1® señala que: "Los actos comerciales sólo se regirán por lo dispuesto en este Código y las demás leyes especiales". la diferencia de este nuevo texto del artículo 1° con el anterior es la referencia a las leyes especiales que hoy contienen la mayoría de las disposiciones del Derecho mercantil.

A la *tendencia dinámico* del Derecho mercan (ti, paralela al desarrollo social y económico, corresponde en México —paradójicamente— una legislación Ubica que es. quizá, el Código más antiguo todavía vigente: el Código de Comercio (en vigor desde enero de 1890). Peí o, para alistar este problema y ajustar la norma mercantil a la realidad económica, el Código de Comercio se ha derogado parcialmente en *leyes especiales* como: la Ley general de utulos y operaciones de crédito (1932), la Ley general de sociedades mercantiles (1934), la Ley sobre el contrato de seguro (1935), la Ley de quiebras y suspensión de pagos (1942) abrogada por la Ley de conclusos mercantiles (2000), entre ouas. Recientemente se han pioniulgado una nueva la Ixry federal de protección al consumidor (1992), una nueva 1x7 federal sobre protección y propiedad industrial (1991), la 1x7 d* correduría pública (1992), la Ley de competencia económica (1992), la Ley de navegación y comercio maríumos (2006) y la Ley general de sociedades cooperativas (1994). Hay, adicionalmente, otras leyes que no dejan de ser mcrcanules aunque tegulen acuwdades muy especializadas, como la Ley de instituciones de crédito (1990), la Ley de organizaciones y actividades auxiliares del Crédito (1985), la Ley para regular agrupaciones financieras (1990), la Ley de sociedades de inversión (1985). la Ley del mercado de valores (2006). todas ellas propias del Derecho bancano y del Derecho bursátil. Algunas leyes, sin ser específicamente comerciales, disciplinan aspectos que interesan al Derecho mercanül. Ejemplo de estas disposiciones son la Ley de inversión extranjera (1993). la Ley minera (1992), que regula a las sociedades mineras, la Ley agrana (1992) que se refiere a cierta clase de sociedades mercantiles, y la Ley del servicio ferroviario (1995) que reglamentan La actividad del transporte.

"Hoy puede afirmarse que los Códigos de comercio resultan obsoletos, hasta el punto que nadie pensaría en redactar un nuevo Código de comercio que abarcase toda la materia mercantil de nuestro tiempo."'

Este fenómeno de ajuste del Derecho mercantil mediante la expedición de leyes especules que derogan al Código de Comercio, no es piopio de México. Otros países cuyas instituciones conteníales inspiraron a las leyes mexicanas, han resuelto de igual manera su actualización del Derecho mercantil. El *Código de Comercio Francés* de 1807, ha complementado su modernización con leyes como la de banca y crédito (1930), la de valores mobiliarios (1934), la de propiedad industrial (1951), la de sociedades comerciales (1966), la de responsabilidad limitada (1925), la ley sobre el cheque (1935), la de protección al consumidor (1978), la de libertad de concurrencia económica (1989). El *Código de Comercio español* de 1885 se ha disgr egado en leyrs nuevas sobre materias como sociedades anónimas (1951), la Ley de agrupaciones de interés económico (1991), la Ley cambiaría y del cheque (1985), la Ley de patentes (1986) y la de marcas (1988), la del mercado de valores (1988),

* Ganigues *B Derecho Mercantil en ti siglo XX.* parte de la obra (54). pág. 326.

la Ley para la defensa de los consumidores y usuarios (1984), la Ley de competencia desleal (1991), la del contrato de seguro (1980), la ley sobre el contrato de agencia (1992), la de sociedades de responsabilidad limitada (1995) y la ley sobre condiciones generales de la contratación (1998).

"Todo esto significa que desde el comienzo del siglo xx, y aun antes, el Derecho Mercantil clásico, contenido en el santuario de los (kxiigos de comercio, sufre un proceso de desintegración".[4]

En contraste con esta disgregación del Derecho mercantil interno o doméstico, la *contratación internacional* reafirma el principio de la autonomía privada y tiende a la *uniformidad* de las normas que regulan las relaciones inri cantiles internacionales mediante contratos tipo, convenios internacionales y organismos de carácter mundial.[5]

"Al contraiio del Derecho civil y del Derecho canónico, que eran asuntos de letrados y eruditos, el Derecho mercantil era la creación pragmática de hombres prácticos interesados en el comercio".[6]

El foco creador del Derecho Mercantil se va desplazando progresivamente de Oriente a Occidente: de las ciudades italianas, catalanas y hanscáticas (siglos xii-xv) a las monarquías absolutas de la Europa Occidental: francesa, española, holandesa, inglesa (siglos XVi-XVIll); de los Estados europeos imperialistas como Inglaterra. Francia. Alemania (siglos xix-xx) a los Estados Lindos de America (siglo XX). Este último desplazamiento se observa en la importación por Europa, tras la segunda Guerra Mundial, de la legislación llamada *antitrust;* de la infinidad de contratas atípleos de colaboración financiera, comercial y tecnológica acuñados con denominación anglosajona *(leasing, faclonng, franchtsmg, hcenang, knaw-huw,* etcétera).[7]

En México, la influencia del Derecho de los Estados Unidos se manifiesta en el Derecho mercantil en la práctica y celebración de contratos de origen anglosajón como el arrendamiento financiero *(leasing)*, el factoraje *(Jactoring),* la franquicia *(Jranchisisng),* el *"joint venture",* la transferencia de tecnología y otras figuras e instituciones que han recibido reconocimiento en la legislación administrativa, fiscal y mercantil. En la legislación mercantil de los úlumos años, además del reconocimiento de las figuras contractuales mencionadas, se han incluido normas como las de protección al consumidor, como reflejo de un movimiento mundial y, recientemente, la promulgación de la I^y de competencia económica, con clara influencia de disposiciones de los Estados Unidos de América de las llamadas leyes "*antitrust".*

[4] Gamgucs. *El Derecho Mercantil en el siglo xx,* parte de la obra (54). pág. 526.
[s] *Cfr.* Uría (100), Núm. 4.
[‘] Merryman (74), pág. 55.
[1] Vieent Chulía (104), tomo I. págs 1 y 2.

2. TENDENCIAS DEL DERECHO MERCANTIL DOMÉSTICO

El Derecho mercantil moderno tiende a configurarse como el *Derecho ordenador de La actividad económica* (Uría).[8] I-as ideas liberales e individualistas con que nació el Derecho Mercantil codificado en el siglo XIX: libertad de comercio, libertad profesional y libertad de contratación, tuvieron desde principios del siglo xx una disminución en su importancia, por la mayor participación del Estado en la economía y un nuevo sentido social en muchas de sus instituciones: sociedades, bancos, contratos/'

Este fenómeno al que algunos pensadores han calificado como *"crisis del Derecho mercantiV,* se manifiesta en lo siguiente:

a) Fuerte tendencia al *sentido social y público* que parece desnaturalizar al Derecho mercantil.

b) Unas de sus más importantes instituciones van perdiendo sus lasgos de naturaleza de régimen capitalista.

c) Nacimiento de nuevos elementos de definitivo interés del Estado (empresas de economía mixta, nacionalizaciones, monopo líos del Estado, nuevas áreas del sector público).

Más que como crisis, este cambio debe entenderse como un proceso evolutivo de transformación y superación de conceptos que ya no son acordes a la realidad económica que pretenden regir. A esto se agrega el fenómeno de la llamada *"comercialización del dere cho civil patrimoniat* (obligaciones y contratos), que se explica poi el natural carácter conservador de éste, frente al dinamismo del mercantil, y por el hecho de que nuevas necesidades económicas, dentro y fuera del capitalismo, han motivado la difusión y generalización de figuras contractuales nuevas, de la empresa.[10]

En México, las manifestaciones de esta tendencia las encontramos en estos fenómenos:

a) la Ley Federal del Trabajo regula áreas que antes eran disciplinadas por el Derecho mercantil: los *agentes de comercio.* Actualmente, cuando en la relación hay subordinación, estos son trabajadores, no comerciantes, y están sujetos a las normas de la LFT.

b) la misma LFT concede a los trabajadores una participación en las utilidades de la empresa (arts. 117 a 131), beneficios que,

• *Cfr.* Uría (100). Núm. 2.
* *Cfr.* Gastan (SS), pág 78.
'* *Cfr.* Barrera Graí (17). pag. S5.

en principio, solo correspondían exclusivamente al capital. Esta participación "no implica la facultad de intervenir en la dirección o administración de la empresa" (art. 131).

c) Hay nuevas leyes de *orden público e interés social* que regulan materias que son propias del Derecho mercantil: la l.ev de inversión extranjera (LIE), la Ley sobre el control y registro de la transferencia de tecnología y el uso y explotación de patentes y marcas, recientemente abrogada (1991), la Lev de protección al consumidor (I.PC), la I.ey del mercado de valores (LMV), la Ley federal de competencia económica (LCE) y la reciente Lev general de sociedades cooperativas, entre otras más.

d) La expropiación o nacionalización de *la banca* privada para constituirse en monopolio estatal, por reforma constitucional de 1982 y la Lev' reglamentaria sobre el servicio público de banca y crédito (1985). Aunque otra modificación constitucional y nueva ley sobre instituciones de crédito (en 1990), revertió casi la totalidad de los efectos de esa medida.

e) La organización del Estado Federal (Ley orgánica de la Administración Pública federal y Ley de paraestatales), contempla una serie de organismos y entidades clasificados dentro de la Administración Pública paraestatal que tienen funciones que desarrollaban generalmente los particulares y que no son propias del Gobierno. Hay, sin embargo, una tendencia para que el Gobierno va no participe en estas actividades económicas directamente y que lo hagan los particulares. Esto se ha logrado con la venta de empresas del Estado a los particulares. Son ejemplos de esta tendencia la abrogación de la Ley sobre el control y registro de la transferencia de tecnología, una ley de propiedad industrial más moderna (1991), la nueva Ley de protección al consumidor (1992) de enfoque más liberal que la abrogada I.PC, la Ley de competencia económica (1992), los criterios más liberales para la inversión extranjera que introdujo el Reglamento (hoy abrogado) de la ley de inversión extranjera que ahora recoge la nueva ley de 1993.

3. DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL

"La paulatina intemacionalización de los mercados ha dado lugar a que surja todo un nuevo derecho uniforme sobre la contratación comercial. Se trata de un derecho que regula el comercio internacional al que se califica de autónomo porque no está formado y regido conforme a un sistema legal determinado (sea el de México, el de los Estados Unidos o el de otro país; el euro

peo, el del *common Uxw,* el Romano-Germánico, etc.), sino que ha sido la comunidad empresarial internacional la que lo ha creado, a la medida de sus necesidades, para regirse por él."[n]

Puede hablarse ya de un *Derecho mercantil internacional* que se expande y abarca mayores operaciones y países que aceptan la regulación y aplicación de reglas comunes.

> la labor legislativa en todos esos cuerpos es enorme y de creciente importancia; y da lugar a una nueva *Ley Mnxatona* campos enteros de actividades económicas están ya regidos por convenciones y ordenamientos externos: el transporte marítimo, el arbitraje comercial, los instrumentos internacionales de crédito y pagos, la compraventa internacional de mercaderías en otras actividades, bancarias. aduanales, monetarias, intervienen instituciones y organismos internacionales autónomos, integrados por vatios países, vgr. el GATT, el Banco Mundial, e inclusive se pretende unificar mundialmentc la totalidad de la legislación mercantil.'*

¿Cómo conviven el *Derecho mercantil nacional* con el *Derecho mercantil internacional?*

"Una de las mayores tareas de nuestro tiempo es el de reconciliar el nacionalismo con la intemacionalización. La moderna ley del comercio internacional no se aplica contra el derecho nacional; se aplica por una tolerancia del derecho interno que reconoce los negocios internacionales, les da valor legal y preserva el interés público. La ley del comercio internacional no puede ir en contra del orden público interno."[13]

> Las *fuentes* del Derecho mercantil internacional son muy variadas. Las más importantes son: las convenciones internacionales, las leyes modelo, las compilaciones de usos y costumbres, las cláusulas legales y las guías legales.[14]

México, en esta tendencia internacional, se ha adherido a numerosos *tratados y convenciones internacionales* que regulan materias mercantiles. Sin pretender abarcar la mayoría de ellos, voy a señalar unos cuantos que son de interés para la materia mercantil.[15]

" Abasca! Zamora (2), pág. 1.

'* Barrera Graf (17), pág. 39.

" Abasca] Zamora (2), pág». 17 y 18. En los Principios de UN1DROIT se reconoce esta regla, aunque está concebida en términos más amplios: "Estos Principios no restringen la aplicación de normas de carácter imperativo, sean de origen nacional, internacional o supranacional, que resulten aplicables conforme a las normas pertinentes de derecho internacional privado." (art. 1.4).

[14] *Cfr.* Abascal Zamora (2). pág. 19 y *s.

[14] La fecha entre paréntesis corresponde a la publicación en el *Diario Oficial de ta Federación* del Decreto que aprobó la correspondiente Convención.

a) Protocolo sobre el régimen de uniformidad de los poderes (3 de diciembre de 1953).

b) Convención Interamericana sobre conflictos de leyes en materia de letras de cambio, pagarés y facturas (9 de febrero de 1978).

c) Convención Interamericana sobre conflictos de leyes en materia de sociedades mercantiles (13 de enero de 1983).

d) Personalidad y capacidad de personas jurídicas en el Derecho Internacional (6 de febrero de 1987).

e) Régimen legal de poderes para ser utilizados en el extranjero (19 de agosto de 1987).

f) Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías (12 de noviembre de 1987).

g) Convención sobre representación —y en otro acuerdo, sobre prescripción— en la compraventa internacional de mercaderías (10 de noviembre y 8 de diciembre de 1987, respectivamente).

La LN hace referencia a estos convenios internacionales en el u'tulo correspondiente a la compraventa marítima. Dice el art. 254 de esta ley: "Toda compraventa marítima está regida por la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías..." y las otras convenciones internacionales relacionadas con la misma.

h) Convención de UNIDROIT sobre arrendamiento financiero internacional y factoraje internacional (el texto definitivo del proyecto se aprobó en una conferencia diplomática en Ottawa en 1988).

i) Convención de UNCITRAL sobre garantías independientes y cartas de crédito *standby* (1998).

Es importante señalar que el *ámbito de aplicaáón* de muchas de estas normas es el de las relaciones entre entidades de carácter privado de distintas nacionalidades. No se aplican a entidades de Derecho internacional público. Estas convenciones, una vez que han sido promulgadas y entrado en vigor, se convierten

> formalmente en derecho mexicano, pero materialmente es un derecho internacional, que no se aplicará a las relaciones entre ciudadanos o residentes mexicanos, sino a las relaciones entre éstos y extranjeros. Su ámbito de aplicación no es ni el territorio nacional, ni los nacionales mexicanos.[w]

Por otro lado, hay una importante actividad para uniformar normas y criterios en materia mercantil internacional que llevan a cabo organismos internacionales como el Instituto para la Unificación del Derecho Privado *(UNIDROIT),* con sede en Roma; la

" *Cfr.* Adame Goddard (3). págs. 28 y 29.

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (más conocida por sus siglas en inglés *UNCTl'RAL*), con sede en Viena y Nueva York; o la *Cámara Internacional de Comercio.*

Como resultado de este interés en uniformar normas mercantiles se tienen las *leyes modelo,* algunas de ellas que han sido preparadas por UNCITRAL como son:[17]

a) Ley modelo sobre Arbitraje Comercial (1985), que fue adoptada prácticamente en su totalidad por el legislador mexicano al incorporarla al Código de Comercio. Además de esta ley modelo, se existen el Reglamento de Conciliación, el Reglamento de Arbitraje, así como unas "Notas sobre la organización de procedimientos arbitrales".

b) Ley modelo sobre transferencias internacionales de crédito (1992)

c) Ley modelo sobre comercio electrónico (1996).

d) Ley modelo sobre la contratación pública de bienes, obras y servicios (1994).

Otras Convenciones de Interés en el ámbito del Derecho mercantil internacional son:

a) Convenio de las Naciones Unidas sobre el transporte marítimo de mercancías ("Reglas de Hamburgo", 1978).

b) Convenio de las Naciones Unidas sobre la responsabilidad de los empresarios de terminales de transporte en el comercio internacional (Viena, 1991).

Las *recopilaciones de reglas, usos y costumbres,* también llamadas *lincamientos* son de gran utilidad y aplicación en la contratación internacional. Son documentos que contienen por escrito las pautas de conducta a seguir por los contratantes, y sólo se aplican cuando las partes lo acuerdan o convienen.

Algunas de las más importantes recopilaciones de la Cámara de Comercio Internacional que tienen enorme difusión y aplicación son:

a) Los *INCOTERMS 2000* como términos comerciales para los contratos de compraventa internacionales, que toman en cuenta los úldmos desarrollos de las prácticas comerciales y modifica algunos de los existentes.

'* *Cfr*: Abasca! Zamora (2), pág». 19 y 20.

La Ley de Navegación y Comercio Marítimos (D.O. 1®. de junio del 2006) remite a los INCONTERMS en la regulación de las compraventas marítimas (arts. 256 a 262). Dice una de las disposciones:

> Cuando en los contratos regulados por el presente título los contratantes se refieran al o los Términos Internacionales de Comercio —en lo sucesivo INCOTERM o INCOTERMS, respectivamente— de la Cámara Internacional de Comercio, se entenderá que el contrato celebrado corresponde a alguna de las modalidades marítimas según sea el caso, tal y como se conozcan en su edición vigente al momento de la celebración del contrato,..." (art. 256 de la LNCM).

b) Las Reglas y usos uniformes relativos a los créditos documéntanos o cartas de crédito (*Documentar] credil operaUms),* llamadas *UCP 600 (Uniform Customs and Practice for documetary credits).*

c) Las llamadas ISP98 (*International Stanby Practices)*, que se aplican a las cartas de crédito *standby.*

d) Las Reglas de la UN CHAD y la Cámara de Comercio Internacional relativa a los documentos de transporte multimodal.

Los *Principios sobre los contratos mercantiles internacionales* son una importante recopilación que el UNIDROIT publicó en 1994 y de la que se ha hecho una nueva versión en el año 2004,"** los que se aplican en aquellos casos en el que las partes acuerdan que su relación contractual se rija por éstos; pueden referirse a ellos como *lex mercatoria* o principios generales del derecho (Preámbulo). También este Instituto ha publicado recientemente (1998) la "Guía para los contratos maestros de franquicia" (*The UNIDROIT guide to intemational master franchise arragments).*

También se han elaborado *cláusulas estándar,* contratos tipo o modelos de contratos internacionales usuales que ha publicado la Cámara de Comercio Internacional como: los modelos de contrato de agencia internacional, de distribución internacional, de franquicia o contratos de garantía (*Model forras for issuing contract guarantees).* También este organismo ha publicado estudios y lincamientos sobre la materia contractual o cláusulas contractuales, por ejemplo la guía de cláusulas penales (*Guide to penalty and liquidated damages clames)* o sobre la reserva de dominio *(Retention of tille).* Como ejemplo de cláusula estándar, la Cámara de Comercio Internacional ha sugerido una cláusula compromisoria para incluir en los contratos.

** Un breve análisis sobre los propósitos, naturaleza y aplicación de estos "Principios de UNIDROIT" puede verse el capítulo II inciso 6 de esta obra.

4. UNIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO

En el Derecho Mexicano existen dos clases de legislación: la civil y la mercantil. Esto obliga a distinguir entre dos tipos de actos: civiles y mercantiles. Nuestro Derecho, en este sentido, sigue la tradición marcada por el *Código Napoleón.* solución que también acoge el Derecho Español, principal fuente de inspiración, en el siglo XIX, de nuestro Derecho Mercantil. Otras legislaciones como la italiana (a partir del *Códice civile* de 1942), la legislación suiza (Código de las Obligaciones de 1881), el Código Civil Holandés (que desde 1934 ha unificado paulatinamente el Derecho privado) y el reciente Código Civil de Quebec, Canadá (1991), han adoptado una regulación unitaria en materia de obligaciones y contratos y han concentrado en un solo ordenamiento esta materia.

En el Derecho mercantil mexicano se tiende a la *institucionalización* de esta disciplina para aplicarse a los comerciantes sociales que realizan actos en masa. Una muestra de ellos es el predominio cuantitativo de los contratos mercantiles sobre los civiles, la constitución de sociedades mercantiles que son parte de la gran mayoría de las relaciones comerciales y la promulgación de la LPC que uniñea relaciones civiles y mercantiles en un solo ordenamiento, aunque le de a éste el carácter de mercantil y sea materia federal. Además, "la unificación internacional lleva muchas veces aparejada una superación de las normas civiles y mercantiles".[19] "El Derecho mercantil acabará siendo el derecho ordenador de la actividad económica".* *[0] Ha sido una preocupación constante de los estudiosos del Derecho mercantil el tema de la *unificación del Derecho civil y mercantil.* "La dificultad de distinguir claramente estos dos campos es tan superior a los esfuerzos legislativos y científicos; las cuestiones que diariamente surgen de aquella separación artificiosa son tan peijudiciales para el ejercicio sencillo y rápido de la justicia, que algún legislador pensó en cortar todo motivo de queja regulando en un solo código, tanto los asuntos civiles como los comerciales."*[0]

Sin embargo, parece que

> no es posible la fusión absoluta del derecho mercantil con el civil; pero sí es conveniente y deseable suprimir muchas de las diferencias que hoy en día separan, innecesariamente, ambas ramas del derecho. La especialidad de los procedimientos

[n] Beltrán Sánchez (19), pág. 57.

* Beltrán Sánchez (19), pág. 49. En el mismo sentido Uría (100), Núm. 2. Vivante (104 a). pág 20.

y de los jueces mercantiles no encuentra justificación lógica, y por ello, tiende a desaparecer de todos los países.[11]

Considero que conviene una profunda revisión de la legislación civil y mercantil para tratar, por lo pronto, de *unificar en un solo ordenamiento* lo relativo a las obligaciones y los contratos. "Cuando se ha tratado de unificar el Derecho Mercantil y el Derecho Civil, la unificación se ha planteado como unificación del Derecho de obligaciones.""

Es muy difícil hacer desaparecer la dualidad de contratos civiles y mercantiles, dado el carácter federal de la materia comercial y local de la civil.

En México, a lo más que podemos llegar dentro de nuestra actual esuuctura constitucional, es a la unificación procesal, pero no a la unificación substantiva del Derecho civil y mercantil dado que por disposición de la Constitución (art. 73 frac. X), corresponde al Congreso de la Unión legislar en materia de comercio, en tanto
Sue la reglamentación del derecho civil se entiende reservada a los Estados de la ederación. La unificación de estas materias substantivas requeriría una reforma constitucional que. por lo demás, sería conveniente, para evitar la dispersión de la legislación civil."

Sin embargo, una solución que ayude a la unificación de las normas privadas civiles y mercantiles, pues "el Derecho de las obligaciones y contratos es, sin duda, la piedra de toque de la tarea unificadora, la llamada *unificación parcial",*** se puede lograr para el Derecho mexicano *—sin reforma constitucional y respetando la competencia legislativa federal y local—* de la siguiente manera:

a) Ya que el Código civil federal es el ordenamiento supletorio del Código de comercio (art. 2®), hay que *mercantilizar* este ordenamiento mediante "el traspaso al campo del Derecho civil de principios e instituciones jurídicas nacidas en el Derecho mercantil".* *[5] "Actualmente existe una importante tendencia a lograr que el derecho civil absorba al derecho mercantil."*[6]

b) La reforma debe hacerse en una forma importante en el *Código civil* ya que "la tendencia general es favorable a la emigración al Código civil de las normas especiales nacidas en el tráfico mercantil y recogidas en el Código de comercio".*[7]

[11] Mantilla Molina (72), Núm. 44.
[B] Garrigues (53), tomo 11, pág. 3.
** Barrera Graf (17), pág. 34.
* Beltrán Sánchez (19), pág. 83.
[n] Beltrán Sánchez (19), pág. 56.
* Merryman (74), pág. 172.
[n] Beltrán Sánchez (19), pág. 84.

c) En el *Código de cornado,* deben suprimirse las escasas normas sobre obligaciones mercantiles y las relativas a los contratos regulados por partida doble (arts. 75 a 88, 273 a 338, 358 a 364, 371 a 391 y 576 a 604). Pues, "si se desciende al análisis del régimen jurídico de los contratos doblemente regulados, se observa algo muy significativo: que las diferencias son realmente escasas".*"

d) En el Código de comercio deben regularse contratos que no están disciplinados en los Códigos civiles y que tienen, en la mayoría de los casos, carácter mercantil por estar relacionados con la *actividad de la empresa.* No es conveniente dictar leyes especiales para regular contratos mercantiles.

e) El Código de comercio debe contener una *norma de reenvió,* o de suplctoriedad, que establezca que para todo lo relativo a las obligaciones y al contrato en general debe aplicarse el Código civil.

f) Se conservan todas las *leyes especiales* propias del Derecho mercantil que han sido producto de la expansión de la actividad económica.

¿Qué tendencias existen en el Derecho mexicano haría la unificación?

En el Derecho mexicano encuentro que existe una tendencia de unificación inconsciente del Derecho privado que se manifiesta en los siguientes aspectos:

a) "Los tribunales mercantiles originalmente establecidos por los mercaderes para ventilar sus disputas, con el tiempo fueron nacionalizados e incorporados al sistema judicial."[29] Tradicionalmente, los tribunales civiles conocen de asuntos mercantiles, lo que está previsto en la propia Constitución (arl. 104).

b) De los Registros Públicos de Comercio, de carácter federal, se encargan al Registro Público de la Propiedad de las diversas entidades federativas (art. 18 del C. de c.).

c) La Ley de protección al consumidor unifica en un solo ordenamiento los contratos originalmente civiles en los que interviene como proveedor una empresa.

d) Por reforma al articulo 1051 del C. de c. (diciembre de 1992), los litigios de los *actos mixtos* (en los que una parte es civil y la otra mercantil) se siguen por la vía mercantil.

e) Por reformas recientes al C. de c. y al CPC se ha unificado muchas de las normas procesales mercantiles y civiles.

f) El artículo 2® del C. de c., reformado en 1996, señala que el *Derecho común supletorio* del C. de c. y de las leyes especiales [*] [*•]

*• Brliián Sánchez (19), pág. 88.
*• Mcrryman (74), pág. 152.

(mercantiles) es el Código civil del Distrito Federal, con lo que se unifica una única legislación como supletoria en materia sustantiva.

g) FJ régimen fiscal de la Ley del impuesto sobre la renta para las sociedades civiles se ha asimilado al de las sociedades mercantiles.

h) En reciente reforma al C. de c. (*D.* O. 13 de junio de 2003) se señala que los juicios mercantiles se regirán, en defecto de disposiciones del C. de c., por las del Código Federal de Procedimientos Civiles (arts. 1054 y 1063).

5. LAS OBUGACIONES MERCANTILES

> Lo» actos mercantiles más importantes y más frecuentes —dice Garrigues— son los que engendran obligaciones. Por esta razón el Derecho mercantil es preponderantemente un Derecho de Obligaciones... las obligaciones mercantiles no sólo dominan el ámbito del Derecho Mercantil, sino también el sector entero de la contratación pavada. La razón es que. en la práctica, el número de contratos puramente chiles es reducidísimo."[10]

Con base en las escasas normas que sobre obligaciones mercantiles se encuentran en nuestra legislación mexicana, especialmente en el C. de c., considero que no puede hablarse de una *teoría general de las obligaciones mercantiles*, sino tan sólo de algunas normas especiales que derogan a los principios y reglas en materia de obligaciones civiles que son aplicables, supletoriamente, a todo el Derecho mercantil. "No existe, en rigor, una teoría general de las obligaciones mercantiles."* [Sl]

I,a *importancia de distinguir* entre las obligaciones y contratos mercantiles y las obligaciones y contratos civiles, se acrecienta en nuestro régimen jurídico en razón de que, conforme al pacto federal establecido por nuestra Constitución, se asigna a la Federación la competencia para legislar en materia de comercio (art. 73 fracc. X), mientras que la legislación civil se conserva como materia propia de los Estados y del Distrito Federal (arts. 122, Base Primera, V), letra h) y 124 Const.). La legislación mercantil es única y aplicable a todo el territorio nacional, la civil es múltiple y la dictan las entidades federativas para su territorio local.

Algunas de las *características* de los principios en materia de obligaciones mercantiles que deben tenerse presentes son las siguientes:

[10] Garriguc* (55), lomo II, pág. 5.
[51] Bduán Sánchez (19), pág. 85.

a) Se aplican a todas las obligaciones mercantiles sin importar su fuente: acto de comercio, contrato, ley.

b) "El Derecho patrimonial mercantil es eminentemente especulativo, de ritmo rápido, en el que las relaciones contractuales y obligatorias se contraen, cumplen y consuman con una rapidez y con un rigor en su ejecución desconocidos para los contratos y las obligaciones civiles."*[2]

c) La materia de las obligaciones mercantiles no recoge principios modernos sobre ellas, tales como la solidaridad pasiva cuando hay varios deudores, el interés moratorio expreso al vencimiento de las obligaciones, una norma general sobre la cesión del contrato mercantil, regulación sistemática y clara sobre contratos de adhesión, condiciones generales de contratación y otras más.

d) I^s normas mercantiles son especiales y excepcionales dado la fragmentaria regulación en esta temática, de modo que el Derecho Civil y los principios de las obligaciones y del contrato se aplicarán supletoriamente, aunque matizados con el carácter propio de las instituciones y normas mercantiles.

De las múltiples disposiciones mercantiles, considero que se pueden distinguir cuatro grandes *grupos de normas* en este tema de las obligaciones y los contratos mercantiles, éstos son:

i) Normas sobre *obligaciones mercantiles*;

ii) Normas sobre el *contrato mercantil* en general, aplicables a todos los contratos;

iii) Normas especiales para algunos contratos que tienen regulación por partida doble: civil y mercantil, y

iv) Normas especiales que regulan *figuras típicamente mercantiles* que no tienen sus correlativas en el Derecho civil (LTOC, LIC, LOAAC, LMV y muchas otras).

Por la importancia que tienen los contratos para la materia mercantil, puede afirmarse que, la crisis de crecimiento de esta rama del Derecho "le ha llevado a ser hoy el *Derecho general de la contratación moderna**.**

** Broseta Poní (29), pág. 580.

** Gurugue*. *El Derecho Mnumul en el ligln xx,* parre de la obra (54), pág. 539.

6. EL PLAZO * *

a) *Prohibición de términos de grada y cortesía.* El art. 84 del C. de c. establece que "en los contratas mercantiles no se reconocerán términos de gracia y cortesía". El precepto está copiado del art. 61 del C. de c. esp. que, con un texto más explícito que señala como excepción los plazos que pueden pactar las partes o los que la ley expresamente conceda, se dictó con el objeto de evitar todas las dilaciones extracontractuales que en España permitían las *Ordenanzas de Bilbao*.* Estas últimas disposiciones mercantiles tuvieron gran importancia en España y estuvieron vigentes en México.

La norma mercantil que prohíbe términos de gracia *obliga a los jueces,* podría decirse que tiene carácter procesal. Deroga a los arts. 404 y 508 del CPC que autoriza a los jueces civiles (quienes conocen asuntos mercantiles), a conceder un término de gracia al deudor que confiesa los hechos de una demanda —se allana— sohre obligación vencida cuyo cumplimiento está garantizado. La Suprema Corte de Justicia, en varias tesis, ha declarado la no aplicabilidad de la norma procesal a la materia mercantil. Señala una de las tesis que: "El artículo 84 del Código de Comercio dispone que en los contratos mercantiles no se reconocerán términos de gracia o cortesía, y de su texto no se desprende ninguna limitación por la que deban ser excluidos los casos en que el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los contratos mercantiles sea consecuencia de una sentencia, sino que comprende todos los casos en general;..." (*Cfr:* las tesis: *Plazo de grada. Es improcedente en materia mercantil y No es aplicable supletoriamente en materia mercantil, la obligación consignada en el articulo 404).*

El concepto de "término de gracia", también llamado de cortesía o judicial, tiene una conolación jurídica propia: el juez lo fija a su prudente arbitrio.*

** Aunque alguna doctrina distingue entre el *plato,* como espacio de tiempo |ura cumplir una obligación, y el *término,* como el momento o día en que debe cumplirse, voy a utilizar ambos vocablos como sinónimos, pues así aparecen ftetuelilemente en la ley.

* Las primitivas Ordenanzas de Bilbao datan del año de 1459, fueron reformadas en 1511, confirmadas en 1560 y nuevamente refounadas en 1691. En 1737 se publicaron bajo el nombre de *Ordenanzas de la Ilustre Universidad y Caía de Contratación de la Muy Noble y Muy leal Villa de RUbao* y se convirtieron, prácticamente, en las leyes generales del reino *(Cfr. IHctiutumo de Derecho Privado* (43). voz: Ordenanzas de Bilbao).

" *Cfr.* Diccionario Jurídico Mexicano (44), voz: plazo de gracia.

El plazo de gracia está mencionado en la Ley de las XII Tablas, en las Partidas de Alfonso X, en la Novísisma Recopilación (que trató de suprimirla) y en el Código Napoleón, precepto que sufrió reformas posteriormente.[37] El arL 84 del C de c., "es una regla impuesta por la necesidad de garantizar la rapidez y la seguridad de las transacciones."[38] Se completa el precepto con otros artículos del mismo C. de c. relativos al plazo, especialmente con el art. 83, relacionado con el cumplimiento de las obligaciones.

b) Términos. La otra parte del art. 84 del C. de c. establece que para el *cómputo de los plazos* se entiende "el día, de veinticuatro horas; los meses, según están designados en el calendario *gregoriano,"* y el año, de trescientos sesenta y cinco días".

Este precepto debe relacionarse y compararse con las disposiciones que el C.c. señala para el cómputo de los plazos en materia de prescripción (arts. 1176 a 1178) que resultan muy similares o prácticamente iguales a los del C. de c., y que son aplicables para contar los plazos en muchas materias. Para Tena esta disposición es superflua.[40] Sin embargo, considero que quizá en algunos casos resulte práctica su aplicación. Por ejemplo, es uso bancario o financiero el que el cálculo de los intereses sobre tasas anuales se tomen sobre la base de un año de 360 días. Esta práctica financiera internacional (uso o costumbre), si no se pacta expresamente en

" *Cfr.* De Buen Lozano (36). págs. 239 a 242.

* *Cfr.* Uría (100), Núm. 663.

" El tiempo se mide en función del movimiento. El sol y la luna constituyen el reloj fundamental y la unidad básica es el día, que es el tiempo que urda la tierra en rotar sobre su eje; el año es el tiempo en que la tierra da vuelta a su órbiu alrededor del sol; y, el mes. es una unidad intermedia relacionada con la traslación lunar alrededor de la tierra, aunque no siempre se ajuste a ella. En la historia han existido diversas maneras de conur el tiempo. Los hebreos tenían un calendario lunisolar que tenía doce meses de 29 y 30 días alternativos que daban un año de 3M días, que corregían con un mes adicionado a ciertos años. Los romanos tuvieron también un año de 354 días y otro alterno de 376 días. Julio César, asesorado por el griego Sosígenes. adelantó novenu días el calendario, esubleció el año de 365 días y el cuarto año de 366 días (bisiesto). En la Edad Media se siguió utilizando el calendario romano pero los años ya no se contaron a partir de la fundación de Roma (754 años antes de Cristo), sino que se esubleció como punto de partida el nacimiento de Cristo. El calendario Gregoriano lo esubleció el Papa Gregorio XIII, mediante Bula de 24 de febrero de 1581. Con este calendario se corrigió un error de 11 días y se recorrió el calendario este período (del 4 al 15 de octubre de 1582). Se esubleció el año de 365 días, el bisiesto cada 4 años, salvo el fin de cada siglo no divisible entre 400. Este calendario Gregoriano fue aceptado en diversas fechas por casi todos los países y es el que rige actualmente en el mundo. Por ejemplo. España. Julia, Portugal. Francia y otros Esudos católicos lo aceptaron entre 1582 y 1587, Inglaterra en 1752, Japón en 1873, China en 1911 y Rusia en 1918 *(Cfr. Gran Enciclopedia Rmlp* (56), voz: cronología). En la Revolución francesa se esubleció un calendario que iniciaba el 22 de septiembre con el mes vmdimiario y continuaba con los meses: brumarío. frimario. nivoso, pluvioso, ventoso, germinal, florea!, predial, mesidor. termidor y íructidor.

* *Cfr.* Tena (98). pág. 213.

un contrato o en un título de crédito, puede resultar distinta a lo que marca la disposición comentada. Es usual encontrarla en los contratos de crédito que celebran las instituciones bancarias. Pero, si no se pactó expresamente la forma de contar los días de un año para el cálculo de intereses, se aplica la norma supletoria del art. 84 del C. de c. Además, esta regla para contar los plazos puede tener aplicación, entre otros casos, en el cómputo del plazo para exigir el cumplimiento de una obligación después de hecha la interpelación (art. 311 del C de c. o 2080 del Ce.); o, para contar la prescripción en obligaciones mercantiles (arts. 1038 a 1048 del C. de c.).

7. EL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES

a) Lugar para el cumplimiento de obligaciones. El art. 86 del C. de c. ordena que a falta de acuerdo de las partes sobre el lugar de pago de una obligación, éste deberá hacerse

> "en aquel que según la naturaleza del negocio o la intención de las partes deba considerarse adecuado al efecto por consentimiento de aquellas o arbitrio judicial".

Este precepto, a mi entender, no es totalmente claro, ni puede interpretarse fácilmente. En algunos contratos de duración, en los que existen prestaciones periódicas, de una o las dos partes, es posible determinar cuál es el lugar de cumplimiento conforme a dicho contrato, o cual la *intendón de las partes*, puesto que se han cumplido ya prestaciones del mismo contrato. Lo mismo podría pensarse en algún contrato que fuera similar a un contrato celebrado con anterioridad por las mismas partes o, al menos, por una de ellas, y en el que se repitieran prestaciones u obligaciones parecidas a contratos celebrados con anterioridad. El dejar al arbitrio del juez una última decisión, hace inoperante el carácter supletorio de la norma a la voluntad de las partes y obliga, indirectamente, a un procedimiento judicial que pudo evitar el legislador.

Esta disposición, en principio, deroga al art. 2082 del C.c. que determina que:

> "Por regla general el pago debe hacerse en el *domicilio del deudor,* salvo que las partes convinieren otra cosa, o que lo contrario se desprenda de las circunstancias, de la naturaleza de la obligación o de la ley."

Como la regla mercantil no es clara, ni puede determinarse siempre cuál es la intención de las partes que se desprende del

contrato, pienso que la norma del C.c. puede completar y suplir, en muchos casos, a la mercantil.

Puede mencionarse también, con relación al lugar de pago, que las disposiciones procesales mercantiles establecen que es juez competente para conocer del cumplimiento de obligaciones: el del domicilio del deudor (arts. 1104, 1105 y 1107 del C. de c.).

b) Plazo para el cumplimiento de obligaciones. Respecto al cumplimiento de las obligaciones mercantiles, el C. de c. nos proporciona algunas reglas que difieren, en cierto sentido, de las del Derecho civil. El art. 83 del C. de c. dispone que

> "si las obligaciones mercantiles no tuvieran un plazo prefijado por las partes, serán exigibles diez días después de contraídas, si sólo produjeran acción ordinaria, y al día inmediato si llevaren aparejada ejecución".

Esta disposición como norma especial mercantil deroga al art. 2080 del C.c. que, en esta materia, dispone que las obligaciones que no tuvieren plazo deben cumplirse como sigue: si son obligaciones de dar a los treinta días después de la interpelación; si son de hacer, cuando lo exija el acreedor, siempre que haya transcurrido tiempo suficiente para su cumplimiento. Por lo que toca a las obligaciones de dar, una tesis de la Suprema Corte de Justicia, ha confirmado el principio del Código Civil (*Cfr.* la tesis judicial: *Obligaciones de dar. Si no se fija el plazo son exigibles treinta días después de la interpelación).*

El *criterio de distinción* del C. de c. es arbitrario[41] y distinto al del C c. En la legislación mercantil la determinación del plazo para cumplir una obligación en que las partes, o la ley, no lo señalaron obliga a calificar la obligación procesalmente, es decir, determinar que clase de "acción" genera o cuál será la vía procesal propia para exigir su cumplimiento. El C.c. acude a un criterio sustantivo más congruente pues la distinción la hace sobre la naturaleza de la obligación: de dar o de hacer. Es también criticable el sistema del C de c. pues, en la práctica, creo que nos podríamos encontrar con un contrato u otro acto jurídico del que derivan diversas obligaciones, unas cuyo cumplimiento es exigible en la vía procesal ordinaria y otras en la vía ejecutiva.

Para esta regla general del ordenamiento comercial existen *excepciones* en algunos contratos mercantiles en particular. Por ejemplo, para la compraventa, si no se señaló el plazo de entrega para el vendedor, éste debe hacerlo a las veinticuatro horas de celebrado el contrato (art. 379) y el comprador debe pagar el precio de con- *

* *Cfr.* Ten» (98). págs 311 y 312.

lado (art. 380). En el préstamo mercantil, si no se fijó plazo, el deudor debe devolver lo prestado a los treinta días después de la interpelación (art. 360). Esta última norma es muy similar al art. 2080 del C.c.

c) Mora. Todo retraso en el cumplimiento de una obligación que sea imputable al deudor, se llama mora. El art. 85 del C. de c. señala cuáles son los *efectos de la mora* para las obligaciones mercantiles, sin importar cual sea la fuente de la que nazcan (contrato, acto jurídico, ley). De acuerdo al citado precepto, los efectos de la morosidad principian al día siguiente del vencimiento. Aquí debe distinguirse, si la obligación tiene plazo, a la llegada del termino se tiene por vencida y se inician los efectos de la mora. Una tesis de la Suprema Corte de Justicia ha declarado que si la obligación contiene plazo, no hay impedimento para que pague el deudor *(Cfr.* la tesis judicial: *Mora, para incurrir en, no es indispensable el requerimiento en obligaciones de dar cuando se ha fijado fecha para cumplirla y se conoce el domicilio del acreedor).*

Si no tiene plazo la obligación, los efectos se inician cuando el acreedor interpela al deudor, judicial o extrajudicialmente.

> El solo vencimiento del plazo sin que la obligación se cumpla, trae *ipso jure* aparejada la mora, sin que sea menester que el acreedor haga nada que gestione en modo alguno el pago de su crédito. El vencimiento del plazo lo hace todo. *Día inUrpeUat pro homtne.*[*/]

La disposición comentada "puede pensarse que se establece en favor del acreedor",[45] pues éste por el solo vencimiento puede exigir intereses moratorios.

En el Derecho civil la norma correladva es el art. 2104 que, en términos similares al C. de c., distingue entre obligación con plazo, en la que la responsabilidad de daños y peijuicios se inicia al vencimiento; y la obligación sin plazo, para la que la exigibilidad se rige conforme al art. 2080 del citado ordenamiento. No comparto la opinión de Vázquez del Mercado quien estima que en las obligaciones civiles con plazo, para que exista mora, se requiere interpelación, y esto las distingue del precepto mercantil comentado.[44] Esta consideración no puede desprenderse del análisis comparativo de los dos preceptos legales.

« Tena (98). pig. 314.
" Broseta Pont (29). pág. 384.
[44] *Cfr.* Vázquez del Mercado (101). págs 146 y 147.

d) El pago. "Pago o cumplimiento es la entrega de la cosa o cantidad debida o la prestación del servicio que se hubiere prometido" (art. 2062 del C.c.). Esta amplia definición del pago es aplicable al Derecho mercantil (art. 2® del C. de c.).

El art 87 del C. de c. establece que si el contrato no establece con toda precisión la *especie y calidad* de las mercancías, el vendedor cumple entregando mercancías de especie y calidad medias. Esta disposición se aplica a todas las obligaciones de dar, como norma supletoria, si no hay pacto entre las partes. En el C.c. existe una regla igual en el capítulo de las obligaciones de dar (arts. 2015 y 2016).

En el capítulo del préstamo mercantil, el C. de c. contiene algunas *presunciones* en materia de pago, que considero son aplicables a todas las obligaciones mercantiles y no sólo a las derivadas del contrato de préstamo. Eli art 364 del C. de c. dice: "Eli recibo del capital por el acreedor, sin reservarse expresamente el derecho a los intereses pactados o debidos, extinguirá la obligación del deudor, respecto de los mismos." Esta primera parte de la disposición tiene una regla correlativa en el Derecho civil en el art. 2090 del C.c. que establece: "Cuando se paga el capital sin hacerse reserva de réditos, se presume que éstos están pagados." La segunda parte del art. 363 agrega: "Las entregas a cuenta, cuando no resulte expresa su aplicación, se imputarán en primer término, el pago de intereses por orden de vencimientos, y después al capital." Esta disposición es muy similar al 2094 del C.c. que contiene la misma presunción. Salvo estas dos disposiciones del C. de c. que he comentado, prácticamente toda la normativa que sobre el pago contiene el C.c. (arts. 2062 a 2103) se aplica, supletoriamente, a todas las obligaciones mercantiles.[46]

8. EL INTERÉS

a) Concepto. "El interés es el precio del uso del dinero ajeno".[47] El art. 361 del C. de c., incluido en el capítulo del préstamo, condene una amplia definición de interés, que no existe en el C.c. La disposición mercanül señala:

> "Toda disposición a favor del acreedor, que conste por escrito, se reputa *interés.*"

El interés se distingue de la renta (uso de un bien distinto al dinero), de la amortización (pagos al principal) y de los dividendos (que derivan de ganancias). * *

* *Cfr.* Díaz Bravo (42). Núm. 23.
* Gamgucs. £7 *htíerrr en d Derecho,* parte de la obra (54). pág. 225.

Lo» intereses ton frutos civiles (art. 893 del Ce.) que no merman la esencia y cantidad del bien del cual provienen.[47]

b) El interés legal. El art. 362 establece que: "Los deudores que *demoren* el pago de sus deudas deberán satisfacer, desde el día siguiente al del vencimiento, el interés pactado para este caso, o en su defecto el seis por ciento anual.[N]

Hay tres aspectos que destacar en esta regla:

i) Se refiere a intereses moratorios, pues se utiliza la palabra *demoren* el pago.

ü) El interés monitorio que deben pagar los deudores es, primeramente, el pactado, hay libertad para convenirlo sin limitación.

til*)* A falta de convenio, como regla supletoria, el Código fija un *interés legal***

Díaz Bravo opina que respecto a este interés, "no puede inferirse pretcnsión alguna de generalidad, ya que en su redacción se emplea dos veces el vocablo préstamo".[49]

En la práctica mercantil esta norma es el *fundamento* para fijar una tasa de *interés moratorio* cuando las partes no lo han fijado en el contrato o en un ü'tulo de crédito, o para cualquier otra obligación mercantil, independientemente de su fuente. Opino que ésta es la tasa que debe aplicarse a todos los casos en que nuestra ley habla de intereses o réditos legales; por ejemplo en la compraventa (art. 380) o en la comisión (arts. 293 y 298).

Considero que en materia mercantil, el artículo 362 del C. de c. es el único precepto que fija una cifra concreta como "*interés legaE* y mientras no se legisle o se establezcan bases para fijar otra, ésta es la tasa aplicable como interés moratorio de las obligaciones mercantiles. Este último criterio ha sido sostenido por la Suprema Corte de Justicia, al decir que: "Las prevenciones del artículo 362 del Código de Comercio,... debe reputarse como general, y es aplicable por lo mismo, no solamente al préstamo, sino a lodos los contratos de carácter mercantil, por los que haya de pagarse interés por causa de mora" (*CJr:* la tesis: *Réditos legales*). Otra tesis reciente establece que: "el arúculo 362 del Código de comercio, * *

[47] Cfr. *Diccionario Jurídico Mexicano* (44), voz: interés.

* En algunas leyes especiales se regula un interés moratorio para ciertas obligaciones; por ejemplo, el artículo 135 bis de la Ley general de instituciones y sociedades mutualistas de seguros, señala un interés moratorio especial para las empresas de seguros en sus obligaciones exigiblcs asumidas en el contrato de seguro.

[44] Díaz Bravo (42). Núm. 29.

que si bien se encuentra establecido en el capítulo de préstamo mercantil... debe aplicarse en forma analógica cuando se reclame el pago de intereses moratorios... conforme a la tasa legal, porque el precepto que nos ocupa es el que establece la tasa de interés legal aplicable a todos los supuestos en que proceda la condena al pago de intereses moratorios" (*Cfr.* la tesis: *Intereses moratorios. Es aplicable analógicamente el artículo 362 del Código de comercio para el edículo de su monto tratándose de la reclamación de daños y perjuicios).*

El arL 2395 del C.c., también en el capítulo del mutuo, y correlativo del arL 362 del C. de c., claramente indica que *V interés legal* es del nueve por dentó anual". Creo que en igual sentido debe interpretarse el artículo del C. de c. aunque expresamente no lleve el adjetivo de "legal". Parece ser que la práctica y los usos mercantiles han dado también el carácter de interés legal mercantil a esta tasa del seis por dentó anual que señala la citada disposición del C. de c.

c) La capitalización de intereses. En diversos ordenamientos existen normas que se refieren a la capitalización de intereses.

> El Código civil establece: 'Las panes no pueden, bajo pena de nulidad, convenir de antemano que los intereses se capitalicen y que produzcan intereses" (arL 2397). El Código de Comercio dispone: "Los intereses vencidos y no pagados, no devengarán intereses. Los contratantes podrán, sin embargo, capitalizarlos* (art. 363). 1.a Ley de Protección al consumidor, aplicable a los supuestos que regula, señala: "Únicamente se podrán capitalizar intereses cuando exista acuerdo previo de las partes, en cuyo caso el proveedor deberá proporcionar al consumidor estado de cuenta mensual. Es improcedente el cobro que contravenga lo dispuesto en este articulo" (art. 68).

Eos intereses vencidos no devengan intereses, salvo que las partes lo pacten expresamente. En la doctrina —pues nuestras leyes no utilizan el término— a este convenio se le llama *anatocismo* y consiste en "el pacto por el cual se acumulan los intereses vencidos y no satisfechos pagando intereses por ellos, o sea, intereses de intereses."[50] El pacto como tal, no está prohibido en las disposiciones legales, pero sí limitado en cuanto a la forma en que debe convenirse. Así, el Código civil y la LPC prohíben que se pacte de *antemano* o previamente, en tanto que el Código de Comercio no establece esa prohibición.

Sobre este tema, la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia y algunos Tribunales Colegiados de Circuito señalaron criterios contradictorios y, finalmente, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia, en una larga e histórica jurisprudencia de contradicción de tesis relacionadas con el contrato de apertura de crédito y la aplicación **

** *Diccionario de Derecho Privado* (43), voz: anatociuno.

de las normas del Código civil y del Código de Comercio antes citadas (7 de octubre de 1998), resolvió, entre otros puntos que interesan a la materia de capitalización de intereses, que deben prevalecer con carácter de jurisprudencia las tesis: "Capitalización de intereses. El artículo 363 del Código de Comercio la permite en forma previa o posterior a la causación de los réditos, a condición de que exista acuerdo expreso; "Apertura de crédito adicional para el pago de intereses causados. Pactada en el mismo instrumento o en otro. No encubre el establecimiento ilícito de intereses sobre intereses"; "Capitalización de intereses. No la constituye el contrato de apertura de crédito para cobertura de intereses (refinanciamiento)".

d) Regulación del interés en la LPC. En materia de intereses, la *LPC* contiene algunas normas importantes en el capítulo "de las operaciones a crédito." La vigente LPC contiene menores limitaciones a la libertad contractual de las partes que la abrogada LPC, de tono más proteccionista al consumidor y con reglas más estrictas en materia de intereses. Estas reglas, por disposición expresa de la ley, no son aplicables a las operaciones bancarias y de algunas otras entidades financieras y de crédito (art 5). Las más significativas son:

i) Los intereses deben calcularse sobre el precio de contado, menos el "enganche" (anticipo) que se hubiere pagado (art. 67).

*(*ti*)* Unicamente se podrán capitalizar intereses cuando exista acuerdo *previo* de las partes (art. 68). Esta norma agrega a la disposición mercantil (art 363 del C. de c.) que el pacto debe ser previo, en los mismos términos que lo establece el Código civil.

(iii) Ix)s intereses se causan solamente sobre *saldos insolutos* y no pueden exigirse por adelantado (art. 69).

(iv) Cuando se rescinde una compraventa a plazos, el comprador tiene derecho a que se le devuelva el precio pagado con los intereses a la tasa que se le haya aplicado a su pago (art. 70).

(v) Los pagos hechos en exceso del precio máximo determinado o estipulado, le dan derecho al consumidor a recuperarlos. Si el proveedor no los devuelve en cinco días hábiles, debe pagar el máximo de intereses calculados con base en el costo porcentual promedio de captación que determine el Banco de México o la tasa que la sustituya oficialmente (art. 91).

(vi) La *sanción* a estas normas "de orden público e interés social" (art. 1), es que la estipulación de las partes no producirá efectos. Además, para el proveedor que no cumpla con las disposiciones señaladas se le podrá imponer una multa de hasta mil quinientas veces el salario mínimo general vigente en el Distrito Federal (art 127).

e) El interés en disposiciones internacionales. Como referencias internacionales en materia de interés, me parecen importantes las siguientes:

i) La Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, por incumplimiento en el pago del precio, establece:

> "Si una parte no paga el precio o cualquier otra suma adeudada, la otra parte tendrá derecho a percibir los intereses correspondientes, sin peijuicio de la acción de indemnización de los daños y petjuicios exigióles conforme al artículo 74" (art. 78).

ti) Los Principios de UNIDROIT, cuando las partes se someten a ellos, tiene algunas reglas generales para intereses por sumas de dinero adeudadas.

> *Internes por falta de pago de dtnero* - (1) Si una parte no paga una suma de dinero cuando es debido, la paite perjudicada tiene derecho a los intereses sobre dicha suma desde el vencimiento de la obligación hasta el momento del pago, sea o no excusable la falta de pago. (2) El tipo de interés será el promedio del tipo de préstamos bancarios corto plazo en favor de clientes calibeados y predominante para la moneda de pago en el lugar donde éste ha de ser efectuado. Cuando no exista tal tipo en esc lugar , entonces se aplicará el mismo en el Estado de la moneda de pago. " (art. 7.4.9).

9. LA SOLIDARIDAD

"Habrá solidaridad pasiva cuando dos o más deudores reporten la obligación de prestar, cada uno de por sí, en su totalidad, la prestación debida" (art. 1987 del C.c.). Sus *características* son: "la pluralidad de sujetos y la unidad del objeto, con indeterminación de partes en la exigencia de un mandato tácito y recíproco entre los deudores.*'

1.a solidaridad *"no se presume;* resulta de la ley o de la voluntad de la partes" (art. 1988 del C.c.). Esta disposición expresa ha sido confirmada por una tesis de un Tribunal Colegiado (*Cfr.* la tesis judicial: *Solidaridad. No se presume. Resulta ftor disposición legal o del acuerdo expreso de los contratantes).*

Los autores de Derecho mercantil reclaman que no exista una disposición general que "declare la responsabilidad solidaria de los deudores cuando asumen una misma obligación, lo que hace prevalecer la presunción de mancomunidad o división de la deuda y de la responsabilidad entre ellos"." En este sentido, no estoy de [* II.]

*' *Diccionario de Derecho Privado* (43), voz: obligaciones solidarias.

" Viccnt Chulía (104), lomo II. pág. 19. *Cfr.* en el mismo sentido Garrígues (48), tomo II. pág. 5; Sánchez Calero (93). pág. 361; Barrera Graf (17). pág. 608.

acuerdo con Vázquez del Mercado quien sostiene que "la solidaridad en .las obligaciones mercantiles debe siempre presumirse, salvo prueba en contrario",[55] pues no hay fundamento legal alguno que sustente dicha opinión.

Exrrpcionalmente la LTOC wñala: "en las operaciones de crédito que esu ley reglamenta, se presume que los codeudores se olriigan solidariamente*. La LSM ñja la solidaridad pasiva a todos los socios colectivo», es decir, a los que, según el tipo social de que se trate, asumen responsabilidad ilimitada (arts. 25, 51, 297) y a aquellos a quienes se imponga como sanción (arts 53, 59. 233) así como a los administradores en distintos supuestos (art. 2*. 55, 158 y 160). Sin embargo, estas normas son especiales en matrria mercantil, no tienen caricter general.

10. PRESCRIPCIÓN

La prescripción que reglamenta el C. de c. (arts. 1038 a 1047) es únicamente la prescripción *negatixw o extmtiva,* es decir, el medio de extinguir obligaciones. No regula este ordenamiento la llamada usucapión o prescripción positiva, como medio de adquirir la propiedad y otros derechos reales, pues esto lo comprende el C.c. como materia propia de los bienes.

F.l C. de c. "no contiene un conjunto sistemático y completo de normas, trata únicamente de algunos supuestos aislados de prescripción".[54] De este modo la norma supletoria, cuando no hay disposición expresa en las leyes mercantiles, debe buscarse en el C.c. (arts. 1135 a 1150 y 1158 a 1180). Debe tomarse en cuenta que la *dispersión* de las leyes mercantiles ha originado que algunos preceptos sobre esta materia se encuentren en ordenamientos especiales. En términos generales, la prescripción mercantil opera en *plazos más cortos* que los señalados para la extinción de obligaciones civiles.

Algunos de estos *plazos* para la prescripción mercantil son:

i) De *seis meses* las acciones derivadas del contrato de prestación de servicios de remolque (ait. 110 LNAV).

a) De un *año* (art. 1043) para ventas de comerciantes detallistas por ventas al Hado, responsabilidades de los agentes de valores y de diversos derechos de contratos marítimos (art 1043), como las del contrato de ílctamcnto (art. 96 LNAV), transporte por agua con conocimiento de env baique (art. IOS LNAV) y las acciones derivadas del contrato de transporte de personas por agua y su equipaje (art. 109 LNAV). Así como pata los derechos y obligaciones que derivan de la LPC (art. 14).

[55] Vázquez del Mercado (101), pág. 14*.
[54] Garrí guc» (53), tomo II. pág. 38.

ni) De *das años* para algunas acciones derivadas del contrato de seguro (arL 81 LCS), así como la que nace de responsabilidad contra el constructor de una embarcación (art. 72 LNAV).

iv) De *tres* tinos las relativas la acción cambiaría, cobro de cupones de obligaciones y certificados de depósito (arts. 165. 227 y 250 LTOC). También prescribe en este plazo, la acción hipotecaria marítima (art. 94 LNAV).

v) De cinco *años* para las acciones derivadas del contrato de sociedad, de las operaciones sociales y de los derechos y obligaciones entre la sociedad y los socios y de estos entre si y con la sociedad (art. 1045—1 C. de c.).

11. NORMAS PROCESALES MERCANTILES

Aunque no se trata de reglas relativas a las obligaciones mercantiles, sino a los *juicios mercantiles*, contiene destacar que el C. de c. contiene reglas para los juicios "que tienen por objeto ventilar y decidir las controversias que conforme a los artículos 4®, 75 y 76 se deriven de los actos comerciales" (art. 1049 del C. de c.). Tradicionalmente las normas para los procedimientos mercantiles han formado *parte integrante* del Derecho mercantil. Históricamente, "la interpretación y la aplicación del Derecho mercantil se llevaban a cabo en los tribunales mercantiles donde los jueces eran mercaderes." [M]

El Libro quinto de nuestro C. de c., recientemente reformado (Diarios Oficiales de 4 de enero de 1989 y 24 de mayo de 1996) contiene la mayor parte de la regulación procesal mercantil. Sin embargo, otras leyes mercantiles como la LPC (arts. 99 a 123), la LTOC o la LQSP tienen también normas de naturaleza procesal.

> Desde el nacimiento del Derecho mercantil surgen dos instituciones que habrán de ejercer influencia a partir de entonces en el ininterrumpido desarrollo de la nueva rama jurídica: la *matrmJanón,* antecedente del régimen de publicidad mercantil y del registro de comercio, y la *pttvdtcción consular;* con la creación de tribunales de comercio especializados y la atribución de una competencia propia, que distinguió el procedimiento lento, complicado, foimalista del derecho ciríl romano. del rápido, fácil y convencional que se adaptaba a las necesidades del comercio y exigencias no solo jurídicas, sino también éticas.[-]

Los juicios mercantiles tienen, en general, reglas procesales *más ágiles y menos formales* que las del procedimiento civil. Para mencionar solo algunas similitudes y diferencias con el procedimiento ci- [* *]

** Merryman (74). pág. S3.

* Barrera Graf (17). págs 13 y 14.

vil, voy a hacer una rápida comparación con algunas disposiciones del CPC y algunos comentarios a las normas adjetivas mercantiles.

i) Por disposición del art. 104 Const., los jueces locales pueden aplicar las leyes federales (Derecho mercantil) cuando solo se afecten intereses de particulares. Por esta razón los tribunales del fuero común (locales) son competentes en materia mercantil, sin que los jueces federales dejen de serlo *(jurisdiuión dual).* Una tesis del pleno de la Suprema Corte de Justicia confirma este principio (Cfr. la tesis judicial: *Código de Comereio. Concurrencia federal y local para ejercitar acciones mercantiles).*

ii) En la jurisdicción civil, en fechas relativamente recientes, los tribunales se lian *especializado* en diversas materias, de modo que hay jueces *civiles,* de lo familiar, del arrendamiento inmobiliario y de lo concursal. La jurisdicción mercantil, salvo en lo referente a los concursos mercantiles, las tienen los jueces de lo civil.

iii) May *variedad de vías* en el procedimiento civil, por un lado se tiene el juicio ordinario y, por otro, los especiales: el juicio ejecutivo, el hipotecario, el especial de desahucio; y, además, normas adjetivas especificas para concursos, juicios sucesorios, jurisdicción voluntaria, controversias de orden familiar y arrendamiento de fincas urbanas.

iv) En el procedimiento mercantil hay solo *dos juicios básicos:* el ordinario y el ejecutivo.[57] En la última reforma al C. de c. se señala, además, el *juicio especial,* no regulado por éste ordenamiento y que está referido al que establecen leyes especiales (art. 1055 C. de c.). El juicio ejecutivo procede cuando se funda en un título que, en términos de la ley, trac aparejada ejecución.

v) Los *términos procesales* en materia mercantil solían ser más coitos que en los procedimientos civiles. Sin embargo, por reformas más o menos recientes, los plazos se han uniformado, de modo que el término para la contestación de la demanda es, prácticamente en todos los juicios, de nueve días (arts. 527 CFPC y 1578 C de c.); excepción hecha del plazo en el juicio ejecutivo mercantil y en el de art enriamiento inmobiliario que es de cinco días (arts. 959 CPC y 1596 C. de c.). Para la admisión y desahogo de pruebas hay también cierta similitud en los plazos. En los juicios ordinarias civiles y mercantiles diez días para ofrecimiento y treinta días para su preparación y desahogo; en los ejecutivos mercantiles deben ofrecerse pruebas en la demanda y contestación, las que se desahogan en una audiencia. El plazo para apelar la resolución definitiva ante el mismo juez que dicta la resolución es de seis días en materia civil (art. 692 del CPC) y de nueve días en el procedimiento mercantil (art. 1079-11 del C. de c.).

[57] La LSM *ir* refiere en algunos preceptos * la *vía %umana* (por ejemplo arts. 9*. 22. 118. 224. 282. 286 y 288) que se entiende que se Ventilaran en juicio ordinario (*Cfr.* art. 1877 del C. de c.).

vi) En materia mercantil, dice el arL 1051, el procedimiento "preferente a todos es el que libremente convengan las partes... pudiendo ser un procedimiento convencional ante tribunales o un procedimiento arbitral". El procedimiento convencional no es usual en la práctica y tiende a desaparecer de las legislaciones adjetivas de todos los países. Por otra parte, resulta altamente conveniente la adopción del *procedimiento arbitral,* conforme a la moderna reglamentación, más completa y detallada (arts. 1415 a 1437), producto de una reciente reforma.

vil) La ley supletoria para los juicios mercantiles es, por reforma publicada en el D.O. de 30 de diciembre del 2008, "el Código Federal de Procedimientos Civiles y en caso de que no regule suficientemente la institución cuya supletoriedad se requiera, "la ley de procedimientos local respectiva"," como dice expresamente la disposición legal (arL 1054 del C de c.).

Comparto la acertada opinión de Barrera Graf en el sentido de que, el Libro Quinto del C. de c., debería derogarse e incorporar la materia procesal mercantil al Código Federal de Procedimientos Civiles,[M] para lo cual debió aprovecharse la reforma que se menciona en el inciso *vii)* anterior.

Otro aspecto de interés en esta materia, es la necesidad de que los procedimientos mercantiles se lleven exclusivamente ante jueces federales de lo mercantil, no ante jueces civiles, lo que requiere una modificación al artículo 104 constitucional y una gran reforma a nuestro sistema judicial.

12. DERECHO COMÚN SUPLETORIO

a) *El derecho común supletorio.* El texto del hoy reformado art. 2® del C. de c., disponía que:

"A falta de disposiciones de este código, serán aplicables a los actos de comercio las del derecho común".

Este artículo que contiene la regla general de supletoriedad del Derecho mercantil mexicano, debe relacionarse con los arts. 81 y 1054 y 1063 del C. de c.

Lo que debía entenderse por *derecho común* fue una cuestión que la jurisprudencia y la doctrina mercantil mexicana no resolvieron en forma unánime. ¿Cuál era el Código Civil supletorio? ¿El C.c. del Distrito Federal, como ordenamiento federal; o el C.c. de cada entidad federativa?

La doctrina mexicana dividió su opinión, pues mientras algunos autores opinaron que la ley supletoria aplicable era el Código

Cfr. Barrera Graf (17), pág. 33.

civil de cada Estado, otros sostuvieron que el C.c. supletorio era el del Distrito Federal por tener carácter de ley federal en términos de su artículo primero. Consideraron como ordenamiento supletorio del Derecho mercantil al Código civil *local.* Mantilla Molina [w] y Barrera Graf.[w‘] La otra postura de la doctrina, que sostuvieron Díaz Bravo,[61 * * *] Rodríguez Rodríguez *® y Adame,[65] señalaba que el Derecho común supletorio a que se refiere el artículo 2º del C. de c. es el Código Civil federal o para el Distrito Federal.

Algunas leyes de carácter mercantil, dictadas con posterioridad al C. de c., marcaron una clara tendencia a considerar como ley supletoria de las normas mercantiles al Código civil del Distrito Federal, por ejemplo: la LTOC, la LNAV, la LMV, la LIC, la Ley de sociedades de inversión, la Ley para regular las agrupaciones Financieras y la Ley de vías generales de comunicación. En estas leyes se indica expresamente que la ley supletoria es el *Código Ci-\ñl Federal™* Otras importantes leyes mercantiles como la LSM, LCS, LOAAC, LIE, LPC, LQSP, no señalan expresamente cuál es la ley supletoria aplicable.

El nuevo texto del artículo 2° del C. de c. expresamente establece cuál es el derecho común supletorio. La norma vigente prescribe:

“A falta de disposiciones en este ordenamiento y las demás leyes mercantiles, serán aplicables a los actos de comercio las del *derecho común* contenidas en el Código Civil aplicable en materia *federal*"

Con la nueva norma, el derecho común supletorio no sólo para el C. de c., sino para las “demás leyes mercantiles" (art. 1®), es el *Código civil federal*

b) *El Código civil federal* La Asamblea Legislativa del Distrito Federal, en términos del artículo 122 Base Primera, fracción V, letra h) de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, tiene facultades para legislar en materia civil. En ejercicio de esta facultadla Asamblea legislativa aprobó diversas reformas al Código

[v]* *Cfr*- Mantilla Molina (72). Núnu. 50 y 51.

*" *Cfr*. Barrera Graf (17). págs. 65 y 66.

“ *Cfr*. Díaz Bravo (42), Núm. 2. en ediciones de su obra anteriores a la rrfonna legal.

*’ *Cfr*. Rodríguez Rodríguez (89), tomo I, pig 21.

“ *Cfr*. *Diccionario Jurídica Mexicana* (44), voz: derecho común.

[M] Por reforma publicada en d *Diario Oficial* de la Federación el <lia 29 de mayo dd 2000. al Código civil para el Distrito Federal, aplicable en materia federal, se le cambió la denominación por la de *Código ovil federal*

* En términos dd artículo octavo transitorio de dicha reforma constitucional *(D.O* 22 de agosto de 1996) esta norma enuó en vigor el 1* de enero de 1998.

civil para el Distrito Federal, las que fueron publicadas en la Gaceta Oficial del 25 de mayo del 2000. A partir de esta reforma, el Código civil para el Distrito Federal, que tenía el carácter de Código civil federal, aplicable a toda la República y de Código civil de la entidad federativa Distrito Federal, se dividirá en dos ordenamientos que serán reformados, en lo sucesivo, por dos poderes legislativos distintos.

El Código civil cambió su denominación por la de *Código ávil federal* En esta misma reforma (D.O. del 29 de mayo del 2000) se modificó el texto del art. I[9] que ahora señala:

> "Las disposiciones de este Código regirán en toda la República en asuntos del orden federal".

El Código civil federal será reformado en lo sucesivo por el Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos, como ordenamiento federal aplicable a toda la República Mexicana. Este ordenamiento es el Código supletorio de las leyes mercantiles y al que se hará referencia en esta obra.

Por su parte, el *Código civil para el Distrito Federal,* será modificado en lo sucesivo por la Asamblea legislativa del Distrito Federal y sólo tendrá aplicación como ordenamiento local en esa entidad federativa. Este último Código, conforme a la reforma ya citada, se denominará *Código civil para el Distrito Federal* (artículo primero del Decreto de Reforma).

BIBLIOGRAFÍA

BARRERA GRAF: (17) *Instituciones de Derecho mercantil,* págs. 1 a 18, 31 a 37.
BELTRÁN SÁNCHEZ: (19) *La unificación del Derecho privado.*
BROSETA PONT: (29) *Manual de Derecho mercantil,* págs. 353 a 357.
DÍAZ BRAVO: (42) *Contratos mercantiles,* Núms. 1 a 4, 17, 18, 23, 26, 29 y 35.
GARRIGÜES: (53) *Curso de Derecho mercantil,* tomo II, págs. 1 a 40.
GARRIÜUES: (54) *Temas de Derecho vivo.*
MANTILLA MOLINA: (72) *Derecho mercantil,* Núms. 35 a 44.
SÁNCHEZ CALERO: (93) *Instituciones de Derecho mercantil,* págs. 440 a 442.
TENA: (98) *Derecho mercantil mexicano,* págs. 295 a 371.
VÁZQUEZ DEL MERCADO: (101) *Contratos mercantiles,* págs. 13C a 146 y 152.
VICENT CHULÍA: (104) *Compendio critico de Derecho mercantil,* tomo II, págs. 1 a 27,

CAPÍTULO II

EL CONTRATO MERCANTIL

SUMARIO: 1.—Normativa general. 2.—Criterios de distinción. 3.—la forma. 4.—Disposiciones legales relativas a medios electrónicos y procesamiento de datos. 5.—La contratación por medios electrónicos. 6.—La representación mercantil. 7.—Clasificación de los contratos mercantiles. 8.—Los contratos de duración. 9.—Principios de UNIDROIT.

1. NORMATIVA GENERAL

El contrato, conjuntamente con el título de crédito, es el instrumento jurídico más importante de la circulación mercantil.'

No existe en el C. de c., o en alguna otra legislación de carácter mercantil, una regulación sistemática y específica del contrato mercantil en su parte general. Por ello, el *concepto del contrato*, sus elementos de existencia y validez, así como la normativa general del acto o negocio jurídico y del contrato mercantil en lo general, deben tomarse de la regulación del Derecho civil que resulta aplicable en la mayoría de sus principios y reglas.

El art. 81 del C. de c. establece:

"Con las modificaciones y restricciones de este código serán aplicables a los actos mercantiles las disposiciones del *derecho civil* acerca de la capacidad de los contrayentes y de las excepciones y causas que invalidan los contratos".

Esta disposición debe completarse con el art. 2º del C. de c. que remite al Derecho común como supletorio de la normativa mercantil, que por la reciente reforma a esta disposición es el *Código Civil para el Distrito Federal* De este modo, aunque el art. 81 del C. de c. transcrito sólo habla de supletoriedad respecto a la capacidad de los contratantes (no "contrayentes") y a las ineficacias, resultan aplicables al contrato mercantil todas las disposiciones generales sobre el contrato para cualquier acto o negocio jurídico (art. 1859 del C.c.).

' *Cfr.* Una (100), núm. 654.

El artículo 81 citado se refiere a las normas imperativas sobre contratos, que resultan, pues, directamente aplicables a los contratos mercantiles. En consecuencia, puede afirmarse ya que el Código de comercio omite, consciente y deliberadamente, la regulación de una teoría general de las obligaciones y contratos mercantiles.* *

El amplio concepto de convenio y contrato incluidos en los arts. 1792 y 1793 del C.c., son aplicables al contrato mercantil y a todo acto de comercio, además de las normas sobre elementos de existencia: consentimiento y objeto (arts. 1794, 1803 a 1811, 1824 a 1830 del C.c.); los elementos de validez (art. 1795 del C.c.); la forma del contrato (arts. 78 y 79 del C. de c. y 1832 a 1834 del C.c. y otras disposiciones específicas de ambos ordenamientos); la clasificación de los contratos (arts. 1835 a 1838 del C.c.) y la nulidad (arts. 2224 a 2242 del C.c.).

El art. 77 del C. de c. establece que: "Las convenciones ilícitas no producen obligación ni acción, aunque recaigan sobre operaciones de comercio."

Este artículo de cierto modo, resulta incompleto e inútil en nuestro Código mercantil. Señala los límites a la *autonomía contractual y* tiene relación con los arts. 1794-11, 1795-III, 1827, 1830 y 1831 del C.c., que establecen que el objeto (ilicitud objetiva), por un lado, y el motivo o fin del contrato (ilicitud subjetiva), por otro, no deben ser "ilícitos", esto es, "contrario a las leyes del orden público o a las buenas costumbres" (art. 1830 del C.c.). Con respecto al objeto, cuando las obligaciones son de dar, los bienes materia de éste deben estar en el comercio (art. 1825 del C.c.).[5] Cuando el objeto es una obligación de hacer, éste debe ser posible y lícito (art. 1827 del C.c.).

2. CRITERIOS DE DISTINCIÓN

Para determinar cuándo un contrato es civil o mercantil, existen diversos *criterios* que expondré brevemente.

a) Una primera opinión señala que la nota característica de los contratos mercantiles es el *fin de lucro o de provecho,* sin atender a la cualidad de las personas, ni a ninguna otra consideración.[4] Este cri-

* *Cfr*. Bclirán Sánchez (19). pág. 73.

* "El objeto del con ira lo —dice Diez Picazo— debe »er. pues, un objeto hato. La idea de la licitud reviste un matiz diferente, cuando es aplicada a las cosas y cuando es aplicada a los servicios... aplicada a las cosas, la idea de la licitud se transforma en la de comernubilidad..." (Diez Picazo (45). tomo I, págs. 151 y 152).

* La opinión es de Álvarez del Manzano y Vidari *(Cfr.* el *Diccionario de Derecho Privado* (43), voz: contratos mercantiles).

terio se enuncia, aunque no como único elemento distintivo, en los arts. 75-1 y II y 371 del C. de c., para determinar la mercantilidad de la compraventa.

b) Un criterio de orden práctico establece que los contratos mercantiles son aquellos que constituyen alguno de los *actos de comercio* enumerados por el art. 75 del C. de c.[s] Del análisis detallado de los actos de comercio que enumera el precepto citado, se desprende que, en su mayoría, éstos se producen mediante la celebración de un contrato. Por ejemplo, la palabra contrato aparece en las fracciones IV, XV, XVI y XXII; la de operaciones, como sinónimo de contrato, en las fracciones XII, XIII, y XIV; y, hacen referencia a operaciones que se celebran por medio de contratos las fracciones I, II, III y XXIII. En la propia legislación mercantil, las normas sobre contratos mercantiles en particular corresponden al Libro Segundo del ordenamiento que se denomina: "De los actos de comercio y de los *contratos mercantiles* en general."

c) Otro criterio derivado de la materia que regula o debe reglamentar el Derecho mercantil y que puede servir de base para determinar la mercantilidad de un contrato, es la que ha sostenido Rodríguez Rodríguez sobre el contenido de esta rama del Derecho privado. Para este autor, el Derecho mercantil "es el derecho de los *actos en masa realizados por empresas* ",[6 7]

d) Una posición que se abre paso en la doctrina es la tesis que considera que los contratos mercantiles son aquellos que surgen de las relaciones a que da lugar el ejercicio de una empresa o que están vinculados a la *actividad empresariaV*

En medida creciente, la empresa o negociación y la ejecución por ella de actos en masa, ha venido adquiriendo un papel preponderante en el moderno Derecho mercantil mexicano, hasta el punto de tener que considerarla como el elemento ampliamente predominante de la legislación mercantil, y como base y fundamento de la mayor parte de los demás elementos de tal disciplina.[8] "La vieja noción del Derecho mercantil como Derecho reservado a las relaciones entre comerciantes se sustituye por la de Derecho reservado a las empresas."[9]

Sin dejar de hacer referencia a los actos de comercio que enumera el art. 75 del C. de c., y con la consideración de que más de la mitad de ellos se refieren a la empresa en forma expresa o implícita;[10] la mercantilidad de un acto jurídico o de un contrato

* *Cfr.* Sánchez Modal (96), núm. 43 y Cervantes Ahumada (54), pág. 462.

* Rodríguez Rodríguez (89), tomo I, págs. 11 y 12.

[7] *Cfr.* Sánchez Calero (93), pág. 440, Garrígues (55), tomo II. pág. 13; Uría (100), núm. 656; B roseta Pont (29). págs. 59 y 60.

* Barrera Graf (17), pág. 5.

* Garrígues (53), tomo I, pág. 23.

* *Cfr.* Barrera Graf (17). pág. 5.

estará, muchas veces, en función de la existencia de: un sujeto empresario o comerciante, del objeto-cosa que sea de naturaleza mercantil (industria, buque, título de crédito, marca), o del fin de lucro o especulación que anima a la operación.[n]

Algunos actos son considerados siempre mercantiles, como las operaciones de crédito que regula la LTOC, el contrato de seguro o la constitución de una sociedad mercantil;[11] [12] * otros actos, por su naturaleza tendrán siempre el carácter de civiles, como el testamento, el matrimonio o actos del Derecho familiar. Sin embargo, hay contratos que tienen dificultades para encuadrarse como propios de una u otra disciplina, por ejemplo, el *arrendamiento sobre inmuebles*.[s]

Las *consecuencias* de calificar a un contrato de mercantil, y no de civil, traerá como principales efectos: la aplicación del derecho sustantivo mercantil y las normas adjetivas, especialmente, las vías procesales para el caso de litigio.

Sin embargo, en lo sustantivo no hay diferencias importantes en el Derecho mercantil con respecto al civil. Si se entra a la consideración singular de los preceptos del Código de comercio, se observa directamente que algunos de ellos no son más que repeticiones del Código civil, explicables por ser anterior la codificación mercantil.[14]

3. La forma

a) *Concepto*

> Forma es el modo como es el negocio, es decir, como se presenta a los demás en la vida de relación: su figura exterior. Contenido es lo que el negocio es intrínsecamente considerado, su supuesto de hecho interior, que representa, conjuntamente, fórmula e ¡dea, palabra y significado; términos estos cuya conexión es tarea de la interpretación.[15]

[11] Esta idea está tomada de la clasificación de actos de comercio de Mantilla Molina (72). Este autor clasifica a los actos de comercio en absolutamente mercantiles y actos de mercantilidad condicionada. A estos últimos los divide en: mercantilidad atendiendo al sujeto, al objeto o al motivo o fin del acto (*Cfr*. los núms. 63 y 64).

[11] *Cfr*. Mantilla Molina (72), Núm. 65. Este autor al clasificar los actos de comercio les llama *abwlulammU mercantiles.*

'* El art. 75 fracc. II del C. de c., que enumera a las operaciones sobre inmuebles, no incluye la palabra "alquileres", como sí lo hace la fracc. I que se refiere a las operaciones con bienes muebles. Esto ha originado que se discuta si un arrendamiento sobre inmuebles en el que las partes son comerciantes, es una operación civil o mercantil. Algunas tesis del Poder Judicial Federal han sentado el criterio de que se trata de un acto de naturaleza civil, entre otras puede consultarse la tesis *Arrendamiento de inmuebles, naturaleza civil del contrato de.*

[14] Bcltrán Sánchez (19), págs. 85 y 86.

'» Bctti (22). págs. 97 y 98

Desde el punto de vista de este concepto, todos los contratos y los negocios jurídicos son formales en el sentido de que todos deben *exteriorizarse* para ser conocidos en el mundo jurídico. En un sentido más estricto "la forma consiste en el medio señalado por la ley para que se manifieste la voluntad en determinados casos."[16]

> La distinción entre contrato formal y no formal se funda más bien en la posición que adopta la ley respecto a la autonomía de las partes en cuanto a la elección de una forma. Cuando la ley niega esa autonomía e impone al contrato una determinada forma, se dice que el contrato es *formal.* Cuando, por el contrario deja a los interesados en libertad respecto de la forma, se dice que el contrato no es formal. De aquí que la distinción de que se trata se convierta en la de contratos *con forma Ubre* y contratos *con forma impuesta.*[17 *]

En atención a su forma, se suele clasificar a los contratos o a los actos jurídicos en atención a su forma en consensúales, formales y solemnes. Los primeros son los que se perfeccionan por el mero consendmiento y los últimos aquellos en los que la solemnidad es forma de ser del acto y elemento de existencia, por lo que la falta de esa forma produce la inexistencia del acto.

> Entre el contrato consensual y el solemne cabe el contrato que podríamos designar con el nombre de *formal,* en el que la forma prescrita no sea simplemente probatoria ni su omisión haga inexistente el contrato, sino que esté sancionada con la nulidad relativa del mismo.'*

"En las legislaciones modernas la libertad de forma conserva el rango de principio general."[19] El Código civil consagra el principio espiritual (art 1832) inspirado en el de Comercio recoge esta regla y sus excepciones (arts. 78 y 79). Dice este último ordenamiento:

"En las convenciones mercantiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse, sin que la validez del acto comercial dependa de la observancia de formalidades o requisitos determinados."

Las excepciones que señala el siguiente artículo son: los contratos que de acuerdo a la ley requieran formas o solemnidades para su eficacia y los otorgados en país extranjero que deben ajustarse a la regla del lugar de otorgamiento (¿ocus *rrgil actum,* art. 13-IV del Ce.).

Rocco (88), pág. 260.

[17] Garrigues (53), tomo II. pág. 20. Betti (21) habla de "negocios con forma forzada o libre" (pág. 98).

•* Boija Soriano (27), núm. 282.

* Castán Tobeñas (32), tomo II, pág. 811.

b) *Contratos mercantiles formales y no formales.* El principio general de consensualidad, *impuesto por la codificación napoleónica,* sufre muchas excepciones en las leyes mercantiles, "casos siempre excepcionales, y por tanto, de interpretación estricta,"[20] que significa un cierto renacimiento del formalismo.

De los principales actos de comercio con *forma impuesta* que convierten a los contratos en formales (no hay contratos mercantiles solemnes, aunque en los títulos de crédito la forma juega un papel especialísimo), nuestras leyes mercantiles señalan los siguientes:

i) El contrato de *comisión* debe constar o ratificarse por escrito, antes de que el negocio concluya (art. 274 del C. de c.).

tí) En el *préstamo mercantil* "toda prestación pactada a favor del acreedor, que conste precisamente *por escrito,* se reputará interés" (art. 361 del C. de c.).

iii) El contrato de *transporte* exige que el porteador extienda una carta de porte, como "U'tulo legal del contrato" (arts. 581 a 587 del C. de c.). El art. 66 de la LVGC establece que al momento de la contratación, los prestadores de servicios de vías generales de la comunicación expedirán carta de porte a los usuarios.

iv) El contrato por el que se constituyen las *sociedades mercantiles* y sus modificaciones requieren de escritura pública ante notario o corredor público (arts. 5 de la LSM y 6-VI de la LCORR).

v) El contrato de *asociación en participación* debe constar por escrito (art. 254 de la LSM).

vi) La *emisión de obligaciones* de las sociedades anónimas requiere de acta notarial (art. 213 de la LTOC) o ante corredor público (art. 6-V de la LCORR).

vi i) 1.a mayoría de las *operaciones de crédito* que regula la LTOC deben constar por escrito. Por ejemplo: el repono (art. 260), el descuento de crédito en libros (art. 288-III), el crédito confirmado (art. 317), los créditos de habilitación o avío y el refaccionario (arts. 325-III). Cuando una institución de crédito es acreditante en los créditos de habilitación o avio y refaccionarios, el contrato debe constar en póliza ante corredor público (art. 6-V de la LCORR), en escritura pública o en contrato privado ante dos testigos y ratificado ante fedatario (art. 66-1 de la LIC).

viii) 1.a *prenda mercantil* que queda en poder del deudor, debe constar por escrito (art. 336 de la LTOC). 1.a novedosa figura típica de *prenda sin trasmisión de posesión* debe constar por escrito y, cuando la operación se refiera a bienes cuyo monto sea igual o superior a 250,000 UDIS, debe ratificarse u otorgarse ante fedatario (art. 365 de la LTOC).

Rocco (88), pág. 261.

ix) El *fideicomiso,* incluyendo al de garantía, debe celebrarse por escrito y cuando hay trasmisión de bienes inmuebles en escritura pública notarial (arts. 387 y 407 de la LTOC). También debe hacerse por escrito y cuando el monto es igual o superior a 250,000 UDIS ratificarse u otorgarse ante fedatario, el *fideicomiso de garantía* (art. 407 de la LTOC).

x) El contrato de *seguro,* con sus especies, debe constar por escrito, para efectos de prueba (art. 19 de la LCS).

xi) La *hipoteca industrial,* o sobre la unidad completa de una empresa, debe hacerse por escrito (arts. 67 de la LIC, 50 de la LOAAC y 28 de la LIF).

xii) El contrato de *arrendamiento financiero* debe hacerse por escrito ratificado ante notario, corredor o fedatario público (art 24 de la LOAAC).

xrn'j El contrato de *factoraje,* que contiene cesión de créditos, debe constar por escrito en términos del art. 2033 del C.c., y también el contrato de promesa de factoraje (art. 2046 del C.c.). Los dos contratos están previstos en la LOAAC (arts. 45-A, 45-B y 45-C).

xiv) El contrato por el que las empresas de *factoraje* dan en prenda los derechos de crédito que hayan adquirido, debe hacerse por escrito (art. 45-L de la LOAAC).

xv) Los contratos de *intermediación bursátil* que las casas de bolsa celebren con sus clientes requiere hacerse por escrito (art. 199 de la LMV).

xvi) Para la constitución de la *prenda bursátil* bastará la celebración del contrato por escrito (art. 204 de la LMV).

xvii) Algunos contratos de *Derecho marítimo* relativos a embarcaciones o buques, tales como la trasmisión de propiedad deben constar en instrumento otorgado ante notario o corredor públicos (art. 79 LNAV).

xviii) El contrato de *fletamento* debe constar por escrito (art. 125 LNAV). El contrato de transporte de mercancías por agua debe constar en un conocimiento de embarque (art. 129 LNAV).

xix) La *compraventa e hipoteca de buejues* debe hacerse en escritura pública o póliza ante notario o póliza o corredor (arts. 101 de la LNAV y 6-V de la LCORR).

xx) La *hipoteca* sobre líneas, vehículos, embarcaciones y demás bienes que formen el sistema de una empresa de vías generales de comunicación debe celebrarse por escrito (art. 92 de la LVGC).

xxi) Las *ventas a domicilio* previstas en la LPC deben constar por escrito (art. 52).

xxii) El *acuerdo de arbitraje* deberá constar por escrito o en un intercambio de cartas, télex, telegramas, facsímil u otros medios. La cláusula compromisoria será acuerdo de arbitraje si consta en un contrato escrito (art. 1423 del C. de c.).

Hay, además, algunas operaciones mercantiles que se perfeccionan con la *entrega del bien* materia del negocio, son los llamados desde el Derecho Romano: *contratos reales.* En nuestro ordenamiento mercantil mexicano tenemos como ejemplo de estos negocios el

depósito mercantil (arL 334 del C de c.), el reporto (are 259 de la LTOC) y la *prenda mercantil,* en ciertos casos (art. 334 de la LTOC).

Por aplicación supletoria del art. 2317 del C.c., las compraventas y la constitución de hipoteca sobre *inmuebles,* aun cuando su uso o destino sea comercial, deben constar en escritura pública ante notario (art. 78 de la LN), no pueden constar en documento ante corredor público, pues expresamente se prohibe en la Ley Federal de Correduría Pública (art. 6 fracc. V).

La libertad de forma de una gran cantidad de negocios jurídicos incluye la posibilidad de que las partes impongan, para determinados casos, una forma obligatoria para los mismos. De este modo, "el negocio se reputa *formal por voluntad de las partes*, y queda sujeto al régimen mismo establecido para los negocios declarados formales por la ley."[21]

A pesar de esta larga enumeración, el principio de libertad de forma subsiste en una gran cantidad de operaciones mercantiles que, cuantitativamente pueden tener mayor importancia que los negocios jurídicos listados. Estos son, por ejemplo, las *compraventas sobre mercancías* o mercaderías y muchas operaciones sobre bienes muebles; por ejemplo, los contratos celebrados a través de máquinas (venta de cigarros, refrescos, timbres postales, cajas para operaciones bancarias mediante computadora, el comercio por medios electrónicos, etc.). Es interesante anotar que en las subastas públicas sobre objetos de gran valor el contrato se celebra mediante señas, guiños de ojo o levantando la mano, otras operaciones se hacen con un simple apretón de manos. Las operaciones de compra y venta de valores bursátiles (celebradas en Bolsa) son, también, consensúales.

Los contratos *atipicos* al no estar reglamentados expresamente en la ley, donde se impone la forma como requisito de validez son contratos que tienen libertad de forma (*Cfr.*; la tesis: *Contratos innominados).*

4. Disposiciones legales relativas a medios eitctrónicos y procesamiento de datos

a) *La Sociedad de la Información.* La contratación por medios electrónicos es una revolución de la *sociedad de la Información* que influye en todos los sistemas de la vida cotidiana, incluido el comercio y la forma de hacer negocios. Esto ha sido tomado en cuenta por el Derecho para que se regulen las nuevas situaciones que produce.

El principal medio de la contratación electrónica es el *Internet,* donde el número de usuarios se cuenta por millones. En la historia de las comunicaciones ningún adelanto previo había invadido tan rápidamente las conciencias y había asegurado tan amplia acogida pública. Las compañías que están involucradas en una escala importante en la contratación por medios electrónicos son las compañías *online* que están redefmiendo no sólo la forma de hacer negocios, sino también la forma en que compramos, nos comunicamos, hacemos publicidad, nos entretenemos, planeamos nuestras vidas y administramos muy diversos negocios.

F.l desarrollo de los negocios a través de *Internet* en los Estados Unidos de América representó para el año 1999, en cifras estimadas, un crecimiento de más del 50% respecto del año anterior," cifra muy superior al crecimiento, para toda la economía de ese país, que será del 4%, en cifras estimadas.

El *Internet* (red de redes) es un sistema de comunicación electrónico por medio de computadoras que las enlaza o comunica entre sí y que tiene muy diversas aplicaciones; es el laberinto de computadoras conectadas, conocido como la World Wide Web (aw).[n] Sus principales funciones son: correo electrónico (*e-mail*), grupos de noticias, listas de correo, acceso a archivos de computadoras remotas, capacidad de entrar a otras computadoras, búsqueda en línea en base de datos, discusiones y comunicaciones con otras personas *(chal),* acceso a sistemas de información del siglo xxi.

¿Cómo influye esta revolución de la información y de la comunicación en el Derecho?

"Por lo que al Derecho *(de la contratación)* interesa, dos son las formas por la que las empresas y particulares participarán en esta sociedad de la información: la contratación electrónica y la transferencia electrónica de fondos."[24] Sin embargo, hay que considerar que existen otros aspectos que interesan al Derecho como por ejemplo: la propiedad intelectual de la información, la protección jurídica de los datos personales, la circulación de datos transfronterizas, los delitos informáticos y el valor probatorio de los soportes informáticos.

b) *El comercio electrónico.* Puede definirse como "la información en forma de mensaje de datos utilizada en el contexto de activi-

" *Cfr.* FORTUNE (Dec. 6. 1999).

" La Red fue creada por el Departamento de Defensa de Estados Unidos para mantener su red de computadoras interconectadas en caso de ataque nuclear. El sistema pasó al ámbito donde investigadores universitarios y gubernamentales intercambiaban mensajes y datos en diferentes sistemas de computadoras. Posteriormente el Gobierno decidió dejar el desarrollo de Internet en manos de la iniciativa privada.

** Moreno Navarrete (78). pág. 10.

des comerciales" (art. 1® *Ley modelo de UNCITRAL sobre comercio electrónico).*

Aunque originalmente esta nueva forma de contratar se refiere especialmente a la compraventa, sus aplicaciones se han ampliado en forma importante a otra clase de contratos, como operaciones bursátiles, subastas, prestación de servicios, concesión de uso o goce de bienes intangibles, concesión o cesión de licencias, acceso a información en todo el mundo, reservaciones o anuncios de bienes y servicios.

Los problemas de esta nueva forma de contratación son, entre otros: el de la extraterritorialidad, pues muchas de estas operaciones se celebran por partes que están en diferentes países y que se rigen por leyes distintas; y los aspectos fiscales, pues no se pueden aplicar fácilmente reglas de un país a un contrato que tiene efectos en otro u otros países.

c) *Disposiciones legales mexicanas sobre medios electrónicos.* En el Derecho mexicano existen disposiciones legales que de algún modo, y para ciertos efectos, se refieren a los medios electrónicos y a los sistemas automatizados de procesamiento de datos, que cada día modifican en forma importante la organización de las entidades de gobierno, las empresas y a los particulares con respecto a la información y a la comunicación.

Son ejemplo de estos avances legislativos, en leyes de muy diversa naturaleza, las disposiciones relativas a:

i) *Informática en las entidades gubernamentales.* La ley de Información Estadística y Geográfica define a la *Informática* como: "la tecnología para el tratamiento sistemático y racional de la información mediante al procesamiento electrónico de datos" (art. 3® VIII). El Reglamento de la ley de presupuesto, contabilidad y gasto público federal establece que las entidades que utilicen sistemas de registro electrónico de contabilidad deberán obtener de la Secretaría la autorización correspondiente y cumplir con ciertos requisitos (art. 89); y, numerosos Reglamentos Interiores de distintas Secretarías de Estado y dependencias públicas previenen la existencia de sistemas de procesamiento electrónico de datos (las Secretarías de Economía, la de Educación Pública, la de Defensa Nacional, Reforma Agraria, Marina, Trabajo y Previsión Social y la Administración Pública del Distrito Federal). En el Código Financiero del Distrito Federal se contienen reglas para la autorización de los sistemas de *registro electrónico* de contabilidad y procesamiento electrónico de datos que utilicen las entidades de Gobierno (arts. 459 y 489).

ii) *La obligación de los particulares de conservar y procesar información, lo que pueden hacer por medios electrónicos.* Como ejemplo de estas normas, el Código de comercio señala que los comerciantes están obligados a conservar cartas, telegramas y otros documentos que reciben o expidan con relación a sus negocios, y que esta información puede archivarse por cualquier medio, como el *electrónico,* que permita la reproducción posterior (arts. 47 y 48); la Ley del Impuesto sobre la Renta establece los requisitos para que los contribuyentes puedan llevar su contabilidad mediante el sistema de *registro electrónico* (art. 88 fracc. X y 133 fracc. VI), la forma en que debe presentar esta información y declaraciones mediante dispositivos magnéticos (arts. 72, 112 y 119 fracc. I); los contribuyentes podrán usar indistintamente los sistemas de registro manual, mecanizado o *electrónico,* siempre que se cumpla con los requisitos que establece el Reglamento del Código Fiscal de la Federación (art. 27), en estos casos, deberá conservar como parte integrante de su contabilidad toda la documentación relativa al diseño del sistema y los diagramas del mismo (art. 31 del mismo Reglamento); el mismo Código Fiscal menciona que en las visitas domiciliarias de comprobación, los visitados, cuando lleven su contabilidad con el sistema de *registro electrónico* o graben en discos ópticos, deben poner a disposición de los visitadores el equipo de cómputo y sus operadores para que auxilien el desarrollo de la visita (art. 45); este ordenamiento señala que cuando se requiera información por las autoridades con motivo de facultades de comprobación, el contribuyente, si lleva su contabilidad mediante registro *electrónico,* debe presentar de inmediato los diagramas y el diseño del sistema de *registro electrónico* (art. 53); disposiciones muy similares se contienen en el Código financiero del Distrito Federal (art. 84-V1I *a)* y, estas mismas reglas están previstas para la información que los patrones proporcionan al Instituto Mexicano del Seguro Social (art. 19 de la Ley del Seguro Social).

iii) *El delito de fraude.* Por reforma al Código Penal del Distrito Federal, se incluyó un delito al que se le aplican las penas del fraude, para aquel que obtenga un beneficio para sí o para un tercero, que "accese, entre o se introduzca a los sistemas o programas de *informática* del sistema financiero c indebidamente realice operaciones, transferencias, movimientos de dinero o valores" (art. 387, fracción XXII).

iv) *El sistema del Registro Público de Comercio.* Señala el C. de c. que éste operará con un programa informático y con una base de datos central interconectada con las bases de datos de sus oficinas ubicadas en las entidades federativas. Las bases de datos contarán con al menos un respaldo electrónico. Mediante el programa informático se realizará la captura, almacenamiento, custodia, seguridad, consulta, reproducción, verificación, administración y transmisión de la información registra!" (art. 20).

5. LA CONTRATACIÓN POR MEDIOS ELECTRÓNICOS

a) *Disposiciones sobre contratación electrónica.* Por reformas al Código civil federal, al Código de Comercio y a la Ley de Protección al Consumidor, publicadas en el *Diario Oficial* del 29 de mayo del 2000 y de 29 de agosto del 2003, se reguló el comercio electrónico.

Estas reglas de carácter federal van de lo general a lo particular. Las disposiciones del C.c. establecen las normas generales sobre contratación por medios electrónicos, ópticos o por cualesquier otra tecnología, que son aplicables a toda clase de actos jurídicos de naturaleza civil, mercantil o de alguna otra índole, pues el C.c. como ordenamiento federal es supletorio de leyes federales. El C. de c., adicionó un capítulo con el nombre de "*Del comercio electrónico*" (arts. 80 y 89 a 94), con disposiciones que regulan la contratación por medios electrónicos para los actos de naturaleza mercantil. Estas disposiciones se reformaron recientemente *(D O.* 29 de agosto de 2003) y se incluyó un capítulo sobre las firmas. Y, por último, la LPC contiene normas que sólo se aplican a las relaciones entre proveedores y consumidores que son las que reglamenta esta ley especial.

El principio general es que se admite la contratación por medios electrónicos. Así lo establece claramente el art. 89 del C. de c.

> "...En los actos de comercio y en la formación de los mismos podrán emplearse los medios electrónicos, ópticos o cualquier otra tecnología..."

Algunas de las disposiciones del Derecho mexicano están tomadas de la *'Ley modelo de UNCITRAL sobre comercio electrónico',* que han adoptado algunos otros países como normas de Derecho positivo y que facilitarán el comercio electrónico en el ámbito internacional por la similitud de las disposiciones. En estas normas se establece que: "No se negarán efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria a la información por la sola razón de que esté en forma de mensaje de datos" (art. 5*).

b) *El consentimiento.* Desde el punto de vista contractual, el problema principal de la contratación por medios electrónicos se refiere al *consentimiento.* Si los contratos necesariamente han de tener como elementos de existencia el consentimiento y el objeto, "tratándose de un contrato electrónico, este último elemento no varía respecto al tradicional, el contrato sigue teniendo el mismo objeto. Es en su conclusión y en el modo de consentir donde existen las principales diferencias. No se trata de un consentimiento electrónico, sino de una forma electrónica de consentir."[15]

® Moreno Navarrete (78). págs. 54 y 35.

Tradicionalmente, la contratación por medios electrónicos requería que las partes se pusieran de acuerdo previamente sobre la forma de contratar, mediante un *contrato normativo,* por ejemplo en la LIC (arts. 52 y 200 fracc. V de la LMV). El C.c establece que esto ya no es necesario, dice el art. 1811:

> "Tratándose de la propuesta y aceptación hechas a través de medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología no se requerirá de estipulación previa entre los contratantes para que produzca efectos".

c) *Consentimiento expreso y contrato entre presentes.* Dos aspectos importantes resuelve expresamente el C.c. sobre esta clase de contratación, que se trata de un consentimiento expreso, no tácito, y que el contrato celebrado entre las partes es un contrato entre presentes. A este respecto, señalan las disposiciones respectivas.

> "El consentimiento puede ser expreso o tácito, para ello se estará a lo siguiente:
> I. Será expreso cuando la voluntad se manifiesta verbalmentc, por escrito, *por medios electrónicos,* ópticos o por cualquier otra tecnología, o por signos inequívocos, y..." (art 1803).
> "Cuando la oferta se haga a una persona presente, sin fijación de plazo para aceptarla, el autor de la oferta queda desligado si la aceptación no se hace inmediatamente. La misma regla se aplicará a la oferta hecha por teléfono o a través de cualquier otro *medio electrónico,* óptico o de cualquier otra tecnología que permita la expresión de la oferta y la aceptación de ésta en forma inmediata " (art. 1805).

El el art 80 del C. de c. establece que: "Los convenios y contratos mercantiles que se celebren por correspondencia, telégrafo, o mediante el uso de medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología, quedarán perfeccionados desde que se reciba la aceptación de la propuesta o las condiciones con que ésta fuera modificada."

d) *La oferta y aceptación.* Como el consentimiento se forma de una oferta y una aceptación, las disposiciones civiles y mercantiles regulan algunos de sus aspectos. La información que se genera por medios electrónicos se conoce como *mensaje de datos* y se define en el art. 89 del C. de c. (reformado en 2003) como:

> "La información generada, enviada, recibida o archivada por medios electrónicos, ópticos o cualquier otra tecnología."

Este concepto está tomado de la Ley modelo de UNCITRAL que señala: por "mensaje de datos" se entenderá la información generada, enviada, recibida o archivada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos (EDI), el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax... (art. 2 *a).*

En toda oferta y aceptación hay un emisor y un destinatario que deben quedar plenamente identificados en la contratación electrónica para efectos de determinar la celebración del contrato y las partes que quedan obligadas. El C.c. y el C. de c. señalan que, para efectos de considerar que un contrato ha sido celebrado de acuerdo a la forma que establece la ley, los supuestos se tendrán por cumplidos "siempre que la información generada o comunicada en forma íntegra, a través de dichos medios *sea atribuible a las personas obligadas* y accesible para su ulterior consulta" (art. 1834 bis del C.c.).

Las disposiciones legales establecen algunas *presunciones* con respecto al origen del mensaje de datos por parte del emisor. Señala el C. de c.:

> "ARTÍCULO 90.—Se presume que un Mensaje de Datos ha sido enviado por el Emisor y, por lo tanto, el Destinado o la Parte que Confía, en su caso, podrá actuar en consecuencia, cuando:
>
> I. Haya aplicado en forma adecuada el procedimiento acordado previamente con el Emisor, con el fin de establecer que el Mensaje de Datos provenía efectivamente de éste, o
>
> II. El Mensaje de Datos que reciba el Destinatario o la Parte que Confía, resulte de los actos de un Intermediario que le haya dado acceso a algún métodtf utilizado por el Emisor para identificar un Mensaje de Datos como propio..." (art. 90 bis).

Esta norma está tomada del art. 1S de la Ley modelo de UNCTTRAL que con mayores detalles sobre esta relación, establece que: 2) "En las relaciones entre el iniciador y el destinatario, se entenderá que un mensaje de datos proviene del iniciador si ha sido enviado:... *b)* por un sistema de información programado por el iniciador o en su nombre para que opere automáticamente".

Por *sistema información* se entiende "todo sistema utilizado para generar, enviar, recibir, archivar o procesar de alguna otra forma Mensajes de Datos." (art. 89 del C. de c.).

> La *Ley modelo de UNCITRAL* lo define como el "sistema utilizado para generar, enviar, recibir, archivar o procesar de alguna otra forma mensajes de datos" (art. 2 f).

El nuevo artículo 90 bis señala los casos en que se presume que un Mensaje de Datos ha sido enviado por el Emisor y, por lo tanto, el Destinatario o la Parte que Confía, puede actuar en consecuencia.

Hay que notar que la disposición del C.c. señala, salvo pacto en contrario, lo que puede suponer un *contrato normativo* previo entre las partes contratantes: emisor y destinatario, que señalen otros casos en los que se determine que el mensaje de datos se atribuye al emisor.

Con respecto al *momento de recepción* de la información, el art. 91 del C. de c. establece lo siguiente:

> "El *momento de recepción* de la información a que se refiere el artículo anterior se determinará como sigue:
> I. Si el Destinatario ha designado un Sistema de Información para la recepción de Mensajes de Datos, ésta tendrá lugar en el momento en que ingrese en dicho Sistema de Información;
> II. De enviarse el Mensaje de Datos a un Sistema de Información del Destinatario que no sea el Sistema de Información designado, o de no haber un Sistema de Información designado, en el momento en que el Destinatario recupere el Mensaje de Datos, o
> III. Si el Destinatario no ha designado un Sistema de Información, la recepción tendrá lugar cuando el Mensaje de Datos ingrese a un Sistema de Información del Destinatario."
> Lo dispuesto en este artículo será aplicable aun cuando el Sistema de Información esté ubicado en un lugar distinto de donde se tenga por recibido el Mensaje de Datos conforme al artículo 94 (art. 91 del C. de c.).

Como referencia, la *Ley modelo de UNCITRAL* señala en el artículo 15 que: 2 *a)* "Si el destinatario ha designado un sistema de información para la recepción de mensajes de datos, la recepción tendrá lugar: *i)* en el momento en que entre el mensaje de datos en el sistema de información designado; o *tí)* de enviarse el mensaje de datos a un sistema de información del destinatario que no sea el sistema de información designado, en el momento en el que el destinatario recupere el mensaje de datos;...*

La determinación del momento de recepción es importante para efecto de que el emisor pueda revocar la oferta o quedar vinculada por la misma conforme a la regla general establecida por el artículo 1805 del C.c, aunque hay que considerar que el contrato por medios electrónicos se considera celebrado entre presentes.

El art. 94 del C. de c. establece como se determina el *lugar* en que se expide el mensaje. Dice el precepto:

> "Salvo pacto en contrario entre el Emisor y el Destinario, el Mensaje de Datos se tendrá por expedido en el *lugar* donde el Emisor tenga su establecimiento y por recibido en el lugar donde el Destinatario tenga el suyo."

La Ley modelo de UNCITRAL establece en el mismo artículo 15 que: 4) "De no convenir otra cosa el iniciador y el destinatario, el mensaje de datos se tendrá por expedido en el lugar donde el iniciador tenga su establecimiento y por recibido en el lugar donde el destinatario tenga el suyo.*

El determinar cuál es el lugar de celebración el contrato va a tener importantes efectos como: la ley aplicable al contrato, la

competencia territorial del juez que conocerá de una controversia y los efectos fiscales conforme a leyes de uno u otro lugar.

e) *La forma del contrato electrónico.* El contrato celebrado por medios electrónicos se asimila al contrato que se celebra por escrito, aunque en este caso esta forma de celebración no es un elemento de validez del contrato, salvo que las partes lo hayan convenido previamente (art. 1803, fracc. II). Lo que interesa destacar en esta forma de consentir es que la información por estos medios "sea atribuible a las personas obligadas y accesibles para una ulterior consulta" (art 1834 bis).

> Esu disposición está tomada de la Ley modelo de UNCITRAL que establece a este respecto: "Artículo 6. Escrito. 1) Cuando la ley requiera que la información conste por escrito, ese requisito quedará satisfecho con un mensaje de datos si la información que éste contiene es accesible para su ulterior consulta... 3) *Lo dispuesto en el presente articulo no será aplicable a:*

El C.c. y el C. de c. expresamente excluyeron de la celebración por medios electrónicos a los actos jurídicos que requieren la formalidad de la escritura pública ante fedatario, aunque permiten que la información relativa al contenido que las partes quieren en el contrato se pueda comunicar por medios electrónicos. A este respecto, los artículos 1834 bis, segundo párrafo del C.c. y 93 del C. de c., con un texto idéntico señalan:

> "En los casos en que la ley establezca como requisito que un acto jurídico deba otorgarse en *instrumento ante fedatario público,* éste y las partes obligadas podrán, a través de Mensajes de Datos, expresar los términos exactos en que las partes han decidido obligarse, en cuyo caso el fedatario público, deberá hacer constar en el propio instrumento los elementos a través de los cuales se atribuye dicha información a las partes y conservar bajo su resguardo una versión íntegra de la misma para su ulterior consulta, *otorgando dicho instrumento de conformidad con la legislación aplicable que lo rige."*

Lo anterior significa que el fedatario y las partes pueden comunicarse y trasmitirse información por medios electrónicos relativa al acto jurídico y contrato que pretenden celebrar y que conforme a la ley requiere la formalidad de un instrumento publico. Sin embargo, es clara la disposición legal en el sentido de que el otorgamiento del acto debe hacerse conforme a la ley aplicable a la forma, es decir, las leyes del notariado para el Distrito Federal, o de alguna entidad federativa, o la Ley federal de correduría pública. Esto significa que estos actos deben otorgrase por escrioto en el protocolo del notario o póliza del corredor y que el autor del acto

o las panes contratantes deben firmar el instrumento, en los términos que ordenan las respectivas leyes que rigen los actos notariales y del corredor público. Esto es lógico, pues ciertos actos requieren de que la forma de su otorgamiento o de celebración se haga por escrito con soponc en papel por la trascendencia de ese acto y la necesidad de que el documento tenga circulación para otros efectos jurídicos relacionados con el acto, como puede ser su inscripción en ciertos Registros Públicos. Por ejemplo, la constitución de una sociedad mercantil, conforme a la legislación mexicana, debe otorgarse en escritura pública ante notario o corredor. La sociedad debe inscribirse en el Registro Público de Comercio del domicilio social y en otros registros administrativos y fiscales. La misma sociedad debe acreditar su legal existencia y constitución ante una serie de personas con cuales las lleva a cabo actos jurídicos, personas que no necesariamente cuentan con un sistema de información por el que puedan tener acceso al acto constitutivo de una sociedad y constatar su legal existencia y representación. Así como este ejemplo, se pueden encontrar otros actos que no necesariamente deben otorgarse mediante una escritura pública ante notario, pero que la celebración del acto por medios electrónicos, va a generar dificultades en la prueba de su existencia, por ejemplo, la cesión o concesión de uso de patentes, marcas o nombres comerciales.

0 La *prueba de la contratación electrónica.* I.as reformas a las leyes federales mexicanas para introducir la contratación electrónica, también incluyeron reformas a leyes procesales como el Código Federal de Procedimientos civiles y el Código de comercio. Las disposiciones se refieren a la admisibilidad de los medios electrónicos como prueba y a la valoración que debe hacer el juez de este medio de prueba. Dicen las normas correspondientes.

Del Código federal de procedimientos civiles:

> "Se *reconoce como prueba* la información generada o comunicada que conste en medios electrónicos, ópticos o en cualquier otra tecnología.
>
> Para valorar la fuerza probatoria de la información a que se refiere el párrafo anterior, se estimará primordialmente la fiabilidad del método en que haya sido generada, comunicada, recibida o archivada y, en su caso, si es posible atribuir a las personas obligadas el contenido de la información relativa y ser accesible para su ulterior consulta.

Cuando la ley requiera que un documento sea conservado y presentado en su forma original, ese requisito quedará satisfecho si se acredita que la información generada, comunicada, recibida o archivada por medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología, se ha mantenido íntegra e inalterada a partir del momento en que se generó por primera vez en su forma definitiva y ésta pueda ser accesible para su ulterior consulta" (art. 210-A).

Del *Código de comercio:*

"Son *admisibles como medios de prueba* todos aquellos elementos que puedan producir convicción en el ánimo del juzgador acerca de los hechos controvertidos o dudosos y en consecuencia serán tomadas como pruebas las declaraciones de las partes, terceros, peritos, documentos públicos o privados, inspección judicial, fotografías, facsímiles, cintas cinematográficas, de videos, de sonido, *mensajes de dalos,* reconstrucciones de hechos y en general cualquier otra similar u objeto que sirva para averiguar la verdad (art. 1205).

"Se *reconoce como prueba* los mensajes de datos. Para valorar la fuerza probatoria de dichos mensajes, se estimará primordialmente la fiabilidad del método en que haya sido generada, archivada, comunicada o conservada" (art. 1289-A).

Ley modelo de UNCITRAL establece en su artículo 9º que: 2) "Toda información presentada en forma de mensaje de datos gozará de la debida fuerza probatoria. Al valorar la fuerza probatoria de un mensaje de datos se habrá de tener presente la fiabilidad de la forma en la que se haya generado, archivado o comunicado el mensaje, la fiabilidad de la forma en la que se haya conservado la integridad de la información, la forma en la que se identifique a su iniciador y cualquier otro factor pertinente."

Y, el artículo 10 señala: "1) Cuando la ley requiera que ciertos documentos, registros o informaciones sean conservados, ese requisito quedará satisfecho mediante la conservación de los mensajes de datos, siempre que se cumplan las condiciones siguientes: *a)* Que la información que contengan sea accesible para su ulterior consulta, y *b)* Que el mensaje de datos sea conservado con el formato en que se haya generado, enviado o recibido o con algún formato que sea demostrable que reproduce con exactitud la información generada, enviada o recibida, y *c)* Que se conserve, de haber alguno, todo dato que permita determinar el origen y el destino del mensaje, y la fecha y la hora en que fue enviado o recibido."

g) *La firma electrónica.* En las reformas al C. de c. se contiene un capítulo que se denomina "De las firmas" y que contiene la

regulación en nuestro Derecho de lo que se conoce como *firma electrónica.* El art. 97 de dicho ordenamiento establece:

> "Cuando la ley requiera o las partes acuerden la existencia de una Firma en relación con un Mensaje de Datos, se entenderá satisfecho dicho requerimiento si se utiliza una Firma Electrónica que resulte apropiada para los fines para los cuales se generó o comunicó ese Mensaje de Datos.
>
> La Firma Electrónica se considerará *Avanzada o Fiable* si cumple por lo menos los siguientes requisitos:
>
> I. Ix>s Datos de Creación de la Firma, en el contexto en que son utilizados, corresponden exclusivamente al Firmante;
>
> II. Los Datos de Creación de la Firma estaban, en el momento de la firma, bajo el control exclusivo del Firmante;
>
> III. Es posible detectar cualquier alteración de la Firma Electrónica hecha después del momento de la firma, y
>
> IV. Respecto a la integridad de la información de un Mensaje de Datos, es posible detectar cualquier alteración de ésta hecha después del momento de la firma.*.

Se regula en estas disposiciones lo relativo a los Prestadores de Servicios de Certificación quienes determinarán y harán del conocimiento de los usuarios si las Firmas Electrónicas Avanzadas o Fiables que les ofrecen cumplen o no los requerimientos dispuestos en las fracciones I a IV del artículo 97 (art. 98) . Pueden ser prestadores de este servicio, previa acreditación ante la Secretaría: I. Los notarios públicos y corredores públicos; II. Las personas morales de carácter privado, y III. Las instituciones públicas, conforme a las leyes que les son aplicables (arL 100). La regulación de los prestadores del servicio de certificación y las características de los certificados se contienen en los artículos 100 al 113 del C. de c.

h) *Disposiciones sobre contratación por medios electrónicos en otras leyes mexicanas.* Algunas leyes mexicanas, con anterioridad a la reforma al C.c. y al C. de c., ya contemplaban, con cierta timidez, la posibilidad de celebrar contratos y hacer operaciones por medios electrónicos. Estas son:

> *i)* La *Ley de instituciones de crédito* señala que: "Las instituciones de crédito podrán pactar la celebración de sus operaciones y la prestación de servicios con el público, mediante el uso de equipos y sistemas automatizados, estableciendo en los contratos respectivos las bases para determinar lo siguiente: I. Las operaciones y servicios cuya prestación se pacte; II. Los medios de identificación del usuario y las responsabilidades correspondientes a su uso, y III. Los medios por los que se hagan

constar la creación, transmisión, modificación o extinción de derechos y obligaciones inherentes a las operaciones y servicios de que se trate.

El uso de los medios de identificación que se establezcan conforme a lo previsto por este artículo, en sustiniaón de la firma autógrafa, producirá los mismos efectos que las leyes otorgan a los documentos correspondientes y, en consecuencia, tendrán el mismo valor probatorio" (are 52).

ii) La Ley del mercado de valores previene que: "en caso de que las partes convengan el uso de medios electrónicos, de cómputo o de telecomunicaciones para el envío, intercambio y en su caso confirmación de las órdenes y demás avisos que deban darse, incluyendo la recepción de estados de cuenta, habrán de precisar las claves de identificación recíproca y las responsabilidades que conlleve su utilización.—Las claves de identificación que se convenga utilizar conforme a este artículo sustituirán a la firma autógrafa, por lo que las constancias documentales o técnicas en donde aparezcan, producirán los mismos efectos que las leyes otorguen a los documentos suscritos por las partes y, en consecuencia, tendrán igual valor probatorio" (art. 200 fracc. V).

"Cuando las partes hayan convenido el uso de telégrafo, télex, telefax, o cualquier otro medio electrónico, de cómputo o de telecomunicaciones, las modificaciones a los contratos que tengan celebrados podrán realizarse a través de los mismos, observando el plazo y las modalidades para la manifestación del consentimiento a que se refiere este artículo" (art. 202).

iii) La *Ley de Adquisiciones*, *Arrendamientos y Servicios al Sector Público* (LAASSP) y la *Ley de Obras Pública y Servicios Relacionados con las mismas* (LOPSR), contienen numerosas disposiciones relacionadas con el uso de "*medios de difusión electrónica*" para muy distintos efectos.

La Contraloría pondrá a disposición pública la información que obre en su base de datos correspondiente a las convocatorias y bases de las licitaciones a través de *medios de difusión electrónica* (arts. 26 de la LAASSP y 27 LOPSR).

Las proposiciones deben hacerse en sobre cerrado y deben ser firmadas autógrafamente por los licitantes. Estas proposiciones pueden ser enviadas por medios remotos de comunicación electrónica, en los que el sobre será generado mediante el uso de tecnologías que resguarden la confidencialidad de la información y, para efectos de la firma, "se emplearán medios de *identificación electrónica,* que producirán los mismos efectos que las leyes otorgan a los documentos correspondientes y, en consecuencia, tendrán el mismo valor probatorio" (arts. 27 de la IAASSP y 28 de la LOPSR).

Las inconformidades sobre estos procedimientos de licitación y proposiciones, podrán hacerse por *medios remotos de comunicación electrónica* en los que debe asarse medios de identificación electrónica en sustitución de la firma autógrafa (arts. 67 de la LAASSP y 85 de la LOPSR).

Las normas de la LIC y de las LAASSP y LOPSR previenen que la contratación por medios electrónicos deben contemplar los de identificación del usuario, la llamada firma electrónica, y la consecuencia

de que ésta producirá los mismos efectos que las leyes otorgan a los documentos correspondientes, los que tendrán el mismo valor probatorio.

En estos casos los contratos tienen una forma impuesta por voluntad de las panes pues éstas, previamente, en un contrato normativo. han aceptado que en los futuros contratos que celebren, el consentimiento se expresará de un cieno modo."

6. LA REPRESENTACIÓN MERCANTIL

a) *Concepto.* La *representaáón* como una institución desarrollada en el Derecho civil, ha ampliado notablemente su aplicación a todas las instituciones jurídicas del Derecho privado y del público, de modo que su estudio forma parte ya de la teoría general del Derecho.[27] El concepto y los principios de la representación que se contienen, sobre todo, en el Derecho civil son aplicables a la materia mercantil.

> La necesidad de realizar simultáneamente negocios en lugares distintos se nota más intensamente en el campo del Derecho mercantil, cuya base es la contratación en masa. A esta necesidad satisface la institución de la *representación jurídica* como forma de cooperación que permite el desdoblamiento de la personalidad y la actuación múltiple simultánea.**

En las relaciones de Derecho privado, por medio de la representación, "se produce una ampliación de las posibilidades de obrar o, quizá mejor, de las posibilidades de asumir las consecuencias y los resultados de la actividad de otros".[29] "El mundo moderno no sería concebible sin la existencia de la representación jurídica."[30]

> Hoy el *Derecho moderno* arranca de un principio naturalmente opuesto al del Derecho romano, o sea, el absoluto y general reconocimiento de la representación en los negocios jurídicos.[11]

* *Cfr* en este sentido Pacheco (81). págs. 21S y sgtes.

" "l-o* principales conceptos en operación, la estructura básica del Derecho y las principales instituciones jurídicas se han obtenido directamente del Derecho civil o se han desarrollado por analogía con él" (Merryman (74). pág. 120).

* Garrigues (55). tomo II, pág. 55.

" Diez Picazo (45), pág. 24.

* *Diccionario jurídico mexicano* (44), voz: representación.

" Rocco (88), pág. 274. "El Derecho romano no admite de manera general que la gestión de una persona en lugar y a nombre de otra produzca efectos en aquella persona que no interviene: la representación tiene en él efectos sólo mediatos, que recaen en la persona del representante, b cual debe luego transferirlos, por los modos idóneos, a la pen sona del representando *(representación indirecta*)." (D'Ors. Alvaro. *Derecho privado romano. V* edic., Ed. Universidad de Navarra. Pamplona, 1977, N* 471).

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 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.[5]* *

b) *Elementos.* Hay que distinguir entre la relación representativa y la relación que origina a la representación. Esta última es, generalmente, un contrato que regula la relación interna entre representante y representado, pero que no necesariamente se exterioriza hacia el tercero con quien contrata el representante.

i) Los *sujetos* de la relación representativa son: "el *representado*, a quien usualmente se denomina también principal o dueño del negocio (*dominus negotii*), que es la persona cuyo interés gestiona el representante y en quien han de recaer, en definitiva, directa o indirectamente, los efectos de la gestión representativa. El *representante*, gestor o agente, que es la persona que actúa en interés o por cuenta del principal. El *tercero* con quien o ante quien se realiza la gestión representativa. Como sujetos de la relación representativa en sentido estricto deben considerarse tan solo el representante y el representado."[55]

¡i) El *objeto* de la representación es el *negocio o asunto* que el representante realiza en nombre y por cuenta del representado. "La representación es admisible, en general, en la conclusión del contrato y de todo otro negocio a cuya naturaleza no repugne una sustitución de persona."[54] A este respecto señala nuestro C.c. que "pueden ser objeto del mandato todos los actos lícitos para los que la ley no exige la intervención personal del interesado" (art. 2548).

iii) La *forma* en que se otorga la representación es mediante el poder o procura.

Entre nosotros —dice Barrera Graf— nuestros textos positivos (códigos civiles y de Comercio) aún son omisos en la regulación de la representación, y sólo tratan de negocios y actos relacionados con ella, como los casos de mandato, comisión, gestión de negocios, ratificación.[55]

* Boija Soriano (27). núm. 406. Otra moderna concepción de esta institución se dice que: "la representación es aquella situación jurídica en la cual una persona presta a otra su cooperación mediante una gestión de sus asuntos en relación a terceras personas" (Diez Picazo (46), pág. 64). Esta amplia definición se enfoca a los efectos de la representación y comprende a la llamada *npmmtanón mdmtla.*

* Diez Picazo (46). pág. 68.

* Beiu (21). pág. 431.

* Barrera Graf (14), pág. 16.

En una sencilla definición puede decirse que "el *poder* es el otorgamiento de facultades que da una persona llamada poderante a otra denominada apoderado para que actúe en su nombre, es decir, en su representación".[36]

> La concesión del *podar de representación,* tanto en la forma explícita del apodcramiento como hallándose implícita en otro negocio, consiste en una declaración unilateral rccepticia. o dirigida a la parte contraria, o, de cualquier modo destinada a serle conocida, con la cual se autoriza un acto ajeno de disposición, obligación o adquisición. recabando anticipadamente para sí las consecuencias que hayan de derivarse de ello.*[7]

c) *Clases.* Nuestra legislación establece que "ninguno puede contratar a nombre de otro sin estar autorizado por él o por la ley" (art. 1801 del C. c.). Por su origen, la representación puede ser *voluntaria o legal.* La primera deriva de la voluntad de las partes, principalmente del representado que autoriza previamente a que los efectos de los actos jurídicos celebrados en su nombre tengan efectos jurídicos en su esfera patrimonial. La legal tiene su fuente en la ley. Aquí me referiré especialmente a la primera que es la que interesa en la contratación mercantil.

En la representación voluntaria una persona puede ocupar el lugar de otra de dos maneras: la primera es actuando en nombre y por cuenta del representado, es la llamada *representación directa;* la segunda es realizando él los actos en nombre propio, pero *por cuenta* del "representado", que es la mal llamada *representación indirecta.*[38] Estos dos supuestos de actuación están previstos en nuestra legislación mercantil (art. 283 del C. de c.) y civil (art. 2560 el C.c.).

> Rocco ha resumido en una práctica y sencilla fórmula esta distinción. "El mandatario procede por cuenta ajena, pero en nombre propio; el representante procede por cuenta y en nombre de otro."*[9]
>
> La representación voluntaria se vincula frecuentemente con el acuerdo de las partes, o sea. el contrato. En nuestro sistema jurídico, dos son los contratos a los que tradicionalmente se une o vincula la representación, a pesar de que ambos no son —*per se*— negocios representativos, sino meramente de gestión de actos ajenos; ellos son el mandato en el Derecho civil y la comisión en el Derecho mercantil.[90]

* Pérez Fernández del Castillo (82). pág. 14.
" Beto (21). pág. 436.
* *Cfr.* Broscta Pont (29). pág. 385.
" Rocco (88). pág. 285.
[40] Barrera Graf (14). pág. 108.

i) La *representación directa* coincide con el concepto general de representación y "se presenta cuando la nueva situación jurídica que acompaña al negocio efectuado por el sustituto se produce directa y exclusivamente en relación al interesado *en nombre* del cual se celebró".[41]

ii) En la *representación indirecta,* en la que no hay propiamente representación,[42] * el agente actúa en su propio nombre aunque por cuenta del principal. "Se presenta entonces la *interposición gestoría,* que a veces es denominada con términos bastante impropios y equívocos representación indirecta (representación de intereses)."[45]

d) *Características de la representación mercantil.* La representación en el ámbito mercantil ofrece dos *características* importantes, que la distinguen de la representación regulada por el Derecho civil, estas son:

i) Es una representación más rígida en su *contenido* en cuanto que la ley, muchas veces, es la que fija las facultades del representante (por ejemplo en la representación orgánica).

> La representación voluntaría es un simple corolario del principio de la autonomía de la voluntad; el Derecho mercantil, impelido por las exigencias de la seguridad del tráfico y de la buena fe, introduce una visible desviación en las normas civilistas, consistente en admitir una amplia ingerencia legal en la delimitación del contenido del poder frente al tercero. [44]

ii) El medio por la que se establece la relación representativa es mediante actos o circunstancias *menos formales* que los propios del Derecho civil, por ejemplo el nombramiento de un dependiente.

"Si bien la atribución del poder de representación en favor de una determinada persona tiene un origen voluntario, la configuración del poder y la delimitación de su alcance es algo que se encuentra predeterminado por la ley."[45] Se habla de *poderes típicos,* como son los poderes atribuidos a los factores mercantiles y a los administradores de sociedades mercantiles.

e) *La representación mercantil en las leyes mexicanas.* En el ámbito mercantil existen algunas reglas especiales a la representación co-

[41] Beiti (21). pág. 427.

[45] "No existe realmente representación en la llamada *representación indirecta,* o sea en aquella en la que el mandatario oculta su carácter de tal, y finge al relacionarse con un tercero, que actúa como interesado directo obrando a nombre y en interés propio sin que exista detrás de él la figura del principal ni la existencia de un encargo, y haga creer o aceptar al tercero que éste contrata y se obliga sólo con él" (Barrera Graf (14), pág. 32).

[44] Betti (21), pág. 423.

[44] Bérgamo (20). pág. 147.

* Diez Picazo (46). pág. 132.

mercial. En casi todos los casos, se podrán apreciar las características anotadas: rigidez en cuanto al alcance y contenido de las facultades del representante y el que la representación se genera por hechos jurídicos y circunstancias menos formales que aquellas por las que se otorga la- representación en materia civil.

Me limitaré a detallar algunas de las normas sobre representación mercantil en el *Derecho mexicano.*

i) En el contrato de *comisión* (mercantil) el comisionista puede realizar los actos objeto del encargo en su propio nombre o en el del comitente. En uno u otro caso, hay diferencias importantes en las disposiciones que rigen cada forma de actuación (arts. 283 y siguientes del C. de c.).

ii) Los *factores y dependientes* —auxiliares del comerciante— son representantes para determinados actos de comercio, por el hecho o circunstancia de su función, y solamente para esos efectos. Esta representación se otorga con su nombramiento (arts. 309 a 311 del C. de c.).

iii) En las *sociedades mercantiles,* la representación corresponde a los administradores designados, quienes podrán realizar todas las operaciones relacionadas con el objeto de la sociedad. La extensión o límite de las facultades del representante están estatutaria o legalmcnte predeterminadas (art. 10 de la LSM).

iv) lx>s *accionistas* de una sociedad anónima podrán hacerse representar en las asambleas por mandatarios y la representación se otorga por escrito (art. 192 de la LSM). En la práctica, muchos estatutos de sociedades mencionan como formalidad la carta poder, que es una formalización más compleja (art. 2555 C.c.) que el escrito que la LSM prescribe. Esta es una excepción a la formalidad que para el otorgamiento de poderes señala el art. 2555 del Ge.[45]

v) En lo relativo a los *títulos de crédito,* existen formalidades especiales para conceder la representación. Ésta debe ser expresa mediante poder notarial inscrito o con carta dirigida a la persona con quien va a contratar el representante (art. 9° de la LTOC).

vi) 1.a LTOC prevé la existencia de la llamada *representación aparente* que vincula al representado y al tercero por hechos que hacen presumir el vínculo representativo (art. 10 de la I.TOC). Esta norma protege a los terceros que contratan confiados en la existencia de una representación.

vii) Ix>s *administradores y gerentes* de sociedades mercantiles, por el hecho de su nombramiento, tienen facultades para suscribir letras de cambio, pagares y cheques (arts. 85, 174 y 176 de la LTOC).

* No comparto la opinión de Barrera Graf en el sentido de considerar que se trata de un *uso menanlU* que no invoca la ley, pues el an. 192 de la LSM expresamente previene esta excepción a las reglas de representación del Ge. (*Cfr.* Barrera Graf (17). pág. 59).

vtn) Los *tenedores de obligaciones,* a través tic un procedimiento previsto en la ley y mediante una asamblea de obligacionistas en la que estos pueden estar representados por "carta poder, conceden representación al representante común de los obligacionistas". Este órgano puede obligarlos respecto a los útulos de que son tenedores (arts. 216 y 221 de la LTOC).

ix) El consejo directivo y el director de una *institución de crédito* tienen a su cargo la administración de aquélla por el hecho de su nombramiento y sus facultades generales están establecidas por la ley (arts. 21, 40, 42 y 43 de la UC).

x) La LCM reglamenta las funciones de los *órganos del concurso mercantil:* visitador, conciliador y síndico en los que se previene la representación para ciertos actos (arts. 54, a 61).

xi) La LMV regula el contrato de *intermediación bursátil* entre un cliente y una casa de bolsa, por la que se confiere a esta última un mandato general para realizar por cuenta del cliente las operaciones autorizadas por la ley. Este contrato no requiere escritura (art. 199).

7. CLASIFICACIÓN DE I.OS CONTRATOS MERCANTILES

Resulta aplicable a los contratos mercantiles la clasificación de los civiles que regula o reconoce nuestro C.c. Sin embargo, por el distinto carácter que tienen los negocios jurídicos comerciales, se han ideado, como clasificación complementaria a las de los contratos civiles, algunas particularmente aplicables a los mercantiles, que atiende a su *función económica.*

Hay muy diversos *criterios* para clasificar contratos. El C.c. distingue expresamente entre contratos unilaterales y bilaterales (arts. 1835 y 1836); onerosos y gratuitos (art. 1837); a los onerosos los subdivide en: conmutativos y aleatorios (art. 1836). Del orden en que se reglamentan los contratos en particular, se puede derivar la clasificación de contratos en típicos y atípicos (art. 1858); consensúales, formales y reales (art. 1832); y, por la manera en que están agrupados en la legislación civil en: preparatorios, traslativos de dominio, traslativos de uso y disfrute, de custodia, de prestación de servicios o de gestión, asociativos, aleatorios o de suerte, de garantía y de afirmación y esclarecimiento de derechos.

En el campo del Derecho mercantil, y con clara inspiración en la tradicional clasificación de contratos civiles, Rocco distingue entre: "negocios jurídicos unilaterales y plurilaterales". A su vez, los negocios jurídicos plurilaterales pueden ser: "contratos, donde los intereses de las partes son distintos y opuestos; y los actos com-

piejos o negocios colectivos en los que los intereses son iguales y comunes."[47]

Según su función, *causa o finalidad económica,* los contratos mercantiles pueden clasificarse, como sugiere Una, en:

i) Contratos de *cambio,* que procuran la circulación de la riqueza (bienes y servicios), ya sea dando un bien por otro, *do ut des* (compraventa, permuta, cesión de crédito, contrato estimatorio, suministro, operaciones bursátiles), ya sea dando un bien a cambio de un hacer o servicio, *do ut facías* (el transporte y los contratos de obra por empresa en general).

ii) Contratos de *colaboración,* en los que una parte coopera con su actividad al mejor desarrollo de la actividad económica (empresa) de la otra (contratos de comisión, de mediación, de agencia, de concesión, de publicidad, de edición, cinematográficos, de asistencia técnica, de *leasing,* de *factoring).*

Cuando esta clase de contratos están sujetos a los Principios de UNIDROIT, les resulta aplicable la siguiente regla: "Cada una de las partes debe cooperar con la otra cuando dicha cooperación puede ser razonablemente espetada para el cumplimiento de las obligaciones de esta última" (art. 5.1.3).

iii) Contratos de *prevención de riesgos,* en los que una parte cubre a la otra las consecuencias económicas de un determinado riesgo (el seguro en todas sus clases).

iv) Contratos de *conservación o custodia* de cosas (el depósito).

v) Contratos *de crédito,* en los que al menos una pane concede crédito a la otra (entran en esta categoría el préstamo, la cuenta corriente y los contratos bancarios en general, aunque también hay contratos bancarios de custodia).

vi) Contratos *de garantía,* dirigidos a asegurar el cumplimiento de obligaciones (fianza, prenda e hipoteca).[4]*

Brusela Pont propone una clasificación similar y distingue entre: 1) contratos de colaboración asociativa (contrato de sociedad); 2) de colaboración simple (comisión, agencia, corretaje, asistencia técnica, etc.); 3) de garantía (fianza, hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento); 4) de cobertura de riesgos (seguro mercantil); 5) de concesión de créditos (préstamos y contratos bancarios)."

8. CONTRATOS DE DURACIÓN

a) *Concepto y características.* Una característica de los modernos contratos de empresa es el que las partes busquen *relaciones contrac-*

[a] *Cfr.* Rocco (88). págs. 314 a 321.
* Uría (100), núm. 665.
" *Cfr.* Broseta (29), pág. 392.

tuales permanentes. Es por ello que una de las causas de aparición de contratos atípicos mercantiles es que el C. de c. u otras leyes mercantiles no regulan contratos propios para la economía moderna. La gran empresa tiene una programación para la distribución de sus productos y servicios y el aprovisionamiento de materias primas de forma estable y busca eludir las dificultades que la aplicación de los esquemas legales relativos a contratos aislados y prestaciones de una economía distinta a la actual pueden crear en su gestión empresarial.[50]

En los contratos de duración se producen relaciones obligatorias continuadas o duraderas, por oposición a los contratos de tracto único, cuyas obligaciones se cumplen en forma inmediata.

> Son relaciones obligatorias duraderas todas aquellas cuyo desenvolvimiento supone un período de tiempo más o menos prolongado y por tanto una pervivencia temporal, toda vez que su continuación implica una conducta duradera o la realización de una serie de prestaciones periódicas.*'

Analizaré dos cuestiones de interés respecto a los contratos de duración: la terminación y los efectos de la nulidad o de la rescisión.

b) *Terminación.* Respecto a *la terminación,* a pesar de que estos contratos son a largo plazo, y el término se establece en beneficio de las dos partes (art. 1958 del C.c.), es usual que algunos contratos incluyan la posibilidad de que el mismo prorrogue sus efectos después de llegado el plazo. Esto puede suceder porque lo pida una parte a la otra, en términos de lo pactado en el contrato; o, que se prorrogue tácitamente. "Una tácita continuación en la ejecución de las prestaciones previstas puede considerarse como una prórroga tácita."[5]* Los arts. 2486 y 2487 del C.c. previenen esta "tácita reconducción" para el contrato de arrendamiento, principio que puede aplicarse, por analogía, a otros contratos de duración.

En la terminación de los contratos de duración, un problema interesante es el relativo al *plazo indeterminado o indefinido.* En ciertos casos las partes expresamente señalan la duración indefinida y la terminación mediante un *preamso* dado a la contraparte en un plazo prudente; o la terminación porque exista una "justa causa", generalmente prevista en el propio contrato.

> Los Principios de UNIDROIT establecen: "Cualquiera de las partes puede resolver un contrato de tiempo indefinido, notificándolo con suficiente anticipación" (art. 5.1.8).

" *Cfr.* Vicent Chulía (104), lomo II, pág. 44.
*' Diez Picazo (45). tomo I. pág. 522.
** Diez Picazo (45), tomo I. pág. 528.

La *denuncia unilateral* del contrato es una facultad excepcional en nuestro derecho. Puede tener su origen en la ley o en la voluntad de las partes que así lo acuerdan, pero que sólo es válido en determinados contratos. El art. 1797 el C.c. establece el principio general de que: "la validez y el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes". Algunas de las excepciones a esta norma general que contemplan nuestras leyes son:

i) El arrendamiento por tiempo indeterminado concluye por voluntad de cualquiera de las partes mediante *preaviso* dado con quince días (art 2478 del C.c.).

Una interesante tesis de la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia consideró que eran aplicables por analogía las normas sobre el contrato de arrendamiento civil con plazo indeterminado a un contrato de suministro *(Cfr*. la tesis: *Contratos mercantiles por tiempo indeterminado. conclusión de los (suministro de mercancías).*

ii) Si en el comodato no hay plazo, el comodante puede exigir la cosa cuando le pareciere (art. 2511 del C.c.).

iii) En el depósito, el depositante puede pedir al depositario los bienes dados en custodia en cualquier momento (art. 2516 del C.c. y art. 335 del C. de c.).

iv) El mandato termina por revocación del mandante o renuncia del mandatario (art. 2596, fracciones I y II del C.c.).

v) En la prestación de servicios profesionales, el profesor puede avisar que no continuará prestando sus servicios (art. 2614 del C.c.).

vi) El dueño de una obra a precio alzado puede desistirse si indemniza a la contraparte (art. 2635 del C.c.).

vii) Los asociados pueden separarse de la asociación, previo aviso de dos meses (art. 2680 del C.c.).

viii) El comitente puede revocar en cualquier momento la comisión al comisionista; pero éste no puede renunciar sin justa causa, pues adquiere responsabilidad frente al comitente (art. 308 del C. de c.). Salvo que exista relación laboral sujeta a la LFT.

ix) Si el contrato entre el principal y sus dependientes no tiene plazo, cualquiera puede darlo por concluido con aviso de un mes (art. 328 el C. de c.).

x) Los socios en las sociedades mercantiles tienen, excepcionalmente, el derecho de retiro en los supuestos previstos en la ley (arts. 50, 57, 86, 206 y 228 bis de la LSM).

xí) En el contrato de apertura de crédito, cualquiera de las partes pueden denunciarlo mediante aviso (art. 294 de la LTOC).

xii) En las ventas a domicilio, por escrito, el comprador puede "revocar su consentimiento" (así) dentro de los cinco días posteriores a la celebración del contrato (art. 56 de la LPC).

c) *Efectos de la nulidad y rescisión.* En los contratos de duración "en términos generales la regla de la retroactividad de los *efectos resolutorios* no se aplica cuando la resolución afecta a relaciones duraderas, que total o parcialmente se encontraban ya consumadas (por ejemplo, arrendamiento, suministro, etc.). La resolución en tales casos extingue el vínculo obligatorio con efectos *ex nunc*." [55]

Este principio no aparece en la legislación mexicana en forma expresa, pero se entiende que las prestaciones periódicas ya concluidas o consumadas no se pueden restituir. Algunos preceptos aluden indirectamente a este principio, por ejemplo: en la compraventa en abonos (art. 2311 del C.c.) o compraventa a plazos (art. 70 de la LPC) vendedor y comprador deben restituirse las prestaciones, pero si el vendedor entregó la cosa tiene derecho a exigir una renta al comprador por el uso.[54]

9. Los Principios de UNIDROIT

a) *Introducción.* En 1994, el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (universalmente conocido como UNIDROIT), publicó los "Principios sobre los contratos comerciales internacionales, que en forma abreviada se designan como *Principios de UNIDROIT.*

> En la Introducción del texto se señala que: 'La decisión del Consejo de Dirección de introducir este proyecto se remonta a 1971. Un reducido comité piloto, compuesto por los profesores René David, Qive M. SchmitthofF y Tudor Popescu, en representación, respectivamente, de los sistemas de tradición jurídica romanística. de *common law,* y de los países socialistas fue encargado de realizar los estudios preliminares acerca de la posibilidad de tal proyecto.

En 1980, se constituyó un equipo de trabajo, presidido por el profesor Michel Joachim Bonnell, formado por expertos de primer orden en materia del derecho de los contratos y del derecho del comercio internacional además, quienes representaban a los principales sistemas jurídicos del mundo.[56]

" Diez Picazo (45). tomo I. pág. 876.

** Como referencia legislativa interesante el Ce. ¡tal, señala: "La resolución del contrato por incumplimiento tiene efectos retroactivos entre las partes, salvo en el caso de los *contratos de ejecución continuada o periódica,* con respecto a los cuales los efectos de la resolución no se entienden a las prestaciones antes realizadas (art. 1458)."

" *Principios sobre los contratos comerciales internacionales (UNIDROIT)* (83). editado por el Instituto para la Unificación del Derecho Privado, traducción al español de la versión en inglés de Alejandro M. Garro y otros. Roma 1995.

* Abaval Zamora (2), I.

"Los Principios se negociaron, redactaron y aprobaron en inglés. Con posterioridad el UNIDROIT los tradujo a varios idiomas, aparte del original en inglés, hay textos oficiales en alemán, español,*' francés c italiano".*"

En el año 2004 se hizo una nueva edición de estos Principios que contiene importantes adiciones, mas que revisión o cambios substanciales. Un cambio importante, por ejemplo, es la referencia a contrato escrito se cambió por la de "forma particular" para abarcar a la contratación electrónica. De las nuevas disposisciones deben destacarse: la representación, los derechos de terceros (cesión de derechos, deudas y de contrato), la compensación y la limitación de plazos. El total de los artículos subió de 120 a 185.[59]

b) *¿Qué son los Principios?*

"Se trata de una recopilación de normas legales, más o menos generales, para aplicarse a los contratos internacionales, cuando así lo convienen las partes.

Los Principios son de naturaleza diferente a las convenciones internacionales y a las leyes modelo, que sólo se aplican cuando adquieren vigencia porque así lo establecen las autoridades legislativas de uno o varios Estados, según sea el caso.

Los Principios, por el contrario, son una publicación privada, que se dirige a los contratantes, invitándolos a que los incorporen a los contratos por medio de cláusulas contractuales."[60]

Como Principios generales de contratación, su contenido básico se refiere a la formación del contrato, su validez, interpretación, contenido, cumplimiento e incumplimiento. En la versión 2004 estos principios no están limitados estrictamente a la contratación, sino que se han ampliaido a relaciones con terceros como lo relativo a la representación (capítulo 1, sección 2), la cesión de derechos y de deudas y la cesión del contrato (capítulo 5 sección 2).[61]

Los Principios se dividen en capítulos, algunos de éstos en secciones. Todos los capítulos están formados por artículos redactados en estilo parecido al de las dis-

" La traducción al español fue realizada por el profesor Alejandro M. Garro (quien formó parte del grupo de trabajo), con la colaboración de juristas de otros países de lengua española entre los que destaca el profesor José María Abascal Zamora, quien también participó en el proyecto de los Principios. La versión de los Principios 2004, se publicó en México por el Instituto de Investigaciones Jurídicas. Centro Mexicano de Derecho Uniforme, de de la Universidad Nacional Autónoma de México (2207) y fue traducida bajo la dirección del profesor Alejandro M. Garro en colaboración con Hemany Veytia Palomino (México) y juristas provenientes de diversos países de lengua española.

** Abascal Zamora (2), II.

** Cfr. Bonell. Michael Joachim. *UNIDROIT Principia 2004. The New PAïvm of ihe Principia of International Commenial Contractas adopted by the International Instituyte for the Unifiuation of Privóte Ixiw,* Uniform Law Review 2004, pigs. 5 a 40.

"'Abascal Zamora (2), I.

*' Cfr. Bonell. *UNIDROIT Principia 2004, op. cit.*

posiciones legislativas de nuestro sistema, que es d romano-germánico o de Derecho civil y que se prefirió al estilo, más analítico, del *common* lam.[m]

Forman parte del texto de los Principios, los comentarios y ejemplos de cada uno de los artículos, los que pueden ser útiles en la interpretación y la aplicación de los mismos. Aunque esto no es usual en compilaciones normativas, se trata de una *interpretación auténtica o legislativa,* pues la hace el propio legislador (Garda Máyncz).

c) *Ámbito de aplicación.* Los Principios contienen un "Preámbulo" en el que se establece el propósito del texto, donde se señala que:

> *a)* Se aplican a los contratos mercantiles internacionales.
>
> *b)* Deben aplicarse cuando las partes hayan acordado someterse a sus disposiciones.
>
> *c)* Se aplican, también, cuando las partes hayan acordado que el contrato se rija por los "Principios generales del Derecho", la *lex mercatoria* o expresiones semejantes.

Aunque están concebidos para aplicarse a los contratos mercantiles internacionales, "el concepto de internacionalidad debe ser interpretado en el sentido más amplio posible, es decir que sólo queden excluidas aquellas relaciones contractuales que carezcan de todo elemento de internacionalidad".[6"] Con el uso del término mercantiles "no se trata de condicionar la aplicación de los principios al carácter formal de comerciantes que pueden tener las partes o la naturaleza mercantil del contrato, sino tiene el propósito de excluir las llamadas operaciones de consumo, que en algunos ordenamientos jurídicos son reguladas por leyes especiales."[64]

Como los Principios sólo se aplican cuando las partes voluntariamente acuerdan que rija la relación contractual, hay algunas cuestiones de interés sobre su aplicación.

i) En principio, debe ser clara la intención de las partes de someter un determinado contrato a los Principios de UNIDROIT, pues si se utilizan los términos de *lex mercatoria o* de principios generales del derecho, sin que exista una clara la referencia a los Principios de UNIDROIT, a pesar de que lo señale el Preámbulo, esto puede dar lugar a confusiones.

> El concepto de *lex mercatoria* es motivo de grandes disputas en el derecho del comercio internacional. Su nombre, y lo que implica, es muy atractivo: una ley especial que rige las relaciones del comercio internacional. Es un concepto elegantemente formulado, en latín. Es un concepto misterioso; suscita preguntas fun- **

** Abase al Zamora (2), II.
Comentario al Preámbulo de los Principios de UNIDROIT (83).
** *Cfr.* el Comentario al Preámbulo de los Principios de UNIDROIT (83).

dainentales, ¿qué significa el término fe* *menatoria?,* ¿quién, y dónde codificó esta ley?, ¿con qué autoridad lo hizo?, ¿cómo se modifica y evoluciona? Pero, sobre todo, es peligroso someterse a una fe* *mrrcalona* ya que su contenido no se conoce. Se corre el riesgo que, finalmente, la fe* *menaUma* aplicable será lo que digan los árbitros en su laudo.[61]

ti) "No existe ningún impedimento para que las partes puedan aplicarlas a contratos estrictamente internos o nacionales. Sin embargo, tal acuerdo se encuentra sujeto a las normas imperativas del país cuyo ordenamiento jurídico sea aplicable al contrato" (comentario al Preámbulo).

iii) "Cuando las partes deseen adoptar los Principios como el Derecho aplicable a su contrato, es aconsejable combinar la adopción de los Principios con un acuerdo de arbitraje" (comentario al Preámbulo). En este sentido, el artículo 1.10 (Definiciones) establece que: "A los fines de estos principios: 'tribunal' incluye un tribunal arbitral." "Salvo contadas excepciones, conviene la cláusula de arbitraje en los contratos internacionales; y la recomendación del Preámbulo es buena indudablemente."*[8]

iv) "Los Principios no restringen la aplicación de reglas imperativas, sean de origen nacional, internacional o supranacional, que resulten aplicables conforme a las normas pertinentes de Derecho internacional privado" (1.4).

v) "Salvo que en ellos se disponga algo diferente, las partes pueden excluir la aplicación de estos Principios, así como derogar o modificar el efecto de cualquiera de sus disposiciones" (1.5).

c) *Naturaleza de los Principios.* "Un juez o un árbitro, al considerar los Principios a la luz de una cláusula contractual, los pueden considerar: *i)* como un código de normas legales aplicables al contrato, o *ii)* como un clausulado que se incorporó, por referencia, al contrato".*[7]

Como los Principios de UNIDROIT no derivan de una Convención Internacional y, por tanto no son Derecho vigente para México u otros países; ni estamos en presencia de una ley modelo, sino de una compilación normativa a la que las partes pueden o no acogerse voluntariamente, su naturaleza tiene más bien *carácter contractual* Los Principios deben ser considerados, en su aplicación judicial o arbitral, como cláusulas de un contrato, es decir, formando parte del acuerdo, pues las partes voluntariamente han aceptado que determinado contrato se someta a esa normativa.'*

* Abascal Zamora (2). V.
• Abasad Zamora (2) V.
" Abasad Zamora (2), V.
[m] Esta parece ser la opinión de Abasad Zamora, *Cfr.* (2), V.

BIBLIOGRAFÍA

ABASCAL ZAMORA: (2) *Los Principios sobre los contratos comerciales internacionales de UNIDROIT, Diversos artículos publicados en el periódico El Financiero,* enero y febrero de 1997.
BETTI: (21) *Teoría general del negocio jurídico,* págs. 418 a 457.
BROSETA PONT: (29) *Manual de Derecho mercantil,* págs. 385 a 393.
Diccionario de Derecho privado (43), voz: contratos mercantiles.
Diccionario jurídico mexicano (44), voz: representación.
DIEZ PICAZO: (45) *Fundamentos del Derecho civil patrimonial,* tomo I, págs. 842 a 849.
DÍEZ PICAZO: (46) *La representación en el Derecho privado.*
GARRIGUES: (53) *Curso de Derecho mercantil,* tomo II, págs. 12 a 40.
MORENO NAVARRETE: (78), *Contratos electrónicos.*
PACHECO: (81) *La contratación por medios electrónicos.*
UNIDROIT: (83) y (83a) *Principios sobre los contratos comerciales internacionales.*
ROBLES FARÍAS (87), *La validez de los contrarios celebrados por medios electrónicos.*
ROCCO: (88) *Principios de Derecho mercantil,* págs. 250 a 295 y 409 a 412.
SÁNCHEZ CALERO: (93) *Instituciones de Derecho mercantil,* págs. 447 a 453.
URÍA: (100) *Derecho mercantil,* núms. 654 a 665.
Vi CE NT CHULÍA: (104) *Compendio crítico de Derecho mercantil,* tomo II, págs. 27 a 58.

BIBLIOGRAFÍA

ABASCAL ZAMORA: (2) *Los Principios sobre los contratos comerciales internacionales de UNIDROIT, Diversos artículos publicados en el periódico El Financiero,* enero y febrero de 1997.
Brm: (21) *Teoría general del negocio jurídico,* págs. 418 a 457.
BROSETA PONT: (29) *Manual de Derecho mercantil,* págs. 385 a 393.
Diccionario de Derecho privado (43), voz: contratos mercantiles.
Diccionario jurídico mexicano (44), voz: representación.
DÍEZ PICAZO: (45) *Fundamentos del Derecho cnñl patrimonial,* tomo I, págs. 842 a 849.
DIEZ PICAZO: (46) *La representación en el Derecho privado.*
GARRIGUES: (53) *Curso de Derecho mercantil,* tomo II, págs. 12 a 40.
MORENO NAVARRETE: (78), *Contratos electrónicos.*
PACHECO: (81) *La contratación por medios electrónicos.*
UNIDROIT: (83) y (83a) *Principios sobre los contratos comerciales internacionales.*
ROBLES FARÍAS (87), *La validez de los contrarios celebrados por medios electrónicos.*
ROCCO: (88) *Principios de Derecho mercantil,* págs. 250 a 295 y 409 a 412.
SÁNCHEZ CALERO: (93) *Instituciones de Derecho mercantil,* págs. 447 a 453.
ÙRÍA: (100) *Derecho mercantil,* núms. 654 a 665.
VlCENT CHULÍA: (104) *Compendio crítico de Derecho mercantil,* tomo II, páre. 27 a 58.

CAPÍTULO III

ALGUNAS ESTIPULACIONES Y FORMAS DE CONTRATACIÓN

St'MAKiO: 1.—Contratos entre ausentes, por fax y con intervención de corredor. 2.—La cláusula penal. 3.—El contrato de adhesión. 4.—Las condiciones generales del contrato. 5.—La cesión del contrato. 6.—El contrato por persona a designar. 7.—La factura.

La lectura de los artículos 77 a 88 del C de c. que contienen las disposiciones generales sobre los contratos de comercio, pone de manifiesto que son escasos los preceptos que contienen verdaderas especialidades y que estas son prácticamente irrelevan tes.[1]

1. CONTRATOS ENTRE AUSENTES, POR FAX Y CON INTERVENCIÓN DE CORREDOR

a) *Perfección de los contratos mercantiles entre ausentes.* La doctrina ha clasificado en cuatro los sistemas de perfeccionamiento del contrato entre ausentes. Se habla así de los momentos de la declaración, de la expedición o emisión, de la recepción y del conocimiento. El C.c. establece que el contrato entre ausentes "se forma en el momento en que el proponente *reciba* la aceptación" (art 1807). El sistema que adopta nuestro Derecho civil, como norma general, es el de la *"recepción"** En materia *mercantil* el perfeccionamiento de los contratos entre ausentes, o "por correspondencia", como dice limitativamente el precepto, tiene una regla distinta que deroga a la del Código Civil. La primera parte del art. 80 del C. de c. dice:

> "Los contratos mercantiles que se celebren por *correspondencia,* telégrafo o mediante el uso de medios electrónicos, quedarán perfeccionados desde que se conteste aceptando la propuesta o las condiciones en que ésta fuere modificada."[3]

[1] Bcltrán Sánchez (19). pág. 85.

* Boija Soruino (27), Núm. 131.

* La reforma a este artículo, para incluir la referencia a los medios electrónicos, se publicó nen el Diaro Oficial del 29 de mayo del 2000.

La norma se decide por el sistema de la *declaración*, aunque el texto no es claro si sólo con la contestación se perfecciona el contrato o es necesario que la misma se envié al oferente. Una ejecutoria de la Suprema Corte ha determinado que "los contratos mercantiles celebrados por correspondencia, solo se perfeccionan a partir del momento en que se contesta aceptando la propuesta" (*Cfr.* la tesis judicial: *Contratos mercantiles celebrados por correspondencia. Su perfeccionamiento).*

> Esta disposición produce las siguientes consecuencias: la oferta podrá ser revocada hasta que su destinatario la acepte y las acciones para exigir el cumplimiento del contrato deberán ejercitarse ante los tribunales competentes del lugar en la que se declaró la aceptación, lugar de perfección.[4]

Los arts. 1805 y 1808 del C.c. son aplicables, supletoriamente, para todo lo referente a la revocación de la oferta y para fijar el plazo de caducidad. Si la oferta no tiene término, el plazo que señala esta norma es de tres días. Excepcionalmente, la LCS dispone que el contrato de seguro "se perfecciona desde el momento en que el proponente tuviere *conocimiento* de la aceptación de la oferta" (art. 21-1). El sistema adoptado en este caso es el del conocimiento.

La segunda parte del art 83 del C. de c. establece que los contratos por *telégrafo o telegrama*, para producir efectos, deben contener los signos o condiciones que las partes hubieren convenido previamente. "Pugna este precepto —comenta Tena— con la costumbre universalmente observada por los comerciantes y aun por los que no lo son, quienes sí atribuyen absolutamente efectos obligatorios a los contratos celebrados por medio de telegramas."[5]

A más de cien años de que entró en vigor el C. de c., estos preceptos se antojan *obsoletos* para los medios de comunicación actuales los cuales se celebran contratos. Por ejemplo, es común que una parte envíe un ejemplar de un contrato firmado por ella y la contraparte, al mismo tiempo, envíe otro ejemplar igual firmado por ésta. ¿Cuándo se perfecciona el contrato? Probablemente al momento en que el último contratante firma el ejemplar. Hay que considerar, además los medios del télex (ya obsoleto), el *fax,* el fax a través de módem y los nuevos medios de telecomunicación: el *email,* los contratos que se celebran por *Internet* y otros medios propios para celebrar contratos mercantiles en la nueva tecnología de comunicación. En todos estos casos, aunque geográfi-

[4] Broseta Pont (29). pág. 387.
• Tena (98), pág. 309.

comente las partes no se encuentran en un mismo lugar, la simultaneidad en que se produce la oferta y la aceptación colocan a muchos de estos supuestos en el caso del *contrato entre presentes.* En este sentido puede resultar aplicable, pata algunos casos, el art. 1805 del C.c. supletorio del C. de c., que dice que los contratos por teléfono se entienden celebrados entre presentes. Por ahora, hay que analizar cada caso concreto y el medio de comunicación utilizado para determinar si el contrato se celebra entre presentes o entre ausentes y aplicar en consecuencia las normas correspondientes.

Los Principios de UNIDROIT distinguen entre los efectos de la oferta y los de aceptación. "La oferta surte efectos desde el momento que llega al destinatario" (art. 2.1.3(1)).* "Cualquier oferta puede ser revocada hasta que el contrato se celebra, si la comunicación de su revocación llega al destinatario antes de que éste haya enriado su aceptación" (art. 2.1.4(1)). "La aceptación de la oferta produce efectos cuando la manifestación de asentimiento llega al oferente' (art. 2.1.6(2)).

b) *IM contratación por fax.* La evolución de los sistemas de comunicación necesariamente influyen en la forma de los *actos de comercio.* El mismo concepto de "documento" o de "escrito" ha cambiado su connotación precisa para ampliar su aplicación a otros medios de comunicación. Por ejemplo, en los *Principios de Unidroit,* la definición de la palabra "escrito" es muy general, pues "incluye cualquier modo de comunicación que deje constancia de la información que contiene y sea susceptible de ser reproducida en forma tangible"(art. 1.11). Una de estas nuevas formas de contratación es mediante el uso del *fax.*

Los contratos que se celebran por medio del *fax,* son contratos entre personas distantes, pues no existe inmediatez en la comunicación.[7] Esto plantea una primera cuestión: ¿se trata de un contrato entre presentes o de un contrato entre ausentes? Como el *fax* utiliza el teléfono como medio de comunicación, y los contratos por teléfono se consideran entre presentes (art. 1805 del C.c.), parece que en una primera apreciación esta sería la respuesta. Sin embargo, esta forma de contratación se asemeja más a la que se celebra por correspondencia (o telegrama), pues el conocimiento del contenido de una oferta o su aceptación no es inmediato, sino hasta el momento en que la parte contratante tiene acceso al documento del *fax.*

• "Los Principios, igual que la Convención de compraventa (internacional de mercaderías), escogen el momento de la *recepción* como aquel que determina el momento en que la ofeita tiene efecto» legales" (Abascal (2). XI).

[1] *Cfr.,* Robles Parías (87). pág. 69.

'Nadie puede dudar que contratar con el auxilio del fax, es una contratación entre ausentes, y hay que aplicar las reglas relativas a este tipo de contratos. La recepción de un fax, no prueba nada, más que la recepción misma, pues ni siquiera se puede asegurar qué documento se recibió. Aunque este documento venga firmado, a este documento no se le puede dar mayor fuerza probatoria que al de una copia que reproduzca un documento original."[8]

Sobre d valor probatorio del *fax,* este documento no prueba por si mismo d acto de comercio. En todo caso, la prueba dd *fax* deberá ser reconocida por las partes contrauntes, ya sea poraue previamente se pusieron de acuerdo en un contrato normativo sobre la forma de contratar (art 80 del C de c.), o porque posteriormente a la celebración dd contrato reconozcan que las condiciones de la operación se hicieron mediante los documentos que se condenen en los *faxes* que mutuamente se enviaron. A este respecto hay unas primeras tesis de dos Tribunales Colegiados que señalan como criterios en esta materia los siguientes: "al formular una oferta de compra en una cana enriada por fax, y es aceptada la misma por d comprador, debe considerarse que el acto es válido por contener la oferta los elementos caracterisdcos del contrato definitivo... estándose entonces frente a una verdadera compraventa aunque de carácter informal, por convenir las partes en la cosa, d predo y la forma de pago en la carta fax..." *(Véase* la tesis: *Compraventa mercantil, la forma del contrato no es elemento constitutivo para su validez, si se reconoció su existencia en una carta enviada por fax).* Otra tesis, establece que: "Tienen eficacia probatoria los documentos redbidos vía fax, si éstos son certificados por el funcionario competente." (*Véase* la tesis: *Documentos recibidos vía fax, valor probatorio de los).*

¿Cómo se prueba que un *fax* ha sido enviado a la contraparte para determinar que se ha hecho una oferta o ésta ha sido aceptada? Los medios de prueba pueden ser muy variados, como la confesional de las partes, la presentación de tesugos, la exhibición de documentos que contengan un comprobante de envió de fax que la misma máquina de *fax* proporciona. En algunas ocasiones, se llega a utilizar la *fe pública notarial* para que mediante la fe de los hechos relativos al procedimiento de envío o de recepdón de un documento a través de una máquina de *fax,* se prueben fehacientemente esos hechos, de los cuales se pueda deducir con cierta certeza el envío o recepción de un *fax.*

La Ley modelo de UNCITRAL sobre comercio electrónico, en su amplia concepción sobre el mensaje de datos, incluye a la información que se da a través de fax (telecopia) (art 2®).

c) *Contratos en que intervienen corredores.* El art 82 de nuestro C. de c. establece que "los contratos en que intervienen corredores quedarán perfeccionados cuando los contratantes firmen la correspondiente minuta prescrita en el título respectivo. "Las copias dadas por el agente o corredor a los contrayentes después de cerrarse el trato se pueden exhibir en juicio como medio de prueba. Si llevan las firmas de las partes y del mediador valdrán como documentos privados y, además deben tenerse por verdaderos mientras se pruebe lo contrario."*** •

• Pacheco (81), págs. 219 y 220.
" Vívame (104 a), pág». 251 y 252.

De esta disposición interesa destacar que el papel del corredor es solamente el de *intermediario* entre las partes, no es representante de una de ellas o de ambas. La LCORR establece que "al corredor público corresponde: actuar como agente mediador, para trasmitir e intercambiar propuestas entre dos o más partes.." (art. 6-1); y se les prohíbe "comerciar por cuenta propia o ser comisionistas" (art. 20-1).

Caso distinto es el contrato de *intermediación bursátil* previsto en la LMV, por el
3 ue el cliente concede a la casa de bolsa un mandato general para que a nombre e la casa de bolsa, salvo excepciones, realice por su cuenta las operaciones autorizadas por la ley (arts. 2 fracc. XV y 9). En este caso, los contratos se perfeccionan cuando los celebra la casa de bolsa por cuenta y nombre de su cliente.

2. IA CLÁUSULA PENAL

a) *Introducción.* Ante el *incumplimiento*[9] de las obligaciones existen dos modos distintos de solucionar las consecuencias: la previsión legal y la determinación convencional.[10] Esta última posibilidad es la que se conoce como pena convencional o cláusula penal.

La* últimas corrientes doctrinales ponen de relieve que en nuestros días las normas sobre penas contractuales ganan en la doctrina y en la práctica una creciente importancia.[11]
Las cláusulas penales son extremadamente frecuentes en los contratos internacionales.[11]

I-as ventajas de la cláusula penal han sido proclamadas en un foro internacional como es las Naciones Unidas, e incluso se ha visto la conveniencia de un régimen internacional uniforme.[15] La Cámara Internacional de Comercio publicó una guía de cláusulas penales (*Guide to penalty and liquidated damages clauses)*[14] que contiene valiosa información internacional sobre esta materia.

Los Principios de UNIDROIT en la regulación del incumplimiento contractual, establecen algunas reglas que denominan "Pago estipulado para el incumplimiento[1›]'. Entre otras disposiciones se señala: 'Cuando el contrato estipule que la parte incumplidora pagará una suma determinada de dinero a la parte peijudicada por el incumplimiento, la parte peijudicada tiene derecho a cobrar esa suma ron independencia del daño efectivamente sufrido. Con todo, y no obstante cualquier pacto en contrario, la suma estipulada podrá reducirse a un monto razonable cuando fuere notablemente excesiva en relación al daño ocasionado por el incumplimiento y las demás circunstancias' (art. 7.4.13).

• *"Incumplimiento* es la falta de ejecución por una de las partes de cualquiera de sus obligaciones contractuales, e incluye tanto d cumplimiento defectuoso como el cumplimiento tardío' (art. 7.1.1 de los Principios de UNIDROIT).

'• *Cfr.* Gómez Calero (55). pig. 16.

[11] Gómez Calero (55), pág. 16.

'* Fontaine (47), París, pág. 127.

'» *Cfr.* Gómez Calero (50). págs. 31 y 32.

[11] *Cuide to penalty and liquidated damages clauses* (59). En adelante se citará como *"Cuide".*

b) *Concepto.* "En términos muy generales se puede decir que la *cláusula penal (penalty and liquidated damages clauses)* establece, en caso de incumplimiento de una obligación, un pago de una suma de dinero previamente determinada (o determinable con referencia a factores conocidos o previstos previamente) como un porcentaje del precio multiplicado por el número de días que constituyan retraso".[15]

> La cláusula penal se conoce con varios términos. En el Derecho mexicano el Código civil le llama cláusula penal y otras leyes, como la LAASSP (arts. 31 frac. XVI y 53) y la LOPSR (art. 46, VIII) le denominan pena convencional. Una tesis de un Tribunal Colegiado señala que "la preña convencional, a la cual en ocasiones los contratantes la designan expresamente como tal en sus convenciones o con algún término equivalente, como 'cláusula preña!'; pero a veces le dan otras denominaciones distintas, como por ejemplo, renta, compensación, interés moratorio, aumento en el porcentaje de réditos, prestación adicional, etcétera. *(Cfr* la tesis: *Pena convencional Sus elementos).*
>
> Ixrs sistemas de *Common law* distinguen entre *penalty clauses,* que no están prermitidas, y *hqutdaied damages clauses* que están preimitidas. La diferencia entre las dos se ha caracterizado en que es de la esencia de la *penalty clause* un p»ago de dinero estipulado *m terrorum* (para intimidar), mientras que la naturaleza intrínseca de la *liquidated damages clause* es el de estimar previamente los daños como resultado del incumplimiento."

Los *elementos* de la pena convencional, según las disposiciones que la regulan son, en términos de la tesis del Tribunal Colegiado citada, los siguientes: *"a)* acuerdo de voluntades de los contratantes, accesorio a una convención principal; *b)* sobre la imposición de una pona, en sustitución del resarcimiento de posibles daños y peijuicios; *c)* para el caso de incumplimiento culpable, total o parcial, de la obligación objeto de la convención principal, y *d)* pona consistente, en el otorgamiento de alguna prestación a favor del acreedor." *{Cfr.* la tesis: *Pena convencional Sus elementos).*

c) Las *características* de la cláusula penal son:

i) Deriva de un *pacto* entre las partes.[17]

ii) Tiene carácter *accesorio* de una obligación principal. Dice una resolución de la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia: "la

" *Cfr.* Cuide (59), pág. 7. También se puede definir como 'aquella convención accesoria añadida a una obligación, por cuya virtud se promete realizar una prestación, generalmente pecuniaria, para el caso de que una de las partes no cumpla o «limpia irregularmente lo prometido* (Puig Peña (85), tomo IV, vol. I. pág. 95.)

K Cuide (59). pág. 11.

[17] En los contratos que regulan b LAASSP y LOPSR para quienes contratan con dependencias y entidades de b Administración púliika federal ir establece que Tas dependencias y entidades podrán pactar penas comencionales a cargo del proveedor por atraso en el cumplimiento de los contratos*.

cláusula penal que se pacta en un contrato... constituye una parte accesoria del mismo contrato y es inescindible de éste" *(Cfr.* la tesis judicial: *Contratos, cláusula penal en los. Eficacia*).

> La mayoría de los sistemas jurídicos establecen que la formación, interpretación, efectos y validez de la cláusula contractual que estipula el monto de los daños a pagar en caso de incumplimiento, se rigen por la misma ley del contrato.[w]

ni) Generalmente es prestación *pecuniaria* aunque nada obsta que sea de otra naturaleza. "La pena consiste habitualmentc en el pago de una cierta suma o de un porcentaje del precio por periodo de retraso. Parece usual que en los contratos internacionales la pena se sujete a una cierta tasa máxima."[10]

iv) Es un medio para asegurar el cumplimiento de una obligación, cualquier obligación contractual. Es importante anotar que el término de *obligación principal* que utiliza la ley no se refiere a la obligación principal del contrato, sino que la cláusula penal puede referirse a una o varias cláusulas de un contrato, sin importar que sean las principales. Esto lo ha aclarado una tesis de un Tribunal Colegiado en estos términos: "el concepto 'obligación principal', utilizado en el artículo 1843 del Código Civil para el Distrito Federal, se refiere a cada obligación concreta por cuyo posible incumplimiento se pacta la pena convencional, y en modo alguno a la obligación que se estime de mayor importancia, económica o de cualquier otra índole, entre todas las contraídas en un contrato" (*Cfr.* la tesis: *Pena convencional Cual es la obligación principal en la.).*

v) Representa los *daños y perjuicios* que el acreedor pudiera sufrir por el incumplimiento. "Uno de los intereses principales de la cláusula penal es que ella establece anticipadamente el monto de la indemnización y que dispensa al acreedor de la prueba del daño que resulta por el incumplimiento de su deudor."[20]

> Como uno de los fines de la cláusula penal es el evitar controversias sobre el monto de los daños, algunos sistemas legales establecen el principio que la pena es debida exista o no exista pérdida o daño.*'

vi) Es un medio técnico de *liquidar anticipadamente* los daños. Esto lo ha puesto de relieve una tesis de un Tribunal Colegiado, al decir: "la cláusula penal tiene como función evaluar anticipadamente los daños y peijuicios que pudieran causarse por el incum-

" Guide (59). pág. 14.
n Fontaine (47). págs. 152 y 154.
m Fontaine (47). pág. 156.
* Cuide (59). pág. 25.

plimiento contractual, y fungir como substituía de los daños y peijuicios; dicho en otras palabras, la pena convencional no es sino la determinación previa del monto de los daños y peijuicios" (*Cfr.* la tesis: *Pena convencional, finalidad de la).*

vii) Se establece para el caso de que el deudor *no cumpla o lo haga defectuosamente.*** Se puede distinguir entre la inejecución total y el retardo en el cumplimiento, que equivale a cumplimiento defectuoso. Las consecuencias en uno y otro caso han sido señaladas en una tesis de un Tribunal Colegiado así: "dichos daños y peijuicios pueden ser compensatorios y monitorios; los primeros tienen por objeto reparar las consecuencias peijudiciales derivadas de la inejecución de la obligación y los moratorios, los peijuicios ocasionados por el retardo en el cumplimiento de una obligación" *(Cfr.* la tesis: *Contratos mercantiles, cláusula penal por incumplimiento de los. Clasificación de daños y perjuicios*).

> Los casos de incumplimiento pueden consistir en inejecución total, retraso en el cumplimiento, defectos en el cumplimiento o violación a alguna obligación adicional, como el deber de no competir.**

viii) Las discusiones a las cuales las cláusulas penales han dado lugar en los últimos años en los distintos países ponen en evidencia dos de las *fundones prindpales* que juegan: la función *indemnizatoria* y la función *conminatoria.* Además, una tercera función muy frecuente, inspirada pof el deudor, es la de ser un medio de *limitar su responsabilidad,* mediante la sujeción a cierto máximo.*[4]

d) *La regulación en el Código de Comercio.* El arL 88 del C. de c. establece, para los contratos mercantiles, la posibilidad de que las partes pacten una *pena convencional,* a fin de que los contratos sean "más firmes y más cumplidos" (en terminología de las Partidas). El texto de esta disposición dice:

> "En el contrato mercantil en que se fijare pena de indemnización contra el que no cumpliere, las parte peijudicada podrá exigir el cumplimiento del contrato o la pena prescrita, pero utilizando una de estas dos acciones quedará extinguida la otra."

En la *estructura* del arL 88 del C. de c., existen dos partes:

" *Cfr.* Gómez Calero (55), pág». 60 a 65: Meuineo (75). lomo I, pág*. 209 a 215; Castán (52). tomo III. pág*. 170 y »gte*.

** Cuide (59), pág. 10.

** *Cfr* Fontaine (47). pág». 160 y 161.

i) Un *supuesto* que comprende los siguientes elementos: ha de tratarse de un contrato; el contrato tiene que ser mercantil; debe fijarse una pena; esta pena tiene carácter de indemnización contra el que no cumpliere; y ha de tener lugar el incumplimiento.
») La *consecuencia, o* la disposición normativa que el legislador ha colocado al supuesto o hipótesis, es que el acreedor peijudicado puede exigir el cumplimiento del contrato o la pena prescrita; pero, al hacer uso de alguna de estas dos acciones, queda extinguida la otra.

Esta norma mercantil, tan escueta, debe complementarse y suplirse con las normas que el C.c. contiene en lo relativo a la cláusula penal (arts. 81 y 2® del C. de c.). Ha establecido la Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia que "tratándose de la pena convencional, las disposiciones del derecho civil son supletorias del Código de Comercio" (*Cfr.*; la tesis judicial: *Pena convencional en materia mercantil, Aplicaáón supletoria del Derecho Civil).*

En este sentido, es aplicable a las cláusulas penales de los contratos mercantiles, los siguientes *principios* de la regulación del Código civil;
a) La pena es una liquidación anticipada y convenida de los daños y perjuicios que puedan causarse, de modo que si se exige la pena, no pueden reclamarse, además, daños y pcijuicios (art. 1840).
b) .Al pedirse la pena no es necesario probar que se causaron los daños y peijuicios (art. 1842).
c) No puede exigirse el cumplimiento del contrato y, también, la cláusula penal, pues como dice claramente el precepto: "la pena convencional sustituye a la indemnización de daños y petjuicios" (art. 1846).**
d) La *accesoriedad* de la pena convencional supone que 'la nulidad del contrato importa la de la cláusula penal; pero la nulidad de ésta no acarrea la de aquél' (art. 1841).
e) La pena convencional opera por incumplimiento total o por incumplimiento parcial o defectuoso; por todo el contrato o por algunas cláusulas. En estos casos de incumplimiento parcial, hay que ajustar la cláusula penal proporcionalmente (arts. 1844 y 1845).
f) "La cláusula penal no puede exceder ni en valor ni en cuantía de la obligación principal' (art 1843). "Se considera la pena como el cumplimiento por equivalencia".* Es decir, no puede obtenerse por vía indirecta (incumplimiento) más que por vía directa. Una tesis de un Tribunal Colegiado establece: "se fija como límite máximo el valor de la obligación principal, porque si pudiera exceder de este, se halagaría con un incentivo poderoso al acreedor, para obstaculizar el cumplimiento o ser moroso al exigirlo, por lo menos, con el ánimo de obtener el importe de la pena, que implicaría no sólo una justa indemnización, sino también una considerable ganancia," *(Cfr.* la tesis: *Pena convencional. Cual es la obligación principal en la).*

e) *Algunos aspectos prácticos.* Del análisis de diversos contratos internacionales que contienen cláusulas penales la Fundación para el estudio del Derecho y los Usos del Comercio Internacional,[27] así

* Borja Soriano (27). Núm. 961.
* Borja Soriano (27), Núm. 964.
[n] *Cfr.* Fontainc (27). págs 151 a 155, 163 y 164.

como la Guía de la Cámara Internacional de Comercio,[28] han obtenido estas interesantes conclusiones.

i) I,as disposiciones legales sobre cláusulas penales son, en principio, *imperativas.*

ii) La mayoría de los derechos nacionales atribuyen a los jueces un cierto control sobre las cláusulas penales excesivas.

iii) Los *contratos* más usuales en los que las partes incluyen cláusulas penales son: los de constmcción, de compraventa, de suministro de materiales o de servicios, contratos de préstamo, de transporte, de distribución, de licencia.

iv) Los *tipos de obligaciones* cuyo incumplimiento se asegura con cláusulas penales son: retraso en la entrega de cosas por el vendedor, retraso en el pago del comprador, retraso en el embarque por el vendedor, disminución del precio como consecuencia de defectos en la calidad de las cosas, retraso del comprador en recibir la entrega, fallas sobre los estándares garantizados, falta de envió de las cosas, falta de pago del precio, incumplimiento en general, retraso en la entrega de la documentación técnica, fallas en la entrega de documentos, fallas en el embarque por parte del vendedor, retraso del comprador en la recepción de los documentos presentados por el vendedor o pago del comprador que no se ajusta a las instrucciones. Es común encontrar esta cláusula en contratos de obra que señalen incumplimientos tardíos de ciertas obligaciones y, además, el incumplimiento total del contrato; o en contratos de prestación de servicios. Algunas veces el incumplimiento es por la ejecución de actos del obligado, como competir o entregar bienes en ciertas áreas.

v) Las cláusulas penales sancionan más adecuadamente las obligaciones *de resultado* que las obligaciones *de medio.*

En la redacción de la cláusula, los supuestos o casos de incumplimiento deben ser definidos en el contrato en lugar de referirse solo a un incumplimiento general del contrato. Además, es recomendable lo siguiente: determinar si debe notificarse al deudor el incumplimiento, si el incumplimiento del acreedor da derecho al deudor a no pagar la pena, si la cláusula penal es limitativa o adicional a otros incumplimientos.

S. EL CONTRATO DE ADHESIÓN

a) *Concepto.* Esta figura de auge relativamente reciente no está prevista en nuestro C.c. o en el C. de c., pero ha sido incluida en algunas disposiciones de la LPC. *

* *Cfr.* Cuide (59). págs. 19. 20. 25 y 26.

El *contrato de adhesión o por adhesión* es aquel en el cual "una de las partes, que generalmente es un empresario mercantil o industrial que realiza una contratación en masa, establece un contenido prefijado para todos los contratos de un determinado tipo, que en el ejercicio de la empresa se realicen. Las cláusulas del contrato de adhesión no pueden ser más que pura y simplemente aceptadas.f'

Se caracterizan estos contratos por el hecho de que una de las partes redacta unilateralmente las cláusulas del contrato y la contraparte se adhiere, sin posibilidad de discutirlas.

Dos problemas importantes plantea esta figura. El primero es si se trata de un verdadero contrato; el segundo es la normativa que debe existir para evitar los abusos que se pueden producir a la parte que se adhiere.

Respecto del primer problema hay dos posturas doctrinales: una de ellas dice que no hay contrato y la considera como un acto jurídico unilateral, pues el consentimiento no es contractual, sino acto de adhesión.[50] La otra tesis, que tiene hoy mayor aceptación, considera que hay un *verdadero contrato*, pues la adhesión es igual a una aceptación de la oferta y el consentimiento es contractual. Estimo que en el contrato de adhesión hay libertad de contratar o no contratar; pero no hay, para la parte que se adhiere, libertad contractual para discutir y fijar el contenido del contrato.[31]

Una tesis dr la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia señala que:." el contrato llamado de adhesión supone que de acuerdo con la doctrina que una de las partes fija las condiciones a que debe sujetarse la otra en caso de aceptarlo, por ello dicha circunstancia no afecta su validez, ya que no implica la ausencia de la alternativa para aceptarlo o rechazarlo en forma total o parcial por parte de quien no interviene en su elaboración. (*Cfr.* la tesis: *Adhesión. No afecta la vahdez del contrato relativo la elaboración unilateral de* su *clausulado por una de las partes).*

La cuestión relativa a la posibilidad de abuso e injusticia por parte de quien establece las condiciones contractuales, significa para el legislador de un determinado Estado el decidir varios caminos. Uno de ellos es el legislativo, mediante la reglamentación —por medio de la ley o de reglamentos— para ciertos contratos específicos. Los otros medios se refieren a la aplicación judicial o administrativa de ciertas reglas de justicia y equidad. [9]

[9] Diez Picazo (45), lomo I. pág. 235.

** Entre nuestros autores De Buen (36) considera que no hay contrato pues no hay autonomía de la voluntad, ni libertad de elección en uno de los contratantes (pág. 289).

*' *Cfr.* el número 1 del capítulo V sobre la distinción entre libertad de contratar y libertad contractual o autonomía contractual.

Existe un *prmnpto* que recoge el Ce. del Estado de Iamaulipas " que dice: "En lo» contratos de adhesión las dudas ocasionadas por la redacción deberán resolverse en perjuicio de quien lo redactó." (art. 1329).
Regla similar se contiene en los Principios de UNIDROIT que señalan: "Si las cláusulas de un contrato dictadas por una de las partes no son claras, se preferirá la interpretación que peijudique a dicha pane" (art. 4.6)."

b) *La legislación mexicana.* En México, la regulación de los contratos de adhesión por la *LPC* (arts. 85 a 90) tiene características particulares. Por un lado, *legislativamente* se prohíbe que los contratos de adhesión contengan ciertas cláusulas, las que serán inválidas o se tendrán por no puestas (art. 90). Por otro lado, se establece un registro por medio del cual la Procuraduría Federal del Consumidor puede juzgar y dictaminar ciertos modelos de contratos y determinar que los mismos no contienen prestaciones desproporcionadas para el consumidor. La Procuraduría (órgano ejecutivo, no judicial) puede sujetar a registro contratos de adhesión "cuando impliquen o puedan implicar prestaciones desproporcionadas a cargo de los consumidores, obligaciones inequitativas o abusivas, o altas probabilidades de incumplimiento" (arts. 86 y 19-VII).

El concepto de contrato de adhesión de la LPC es muy amplio e incluye también lo que se conoce como "condiciones generales del contrato".

Se entiende por contrato de adhesión el documento *elaborado unilateralmente por el proveedor,* para establecer en formatos uniformes los términos y condiciones aplicables a la adquisición de un producto o la prestación de un servicio, aun cuando dicho documento no contenga todas las cláusulas ordinarias de un contrato (art. 85).

Además de la definición de la LPC existe la norma oficial mexicana NOM-037-SCFI-1994 "requisitos para los contratos de adhesión en los sistemas de comercialización consistentes en la integración de grupos de consumidores, dictada por la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial por conducto de la Dirección General de Normas.* En esta norma oficial, se define al contrato de adhesión como: "el documento elaborado unilateralmente por el proveedor para establecer en formatos

" La Constitución Política de México (o de los Estados Unidos Mexicanos) establece que México es una República Federal. Esto significa que existen dos órdenes jurídicos: el federal y el local. Las leyes federales las aprueba el Congreso General y son aplicables a toda la República mexicana; las leyes locales las aprueban cada una de las treinta y dos legislaturas de las entidades federativas (SI Estados y el Distrito Federal). En esta división de competencias, los Estados y el Distrito Federal legislan la materia civil, por lo que hay treinta y dos Códigos civiles, y b Federación dicta las leyes mercantiles. (Esta nota es para los lectores que no conocen el sistema legal mexicano.)

" La reciente ley española sobre Condiciones generales de la contratación (1998) establece: "Las dudas en la interpretación de las condiciones generales oscuras se resolverán a favor del adherente' (art. 6* 2).

* Publicada en el *Diario Oficial* de 8 de julio de 1994.

uniformes los términos y condiciones aplicables a la adquisición de bienes muebles, inmuebles o la prestación de servicios." (art. 3.3).

El medio que previene la LPC para cumplir el objetivo de proteger a los consumidores de posibles injusticias y lograr la equidad, se basa en que *no son válidas* y se tienen por no puestas determinadas cláusulas que se consideran *abusivas.*

Las consecuencias de la nulidad prescrita por la LPC son particularmente enérgicas. En efecto, la regla general del Derecho mexicano es que los actos nulos siempre producirán provisionalmente sus efectos, mientras no se decrete la nulidad por la autoridad judicial (arts. 2226 v 227 del C.c.); pero esta regla no se aplica cuando se trata de cláusulas cuya nulidad prevé el articulo 90, sino que se tienen por no escritas... Su nulidad no necesitaría ser declarada por la autoridad judicial.*

Las cláusulas a que se refiere esta disposición legal son:

i) Las que permiten al proveedor *modificar unilateralmente* el contenido del contrato, o substraerse unilaterlamnte de sus obligaciones (art. 90-1). Esta norma repite el principio contenido en el art. 1797 del C.c. en el sentido de que " la validez y cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes".

ii) Las que liberen al proveedor de su responsabilidad civil, excepto cuando el consumidor incumpla el contrato (art. 90-11).

iii) Las que trasladen al consumidor o a "un tercero que no sea parte del contrato" (así) la responsabilidad civil del proveedor (art. 90-III).

iv) Las que prevengan términos de *prescripción* inferiores a los legales (art. 90-IV).

v) Las que prescriban el cumplimiento de ciertas formalidades para la procedencia de las acciones que se promuevan contra el proveedor (art. 90-V).

vi) Las que obligan al consumidor a renunciar a la protección de la LPC o lo sometan a la competencia de tribunales extranjeros (art. 90-VI). "No es claro que esta disposición comprenda la *cláusula de arbitraje,* aunque parece que no cabe otra cláusula de arbitraje que no sea el regulado por la LPC... Una cláusula que estipulara un arbitraje diferente llevaría el riesgo de ser considerada como una forma de someter al consumidor al cumplimiento de ciertas formalidades para el ejercicio de sus acciones."[56]

vtt) Los *contratos de adhesión*, cuando se celebren en México, deben estar escritos en idioma español y sus caracteres deben ser

" Abascal Zamora. Diez Picazo y otro# (1), págs. 55 y 56.
* Abasca! Zamora, Diez Picazo y otros (1). pág. 60.

legibles a simple vista (art. 85). Este precepto es acorde con el principio de *locus regií actum* que recoge el C.c. "La forma de los actos jurídicos se regirá por el derecho del lugar en que se celebren", (art. 13-IV).

El otro sistema, no legislativo sino de aplicación administrativa de la LPC, es mediante el registro de aquellos contratos de adhesión que la Secretaría de Comercio, *por medio de normas oficiales*, determine que deben inscribirse.

i) La Secretaría podrá sujetar contratos de adhesión a *registro previo,* cuando puedan implicar prestaciones desproporcionadas a cargo de los consumidores, se excluye lo relativo al precio (art. 86).

ii) Si los *contratos de adhesión, 6* sus modificaciones, requieren registro previo ante la Procuraduría Federal del Consumidor, ésta se limitará a verificar que los modelos se ajusten a las normas correspondientes (art. 87). Una vez inscrito un contrato, por práctica, la Procuraduría, obliga a que en los formatos de dicho contrato se hagan constar los datos de registro.

iii) Los interesados podrán inscribir voluntariamente modelos de contratos de adhesión, aunque no se requiera registro previo (art. 88).

iv) La Procuraduría deberá registrar los contratos de adhesión que lo requieran, cuando cumplan con la normalividad aplicable (art. 24-XV).

v) Ix>s proveedores que no inscriban en el Registro los contratos de adhesión que estén sujetos a esc requisito previo, podrán ser sancionados con multa de hasta mil quinientas veces el salario mínimo general vigente en el Distrito Federal (art 127).

El *Registro* no es público, sino medio de control y complemento de la actividad dictaminadora de la Procuraduría. El interés práctico de este registro pudiera ser el que un contrato de adhesión aprobado y registrado no podría ser alegado, en principio, de que contiene *cláusulas desproporcionadas o abusivas* contra el consumidor.

Los comentarios sobre este sistema administrativo son:

i) La Procuraduría es *autoridad administrativa* y no puede modificar un contrato de adhesión, solo puede no registrarlo y aplicar las sanciones administrativas que procedan contra el proveedor.

ii) La Procuraduría *no puede anular un contrato,* pues esto solo puede hacerlo un juez (art. 2226 del C.c.).

iii) La falta de registro de un contrato no afecta su validez o sus efectos.

4. LAS CONDICIONES GENERALES DEL CONTRATO

a) *El contrato normativo.* No hay referencias específicas en nuestra legislación del llamado contrato normativo, que se distingue del contrato propiamente dicho, en que de este último nacen derechos y obligaciones para las partes contratantes en fonna inmediata, mientras que el primero sólo da normas para futuros contratos que pueden o no celebrarse.[57] No se confunde con el contrato de promesa que tiene como efecto' el obligar a las partes a celebrar un contrato futuro.

> Un contrato normativo es un contrato que tiene por objeto establecer la disciplina de un contrato eventual y futuro. Los contratos normativos no producen ninguna obligación de concluir el contrato futuro. Con ellos se fija únicamente el contenido de esos contratos, que las partes no están obligadas a concluir, pero que pueden llegar a concluir."

En la moderna contratación, el contrato normativo es base de operaciones periódicas entre las mismas partes como contratos con instituciones de crédito donde se establece la forma y contenido de contratos futuros. Este concepto sirve de base a la contratación por medio de condiciones generales de contratar o de contratos singulares como, en algunos casos, puede ser el de factoraje.

b) *Concepto de condiciones generales.* Un fenómeno propio de la contratación en masa o en serie de las grandes empresas y productores, propio de la economía moderna, es la aparición y proliferación de las llamadas *condiciones generales de los contratos.*

> Se definen como los conjuntos de reglas que un particular (empresario, grupo o rama de industriales o comerciantes) ha establecido para fijar el contenido (derechos y obligaciones) de los contratos que sobre un determinado tipo de prestaciones se propone celebrar.*[9]

La reciente ley española sobre *Coiadiciones generales de la contratación*[40] las define como "las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otra circunstancias, habien-

[r] *(jt* Messineo (77). tomo I. págs. 57 a 59.
* Diez Pica/o (45), tomo I. págs. 245 y 246.
* De Castro y Bravo (38). pág. 12.
* Ley 7/1998. de 13 de abril (Jefatura del Estado) sobre condiciones generales de la contratación.

do sido redactada* con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos" (art. 1.1).

I^s condiciones generales de los contratos son, generalmente, redactadas unilatcralmcnte por el empresario y sus clientes sólo se adhieren a las mismas. A ellas alude, sin duda, el art. 85 de la LPC cuando dice que "aun cuando dicho documento no contenga todas las cláusulas ordinarias de un contrato".

Las condiciones generales rompen con algunos de los principios tradicionales de la contratación.

Dice Diez Picazo, de todas las regla* parecen deduciise dos principios cardinales, que nos alqan mucho del dogma de la voluntad y de la idea de una concurrencia perfecta de voluntades. El principio es que un contrato puede quedar formado cuando, dadas las condiciones en que han sido emitidas las declaraciones de voluntad de las paites, la buena fe exige que el contrato se encuentre formado. El segundo principio es que, por lo menos en muchas ocasiones, el contenido contractual se forma con criterios distintos de aquellos sobre que las paites quisieron vincularse, de manera que. en este punto, el piincipio de buena fe posee un gran margen de actuación: un contrato debe presentar aquel contenido que las paites, según la confianza razonable, podían esperar que tal contrato tuviera.*[1]
La doctrina distingue entre las condiciones generales del contrato de las *condiciones generales de la contratación* que son: "un conjunto de normas o de reglas unilateralinente dictadas por una empresa mercantil o industrial, o por un grupo de empresas, a fin de que con arreglo a ella* se reglamenten todas las operaciones y contratos que estas mismas empresas vayan celebrando en su* actividades comerciales."**

I^s condiciones generales del contrato son, casi siempre, parte o complemento de un *contrato de adhesión* y tienen como efecto principal el uniformar contractualmente y en forma objetiva, no personal, las relaciones de una empresa con todos los que con ella contratan o pueden llegar a contratar. Las condiciones generales de la contratación parecen tener un carácter más abstracto y general que las anteriores. En un sentido material las condiciones generales del contrato y las de contratación, "vienen a funcionar, prácticamente, a modo de preceptos de carácter abstracto, que dotados de una cierta coacción se imponen con carácter general a quienes necesitan contratar con los empresarios."[45]

En los Principios de UNIDROIT se definen las *cláusulas estándar* como "aquella* preparadas con antelación por una de las panes para su uso general y repetido y que son utilizadas, de hecho, sin ser negociadas por la otra pane' (art. 2.1.19 (2)).

' A basca! Zamora. Diez Picazo y otro (1). pág. 54.
** Diez Picazo (45). tomo I. pág. 248.
** Uría (100), Núm. 17.

c) *Ventajas y desventajas.* Considero que son más las ventajas que las desventajas que ofrece esta forma masiva de contratación, de modo que el balance resulta positivo y las necesidades de la moderna contratación van imponiendo su práctica habitual. Sin embargo, es importante que la existencia de éstas condiciones esté reconocida por el ordenamiento jurídico y que se impongan limitaciones para considerar ciertas cláusulas como abusivas.

Las *ventajas* y notas dcfinilorias más sobresalientes son:

i) Permiten una delimitación detallada y casi perfecta de las presentaciones debidas, ofreciendo una regulación pormenorizada de la relación contractual.

ii) La *premdacción* elimina tratos precontractuales. Una de sus características es que la totalidad de las condiciones generales no se pueden negociar individualmente.[44]

iii) Gran *rapidez* en la celebración de negocios, por esto se dan, sobre todo, en el ámbito mercantil.

iv) Permite a la empresa *uniformar* el contenido de sus relaciones negocíales, facilitando enormemente la contratación mediante representantes en los más diversos lugares.

v) Se *llenan lagunas legales* de los ordenamientos jurídicos positivos.

vi) Representan para el adherente una situación de *igualdad* para cada contratante con la empresa predisponente.

vii) Hacen posible la difusión y conocimiento de las condiciones en que se contrata.

Las *desventajas* son:

i) Las condiciones generales *se redactan unilateralmente* por el predisponente y el adherente solo las acepta.

ii) Las partes no se encuentran en una situación de igualdad en la determinación del contenido contractual.

iii) La empresa aprovecha este vehículo para reforzar su posición contractual y debilitar las del adherente.

iv) La *premdacción* ofrece peligros en la formación del contrato como cláusulas en forma ininteligible, ambiguas, en letra menuda; o porque el adherente no las lee o no llegan a su poder sino una vez celebrado el contrato.[45]

d) *Ámbito de aplicación y contenido.* El ámbito de aplicación de las condiciones generales es amplísimo, puede decidirse que abarca todos los contratos que una empresa celebre en masa o en serie.[46]

[II] *Cfr.* Abasca! Zamora. Diez Picazo yotros (1), pág. 35.

[4,1] Estas ideas están tomadas de García Amigo (51). págs. 24 a 29.

[“] En la citada ley española sobre condiciones generales de la contratación se excluyen de la aplicación los contratos administrativos, los contratos de trabajo, los de constitución de sociedades, los que regulan relaciones familiares y los contratos sucesorios (art. 4).

"En un cierto número de normas se exige que el predisponente sea un empresario. El problema que plantea la utilización de la idea de empresario es la enorme equivocidad de este término."[47] Con relación al adhcrente, se discute si éste tiene que ser un consumidor. Con Diez Picazo, opino que no debe exigirse al adherente el que sea "consumidor",[48] pues se limitaría la aplicación de esta forma de contratación.

Los *ejemplos* más relevantes de aplicación de condiciones generales, en la práctica de los negocios, se presentan en el Derecho bancario: los contratos para apertura de cuentas de cheques y ahorro, taijetas de crédito, cajas de seguridad; en los transportes terrestre y marítimo; en el contrato de seguro con sus múltiples variedades; en los contratos con almacenes generales de depósito; en prenda celebrada con Montes de Piedad; en el suministro de gas o electricidad; y, en lo relativo a las telecomunicaciones, entre los más importantes.

En nuestro *Derecho positivo mexicano,* existen algunas disposiciones que mencionan ya a las condiciones generales del contrato. Las más destacadas son:

i) El art. 6® de la LCS expresa: "Las *condiciones generales del seguro* deberán figurar en el mismo formulario de ofertas suministrado por la empresa aseguradora..."

ii) El art. 58 de la LIC establece: "Las *condiciones generales* que se establezcan respecto a los depósitos a la vista, retirables en días preestablecidos y de ahorro, podrán ser modificados por la institución conforme a las disposiciones aplicables, mediante aviso dado con diez días hábiles de anticipación, por escrito, o a través de publicaciones en periódicos de amplia circulación o de su colocación en lugares abiertos al público en las oficinas de la propia institución." Quizá este sea un caso de "condiciones generales de la contratación".

iii) El an. 78 de la misma ley dice, respecto al servicio de cajas de seguridad: "Las *condiciones generales* y el contrato que para la prestación de éste servido celebren las instituciones de crédito..."

Las condiciones generales de contratación pueden tener una o varias cláusulas que deriven de alguna disposición administrativa, o de la aprobación gubernamental de ciertas prestaciones. Por ejemplo, en contratos de. suministro de energía eléctrica, la tarifa está determinada para la generalidad de los casos; puede suceder

" Abascal Zamora, Diez Picazo y oíros (1), págs. 36.
" *Cfr.* Abascal Zamora. Diez Picazo y otros (I), pági. 36 y 37.

lo mismo con ciertos precios que estén controlados, con topes máximos, o que deban ser aprobados por alguna dependencia o enüdad gubernamental (arts. 7Q de la LCE y 24 frac. XXIII de la LPC).

El *contenido jurídico* de las condiciones generales, que deben circunscribirse a los límites de la autonomía privada, "habitualmente se estipulan acerca de los elementos accidentales o naturales del negocio de que en concreto se trate, y respecto a los elementos esenciales solo determinan las modalidades de los mismos (lugar, tiempo y formas de entrega de las cosa y pago del precio); los elementos esenciales son aquellos discutidos y perfectamente conocidos por el adherente."[49]

El contenido concreto de las cláusulas materia de las condiciones generales puede ser muy variado, pero se observan al respecto ciertos patrones.

Las cláusulas más comunes son:

i) Determinación de la *competencia jurisdiccional* para señalar como juez competente el del lugar del predisponente. Esto, en principio, es válido en el Derecho mexicano conforme al art. 156 del CPC. Sin embargo, cuando el contrato de adhesión está sujeto a la LPC, el sometimiento del consumidor a tribunales extranjeros no es salida (art. 90-VI). La prohibición no excluye el arbitraje que puede ser una ventaja para las dos partes contratantes como medio de solución de conflictos. Para el predisponente puede ser recomendable, en ciertos negocios, el que establezca a su favor la posibilidad de elegir, en caso de que sea actor en un juicio relativo al contrato, entre su domicilio o el domicilio de la parte demandada.

ii) *Limitaciones a la responsabilidad* del predisponente por el incumplimiento o el defectuoso cumplimiento de sus obligaciones contractuales. Algunas veces estas cláusulas se comprenden en lo referente a garantía. La LPC dispone que las cláusulas que liberen al proveedor de responsabilidad civil o la trasladen a un tercero, se tienen por no puestas (art. 90 fracciones II y III); así como el que las garandas no pueden ser inferiores a las que determinen las disposiciones aplicables (art. 79). Por otra parte, el C.c. establece que el enajenante responde de la evicción y de los vicios ocultos, pero esta norma dispositiva puede pactarse en contrario y renunciarse por el adherente (arts. 2121 y 2158 del Ce.). Esta regla hay que interpretarla con relación a las disposiciones relativas a las garandas que señala la LPC y que son irrenunciables y de orden público (art. 1), pero solo para aquellos contratos que están sujetos a esta última ley.

iii) *Reducción de los plazos de caducidad* de las acciones que pueda tener el adherente contra el predisponente. Estas normas podrían ser contrarias al orden público si pretenden reducir plazos procesales. La LPC. cuando las contienen contratos de adhesión, establece que no son válidas (art. 90-IV).

iv) En los contratos duraderos, facultades especiales para *resolución y rescisión* a favor dd predisponente. Algunas veces estas cláusulas se redactan como causas de terminación anticipada, sin responsabilidad para el predisponente.

v) En *contratos de seguros,* cláusulas destinadas a determinar riesgos objeto de cobertura, así como los que están excluidos. El art 20 fracciones II a V de la LCS deter-

Garrigues (53). tomo I. pág. 131.

minan cual es el contenido de la póliza del seguro. F.I casuisiuo y tecnicismo con que suelen estar redactadas estas pólizas generalmente va en contra del adliercnte.
vi) En contratos de suministro o compraventa en abonos, la cláusula de mm<o *de dominio* hasta que se pague totalmente el precio. Esto está previsto como modalidad de la compraventa civil, aplicable a la materia mercantil, en los arta. 2311 y siguientes del C.c.

Los Principios de UNIDROIT contienen ciertas reglas sobre las llamadas *cláusulas estándar.* Por ejemplo: "Carecerá de eficacia toda estipulación incorporada en cláusulas estándar cuyo contenido o redacción, material o formal, no fuese razonablemente previsible por la otra parte, salvo que dicha la acepte expresamente" (*cláusulas sorpresivas)* (art. 2.1.20 (1)). "En caso de contradicción entre una cláusula estándar y una que no lo sea, prevalecerá ésta última" (art. 2.1.21).**

e) *Naturaleza jurídica.* Una opinión doctrinal señala que la obligatoriedad de las *condiciones generales del contrato* deriva de su carácter contractual; una vez aprobadas y aceptadas por el adherente se convierten en parte del negocio jurídico y de este derivan toda su eficacia.[51] La cuestión amerita revisar ideas que sobre el particular han expresado algunos autores.

i) Señala Diez Picazo que: "las *condiciones generales* sólo pueden ser contenido contractual. De ninguna otra fuente del Derecho puede derivar su obligatoriedad. No puede decirse que exista un poder reglamentario de los empresarios que vincule a los clientes sin necesidad de aceptación de estos."'[2]

ii) "Las *condiciones generales del contrato* —expresa García Amigo— en todas sus manifestaciones no tienen otro valor que el que les confiere el contrato de cuyo contenido normativo forman parte —es decir, que aceptamos en toda su pureza y con todas sus consecuencias la tesis contractual—".[M]

No sucede lo mismo con las llamadas *condiciones generales de la contratación* que tienen un carácter más general, una mayor aplicación y difusión que las condiciones generales del contrato.

Sobre la *naturaleza jurídica* de éstas, aparecen como dos posiciones contrapuestas: la concepción normativa que estima —si bien con

** En sentido similar, la ley española sobre Condiciones generales de la contratación establece: 'Cuando exista contradicción entre las condiciones generales y las condiciones particulares específicamente previstas para esc contrato, prevalecerán éstas sobre aquéllas, salvo que las condiciones generales resulten más beneficiosas para el adherente que las condiciones particulares' (art. 6* 1).

[w] *Cfr.* Sánchez Calero (93). pág. 450.

** Abase al Zamora. Diez Picazo y otros (1). pág. 29.

[M] García Amigo (51), pág. 162.

algunas precauciones— que estas son una verdadera fuente del Derecho objetivo; y la concepción contractual para la que, en definitiva, las condiciones generales sólo son fruto de la autonomía de la voluntad de los particulares que sólo pueden originar un disciplina contractual, pero sin que tal disciplina adquiera la categoría de Derecho objetivo.[44]

i) Garrigues ha sostenido que las condiciones generales de la contratación "se asemejan al *uso mercantil* normativo al que el art. 2ª de nuestro C. de c. (*esp.*) reconoce naturaleza de fuente objetiva de Derecho."[55]

tí) De Castro afirma que "en conclusión, parece resultar de todo lo dicho que, sociológica y jurídicamente, carece de viabilidad la tesis de que las condiciones generales tienen naturaleza de nueva e independiente fuente del Derecho."[56]

iii) "La cuestión —dice Uría— no puede ser resuelta de modo general y común a toda clase de condiciones generales... y habrá que tener en cuenta el modo en que fueron formuladas. Cuando estén dictadas e impuestas a las partes por autoridad pública investida de poder normativo, esas condiciones adquieren el carácter de normas de observancia necesaria para quien decida contratar y en consecuencia tendrán carácter de Derecho objetivo".[57]

Habrá también casos en que la autoridad administrativa imponga,, con carácter general y obligatorio, ciertas condiciones generales que deben contener ciertos contratos (control de precios, transportes, operaciones bancarias, seguros), con lo que convierte a las condiciones generales en fuente de Derecho objedvo, pues su normatividad deriva de actos legislativos o administrativos.

La eficacia de las condiciones generales del contrato tendrá, en algunos casos, carácter contractual, no será fuente del Derecho objedvo obligatorio para las partes, si éstas no lo aceptan. Hay que considerar además, que las renuncias que se condenen en las condiciones generales del contrato, no siempre serán renuncias válidas.

Cuando la contratación se vuelve masiva por la repeución multitudinaria del contrato o por la especial posición de fuerza que forma una de las partes por sí o por el gremio a que pertenece, no podemos dejar de afirmar que en todos esos contratos subyacc un interés que no es ya solo de los contratantes, sino que hay un interés público, pues muchos miembros de la comunidad se ven afectados por esos contratos.[58] [14] * [16]

[14] García Amigo (51), pág. 162.
* Garrigues (55), tomo I, pág. 81.
[16] De Castro y Bravo (58). pág. 29.
[n] Uría (100), Núm. 17.
" Pacheco (81), pág. 228.

5. LA CESIÓN DEL CONTRATO

a) *Concepto.* La práctica de los negocios, especialmente en el campo mercantil, no es ajena a que una o las dos partes que originalmente celebraron un contrato *transmitan su posición de parte contractual* a otra persona, que así adquiere la calidad de parte en un concreto y determinado negocio. Puede pensarse, por ejemplo, en un suministrante o un suministrado que cede su titularidad en un contrato sin que se modifiquen las condiciones de éste; en un arrendatario de un inmueble industrial que traspasa el uso a un tercero; en un agente exclusivo que cede su calidad de tal a otro comerciante social; en un distribuidor que cede su posición, y muchos ejemplos más. Esto se logra, jurídicamente, con la figura de la cesión del contrato.

En el Derecho Mexicano, la *cesión del contrato* ha recibido reconocimiento legislativo en los Códigos civiles de los Estadosde Guanajuato (art. 1552), Guerrero (arts. 1924 a 1928), Jalisco (arts. 1559 y 1560) y Quintana Roo (arts. 2408 a 2412). En los Códigos de Guerrero y Quintana Roo se le denomina, con mayor precisión que en el C.c. ¡tal. y la doctrina, como *cesión de posición contractual.*

La *cesión del contrato* es "un negocio jurídico concluido entre las partes contratantes y un tercero, cuya finalidad es sustituir a una de ellas por dicho tercero en la titularidad de la relación conmictual, la cual permanece idéntica en su dimensión objetiva."^

El C.c. de Jalisco, por ejemplo, señala: 'En los contratos de cumplimiento diferido o en los de tracto sucesivo puede conveniise en el momento de su celebración, o con posterioridad, que una de las partes pueda ser sustituida" (art. 1559).

IA>S Principios de UNIDROIT señalan: "*Cesión de un contrato* significa la transferencia por convenio de una persona (el *cedente)* a otra persona (el *cesionario)* de los derechos y obligaciones del ccdente derivados de un contrato con otra persona (la *otra parte)"* (9.3.1).

b) *Elementos.* En esta figura deben distinguirse dos conceptos: *el contrato básico* o contrato base como negocio jurídico del que derivan el complejo de derechos, obligaciones y derechos potestativos que serán materia de la cesión del contrato; y, el *negocio de cesión* que es aquel por el que se produce la sucesión particular de un titular del contrato.

" *Cfr.* la nota 32 de este mismo capítulo

** Andreoli (7). pág. 5.

w 1 .o derecho* potestativos son aquello* inseparablemente unidos al contrato y cuya esencia consiste en modificar o extinguir la relación contractual, por ejemplo, la facultad resolutoria tácita, las acciones de nulidad, la rescisión o la denuncia del contrato *(Cfr.* García Amigo (52), págs. 55 a 57).

También deben distinguirse a las *partes involucradas* en este negocio: "el cedente" que es la parte del contrato base que pretende trasladar su posición contractual a "el cesionario", quien es un tercero extraño a la original relación contractual que ocupará la posición del cedente; y, "el cedido" (nombre no muy apropiado, pero con el que lo conoce la doctrina), que es la contraparte contractual del cedente y que permanece en la misma relación, sin que exista modificación alguna al contenido del contrato base. En los Códigos civiles mexicanos a las partes se les denomina: cedente, cesionario y contratante cedido.

> En una ejecutoria de la Suprema Corte de Justicia aparece la distinción entre contrato lrásico y contrato de cesión y, a las partes se les denomina: cedente, cesionario y cedido *(Cfr.* la tesis judicial: *Cesión de contratos).*

El *objeto* de la cesión del contrato es la posición contractual del cedente [62] en la particular relación negocial que guarda respecto a un contrato. El termino "cesión del contrato" ha sido criticado, pues no es el contrato la materia de la cesión sino "las relaciones *derivantes* de un contrato" (art. 1406 del C.c. ital.). "Ix> que se cede no es el contrato considerado como una cosa o bien, sino la cualidad de contratante y la posición o situación jurídica derivada de la relación existente."*[5]

c) *Requisitos.* No todo contrato puede ser "cedido", sino solo aquellos que, además de existir y ser válidos, reúnan estos dos *requisitos:*

i) Que se trate de un contrato bilateral.

ii) Que las prestaciones derivadas del mismo no hayan sido cumplidas totalmente.

El contrato *bilateral* es aquél en que las partes se obligan recíprocamente (art. 1836 del C.c.). Los Códigos civiles mexicanos señalan que el contrato debe ser con "prestaciones recíprocas". Si fuese unilateral (obligaciones para una sola parte), la trasmisión de parte contractual será objeto, en principio, de una asunción o cesión de deudas o de una cesión de derechos.

El que las prestaciones deben de estar pendientes de ejecución significa que si el contrato ya se cumplió en su totalidad, su contenido se ha agotado y las obligaciones se han extinguido por efecto del pago; en estos casos no hay materia objeto de la cesión. Es frecuente, por tanto, que los contratos materia de la cesión sean de duración o de ejecución continuada o diferida, pero nada obsta

*• A*í en los Códigos civiles de Guerrero (art. 1924). Jalisco (art. 1560) y Quintana Roo (art. 2408).

*" Diez Picazo (45), tomo I, pág. 845.

la cesión del contrato, empero, comprende la trasmisión tanto de los elementos activos como los pasivos, suponiendo que se trata de un contrato bilateral aún vigente" (*Cfr.* la tesis judicial: *Cesión de contratos).*

El que no esté especialmente reglamentado en algunos Códigos civiles mexicanos no impide que su celebración sea válida y eficaz, y que en la práctica existan numerosos casos.[65]

A falta de una normativa legal aplicable, *supletoriamente* deben ser principios rectores de este negocio "novísimo"[66] los siguientes:

i) Comprende todo el complejo de relaciones derivadas de un contrato (derechos, deudas y derechos potestativos).

ii) Requiere el consentimiento del cedido, como en la cesión de deudas (art. 2051 y 2052 del C.c.).

iii) La cesión tendrá efectos para el cedido cuando se le notifique (arts. 2036 a 2040 del C.c.), lo que generalmente será cuando preste su consentimiento.

iv) El cedentc debe garantizar la existencia y validez del contrato base, pero no la solvencia del cedentc (art. 2042 del C.c.).

v) El cesionario puede oponer al cedido las excepciones que tenía el cedente en la relación contractual, pero no las personales (arts. 2035 y 2056 del C.c.).

vi) La cesión no debe estar prohibida por la ley[67] o por convenio entre las panes (art. 2030 el C.c.).

6. El contrato por persona a designar

a) *Concepto.* El *contrato por persona a designar* suele practicarse en México bajo diversas aplicaciones, a pesar de que no tiene un reconocimiento expreso en nuestras leyes. Esta figura "ya conocida en la práctica jurídica, a finales de la Edad Media, fue probablemente introducida en dicha época por los comerciantes venecianos y genoveses".[68]

" la Exposición de motivos del Ge. de Jalisco señala: 'Dentro del título relativo a la trasmisión de las obligaciones se incorpora la figura de la cesión de posición contractual, que es un negocio jurídico que recientemente ha sido utilizado sin que se encuentre reglamentado..."

* La expresión es de Castán Tobeñas (32). tomo III, pág. 339.

" Un ejemplo de una prohibición legal de la cesión del contrato es el art. 47 de la LOPSR que señala que: 'Los derechos y obligaciones que se deriven de los contratos no podrán cederse en horma parcial o total a favor de cualesquicr otra persona, con excepción de los derechos de cobro sobre las estimaciones por trabajos qecutados..."

[m] Diez Picazo (45), tomo I, pág. 289.

El contrato por persona a designar, *pro amico eligendo* (es aquel) por virtud del cual una de las partes se reserva expresamente designar después a la persona que adquirirá retroactiva e íntegramente los derechos y las obligaciones derivadas de dicho contrato, haciendo así desaparecer totalmente al estipulante, para quedar establecidas las relaciones jurídicas *ex tune* solamente entre el promitente y el tercero designado *amicus electus*.[M]

b) *Características.* Esta figura negoeial presenta estas características:

i) No se trata de un contrato, sino de una *cláusula o estipulación contractual* que aparece en algunos contratos.

ti) Las partes que intervienen se llaman: estipulante, promitente y tercero o parte a designar que, después de la *electio* será parte contractual.

iii) Una o las dos partes se reserva el derecho o la posibilidad de designar a una persona que ocupe su lugar.

iv) "La vida del contrato por persona a designar se divide (o puede dividirse) en dos fases: la primera que es a la formación o celebración; y, la segunda fase, que consiste en el eventual nombramiento del designado."[70]

c) Finalidad práctica. Las razones por las cuales esta forma de contratación suele utilizarse en la práctica de los negocios son inuy variadas y estas obligan a pensar en la utilidad de la figura, cuya función no resuelven satisfactoriamente otras maneras de contratar.

> Las razones de esta reserva —ha dicho Branca— pueden ser múltiples: por ejemplo, A tiene poder de X, pero no considera todavía oportuno mostrarlo, o no lo tiene aún, pero confía tenerlo en breve, o bien tiene la esperanza de que el tercero, todavía no nombrado, aceptará. Ha contratado pues *por penona n nombrar?'*

Hay tres formas básicas de actuación del estipulante con relación al tercero (persona que se designará).

i) Como una *representación directa,* en la que el representante, temporalmente oculta el nombre de su representado.

ii) Como *una representación indirecta,* en la que el representante actúa en su propio nombre pero por cuenta del "representado", posible futuro contratante.

" Sánchez Medal (96), Núm. 35. El C.c. ital. que disciplina esta figura establece que: "En el momento de la conclusión del contrato una parte puede reservarse la facultad de nombrar sucesivamente a la persona que debe adquirir el derecho y asumir las obligaciones que nacen del mismo contrato" (art. 1401). Esta figura está regulada, también, por el Código civil portugués (arts. 452 a 456).

[50] Mes» neo (75). tomo I. pág. 501.

[71] Branca (28), pág. 241.

iii) La última, como *mediación,* en la que no hay relación previa entre estipulante y tercero, pero el contratante originario deja abierta una posibilidad de ceder o traspasar los efectos del contrato.

d) *Elementos.* Tres partes o centros de interés intervienen en este negocio. Estas son, las partes que originalmente celebran el contrato en donde se incluye la estipulación de persona a designar y, el tercero o persona que se designará. "En tal conjunto, el intermediario es el contratante originario, que puede llamarse también *estipulante,* el *otro sujeto* y el *amicus o contratante designado."™*

Se trata de una forma de sustitución de una parte en una relación jurídica, en la que, incidentalmente un contrato produce ciertos efectos hacia un tercero, ajeno a las panes que originalmente lo celebran. "Sólo dentro de ciertos límites —expresa Betti— puede el Derecho admitir una sustitución de persona en la celebración del negocio, sin que desaparezca el objeto de la tutela que le es concedida."[73]

¿Qué contratos pueden ser materia de esta cláusula? En principio, *cualquier contrato,* pero debe cumplir dos requisitos:

i) Que no se hayan cumplido las prestaciones del contrato antes de la *electior,*

ii) "Que la sustitución anotada (el contrato por persona a designar) es posible en el caso de que el contrato no implique un *intuitus* de la persona del otro contratante, dejando abierta la posibilidad de designar a un amigo."[74]

c) *Ixi "electio" o designación del tercero.* La designación del tercero que será parte contractual es una característica esencial de esta figura. Se trata de "una declaración que, por su naturaleza es autónoma y un negocio unilateral (posterior a la conclusión del contrato); es expresión de una facultad e implica una elección, que debe ser comunicada a la contraparte".[75]

Tiene como *características:*

i) Es una *declaración unilateral* de voluntad del estipulante.

ii) Es necesario la *aceptación* de la persona designada, pues la entrada del tercero al contrato conlleva la asunción de obligaciones, no solo la cesión de derechos.

iii) La facultad de designar suele estar sometida a un *plazo* que se señala en el contrato. Si no hay plazo, la elección debe hacerse antes del cumplimiento de las obligaciones contractuales.

[57] Messinco (75), tomo I, pág. 502.
" Betti (21), pág. 418.
'* Messinco (75), tomo I, pág. 501.
[n] Messinco (75), lomo I, pág. 504.

iv) La declaración debe revestir *cierta forma,* que es la misma que la del contrato que contiene esta cláusula o alguna otra forma que las partes hayan acordado.

v) Si la declaración que designe al contratante definitivo no se hace dentro del plazo, los efectos del contrato se limitarán al contratante originario.

Los *efectos* de la designación, si la declaración del nombre se hace dentro del término, modo y forma antes indicada, la persona designada adquiere, con efecto retroactivo, el lugar de la parte, mientras el contratante originario pierde (también retroactivamente) tal lugar y, con esto su legitimación de parte activa y pasiva.[7]®

f) *Naturaleza jurídica.* El contrato por persona a designar se distingue de la cesión del contrato, de la estipulación a favor de tercero y de la representación indirecta. Se trata de una cláusula o *estipulación atípica,* pero que validamente puede celebrarse en el Derecho mexicano.

7. LA FACTURA

a) *Concepto.* La factura se menciona en muchas de las leyes mexicanas. Sin embargo, ninguna de nuestras disposiciones da una definición o concepto de ésta, ni señalan los elementos o requisitos que debe contener, salvo para efectos fiscales.

La factura es "la lista de mercancías objeto de un contrato mercantil, con la mención de sus características (naturaleza, calidad, tipo), su precio y su cantidad. La factura se refiere siempre a un contrato mercantil que generalmente es el de compraventa".[77] Hay que añadir que "en la actualidad se facturan también servicios".[7]*

El *contenido* de una factura puede ser variable, aunque debe contener, al menos, indicaciones de la calidad, cantidad y precio de las mercancías, pero, además, puede llevar otras indicaciones; generalmente expresa la fecha, el nombre o la razón social (o denominación) de la casa que la recibe, tiempo y forma de pago, etcétera.[79] Se menciona la presentación de la factura por el proveedor de las entidades federales en la LAASSP (art. 51).

Las leyes y reglamentos fiscales llaman a la factura *comprobante* y, señalan cuáles son los requisitos que ésta debe contener, para efectos fiscales, no mercantiles necesariamente. Estos son: I) nombre, denominación o razón social, domicilio fiscal y registro federal de contribuyentes de quien la expida; H) número de folio, lugar

* Messineo (75). tomo I, pág. 504.
[77] Garrigues (53), tomo II. pág. 27.
" *Diccionario Jurídico Mexicano* (44), voz; factura.
" Rocco (88). pág. 409.

y fecha de expedición; III) nombre, denominación o razón social y domicilio de la persona a favor de quien se expide; IV) cantidad y clase de mercancías o descripción del servicio que ampare; V) valor unitario e importe total del servicio que ampare; y VI) número y fecha del documento aduanero, así como aduana por la cual se realizó la importación (arts. 29 del CF y 36 de su Reglamento).

b) *La factura en la contratación mercantil* Contra la naturaleza de la factura como documento que describe mercancías o servicios, es usual en la práctica incluir en la misma *cláusulas o condiciones de un contrato.* "Algunas veces el envío de la factura significa la aceptación del contrato por parte del vendedor... En la mayoría de los casos, la factura se remite por el vendedor con referencia a un contrato de compraventa ya perfecto, sirviendo la factura a modo de aviso de que la ejecución ha comenzado por parte del vendedor." [80] Esta práctica convierte al documento en una oferta o propuesta escrita de contrato. La aceptación de una factura con estas características y, en algunos casos, la firma de la misma por quien la recibe, podría ser presunción de *conoámiento y aceptación* de las condiciones del contrato.

En estos casos hay que considerar varios supuestos: si quien recibe y acepta una factura tiene, en su caso, representación mercantil para obligar a su representado; y si la aceptación no tiene vicio alguno, se puede llegar a formar un contrato mercantil sobre la base de las condiciones o cláusulas propuestas.

El valor que pueden tener estas cláusulas, relativas a la exoneración de ciertos riesgos, sumisión a tribunales del domicilio de quien expide la factura y otras, dependerá de varios factores. Si estas cláusulas son de estilo y la ley o el uso les da fuerza, obligan porque se consideran implícitas en el contrato. Por el contrario, si es materia dispositiva, aun cuando la contraparte acepte, especialmente cuando son diversas a las del contrato originalmente pactado, no tendrán efecto entre las partes. Si la factura se devuelve sin firmar debe entenderse rehúse de su contenido, en cuanto al contrato que se propone o a las modificaciones que se proponen a la factura con respecto a un contrato anterior.[81]

Los *efectos jurídicos* que puede tener una factura en una relación jurídica concreta son prueba contra el que la extiende por el solo hecho de su emisión, y con independencia si ha sido o no aceptada. El fundamento jurídico de esta eficacia probatoria es la confesión extrajudicial que contiene. "La factura prueba contra el que la recibe, sólo si fue aceptada. La aceptación puede ser expresa

[10] Garrígucs (53), tomo II. pág. 27.
[•'] Viccnt Chulla (104), tomo H. pág. 35.

o tácita. La expresa puede realizarse mediante aviso escrito u oral, y también con la simple firma estampada en uno de los ejemplares... La tácita se desprende de actos concluyentes, como la retirada de la mercancía después de recibir la factura."[82]

Una tesis de un Tribunal Colegiado ha señalado a este respecto que: "siendo la factura un documento privado, solamente hace prueba plena en contra de la parte que la ha extendido, pero no en contra de terceros de quienes no procede" (*Cfr.* la tesis: *Facturas).*

c) *Disposiáones legales.* En la legislación mexicana existen varios ejemplos de disposiciones que mencionan a la factura para diversos efectos.

i) Es *titulo ejecutivo* y documento base para un juicio ejecutivo mercantil, la factura "firmada y reconocida judicialmente por el deudor" (art. 1391-VTI del C. de c.). Esta norma se ha aplicado, por analogía, a "unos documentos creados por la costumbre, usualmente denominados contrarrecibos (o recibos) de facturas a revisión".[85]

ii) Es obligatorio para los proveedores, en términos de la LPC, *entregar factura,* recibo o comprobante al consumidor por las operaciones efectuadas (art 12).

iii) En el caso de *remate judicial* de bienes muebles, debe expedirse una factura (art. 598-1II del CPC).

iv) Al contratar, los *prestadores de servicios* de vías generales de comunicación deben expedir a los usuarios, entre otros documentos, una factura (art. 66 de la LVGC).

v) La *prenda* para garantizar a instituciones de crédito prestamos para adquisición de bienes de consumo duradero, "podrá constituirse entregando al acreedor *la factura* que acredite la propiedad sobre la cosa comprada, haciendo en ella la anotación respectiva" (art. 69 de la UC).

vi) El objeto del *contrato de factoraje* son "derechos de crédito no vencidos que se encuentren documentados en *facturas,* contrarrecibos, títulos de crédito o cualquier otro documento que acredite la existencia de dichos derechos" (art. 45-D de la LOAAC).

vii) Para la *inscripción* de derechos sobre *bienes muebles,* el Reglamento del Registro Público de la Propiedad, señala que el documento auténtico para dicha inscripción es la factura, (arts. 145-III, 146 y 148). Los casos en que debe inscribirse una prenda civil son de cosechas en pie y cuando la cosa queda en poder del deudor o un tercero (arts. 2857, 2859 y 3069 del C.c.). Debería existir disposición igual

" Rocco (88). págs. 410 y 411.
" Barrera Craf (17). pág. 59.

en el Reglamento del Registro de Comercio, para inscripción de derechos sobre bienes muebles en operaciones mercantiles.

Las *leyes fiscales* ya mencionadas utilizan el nombre genérico de comprobante y no el vocablo mercantil de factura, y contienen numerosas normas sobre las mismas (arto. 29 del CF; 18-1 y II, 3I-VII. y XIX, 81, 83. 84, 86-11, 101-11. 133-III y IV, 159-IV, 145-III y 176-VII de la LISR; 32-III. 33 y 36 de la UVA y los respectivos Reglamentos de estas leyes).

Existe una *Convención Interamericana* sobre conflictos de leyes en materia de letras de cambio, pagarés y *facturas* de la que México es parte.*[4] Sin embargo estas normas son aplicables "a las facturas entre Pistados partes en cuyas legislaciones tengan el carácter de documentos negociables" (art. 10), por lo que parece que no es aplicable en México en lo relativo a facturas.

d) *Naturaleza Jurídica.* La factura como documento "no se puede equiparar a un título de crédito, porque no está destinada a circular, ni es un documento en donde esté incorporado el derecho que consigna", ha dicho la Suprema Corte de Justicia *{Cfr.* la tesis judicial: *Facturas, endoso dé).*

Sin embargo, contra su naturaleza de documento probatorio, hay operaciones que se realizan con facturas que les hacen aparecer como si fueran títulos de crédito. Por ejemplo, el endoso de facturas en la venta de automóviles, que es un uso que se sigue en la práctica comercial,[86] aunque esta cesión no la da el carácter jurídico de endoso, sino que se trata de "simples cesiones de derechos", como ha señalado la Suprema Corte (*Cfr.* la tesis judicial: *Facturas endoso de).*

La *prenda* para instituciones de crédito que se anota en la misma factura, por disposición legal (art. 69 de la LIC), es solo un medio de prueba de la existencia del gravamen no un endoso en garantía, pues la factura no es título de crédito. Estas operaciones no convierten a la factura en documento endosablc, ni la hacen título de crédito. La factura es "un *documento privado,* no negociable, de carácter exclusivamente probatorio". Diversas tesis de la Suprema Corte confirman su carácter de documento privado (*Cfr.* las tesis judiciales: *Factura como prueba).*

En resumen, la factura para efectos mercantiles es un documento privado (art. 1238), que puede llegar a ser título ejecutivo si está firmado y reconocido por el deudor (art. 1391-VII y las tesis judiciales: *Facturas; Vía ejecutiva mercantil)* y que solamente hace prueba plena en contra de la parte que la ha extendido, no de terceros.

" Decreto publicado en el *D O.* de 9 de febrero de 1978.

[w] *Cfr.* Barrera Graf (17). pág. 59.

BIBLIOGRAFÍA

ABASCAL ZAMORA, DÍEZ PICAZO y otros: (1) *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas.*
ANDREOU: (7) *La cesión del contrato.*
ARCE GARGOLLO: (8) *La cesión del contrato.*
ARCE GARGOLLO: (9) *El contrato por persona a designar.*
DE CASTRO: (38) *Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes.*
Diccionario de Derecho privado (43), voz: factura.
Diccionario jurídico mexicano (44), voz: factura.
DÍEZ PICAZO: (45) *Fundamentos del Derecho civil patrimonial,* tomo I, págs. 842 a 849.
FONTAINE (47), *Droit des Controls mtemationaux, Analyse et redaction de clauses,* págs. 127 a 169.
GARCÍA AMIGO: (51) *Las condiciones generales de los contratos.*
GARCÍA AMIGO: (52) *La cesión de contratos en el Derecho español.*
GARRICUES: (53) *Curso de Derecho mercantil,* tomo II, págs. 12 a 40.
GÓMEZ CALERO: (55) *Contratos mercantiles con cláusula penal*
PACHECO: (81) *La contratación por medios electrónicos.*
SÁNCHEZ CALERO: (93) *Instituciones de Derecho mercantil* págs. 447 a 453.
URÍA: (100) *Derecho mercantil,* Núms. 17 y 662.
VICENT CHULÍA: (104) *Compendio crítico de Derecho mercantil* tomo II, págs. 27 a 58.

CAPÍTULO IV

LIMITACIONES LEGALES A LA LIBERTAD DE CONTRATACIÓN. LA LEY DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR

SUMARIO: 1.—Generalidades. 2.—La economía moderna y la Ley de Protección al Consumidor. 3.—Características de la LPC y ámbito de aplicación. 4.—Estructura de la LPC y principios generales. 5.—Disposiciones que imponen obligaciones a los proveedores. 6.—Normas de Derecho Privado relativas a la contratación. 7.—Normas administrativas. 8.—Normas procesales. 9.—Efectividad de la ley.

1. GENERALIDADES

En el Derecho Mercantil mexicano hay dos leyes que tienen por objeto salvaguardar la libertad de comercio e industria y proteger a los consumidores. Estas leyes establecen ciertas *limitaciones a la libertad de contratación* de los particulares, al no permitir la celebración de ciertos actos jurídicos que pueden perjudicar a la libre concurrencia y abusar del consumidor. Estas leyes son: la Ley de Protección al Consumidor (LPC) y la Ley de Competencia Económica (LCE).[1]

La nueva LPC que abroga a la anterior LPC (1975) es un ordenamiento menos protector del "consumidor" como clase y con principios más liberales respecto a la contratación que su antecedente. Establece como objeto de la misma: "procurar la equidad y seguridad jurídica en las relaciones entre *proveedores y consumidores*" (art. Iº LPC).[2]

La LCE es una novedad en nuestro sistema jurídico y recoge una tendencia mundial de proteger las libertades de competencia, libre concurrencia y prohibir los monopolios y prácticas monopólicas. Esta ley es reglamentaria del art. 28 Constitucional, reformado en fecha reciente, y abroga la llamada Ley de monopolios de 1943 y otras disposiciones de naturaleza económica, aunque tiene un campo de aplicación mucho más amplio y un enfoque diverso al de las normas derogadas.

[1] E*us dos leyes se promulgaron en el *Diario Oficial* de la Federación del 24 de diciembre de 1992.

* Todas las disposiciones que se citan en este capítulo corresponden a la LPC. salvo que otra cosa se indique.

La LCE tiene una clara influencia de las instituciones del Derecho de los Estados Unidos de América, especialmente de las disposiciones llamadas *antitrust.* "Las leyes de la competencia han nacido en países de alto nivel industrial como es Norteamérica, como es Alemania"[5] y, modernamente se han introducido, con importantes variantes, en numerosos países europeos que forman parte de la Comunidad Económica Europea, en donde se adoptaron esta clase de disposiciones en el Tratado de Roma (1957).

En estas dos leyes, de marcado *carácter económico*, las limitaciones a la libertad contractual, paradójicamente, buscan proteger la libertad económica, la libre competencia y concurrencia y proteger a los consumidores.

"Se defiende la libertad —ha dicho Garrigues— limitando a la libertad."[4]

El libre juego de las fuerzas económicas, sin limitaciones legales y sin intervención alguna del Estado, pueden crear un abuso de poder de las grandes corporaciones, crear monopolios y generar prácticas inconvenientes a la salud social, a la economía o a cierto sector de ésta y al interés de la colectividad.

Las *características generales* de estas leyes son:

a) Rigen la *actividad económica* de los particulares y del Estado, o de organismos estatales cuando éste o estos realizan actividades económicas como los particulares (arts. 6® LPC y 1® y 3® LCE).

b) En principio, estas leyes rigen relaciones de *Derecho privado,* aunque sus normas son de orden público e irrenunciables (art. 1® LPC).

c) Como *leyes federales* se aplican a toda la República (art 1" LPC y 1® LCE).

d) La aplicación de estas leyes está confiada a órganos *administrar twos* que dependen de la Secretaría de Economía y no a órganos judiciales (arts. 20 LPC y 23 LCE).

e) Estas leyes se inscriben dentro de la tendencia mundial del Derecho mercantil de muchos países que han promulgado disposiciones de protección al consumidor y de restricciones a la competencia.

J) En el texto de los ordenamientos, especialmente en la LCE, se utilizan numerosos conceptos propios de la Economía.

Por reforma al C.de c., publicada en el D.O. del 21 de enero del 2005, se adicionó un artículo 6 bis que establece para los comerciantes el deber general de "realizar su actividad de acuerdo a los usos honestos en materia industrial o comercial, por lo que se *

* Garrigues. *la defensa de la competencia mercantil* parte de la obra (54), pág. 143.
* Garrigues. *la defensa de la competencia mercantil,* parte de b obra (54), pág. 143.

abstendrán de realizar actos de competencia desleal", en los supuestos que este mismo precepto señala.[5]

2. La economía moderna y la Ley de Protección al Consumidor

La *economía moderna* se caracteriza por: la aparición de nuevos sistemas de producción masiva y a gran escala; el avance tecnológico para la fabricación y venta de productos y servicios; la existencia y aparición de productos estándar; la publicidad y mercadotecnia en grandes cantidades; y, sobre todo, el gran poder económico de grandes empresas productoras y distribuidoras. A esto debe sumarse la aparición de muchos consumidores individuales que se ven inmersos en un mundo de múltiples mercancías y servicios, que son empujados por la mercadotecnia y la publicidad para que adquieran esos bienes y servicios, muchas veces innecesarios.

El termino de *sociedad de consumo,* con implicaciones económicas, sociológicas y filosóficas, describe la situación actual de la economía y la sociedad de algunos países.

> En sentido técnico estricto, la sociedad de consumo se refiere a la condición económica característica de una etapa de desarrollo industrial y tecnológico avanzado. Se considera que es la última etapa del desarrollo por el que puede pasar una economía hasta conseguir un auténtico desarrollo industrial.[4]

La sociedad de consumo se caracteriza por: la mayoría de las familias amplía y sustituye constantemente su *stock* de bienes; las fluctuaciones cíclicas, la inflación o la deflación, el índice de crecimiento de la economía, dependen, en la actualidad, en gran parte del consumidor, la demanda del consumidor no es ya sólo en función del dinero, sino que se ve afectada, y a veces determinada, por la disposición del consumidor hacia la compra.[7]

> En la teoría y en la práctica hay un cambio notable en la economía. "El clasisismo daba mayor importancia a la producción, la oferta y el costo; la teoría moderna se interesa principalmente por el consumo, la demanda y la utilidad."* Se toma al *consumo* como punto de partida de la actividad económica.

•Este tema se trata con más amplitud en el capítulo XVIII inciso 1.

* *Gran Enciclopedia Rialp* (56), voz: sociedad de consumo.

[i] *Cfr. Gran Enciclopedia Rialp* (56), voz: sociedad de consumo.

• Roll. Ene, *Historia de las doctrinas económicas,* traducción de Florentino M. Tomer. Fondo de Cultura Económica, México 1969, pág. 558

La economía contemporánea llamada de consumo, ha generado el fenómeno llamado *consumismo*, que consiste en el consumo acelerado de bienes y servicios. Este fenómeno, como causa, ha provocado un efecto que se ha denominado *consumerismo* y que es el movimiento y esfuerzo de los consumidores para contrarrestar los factores nocivos del consumismo.

> "La protección jurídica de los consumidores data de fines del siglo pasado, a virtud de la intervención benéfica de la jurisprudencia inglesa, norteamericana y francesa, principalmente."[9] Las manifestaciones de este movimiento, que cobra importancia en la segunda mitad del siglo, se producen en organismos defensores de los derechos del consumidor, agencias gubernamentales, tribunales y leyes de protección al consumidor.

Los movimientos de protección al consumidor se han producido en muy diversos países y sistemas de economía, pero puede decirse que como rasgos generales, presentan estas dos formas extremas de aparición. En los países de economía de mercado, capitalistas o económicamente más desarrollados, aparece como un movimiento privado de los consumidores que se unen y asocian, creando órganos y organismos de defensa del consumidor. Posteriormente, el Gobierno organiza con leyes, órganos públicos y tribunales todo un sistema de protección al consumidor. "La normativa de *protección a los consumidores* surge como consecuencia necesaria de la evolución sufrida por el mercado en los países desarrollados."[10]

En los países con menor desarrollo económico, o con una economía en una etapa mas lejana del desarrollo industrial, el fenómeno es inverso. Nace como ley y mediante la creación de órganos u organismos del Estado, antes que como movimiento espontáneo de los consumidores.

En mi opinión es más efectivo jurídicamente la protección al consumidor que se inicia en los propios beneficiarios, es decir, desde abajo, con los consumidores, que el que aparece creado por el Estado, desde arriba.

3. Características de la LPC y Ambito de aplicación

a) *Características.* La LPC es una ley de naturaleza mercantil que contiene numerosas normas de *Derecho privado* que regulan, básica-

• Barrera Graf (15), pág. 180.
"Befarán Sánchez (19), pág. 63.

mente, relaciones entre particulares: proveedores y consumidores." "Nadie ha puesto en duda de que la legislación sobre protección a los consumidores forma parte del derecho comercial; expresamente lo reconoce el artículo 5º LPC."'*

> No considero que la Protección al consumidor sea una rama autónoma del Derecho privado, pues no contiene principios o una normativa sistemática que ameriten tal autonomía. Se trata de una parte del Derecho mercantil que recoge un nuevo enfoque de índole social para normar ciertas relaciones en beneficio de los consumidores, originalmente considerados como clase. La Procuraduría Federal del Consumidor, órgano a quien se encarga la aplicación de la ley, "está encargada de promover y proteger los derechos c intereses del consumidor y procurar la equidad y seguridad jurídica en las relaciones entre proveedores y consumidores" (art. 20).

La regulación de la LPC supone una ampliación de la materia mercantil, ejemplo de la llamada *comercialización del derecho privado.* Característica importante de ésta ley es el que está destinada de manera preferente a limitar la libertad contractual.[11]

> Su materia natural es la regulación de los *actos conocidos como mixtos o* unilateralmente mercantiles; pero ello es precisamente por la circunstancia de que siempre una de las partes en la relación tiene el estatus profesional de empresario mercantil, mismo que le atribuye la calificación jurídica de comerciante."

Esta ley regula actos civiles para una parte y comerciales para la otra *(actos mixtos),* que convierte en mercantiles *(comeráalización del derecho civil)* ya que interviene una empresa como proveedor. Sin embargo, este fenómeno no hace que la ley no se ajuste a la Constitución.'[5]

> Sánchez Cordero ubica a esta ley como una parte del llamado "derecho del mercado", que comprende normas aplicables al ejercicio de la acu vi dad comercial en

" *Or*. Barrera Graf (15). pág. 182.
[11] Abascal Zamora. Diez Picazo y otros (1), pág. 50.
[11] *Cfr*. Sánchez Mcdal (96), Núm. 6.
[M] Abascal Zamora. Diez Picazo y oros (1), pág. 50.
'* Díaz Bravo (42) tiene una opinión distinta. Señala este autor que: 'la regulación de ciertas operaciones, como la prestación de servicios, arrendamiento y otra*, que tienen carácter civil para una de las partes, determina la ineonstitucionalidad de la ley en cuestión, por cuanto mediante ella, el legislador federal invade la esfera de competencia de la* legislaturas locales; pero además, la LFPC plantea la derogación de preceptos consignado* en los códigos civiles, y también ello configura una invasión de com|>elencia' (pág*. 116 y 117).

el mercado a través de reglas concernientes al establecimiento de empresas, a la comercialización, a la concurrencia y a la protección al consumidor.[w] En otras opiniones, a la protección al consumidor se le incluye como parte del Derecho Económico.

Como ley mercantil, la LPC tiene un *carácter federal,* y está aprobada por en Congreso de la Unión con base en el art. 73 fracción X de la Const. que faculta a éste órgano a dictar leyes en materia de comercio. El art. 28 Constitucional, reformado con posterioridad a que se dictara la primera LPC, establece que: "la ley protegerá a los consumidores y propiciará su organización para el mejor cuidado de sus intereses". Aunque hay opiniones que han considerado a la LPC como inconstitucional,[17] estimo que este ordenamiento es constitucional. "Se trata —dice Barrera Graf— de una ley que regula relaciones entre proveedores y consumidores que siempre son relaciones comerciales."[18]

b) *Ambito de aplicaáón.* La LPC se aplica a determinados sujetos (criterio subjetivo) y a ciertas operaciones (criterio objetivo) que la misma ley indica. Como *ley especial* estos supuestos de aplicación deben ser interpretados en forma estricta, es decir, en caso de que determinada situación, acto o negocio, no este contemplado expresamente por la LPC, éste se regula por el C. de c. o por el C. c. "Las normas de la \JCy de protección al Consumidor se aplican preferentemente a las normas civiles y mercantiles".[19]

Desde el punto de vista *subjetivo*, la LPC se aplica a los proveedores, a los consumidores y a las entidades de las Administraciones públicas (federales, estatatales y municipales), cuando estas sean proveedores o consumidores (art. 6°).

Eli esas condiciones es fácil concluir que la legislación protectora de los consumidores constituye una parte de la regulación de la actividad profesional del empresario mercantil, lo que le otorga indudable mercantilidad y con ello, se surte la competencia federal.

Para efectos de la ley, el *"consumidor* es la persona física o moral que adquiere, realiza o disfruta como destinatario final, bienes, productos o servicios." (art. 2® frac. I).

El mismo precepto excluye expresamente a quien no sea destinatario final y adquiera bienes para integrarlos a un proceso de produc-

** *Cfr.* Sánchez Cordero (94), págs. 226 y sgtes.
" *Cfr.* Díaz Bravo (42), pág. 117.
•• Barrera Graf (15). pág. 189.
" Bcltrán Sánchez (19). pág. 65.
** Abasrul Zamora. Diez Picazo y otros (1). pág. 50.

ción o comercialización. Esta es una importante diferencia de la vigente LPC con respecto a la anterior disposición, pues mejora la definición de consumidor y excluye la innecesaria referencia al concepto de "comerciante", que hacía la anterior ley.

El *"proveedor* es la persona física o moral que habitual o periódicamente ofrece, distribuye, vende, arrienda o concede el uso o disfrute de bienes, productos y servicios." (art. 2° frac. II).[21]

Quedan exceptuados de la aplicación de la LPC, por disposición expresa de la misma (art. 5®), las siguientes actividades económicas: i) Los servicios que se presten en virtud de una relación o *contrato de trabajo;* ii) Los de las *instituciones y organizaciones* cuya supervisión o vigilancia esté a cargo de las Comisiones Nacionales bancarias, de valores o de seguros y fianzas; iii) Los *servicios profesionales* que no sean de carácter mercantil.

En el aspecto *objetivo* esta ley se aplica a una serie de actos jurídicos o contratos cuya descripción se asemeja a la delimitación de actos de comercio del art 75 del C. de c., en los que deben ser partes proveedores y consumidores. Los más importantes pueden agruparse en: actos relativos a información y publicidad; promociones y ofertas; ventas a domicilio; servicios; y, ciertas operaciones sobre bienes inmuebles.

Con relación a los *bienes,* en principio, solo interesan a la ley las operaciones con bienes muebles.

"En el derecho comparado, la exclusión de *bienes inmuebles* en la protección al consumidor es general, por considerar que dichos bienes están sujetos a leyes y reglas especiales, que no están destinadas al consumo."[22]

En forma excepcional, la LPC se aplica a los *inmuebles* en casos limitados: proveedores fraccionadores o constructores de viviendas para habitación para venta al público y las operaciones de tiempo compartido.

4. ESTRUCTURA DE LA LPC Y PRINCIPIOS GENERALES

La LPC contiene normas de la más diversa índole, en atención a las relaciones jurídicas que regula. Así, se puede decir que hay cuatro grupos de disposiciones:

a) Normas de *Derecho mercantil* que regulan las relaciones entre proveedores y consumidores. Constituyen estas la parte más amplia de

** La LAASSP(Ley de adquisiciones, arrendamiento* y servicios del sector público) define al *proveedor* como 'la persona que celebre contratos de adquisiciones, arrendamientos o servicios" con dependencias o entidades del Gobierno federal (art. 2*-VI).

" Barrera Graf (15), pág. 200.

la ley (capítulos III a IX). Ejemplos de estas son: las ventas a domicilio (arts. 51 a 56), los servicios (arts. 57 a 65), las operaciones a crédito (arta. 66 a 72) y lo relativo a contratos de adhesión y condiciones generales del contrato (arts. 85 a 90).

b) *Normas administrativas* que crean y organizan a la Procuraduría Federal del Consumidor y disposiciones relativas a atribuciones de la Procuraduría, reglas sobre vigilancia y verificación, sanciones administrativas y el recurso administrativo (arts. 19 a 51, 96 a 99 y 123 a 143). La nueva ley suprimió el Instituto Nacional del Consumidor.

c) *Normas procesales* para que la Procuraduría reciba redamaciones de los consumidores, concibe a proveedores y consumidores, sea designada arbitro, dicte laudos y mande ejecutar sus resoluciones al Poder Judicial (art 99 a 125).

d) *Normas laborales* que determinan que los empleados de la Procuraduría son trabajadores del Estado y tienen derecho a la seguridad social (arts. 29 a 31).

Los *principios jurídicos* más importantes de la LPC son:

a) Es un ordenamiento que tiene por *objeto* "promover y proteger los derechos e intereses del consumidor y procurar la equidad y seguridad jurídica en las relaciones entre proveedores y consumidores" (arts. 1®, 20 y 24-1).

b) Es una ley de *orden público e interés social* (art. 1®), que configura un no siempre claro mecanismo de ineficacias, nulidades, cláusulas forzosas y responsabilidades.

c) Es una ley de protección al consumidor, considerado éste, en principio, en lo individual, no como clase. Esto significa que como parte débil de la relación mercantil, "las disposiciones que otorgan derechos a los consumidores son irrenunciables" (art 1®).

d) Son *normas supletorias* de la LPC el C. de c. y el C.c., en lo sustantivo; y en lo procesal el mismo C. de c. y el Código de Procedimientos local respectivo. Esto último no lo señala expresamente la LPC, como si lo hacía el ordenamiento anterior.

e) La Procuraduría es un *"organismo descentralizado* de servicio social con personalidad jurídica y patrimonio propio" (art. 20), que tiene como función principal el aplicar la LPC, proteger los derechos del consumidor propiciando equidad y seguridad jurídica en las relaciones con los proveedores y "procurar la solución de diferencias" entre éstos (art 24 fracs. I y XVI).

f) La LPC señala expresamente como *"prinápios básicos* en las relaciones de consumo": la protección a la vida, salud y seguridad del consumidor; la información y educación al consumidor sobre

productos y servidos; el acceso fácil a órganos administrativos y sus procedimientos; y la protección contra la publicidad engañosa y abusiva (art. 1®).

5. DISPOSICIONES QUE IMPONEN OBLIGACIONES A LOS PROVEEDORES

La parte más importante de la LPC es la que contiene las normas que regulan las obligaciones a los proveedores y las relaciones de *Derecho privado* entre proveedores y consumidores.

Esta variedad de disposiciones pueden agruparse en estas categorías:

a) Normas que establecen *obligaciones generales* a todos los pro-
* veedores, sin importar que el proveedor realice determinadas operaciones. Las obligaciones las impone la ley por el hecho de ser proveedor. Ejemplo de estas normas son: la obligación de respetar precios y tarifas (art. 8®.), especialmente aquellos que establece la Secretaría de Comerdo (art. 7®. de la LCE); no atentar contra la libertad, integridad o seguridad del consumidor (arts. 9® y 10); no hacer discriminadón en la prestaaón de servidos (arL 58); devolver al consumidor lo pagado en exceso (art. 91); o cumplir con ciertos deberes en la contratación por medios electrónicos (art. 76 bis).

b) Reglas imperativas que establecen limitaciones y obligaciones a los proveedores sólo cuando realizan ciertos *actos concretos* relacionados con la actividad económica que desarrollan. Por ejemplo: las normas sobre información y publicidad (arts. 32 a 34 y 37 a 43); disposiciones que reglamentan a las promociones y ofertas (arts. 48); o, sobre el ofrecimiento y garandas (arts. 79 y 80).

c) Disposiciones que limitan la autonomía de la voluntad o la libertad de los contratantes —proveedor y consumidor— respecto a ciertos *contratos o actos jurídicos* en los que la LPC establece requisitos, modalidades o determinados efectos jurídicos para las partes, que son inderogables por voluntad de los particulares (arL 1®). Ejemplo de esto son las ventas a domicilio (arts. 51 a 56); los servido# (arts. 57 a 61); los contratos de tiempo compartido (arts. 64 y 65); las operaciones a crédito (arts. 66 a 72); o los contratos de adhesión (arts. 85 a 90).

Se trata de disposiciones que hacen excepción al principio de la libertad contractual; de tal modo que estamos en presencia de disposiciones de interpretadón estricta."

a) *De la informaáón y publicidad.* Además de las normas específicas de la LPC sobre información y publicidad, una reciente adi- *

* Atasca! Zamora. Diez Picazo y otros (1), pág. 55.

ción al C. de c., establece la obligación general a todos los comerciantes de abstenerse de realizar actos de competencia desleal, que creen confusión sobre el establecimiento, producto, actividad o sobre otro comerciante; que desacrediten con aseveraciones falsas a otro comerciante, su estableciemito, producto o actividad o induzcan al público a error sobre características aptitud de empleo o cantidad de los productos (art. 6 bis).

Esta disposición general se aplica a todos los comerciantes, aún cuando no se encuentren en los supuestos de proveedor o consumidor de la LPC.

Con respecto a las normas sobre información y publicidad que se contienen en la LPC, la razón general de estas normas es que, "como el consumidor se encuentra en el mercado antes de celebrar la operación, se hace necesario protegerlo, a la vez, durante el período de oferta o publicidad."[24] A este respecto, la ley establece una serie de obligaciones a los proveedores relacionadas con la información y la publicidad de los bienes que venden y de los servicios que prestan.

> Una de las libertades que se encuentran dentro de una economía del mercado es la del consumo. Esta libertad consiste en la libre elección de mercancías y servicios que tiene el consumidor.*[5] Para que el consumidor tenga libertad de elección de mercancías y servicios, este debe estar bien informado. Este es el llamado principio de *veracidad publicitaria.*

El término de información es un concepto amplio que abarca al de la publicidad que es "cualquier forma de presentación y promoción impersonal de ideas, artículos o servicios, por un patrocinador identificado."[26]

> Las reglas más importantes de la LPC respecto a la información y publicidad son:
>
> *i)* "La información o publicidad relativa a bienes o seivicios que se difúndan por cualquier medio o forma, deberán ser *veraces,* comprobables y exentos de textos, diálogos, sonidos, imágenes y otras descripciones que induzcan o puedan inducir a error o confusión por su inexactitud" (art. 32). Esta disposición establece el principio de *veracidad publicitaria* y puede considerarse la regla más importante en esta materia.
>
> *ii)* La LPC señala que debe contener *la información* sobre productos y servicios, tales como su lugar de origen cuando sean importados.

[w] Diccionario Jurídico Mexicano (44). voz dd consumidor.
** Sánchez Cordero (94), pág. 229.
** Koder (66). pág. 524.

instrucciones de uso y garandas (art. 33). La información y publicidad debe ser en idioma español y el precio del producto ostentarse en moneda nacional (art. 34).

iii) Otras obligaciones de los proveedores son el informar verazmente sobre restricciones o limitaciones al uso del bien o servicio (art. 38); la mención de que los productos son usados, reconstruidos o tienen alguna deficiencia (art 39); o el mencionar que son potencialmente peligrosos para el consumidor o lesivos al medio ambiente, casos en los cuales deberán incluir instructivos (art. 41).

iv) Cuando el producto o servicio incluya la *leyenda garantía* o garantizado, el proveedor debe indicar en que consiste la misma (art. 40). Este precepto está repetido en la LPC, pues el art 78, dentro del capítulo de garandas, señala con detalle el contenido de la garanda ofrecida.

v) La falta de veracidad en la información o publicidad genera dos efectos. El primero es el relativo a las *sanciones* que la Procuraduría puede imponer al proveedor, tales como ordenar que se suspenda la publicidad que rióla la LPC (art. 35-1). El otro efecto es que "el proveedor está obligado a entregar el bien o suministrar el servicio de acuerdo con los términos y condiciones ofrecidos o implícitos" (art. 42). Cuando el proveedor falta a la veracidad y no puede cumplir lo ofrecido, será responsable frente al consumidor de "reposición" de gastos y, en su caso, del pago de daños y perjuicios (art. 37).

La LPC no es el único ordenamiento que contiene normas sobre información y publicidad. Por ejemplo, la Ley general de salud señala que será objeto de autorización de la Secretaría de Salud la publicidad que se realice sobre insiunos de salud, bebidas alcohólicas y tabaco (art. 301). Las bebidas alcohólicas deben ostentar en los envases la leyenda de que el producto es nocivo para la salud (art. 218). En los empaques de tabacos deberán incluirse leyendas visibles sobre los riesgos para la salud (art. 276).

b) *De las promociones y ofertas.* "Una de las manifestaciones más generalizadas de *la declaración unilateral de voluntad* (como fuente de obligaciones) es la consistente en las promociones y obligatoriedad de la declaración unilateral."*[7] En nuestro C.c., que sigue la tendencia de modernas codificaciones, "la declaración unilateral de voluntad es *fuente especial* de obligaciones, que sólo es creadora de ellas en los casos en que la ley así lo admite."*[8] "En Derecho Mercantil se impone la necesidad de reconocer efectos jurídicos a los negocios unilaterales con mayor amplitud e intensidad que en el Derecho Civil."[29]

[v] Puig Peña (85), tomo IV, vol. I, pág. 157.
Boija Soriano (27). Núm. 537.
[R] Garrigues (53), tomo II. pág. 11.

La LPC, a este respecto, repite las disposiciones del derecho común sobre esta inatería, aunque completa y amplía las mismas con un enfoque comercial. Por tanto, los preceptos del C.c., en lo que no se opongan a la LPC, como ley especial, serán aplicables supletoriamente a esta reglamentación.

Las *promociones* como prácticas mercantiles las define la LPC como ofrecimientos al público de bienes o servicios de algo adicional al producto o servicio que recibe el consumidor en forma gratuita, con precio reducido o sobre el mismo precio (art. 46). Éstos pueden sen proporcionar otro bien o servicio (frac. I); un contenido adicional (frac. II); el incluir leyendas, upas o etiquetas impresas, distintas a las usuales (frac. III); o el derecho a participar en sorteos, concursos u otros eventos (frac. IV).
"Por *oferta, barata, descuento, remate* o cualquier otra expresión similar, se entiende el ofrecimiento al público de productos o servicios de la misma calidad o precio a precios rebajados o inferiores a los normales del establecimiento."

La regulación y obligaciones que derivan de la LPC para el oferente (proveedor) pueden resumirse como sigue:

í) En los *anuncios* debe indicarse: condiciones, plazo de duración o el volumen de mercancías del ofrecimiento. Si no se fija volumen o plazo, se entienden indefinidos, hasta que se revoque la oferta por los mismos medios de difusión (art. 48-1 de la LPC y 1861, 1863 y 1864 del C.c.).

ti) Todo consumidor que reúna los requisitos de la promoción u oferta, tendrá derecho a la adquisición del producto o la prestación del servicio (art. 48-11 de la LPC y 1862 del Ce.).

iii) El *incumplimiento* de la promoción u oferta por el proveedor, da derecho al consumidor a optar por. exigir el cumplimiento, aceptar otro bien o servicio equivalente, o la rescisión del contrato. Además, tendrá derecho al pago de daños y peijuicios, los cuales no podrán ser inferiores a la diferencia económica entre el precio del bien o servicio ofrecido y el precio normal (art. 50).

iv) Para realizar promociones u ofertas, como regla general, no se requiere de autorización (arL 47), como lo exigía la ley anterior (art. 17).

v) En esta ley se suprime la prohibición, que contenía la abrogada LPC, de los llamados *"tying contraéis o tying arrangements*",[so] o sea el que se condicione la venta de un bien o servicio a la adquisición de otro producto o servicio. La derogación de dicha prohibición es un acierto de la nueva ley. *

* El *'tie-tn arrangement* es el acuerdo en virtud del cual el vendedor venderá un producto solo bajo la condición de que el comprador también compre otro producto diferente." *(Rtack's Law Dútionary* (23), voces: *he-tn arragment* y *tying* arrangments).

6. NORMAS DE DERECHO PRIVADO RELATIVAS A LA CONTRATACIÓN

Estas normas de carácter general para los contratos de consumo, modifican el régimen de los contratos contenidos tanto en el C.c. (en la mayoría de los casos, puesto que frecuentemente los contratos de consumo son civiles: compraventa a consumidor, préstamos derivados de operaciones civiles, etc.), como en el C. de c. (cuando, aun siendo contratos de consumo, merecen la calidad de mercan tiles).[51]

a*) De las ventas a domicilio.* La nueva ley las define así: "por *venta a domiálio,* mediata o indirecta, se entiende la que se proponga o lleve a cabo fuera del local o establecimiento del proveedor. Se excluyen las ventas de bienes perecederos pagados de contado, es decir contra la entrega" (art. 51).

Las principales reglas en esta materia son:

i) Deben *constar por escrito* en un documento que debe tener, como mínimo: nombre y dirección del proveedor, operación, bienes o servicios objeto y, en su caso, garandas. Este documento obligatorio puede ser el contenido mismo de la factura. Este precepto contiene una excepción al principio de libertad de forma que proclaman los arts. 78 del C. de* c. y 1832 del C.c. La formalidad me parece excesiva e inútil, pues tradicionalmente las compraventas de bienes muebles, o mercancías (en terminología comercial), son consensúales. Es probable que en muchos de los contratos que se celebran en la práctica, esta disposición no se cumpla. La LPC no indica la sanción por falta de forma, pero si se aplican las reglas generales del Ce., estas pueden estar viciadas de nulidad relativa (arts. 2228 del Ce.).

ii) Las normas no se aplican a operaciones realizadas por teléfono, televisión, correo, mensajería u otros; o los que se carguen a la cuenta de teléfono o alguna taijeta de crédito u otra cuenta. En estos casos se imponen al proveedor obligaciones adicionales de identificación al consumidor, permitir devoluciones y reclamaciones, informar previamente y pagar gastos de transporte (arts. 53, 54 y 55).

iii) Las ventas a domicilio "se *perfeccionan* a los cinco días hábiles contados a partir de la entrega del bien o la firma del contrato, lo último que suceda. Durante ese lapso, el consumidor tendrá la facultad de revocar su consentimiento sin responsabilidad alguna...La revocación hecha conforme a este artículo deja sin efecto la operación" (art 56). En esta disposición se utilizan mal los términos de "revocar" y "consentimiento", pues se trata de una *rescisión unilateral* La regla atenta contra el principio de que el cumplimiento del contrato

** Vicent Chulla (104), tomo II, pág. 58.

no puede dejarse a la voluntad de una de las partes (art. 1796 del Ce.). Díaz Bravo considera que "su constitudonalidad es cuestionable, por cuanto que permite al consumidor dictar, por sí y ante sí, una verdadera sentencia resolutoria del contrato, tal vez sin causa justificada.""

b) *De los servidos.* La LPC es aplicable, en general, a toda clase de servicios que prestan los proveedores, de los que expresamente excluyen los servicios derivados de una relación de trabajo, los servicios profesionales y los de instituciones y organizaciones relacionadas con el crédito, así como otros servicios financieros.

Las *principales disposiciones* que obligan a los prestadores de servicios son:

i) Las *tarifas* deberán estar disponibles al público. Cuando el servicio se presta en un establecimiento, la tarifa debe exhibirse (art. 57). Antes de prestar el servicio el proveedor debe presentar un presupuesto por escrito (art. 59). Encuentro cierta falta de congruencia entre estos dos preceptos. Si la tarifa se exhibe, el presupuesto ya no es necesario.

ü) Se prohíben las preferencias o discriminaciones respecto a los solicitantes del servicio (art. 58).

iii) Quienes presten servicios de reparación de productos deben usar partes y refacciones nuevas, salvo autorización expresa del cliente (art. 60). Estos proveedores tienen, además, obligación de indemnizar por deficiencias en su servicio, y esta responsabilidad no es renunciable por el consumidor (art. 61).

iv) Los prestadores de servicios deben *expedir factura o* "comprobante" en los que incluyan las partes y refacciones utilizadas (art. 62). Esta obligación está prevista en el art. 12 de la ley, precepto al que debió añadirse lo relativo a partes y refacciones para evitar duplicar la norma.

Las disposiciones sobre servicios tienen una *exigencia formal exagerada* que limita en forma importante a la autonomía de la voluntad. La aplicación estricta de estas normas a todos los servicios, con la generalidad que previene la ley, probablemente hará que los servicios se encarezcan o se contraten y ejecuten sin la formalidad que prescribe la ley. Me parece que esta normativa está fuera de la práctica contractual.

c) El servicio de tiempo compartido. La prestación del servicio de tiempo compartido es una *materia nueva* de esta LPC que lo reglamenta dentro del capítulo de servicios.

[M] Díaz Bravo (42), pág. 117.

El tiempo compartido está regulado por algunas disposiciones federales y en algunas leyes locales que dictan los Estados sobre esta materia. Las principales son:

a) Se menciona en la Ley del Impuesto al Valor Agregado (arts 19 y 41 face. I) y en la Ley del Impuesto sobre la Renta (arts. 36 y 187).

b) Se regula al contrato de tiempo compartido en los Códigos civiles de Jalisco, Baja California Sur, Guerrero, Nayarit y Quintana Roo.

c) La Se crea tría de Comercio dictó la "Norma comercial mexicana "NOM-029-SCFI-1998", prácticas comeciales requisitos informativos para la comercialización del servicio de tiempo compartido" que tiene como objetivo establecer los requiistos de formalización comercial y elemntos normativos a que deben sujetarse los prestadores de servicios de tiempo compartido.

d) Existen leyes especiales sobre el tiempo compartido como: la Ley de Regulación y fomento de tiempo compartido para el Estado de Sonora, Ley que establece las normas a que se sujetarán los contratos celebrados en el régimen de tiempo compartido turístico del Estado de Quntana Roo y la Ley de Regulación y fomento del sistema de tiempo compartido del Estado de Guerrero.

e) Leyes fiscales de algunos Estados que mencionan el tiempo compartido en las disposiciones que se refieren al impuesto por prestación de servicios de hospedaje.

La existencia de normas federales y locales sobre una misma materia podría dar lugar a un conflicto de leyes, pues ambas regulan al acto jurídico o contrato de tiempo compartido. Sin embargo, "se debe distinguir la reglamentación respecto del inmueble que se destine o afecte a ese servicio, precisando los elemntos y presupuestos del acto constitutivo, su funcionamiento y forma de extinguir la afectación del servicio mismo. 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."[3]***

La LPC define a este acto jurídico como aquel por el que "se pone 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 una cantidad, sin que, en el caso de inmuebles, se trasmita el dominio de estos" (art ¿4).

Las *características* que derivan del concepto del servicio de tiempo compartido en la LPC son:

i) Se trata de la *prestación de un senñcio.* Esto significa que los derechos que el consumidor tenga sobre el bien materia del tiempo

Zamora Valencia (105), plg. 547.

compartido son siempre derechos personales, no derechos reales, *no se trasmite* el dominio al consumidor. Es decir, no se regula en la LPC lo que se conoce como *multipropiedad.*

ii) El consumidor tiene derechos de uso, goce y otros derechos que se convengan sobre un bien "o parte del mismo".

iii) Los bienes objeto del tiempo compartido pueden ser bienes *muebles e inmuebles.* El bien no necesariamente se individualiza en el contrato como una unidad, sino que puede ser variable, pero dentro de una "clase determinada".

iv) "En la práctica este contrato se utiliza siempre respecto de bienes inmuebles, aunque la ley prevee la posibilidad de que se haga sobre bienes muebles.""

v) El consumidor tiene derecho a la prestación del servicio "por períodos previamente convenidos". Considero que estos periodos pueden modificarse o fijar las bases para su determinación durante la vigencia del contrato.

vi) Es un *contrato oneroso*, pues el consumidor debe pagar como contraprestación alguna cantidad.

vn) El contrato es "formal, de adhesión, debe registrarse y es de tracto sucesivo".[54]

Las normas de la LPC que protegen al consumidor que celebra contratos de venta o preventa de tiempo compartido exigen que el proveedor notifique previamente a la Secretaría de Comercio. Además, el contrato debe contener una serie de requisitos como: el nombre y domicilio del proveedor, lugar donde se prestará el servicio, los derechos de uso y goce de los bienes, los gastos de mantenimiento, las opciones de intercambio y las garantías a favor del consumidor (art. 65).

d) *Las operaciones a crédito.* La LPC establece diversas limitaciones a la libertad de contratación cuando proveedores y consumidores celebran "operaciones a crédito" (arts. 56 a 73).

La ley no define que se entiende por operación a crédito, probablemente porque la palabra crédito tiene varias acepciones en su *sentido jurídico,* y 'quizá pueda postularse la imposibilidad doctrinal de exponer unitariamente la naturaleza de las operaciones de crédito".* En nuestros ordenamientos jurídicos no hay un concepto unívoco de este término.*

Desde el punto de vista jurídico, en el crédito la voluntad consiste aquí en devenir acreedor de una obligación aplazada, es decir, la voluntad de realizar anticipadamente una prestación y ser acreedor del

** IW>n Tovar (68 a), pig. 641.
** (J» Tova, a), MV.
* *Diaiomario de Derecho Privado* (39). vor crédito, en el tomo del Apéndice de dicha obra.
* Por ejemplo, en el Ce. b palabra crédito se utiliza como sinónimo de derecho per* sonal (por oposición a derecho real), es decir, el lado activo de una relación obligatoria de carácter patrimonial. Se regula así la cesión de derechos o de créditos (véanse los arts. 2031 a 2035, 2039, 2042, 2045, 2050). La LTOC disciplina un contrato típicamente mercantil, el moderno préstamo, que es el contrato de *apertura de crédito* (arts. 291 a 301).

equivalente económico. Se produce por tanto una pausa entre el ejercicio del derecho por parte del acreedor y el cumplimiento por parte del deudor. En el patrimonio del acreditado entra una cosa con carácter definitivo, y al propio tiempo nace una obligación de cumplimiento diferido. El interés aparece entonces como precio del tiempo.[37]

La *regulación* principal de estas operaciones tiene tres clases de disposiciones.

i) El proveedor debe *informar* al consumidor, en una operación a crédito, las condiciones y términos del negocio a realizar, así como la posibilidad de descuentos y bonificaciones para el caso en que la operación se haga de contado (en un solo pago) o si se reducen los plazos de pago. Entre los elementos del contrato que debe conocer el consumidor están: el precio de contado, el número de pagos y su periodicidad si es a crédito, el derecho a pagar anticipadamente ("liquidar" dice impropiamente la ley), con reducción de intereses, la tasa de intereses ordinarios y inoratorios y si ésta es fija o variable (art. 66). El contrato que no cumpla con estas disposiciones está afectado de nulidad absoluta, en mérito a la irrenunciabilidad de las disposiciones de la LPC.

n) En las disposiciones sobre el *interés,* la LPC contiene algunos preceptos, inderogables por la voluntad de los particulares, que se aplican a las operaciones a crédito. La LPC no define qué se entiende por interés. De sus disposiciones sólo puede inferirse que el interés es contraprestación en el contrato*

m) Respecto a *operaciones concretas a crédito,* en las compraventas a plazo, en caso de *rescisión,* las partes deben devolverse mutuamente las prestaciones pagadas. El vendedor tiene derecho a una renta por el uso y una indemnización por el deterioro y el comprador tiene derecho a la devolución del precio con intereses, a la tasa pactada en el contrato rescindido (art. 70).

Cuando hay *incumplimiento* por mora del consumidor en las exhibiciones o pagos periódicos de una operación, éste tiene derecho, si ha pagado más de la tercera parte, a elegir entre la rescisión o el pago del adeudo vencido (art. 71), que debe efectuar de inmediato. Esta disposición deroga el art 1949 del C.c. que concede ese derecho al demandante, no al deudor moroso. Considero que la existencia de esta norma en la LPC, puede llegar a hacer inaplicable el llamado pacto comisorio expreso, que "autoriza implícitamente a prescindir de la intervención judicial" para rescindir. La disposición es injusta para el proveedor y rompe, a en mi opinión, la equidad y seguridad jurídica que señala el art Iº como uno de los fines de la LPC.

[n] Garrigues (5S), tomo II, pág. 162.

* Las disposiciones sobre el interés en la LPC han sido tratadas en el capítulo I, inciso 8. letra *d)* de esta obra.

c) *La contratación por medios electrónicos.* Como parte de una reforma para regular a la contratación por medios electrónicos que se hizo en el Código civil federal y en el Código de comercio, se adicionó a la LPC un capítulo VIII bis con el título de "De los derechos de los consumidores en las transacciones efectuadas a través del uso de medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología", que se compone de un único artículo con varias fracciones.

A la contratación electrónica entre proveedores y consumidores les serán aplicables las normas de los Códigos de comercio y civil,[59] y la LPC solo regula algunas de las obligaciones de los proveedores en esta materia que son, correlativamente, derechos de los consumidores. Como normas especiales sólo se aplican a las relaciones entre proveedores y consumidores, que es la materia de la ley.

> Las principales reglas que se contienen en esta ley respecto al comercio electrónico son:
>
> I. El proveedor utilizará la información proporcionada por el consumidor en forma confidencial y no podrá difundirla o transmitirla a otros proveedores;
>
> II. El proveedor deberá brindar seguridad y confidencialidad a la infonnación proporcionada por el consumidor,
>
> III. El proveedor deberá proporcionar al consumidor, antes de celebrar la transacción, su domicilio físico, números telefónicos y demás medios a los que pueda acudir el propio consumidor para presentarle sus reclamaciones o solicitarle aclaraciones;
>
> IV. El proveedor evitará las prácdcas comerciales engañosas y deberá cumplir con las disposiciones relativas a la infonnación y publicidad;
>
> V. Eli consumidor tendrá derecho a conocer toda la información sobre los términos, condiciones, costos, cargos adicionales y formas de pago de los bienes y servicios ofrecidos por el proveedor,
>
> VI. El proveedor respetará la decisión del consumidor en cuanto a la cantidad y calidad de los productos que desea recibir, así como la de no recibir avisos comerciales, y
>
> VIL El proveedor deberá abstenerse de utilizar estrategias de venta o publicitarias que no proporcionen al consumidor información dara y suficiente.

Algunas de estas fracciones repiten obligaciones para los proveedores que ya se contienen en otras disposiciones de la LPC, como las referentes a la obligación del proveedor de respetar las cantidades, calidades y condiciones de las operaciones (art. 7*) o las obligaciones sobre veracidad de la publicidad (art. 32).

f) *Responsabilidad por incumplimiento.* Las normas sobre el "incumplimiento de las obligaciones" que contiene el C.c. (arts. 2104 a 2162), son supletorias y complementarias de las que contiene la

* Este tema le trata en el capftulo II inciso 5.

LPC (arts. 91 al 95). Sin embargo, estas disposiciones por estar incluidas en la LPC, y a diferencia de las del Derecho privado, en princicipio, no son renunciables (art. 1° de la LPC).

Las *principales disposiciones* en esta materia son:

i) El consumidor tiene derecho a recuperar lo que *pagó en exceso* del precio máximo autorizado o del estipulado. Si el proveedor no cumple en cinco días, debe pagar intereses al consumidor (art. 91).

ti) El consumidor tiene el derecho a la reposición del producto, a la bonificación, a la compensación o a la devolución de la cantidad pagada, cuando la cantidad entregada sea menor a la indicada en el empaque; existan faltas de calidad; no cumpla las especificaciones; o, tenga vicios ocultos (art 92). Este precepto completa las disposiciones del Ce. de la responsabilidad por vicios ocultos, tanto en la *acción redhibitoria* (devolución de la cantidad pagada), como de la *acción estimaloria o* "*quanti minoris*" (para pedir bonificación o compensación). La disposición de la LPC no es renunciable (art. 1® LPC), como si lo son las del C.c. (art. 2158) y del C. de c. (arts. 383 y 384).

ai) El precepto tan escueto de la LPC, debe completarse con las normas del Ce., respecto a los requisitos para su ejercicio y efectos. Por ejemplo, las condiciones que deben tener los vicios ocultos: que sean ocultos (art 2143), desconocidos del adquirente (art. 2145), nocivos a la utilidad de la cosa y anteriores a la enajenación (art. 2157). La LPC solo indica que la comprobación de calidad, especificaciones u otra característica debe hacerse conforme a las normas oficiales mexicanas (art 94).

iv) El derecho del consumidor previsto en el art. 91 comentado procede "indistintamente" contra el vendedor, lo que es lógico y, además *contra el fabricante* (art. 93). Este resulta el último responsable cuando el defecto le sea imputable, pues el vendedor o vendedores a quienes se reclama la falta de calidad, que solo son intermediarios, pueden repetir en contra de la persona de quien lo adquirieron.

"En este aspecto —dice Abascal Zamora— la LPC presenta una innovación para el derecho mexicano al establecer la *responsabilidad del producto*.

v) Para los proveedores o distribuidores que repongan el producto al consumidor, la LPC, a su vez, concede el derecho a repetir de quien lo adquirieron o del fabricante (art 95).

g) *Otras disposiciones.* La LPC contiene algunas normas que regulan la actividad profesional de los comerciantes y que me parecen propias de Reglamentos administrativos. Algunas de estas establecen ciertas prohibiciones de prácticas comerciales y responsabilidades de carácter administradvo a los proveedores. *

* *Diccionario Jurídico Mexicano* (44), voz consumidor.

Las *normas más tmportaníes* son el que los proveedores están obligados a *respetar los precios,* garantías y, en general, las condiciones ofrecidas o convenidas con el consumidor (art. 6), así como los precios y tarifas que establezca la Secretaría de Comercio u otra dependencia (art. 7).

El primer precepto se refiere a obligaciones propias de la autonomía privada, en las relaciones con los consumidores. El segundo artículo está relacionado con condiciones generales que se imponen como obligatorias por la Administración Pública. La primera norma es de Derecho Privado, es la regulación legal del *poda surtí servando,* la segunda es de Derecho administrativo.

Estas disposiciones repiten la normativa de otras leyes y, por tanto, es un tanto inútil su inclusión en esta LPC.

7. NORMAS ADMINISTRATIVAS

Las *normas administrativas* de la LPC se refieren a: creación de órganos administrativos y atribución de facultades, disposiciones sobre inspección y vigilancia, sanciones administrativas para los casos de incumplimiento de la ley y la regulación de un recurso administrativo contra actos de la autoridad que aplica la ley.

a) *Las autoridades.* La Secretaría de Comercio es la máxima autoridad y tiene como principal facultad la de expedir normas oficiales (art 19). Las otras autoridades a que se refiere la LPC son: la Procuraduría (arts. 20 a 25), el Procurador Federal del Consumidor (arts. 27 y 28), representante de la Procuraduría, y, como auxiliar de las autoridades, el Consejo consultivo, de integración mixta, con representantes de autoridades y de particulares (art 31).

b) *La Procuraduría Federal del Consumidor.* "Históricamente, la Procuraduría del Consumidor es una derivación del *Ombudsman* sueco-finlandés, que ejercía las funciones de representante de los ciudadanos afectados por actos de los funcionarios públicos cometidos en exceso de sus facultades."[41]

La Procuraduría es un organismo complejo y su *naturaleza administrativa* es, en cierto modo, confusa. El art 20 la define como: "un organismo descentralizado de servicio social, con personalidad jurídica y patrimonio propio. Tiene funciones de autoridad administrativa encargada de promover y proteger los derechos e intereses del consumidor." Participa o forma parte de la llamada *administración paraestatal* al ser organismo descentralizado, tiene personalidad propia distinta a la del Estado, pero con funciones de "autoridad administrativa", característica que no tienen, por lo general, los organismos descentralizados.

Diccionario Jurídico Mexicano (44), voz: Procuraduría Federal del Consumidor.

En su *organización* la Procuraduría lirnc su domicilio en la Ciudad de México, como oficina central, y tiene delegaciones, subdelegaciones y otras unidades (art. 22). En su relación con otras autoridades y entidades locales, estas "son auxiliares de la aplicación de la ley" (art. 4*). Cuando la Procuraduría es parte en algún procedimiento, los tribunales competentes son los federales (art. 21). El Presidente de la República designa al Procurador Federal dd Consumidor, representante de la Procuraduría y encargado de su dirección y organización (ana. 27 y 28).

c) *Atribuciones.*

Las principales atribuciones que tiene la Procuraduría para la aplicación de la LPC, se pueden agrupar como sigue:

i) Promover y *proteger los derechos del consumidor,* representar los intereses de éstos, individual o colectivamente, ante autoridades jurisdiccionales y administrativas y ante los proveedores (art 24 fracs. I, II y III).

ii) Intervenir en la *solución de las diferencias* entre proveedores y consumidores, conforme a los procedimientos ampliamente regulados por la nueva LPC (arts. 24 frac. XV y 99 a 123).

iii) Vigilar el cumplimiento de precios, tarifas y normas oficiales que fije la Secretaría de Comercio y Fomento Industria! (arts. 7 de la LCE y 24 frac. XIV).

iv) Aplicar las *sanciones administrativas* que la propia ley contiene, así como denunciar al Ministerio Público y otras autoridades respecto a actos o prácticas que lesionen los intereses de los consumidores (arts. 24 fracs. XIX y 125 a 134).

v) La celebración de convenios con proveedores, consumidores, organizaciones de estos últimos y autoridades (arL 24 fracs. XI, XII, y XVIII).

vi) Llevar el Registro de *contratos de adhesión* (arts. 24 frac. XV y 87 a 89).

vii) I^s que la ley anterior asignaba al Instituto Nacional del Consumidor y que consisten en recopilar información, difundirla, *orientar al consumidor* y ser perito en materia de calidad de bienes y servicios (art. 24 fracs. IV a X).

d) *Vigilancia, verificación y sanciones.* Como medio para hacer cumplir la LPC y lo relativo a los precios, tarifas y normas oficiales que dicta la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial (arts. 7 de la LCE y 24 fracs. XIII y XIV), la Procuraduría tiene facultades de *vigilancia y verificación* respecto a las actividades económicas que regula la ley.

La Procuraduría puede actuar de oficio o a petición de parte, por denuncia de cualquier persona (arts. 96 y 97) y estas facultades las ejerce, principalmente, mediante *visitas* (art. 98).

Las facultades de la Procuraduría en materia de visitas son muy amplias, pues la ley establece que podrá "llevar a cabo las demás acciones tendientes a verificar el cumplimiento de la ley" (art. 98 frac. IV). La reglamentación de la LPC no establece los requisitos legales que deben tener las visitas, lo que resulta en peijuicio de los particulares. La ley abrogada contenía unas reglas sobre la práctica de visitas y la obligación de la autoridad de levantar acta circunstanciada de la visita (arts. 80, 83, 84 y 85). Estas disposiciones, en mi opinión, se debieron copiar en la vigente LPC.

La Procuraduría tiene facultad de *imponer sanciones* administrativas por el incumplimiento de la ley (art. 125). Las sanciones pueden ser multa (arts. 126, 127 y 129) o clausura del establecimiento (arts. 128 y 130). Las sanciones deben estar fundadas y motivadas (art 131) y la autoridad debe tomar en consideración la gravedad, con base a ciertos criterios de la ley, para imponerlas (art. 133). La Procuraduría tiene facultades para condonar, reducir o conmutar las multas (art 134).

e) *Recurso administrativo.* Contra las resoluciones de la Procuraduría, los particulares afectados pueden interponer un único (art 143) *recurso de revisión* ante la propia autoridad que emite la resolución (arts. 135 y 136). Quien debe resolver el recurso es un órgano superior, por ello es correcto la denominación de revisión. El plazo para interponerlo es de quince días (entiendo que son naturales), las pruebas se ofrecen al presentar el recurso y son admisibles todas, excepto la confesional. La resolución debe dictarse en quince días (se entienden hábiles) después de desahogadas las pruebas (arts. 135, 137, 138 y 139). Cuando la resolución recurrida es multa, la interposición del recurso suspende de oficio la ejecución, en otros casos, el particular debe pedir la suspensión si se cumplen ciertos requisitos (art. 141).

8. NORMAS PROCESALES

Una de las importantes innovaciones de la vigente LPC es la forma amplia en que se regulan los *procedimientos* para la solución de conflictos entre proveedores y consumidores. El capítulo correspondiente, "procedimientos", tiene cuatro secciones: disposiciones comunes; procedimiento conciliatorio; procedimiento arbitral; y, procedimiento por infracciones a la ley.

El procedimiento para proveedor y consumidor ante la Procuraduría Federal del Consumidor es un *procedimiento opcional,* no obliga-

torio, al que puede acudirse en lugar del procedimiento judicial ante tribunales. Las partes pueden, a su vez, elegir entre un procedimiento de reclamación y conciliación o iniciar un procedimiento arbitral, pues este último no está supeditado a que previamente se haya agotado el conciliatoro (art 117).

a) *Reclamación y conciliación.* Los consumidores tienen derecho a presentar *reclamaciones contra los proveedores* para resolver conflictos que deriven de las normas de la LPC. La reclamación se presenta ante la Procuraduría y no requiere formalidad alguna, puede ser escrita, oral o por cualquier otro medio. La reclamación debe reunir ciertos requisitos mínimos como son: datos de identificación del consumidor reclamante, del proveedor a quien se reclama y el objeto de la reclamación (art. 99). La Procuraduría puede, discrecionalmente, rechazar reclamaciones notoriamente improcedentes (art. 100).

> Recibida la reclamación, la Procuraduría notifica personalmente al proveedor (ara 103 y 104) y señala día y hora para la audiencia de conciliación. El otgeio de la audiencia es avenir los intereses de las partes. El proveedor puede asistir o rendir un informe (art. 111). El conciliador expondrá a las partes un resumen de la reclamación y del informe, es decir, 6ja la litis. El mismo conciliador exhotará a las partes a llegar a un arreglo y les presentará una o varías opciones de solución (art 113). Si no hay conciliación, el conciliador propondrá a las partes a que designen a la Procuraduría como árbitro para el procedimiento arbitral (art. 116).

b) *El procedimiento arbitral en general*

El artículo 17 de la Constitución señala que "las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias". El procedimiento arbitral está expresamente autorizado y regulado en la legislación mexicana para las materias civil y mercantil.

El arbitraje es un proceso voluntario para las partes. "La primera norma que rige al arbitraje es el acuerdo de las partes para someterse a un arbitraje. Es un requisito de existencia para que pueda desarrollarse el arbitraje" (Graham Tapia).[4]* El C. de c. lo define como: "el acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. El acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente" (art. 1416 fracc. I, y en términos similares, el art 610 del CPC).

Desde la antigüedad, el arbitraje ha existido como procedimiento paralelo del proceso judicial. Resulta un procedimiento útil, practico y confiable

[w] Cfr. Arce Cargo lio (7 a) *Arbitraje y fundón notarial.*

para ciertos conflictos de naturaleza privada. Es decir, están excluidos litigios relativos a materia penal, derecho familiar y de derecho público. Actualmente hay cierto auge del procedimiento arbitral en materia comercial y, sobre todo, en negocios internacionales. Las legislaciones de diversos países acogen la posibilidad de este procedimiento de solución de conflictos.

En los procedimientos arbitrales es preciso distinguir lo siguiente.[45]

Acuerdo arbitral es el género, cláusula arbitral y compromiso arbitral las especies. "La *cláusula arbitral* se refiere a disputas futuras que podrían surgir de una relación contractual, mientras que el *compromiso* trata de una resolución de un contencioso específico existente" (Blackaby).

Característica importante es que: "la cláusula compromisoria que forme parte de un contrato se considerará como un *acuerdo independiente* de las demás estipulaciones del contrato. La decisión de un tribunal arbitral declarando nulo un contrato, no entrañará por ese solo hecho la nulidad de la cláusula compromisoria" (art 1432 C. de c.).

El *compromiso arbitral* que se celebra después de que ha surgido la controversia suele ser un convenio más complejo que el acuerdo arbitral para futuras controversias. "El compromiso designará el negocio o negocios que se sujeten a juicio arbitral y el nombre de los árbitros. Si falta el primer elemento, el compromiso es nulo de pleno derecho, sin necesidad de previa declaración judicial..." (art 616 CPC).

Hay dos *clases* de arbitraje: el llamado de *estricto derecho* o de *amigable composición."*

El arbitraje puede ser de *estricto derecho* o en *amigable composición.* En el primero, el tribunal arbitral funda su decisión en un determinado cuerpo de normas jurídicas, en el segundo utiliza un criterio de equidad. Es más usual el primero de los arbitrajes. "El tribunal arbitral decidirá como amigable componedor o en conciencia, sólo si las partes le han autorizado expresamente a hacerlo" (arts. 1445 del C. de c. y 628 del CPC).

Los acuerdos arbitrales (cláusulas y compromisos) generalmente señalan cuales el *Derecho sustantivo* aplicable al fondo de la controversia y las reglas que rigen al procedimiento arbitral.

Divenas leyes recientes han incluido al arbitraje como medio alterno de solución de conflictos. Se trata de un procedimiento ocasional y adicional al judicial, pues, en algunos casos, diversas leyes autorizan a los particulares a utilizar eí arbitraje o a iniciar su procedimiento ante un órgano jurisdiccional. En otras leyes mexicanas el arbitraje es solamente el nombre de los órganos de jurisdicción obligatoria encargados de resolver conflictos, pero se trata de verdaderos órganos materialmente jurisdiccionales. con autoridad para hacer cumplir sus resoluciones. Tal es el caso de las Juntas de Conciliación y Arbitraje para la materia laboral.

** *Cfr.* Arce Gargollo (7a.).
" *Cfr.* Arce Gargollo (7a).

El *arbitraje comercial* es el procedimiento previsto en el C. de c., para resolver conflictos entre comerciantes. El art. 1051 dispone: "El procedimiento mercantil preferente a todos es el que libremente convengan las partes... pudiendo ser un procedimiento convencional ante tribunales o un *procedimiento arbitral*" Este último se rige por el título cuarto del libro quinto del C. de c. (arts. 1415 a 1463), cuyas disposiciones están prácticamente copiadas de la Ley modelo sobre Arbitraje Comercial de UNCITRAJL.

En materia internacional México firmó la Convención Interamericana sobre *arbitraje Internacional* suscrita en Panamá el 30 de enero de 1975.[45] En esta convención se acordó que "es válido el acuerdo de las partes en virtud del cual se obligan a someter a decisión arbitral las diferencias que pudieren surgir o que hayan surgido entre ellas con relación a un negocio de carácter mercantil..." (art. I). "A falta de acuerdo entre las partes el arbitraje se llevará a cabo conforme a las reglas de procedimiento de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial" (art III). "Las sentencias o laudos arbitrales no impugnables según la ley o reglas procesales aplicables, tendrán fuerza de sentencia judicial ejecutoriada..." (art. IV).

Complementa a este acuerdo internacional, la *Convención sobre el Reconocimiento* y *Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras*, celebrada en la Organización de las Naciones Unidas de marzo a junio de 1958.[46] Se aplica "al reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales dictadas en el territorio de un Estado distinto de aquel en el que se pide el reconocimiento y la ejecución de dichas sentencias..." Comprende no sólo sentencias dictadas por árbitros nombrados por las partes, sino las dictadas por órganos arbitrales permanentes (art. I).

c) *El procedimiento arbitral en la IPC.*

En el procedimiento arbitral pueden ser árbitros: la Procuraduría, árbitros elegidos por la Procuraduría o personas designadas por las partes (art. 122). El *compromiso arbitral* que incluye la designación de árbitros, la naturaleza del arbitraje y los puntos de la controversia, debe hacerse constar en acta ante la Procuraduría (art. 118).

En caso de arbitraje en *amigable composición*, una vez fijadas las cuestiones objeto del procedimiento, el árbitro tendrá libertad para "resolver en conciencia y buena fe guardada, sin sujeción a reglas

* El Decreto que aprobó esta Convención apareció publicado en el *Diario Oficial* del 9 de febrero de 1978.

* El Decreto que aprobó esta Convención apareció publicado en el *Diario Oficial* del 14 de noviembre de 1970.

legales, pero observando las formalidades esenciales del procedimiento." No habrá términos ni incidentes y el árbitro puede allegarse todos los elementos que juzgue convenientes para resolver lo que se le ha planteado (art. 119).

En el *arbitraje de estricto derecho* las reglas del procedimiento las fijan convecionalmente las partes y no se establecen normas supletorias en la LPC, sino que remite a otros ordenamientos como son el C de c. y el CPC (art. 120).

Para las dos clases de arbitraje, hay que tomar en cuenta para el proveedor que, cuando elige libremente a la Procuraduría como árbitro, esta tiene como principales atribuciones "procurar y representar los intereses de los consumidores" (art. 24 frac. II) y, al ser árbitro es probable que sea parcial respecto a los intereses del consumidor. Es decir, la Procuraduría cuando actúa como árbitro no puede ser absolutamente imparcial, pues de algún modo es *jua y parte.*

Las *resoluciones* que se dicten en el procedimiento arbitral solo admitirán como recurso el de revocación (art. 122). Los laudos deben cumplimentarse dentro de los quince días de hecha la notificación, aunque por pacto puede ampliarse este término (art. 121). La ejecución de los laudos no la hace la Procuraduría sino el órgano judicial, pues la función de la Procuraduría es realmente de arbitraje. "En ningún caso tienen *imperio* dichos órganos administrativos para ejecutar ni los convenios, ni los laudos, ni las resoluciones administrativas que emitan, pues su ejecución compete a los tribunales judiciales.'[47]

9. EFECTIVIDAD DE LA LEY

Es difícil juzgar la *efectividad* de una ley, pues muy diversos factores concurren para determinar si una ley es eficaz en cuanto a su cumplimiento, o si los fines para los que se dictó la ley se cumplen. Este concepto de efectividad está ligado a los fines del Derecho mismo y, a la concepción que se tenga de lo que es o debe ser el Derecho.

Aunque el Derecho no puede concebirse únicamente como un mecanismo para la *solución de conflictos* en la vida social, es importante considerar que frente a determinadas controversias debe haber una exigencia de solución. A esto debe atender el Derecho y el Estado para lograr una convivencia pacífica. En cada época, y mediante muy diversas normas y medios que deben atender a muchos factores, como la tradición jurídica, la naturaleza de los posibles litigios y la autoridad y fuerza que se otorgue a ciertos organismos,

[47] Sánchez Mcdal (96). Núm. 6.

la ley vigente en un £stado organizará las vías específicas de composición de conflictos. En este aspecto, la LPC y "su aplicación cada vez inás extendida y acertada",[48] son un medio más para resolver controversias.

Con relación a esta ley, y sin pretender dar lineamientos objetivos para determinar si se cumple o no, o si en su diaria aplicación se logran los fines para los que fue dictada, puedo decir que algunos elementos externos relativos a *su aplicación* pueden ser indicativos de la existencia de un cierto grado de efectividad. Por ejemplo, el crecimiento de éste órgano administrativo a través de oficinas y delegaciones en todo el país para atender a cada vez un mayor número de asuntos, muestran de algún modo su aceptación por la población como órgano que puede solucionar controversias.

Hay que considerar, además, que la Procuraduría Federal del Consumidor es un órgano al que pueden acudir con mayor facilidad los particulares y personas de pocos recursos. Los consumidores que acuden a éste organismo no requieren, necesariamente, de un abogado que las patrocine ni de conocimientos jurídicos especializados para promover sus asuntos, pues la propia Procuraduría tiene como una de sus funciones asesorar a los consumidores.

> En éste senüdo, los *resultados sociales* de la Procuraduría han sido muy positivos, lo que se comprueba por los datos siguientes: hasta 1981 atendió a un total de tres millones once mil asuntos; el 32% de los consumidores protegidos hasta ese año, han sido personas de bajos ingresos.[49]
>
> La Procuraduría representa una muy buena alternativa en nuestro medio, en donde, por una pane, un alto porcentaje de consumidores üenen un desconocimiento de sus derechos particulares y, por otra, existe una enorme dificultad para hacerlos valer.[50]
>
> Las estadísücas levantadas hasta ahora dan a conocer que la gran mayoría de las quejas que se presentan ante los mencionados organismos administraüvos culminan con un convenio entre los interesados y que, así mismo, existen casos en que se ha designado por ambas partes a la Procuraduría como árbitro de estricto derecho o amigable componedora.[51]

Esto significa para el poder judicial un desahogo de asuntos cotidianos que se han canalizado a la Procuraduría Federal del •**

• Sánchez Mcdal (96), Núra. 6.
** *Diccionario Jurídico Mexicano* (44). voz: Procuraduría Federal del Consumidor.
*• Sánchez Cordero (94), pág. 246.
" Sánchez Mcdal (96). Núm. 6.

Consumidor y que han obtenido una resolución que las partes, en la mayoría de los casos, acatarán voluntariamente sin necesidad de acudir a un procedimiento ejecutivo posterior.

> En tres aspectos fundamentales se ha acentuado la labor benéfica de la Procuraduría: 1) En lo económico, como protectora del salario y del patrimonio de la familia mexicana, sobre todo de la de escasos recursos... 2) En lo político, al equilibrar relaciones económicas entre proveedores y consumidores. 3) En lo social, al encontrar plena vigencia la LPC en la solución de problemas que se presentan diariamente en el tráfico comercial, mediante una intervención eficiente.[5]*

En síntesis, la LPC y la Procuraduría Federal del Consumidor como órgano encargado de la aplicación de la ley, pueden considerarse que ofrecen al consumidor esta ventajas:

i) El procedimiento que regula la LPC es un *medio alterno* de solución de conflictos. Las partes pueden acudir a la Procuraduría Federal del Consumidor o a los tribunales.

ii) La Procuraduría es un organismo más *ágil,* que los tradicionales jueces civiles, que busca la conciliación y la solución de la controversia entre proveedor y consumidor.

iii) El *procedimiento* ante la Procuraduría, a diferencia del procedimiento civil o mercantil, no contiene una reglamentación muy compleja.

iv) Puede acudir a ella cualquier interesado sin necesidad de abogado o procurador, pues hay una suplencia de la queja que hace la Procuraduría en favor del consumidor.

v) Ofrece como *desventaja* para el proveedor, el que probablemente la Procuraduría buscará el arreglo más favorable al consumidor, parte débil, pues sus fines son, entre otros, proteger los derechos del consumidor.

Diccionario Jurídico Mexicano (44), voz: Procuraduría Federal del Consumidor.

BIBLIOGRAFÍA

ABASCAL ZAMORA, Diez Picazo y oíros: (1) *Condiciona generala de la contratación y cláusulas abusivas.*
BARRERA GRAF: (15) *La ley de protección al consumidor.*
BARRERA GRAT. (17) *Instituciona de Derecho mercantil,* págs. 139 a 154.
BROSETA PONT: (29) *Manual de Derecho mercantil,* págs. 147 y 148.
DÍAZ BRAVO: (42) *Contratos mercantiles,* págs. 113 a 127.
Diccionario jurídico mexicano (44), voces: crédito, estancos, Procuraduría Federal del Consumidor.
GARRIGUES: (53) *Curso de Derecho mercantil,* págs. 140 a 193.
GARRIGÜES: (54) *La defensa de la competencia mercantil,* en Temas de Derecho vivo, págs. 140 a 194.
Gran Enciclopedia Rialp: (56), voz: sociedad de consumo.
SÁNCHEZ CORDERO: (94) *La protección al consumidor en el Derecho de mercado,* págs. 225 a 249.
SÁNCHEZ MEDAL: (96) *De los contratos civiles,* Núms. 6 y 321.
ViCENT CHULÍA: (104) *Compendio critico de Derecho mercantil,* tomo II, págs. 58 a 65.
ZAMORA Y VALENCIA (105), *Contratos civiles,* pgs. 545 a 582.

CAPÍTULO V

EL CONTRATO ATÍPICO

SUMARIO: 1.—Concepto. 2.—Evolución. 3.—Tipicidad y atipicidad. 4.—La expansión de los contratos atípicos. 5.—Conversión de figuras atípicas en típicas. 6.—Clasificación 7.—Problemática básica de los contratos au'picos. 8.—Interpretación de los contratos atípicos. 9.—Nuestra legislación 10.—Algunas sugerencias. 11.—Los contratos coaligados. 12.—El subcontrato.

1. CONCEPTO

a) *Concepto.* En una sencilla fórmula, los Principios de UNIDROIT establecen que: "Las partes tienen libertad para celebrar un contrato y determinar su contenido" (art. 1.1). A la primera de estas libertades se le ha llamado *libertad de contratar* y a la segunda *libertad contractual* Se distingue a la *libertad de contratar* (que se refiere a la posibilidad de celebrar o no celebrar el contrato y para escoger la persona con la que va a contratar) de la *libertad contractual o autonomía contractual que* significa que el contenido del contrato puede ser fijado libremente por las partes.[1]

Nuestra legislación reconoce el principio de *autonomía de la voluntad* o de *libertad contractual* que entraña la posibilidad de celebrar contratos, ya sea que estén estructurados y regulados por el ordenamiento legal, o que sean contratos en los que las partes determinan libremente su contenido. De este modo se puede hablar de contratos nominados o típicos y de contratos innominados o aü'picos. En esta clasificación se habla también de contratos regulados y contratos no regulados. La moderna tendencia de la doctrina prefiere, sin embargo, la terminología de *típicos y atípicos.*

Son contratos típicos aquellos para los cuales existe en la ley una disciplina normativa.*

La regulación del contrato ü'pico supone, a mi entender, la reglamentación en cuanto a sus características y contenido obligacional,

[1] *Cfr.* Sánchez Mcdal (96), Núm. S y Messineo (77). lomo I, págs. 15 a 20.
* Diez Picazo (45), lomo I. pág. 252.

a los efectos que el contrato produce entre las partes y, en su caso, a la existencia de normas supletorias de la voluntad de los contratantes.

Los *contratos atipicos* —como concepto negativo de los u'picos— son aquellos cuyo contenido no tiene regulación o disciplina en la legislación,[5] respecto a la relación de Derecho privado entre los particulares que contratan.

Algunos de estos contratos, sin dejar de ser atípicos, pueden tener una denominación otorgada por la ley, son los llamados contratos nominados. Hay, además, contratos en los que los usos o normas de la costumbre y criterios de la jurisprudencia los caracterizan y reconocen, a esto se le conoce como *tipicidad social*

b) *Nominados e innominados.* La doctrina contemporánea, aunque no en forma unánime, ha empezado a abandonar la denominación de contratos *nominados e innominados*, cuyo origen proviene del Derecho Romano, para aceptar la de contratos típicos y atípicos. "La doctrina de los típicos —dice Castán— procede del derecho penal."[4] "Es un error —dice Betti— identificar "innominado" con "atípico", como si una tipificación no pudiese producirse sino mediante particulares denominaciones y frente a la tiranía de los nombres el Derecho debiere retraerse."[5]

Los conceptos de contratos *nominados e innominados* pueden aplicarse, conforme a su significación gramatical, a los contratos con nombre o sin nombre en la ley. Son pocos los autores que sostienen esta distinción y, en general, no hay acuerdo acerca de la correcta denominación de estos contratos.[6] Si aplicamos a esta distinción entre nominados y típicos a ciertos ejemplos concretos, nos vamos a encontrar que hay algunos contratos que son au'picos, por no estar regulados en la relación entre partes en la ley positiva y que, sin embargo, están nombrados por alguna ley. Por tanto, de acuerdo con estas ideas estos contratos son au'picos y nominados. En nuestro derecho tenemos como ejemplos el contrato estimatorio (LQSP, art. 159, fracción VI, *a)* y a los contratos de corretaje o mediación, agencia y distribución (LIVA 14, fracción IV). La LCE menciona como actividades económicas al suministro y a la distribución, que generalmente se llevan a cabo por proveedores y distribuidores mediante contratos que llevan esos nombres y que, actualmente, no están regulados en el Derecho Mexicano. *

* Mesineo (75), tomo I, pág. 690.
* Gastan Tobeñas (32). tomo I, vol. II. pág. 695.
* Betti (22). pág. 154.
* *Cfr.* Borja Martínez (25). págs. 45 y 46.

c) *Tipicidad y atipicidad.* Los conceptos de *tipiádad y atipicidad* son relativos, pues el contenido siempre cambiante del ordenamiento jurídico puede incluir o excluir contratos. El fenómeno se presenta como una tendencia a regular contratos que anteriormente no estaban disciplinados. En el derecho mexicano encontramos varios ejemplos recientes: la regulación de los contratos de arrendamiento financiero y de factoraje financiero, están disciplinados en la LOAAC vigente.

> El *Derecho comparado* nos muestra, en sus leyes, ejemplos de la relatividad del concepto de tipicidad contractual. En nuestro derecho está regulado —con escasas normas— el contrato de hospedaje, que no lo está en otras legislaciones; por ejemplo, en la española. El C. c. i tal. reglamenta los contratos estimatorio (arts. 1556 a 1558), suministro (arts. 1559 a 1570), agencia (arts. 1742 a 1753) y mediación (arts. 1754 a 1765), que en el Derecho Mexicano, hoy en día, tienen el carácter de atípicos.

2. EVOLUCIÓN

El fundamento económico y pragmático del nacimiento de los contratos atípicos —sustentado en la libertad contractual— coincide con la necesidad de adaptar los contratos a los fines empíricos y a las necesidades reales de las partes contratantes. En el *Derecho romano* (donde ya se plantea la existencia de los llamados contratos innominados), gran parte de las instituciones jurídicas se producen por "deformación" o adaptación de algunas figuras jurídicas a las soluciones prácticas que reclamaban las necesidades socioeconómicas. "Los romanos utilizaban un negocio jurídico para fines distintos de los que habían inspirado a la institución."[7] La prenda y la hipoteca nacieron de la venta ficticia con pacto de retroventa —*fiducia cum creditore*—, por el cual el acreedor se obligaba a vender nuevamente al deudor el objeto con que se garantizaba el adeudo que constituía el precio de la compraventa. El objetivo real de estos contratos era el de garanda, no el de trasmisión de propiedad.

En la etapa clásica existían contratos que se designaban con un vocablo específico y a los cuales correspondía una acción procesal que generalmente recibía el mismo nombre del contrato:[8] estos contratos con nombre son los nominados.

En su evolución, los *contractus incerti o negotia nova* llegaron a tener efectos reconocidos por el sistema jurídico por medio de una [1]

[1] Floris Margadant (48), pág. 291.
• *Cfr.* Lozano (71). págs. 51 y 52.

acción procesal única, a pesar de que no tuvieron un nombre específico; de ahí su categoría de *innominados,* por oposición a los nominados. Estos contratos romanos que aparecieron hasta el período posclásico, eran siempre bilaterales y su causa era una obligación de dar o de hacer, origen de la conocida clasificación: *do ut des, do ut fados, fado ut des* y *fado ut fados?*

Las *costumbres mercantiles* de la Edad Media en Europa, así como algunos principios del Derecho Canónico respecto a la consensualidad, tuvieron una influencia importante en la aceptación y reconocimiento de las convenciones y contratos *mercantiles* que, como actos jurídicos, no tenían la exigencia formal de los contratos civiles, más sujetos a moldes y tipos establecidos.

3. TIPICIDAD Y ATIPICIDAD

a) *Tipiddad y atipicidad.* En el *Derecho actual,* los contratos atípicos están plenamente aceptados.

> No cabe duda de que a medida que la civilización avanza son más importantes los contratos innominados. Hoy se presentan a cada paso nuevos tipos de contratos que, si no tienen nombre específico, son de frecuente aplicación.[10]

La importancia de los contratos atípicos ha sido amplificada por algunos autores (Dualde, Fubini) que consideran que pocos contratos presentan todas las características de los contratos típicos y se ajustan a todas las normas de la ley. Afirman, con cierta exageración, que todos los contratos son atípicos. Dualde habla de una "materia contractual única" y afirma que un contrato no puede quedar encuadrado únicamente en las normas de un contrato típico, sino que debe acudiese también a las reglas de otros contratos."

Hoy día, los conceptos de *atipicidad y tipicidad* amplían notablemente su campo de aplicación; así, se habla de negocios típicos y atípicos y, "por extensión, de cláusulas típicas y atípicas de los negocios jurídicos, según que ellas estén recogidas expresamente dentro del esquema legal del contrato respectivo, o bien, que las partes establezcan su contenido en ausencia de disposiciones legales."[12] En otras materias se habla de *cláusulas testamentarias típicas,*[13] o de *poderes típicos*,[14]

* *Cfr.* Boija Martínez (25). pág. 44 y De Buen (36), pág. 12.

'• *Diccionario de Derecho Privado* (43). voz: contratos atípicos y múltiples.

[11] *Cfr.* Boija Martínez (25). pág. 47.

* Barrera Graf (16), pág. 123. También aborda el tema de las cláusulas atípicas, aunque ligadas a un contrato típico. Messineo (75), tomo I, pág. 688.

'* *Cfr. Arce* y Cervantes (11), pág. 67.

[14] *Cfr.* Diez Picazo (42). pág. 132.

b) *Elasticidad del tipo legal* La adición o inserción de cláusulas, pactos y condiciones a los contratos típicos en una determinada legislación, suelen tener el efecto práctico de que, con la utilización de un tipo contractual se resuelve una situación nueva que no se ajusta exactamente al marco del contrato típico. Esto es lo que se conoce como *elasticidad de los tipos legales.* Por ejemplo, ¿hasta dónde puede considerarse que una compraventa con reserva de dominio sigue siendo compraventa?; ¿qué sucede en las compraventas en las que el precio es pagado parcialmente en otros bienes distintos al dinero?; una compraventa en la que el precio es inferior al valor del bien, ¿es compraventa o donación? El poder o mandato irrevocable en beneficio del apoderado o del mandatario que, como excepción, contempla nuestro C.c. (art. 2596), ¿es un verdadero poder?; ¿se le aplican los principios del mandato o tiene una disciplina distinta y ajena con relación a los deberes del mandatario?[15] ¿El depósito irregular, en que el depositario puede usar la cosa depositada que es generalmente un bien fungible?, ¿es depósito o es mutuo? La donación, que es esencialmente un acto gratuito, ¿deja de ser donación si tiene una carga para el donatario? La donación es unilateral; la donación con carga es bilateral y onerosa. El contrato de mutuo puede ser simple o con interés. En el primer caso, el contrato es gratuito; en el segundo es oneroso. Las obligaciones del mutuatario en el segundo caso son muy distintas al caso del mutuo simple, incluso hay normas protectoras para intereses a una tasa excesiva. En los dos casos hay mutuos, pero con diferencias sustanciales respecto a las obligaciones del mutuatario.

Hay, como puede observarse, varios ejemplos de casos disciplinados en los que el tipo legal del contrato parece *desnaturalizarse* al ceder o perder elementos que pudieran considerarse esenciales de la figura contractual tipo. En los ejemplos mencionados, a la modalidad contractual se le señala con una marca distintiva para indicar que la compraventa "con reseña de dominio" tiene una particularidad distintiva de la compraventa que regula el tipo legal. El mandato irrevocable o el depósito irregular no son los normales contratos de mandato y depósito, sino que la característica de irrevocable del primero, o de irregular del segundo, contienen un adjetivo que indica una forma distinta de ser del contrato tipo.

En otros casos al contrato típico se le añadirán pactos o condiciones que generan un efecto contractual distinto al que corres-

[11] En la representación en interés del representante, dice Diez Picazo que no hay ver dadora representación, sino el poder es sólo la vestidura o la apariencia formal que encubre otro negocio (*Cfr.* Diez Picazo (46). págs. 51 y 52).

ponde a los normales efectos del contrato típico. A esta dificultad de calificación de un contrato concreto dentro de un molde legal del contrato tipo, hay que agregar la existencia de *pluralidad de contratos,* contratos unidos o vinculados, que responden todos ellos a un mismo fin económico. Con estos someros planteamientos quiero mostrar la profundidad de la problemática del tema del contrato atípico, donde las soluciones hay que buscarlas para cada caso concreto, pues no hay, todavía, criterios o reglas generales que sean fácilmente aplicables a todos los casos.

c) *La tipicidad social* El concepto de *tipicidad social* frente al de lipicidad legislativa, se debe a Betti y ha sido recogido y adoptado por gran parte de la doctrina que aborda esta temática. En palabras de este autor, *"la tipicidad legislativa* es la característica de los negocios y contratos que gozan de una peculiar disciplina legar.[14] * [16] La *tipicidad soaal* tiene como nota característica que

> cumple, como siempre, la función de limitar y dirigir la autonomía privada pero que actúa mediante una remisión a las valoraciones de la conciencia social relativas a las manifestaciones de la autonomía privada que, en la medida en que el ordenamiento jurídico estima que responden a una función socialmente útil, son acogidas y tuteladas por él.[17]

Existen contratos que pueden ser *legislativamente atípicos* pero que atienden a "nuevas necesidades ya socialmenlc tipificadas",[11]* y, por lo tanto participan de la llamada tipicidad social. Su continuada celebración en la vida diaria, el reconocimiento de estos contratos en los tribunales y en la jurisprudencia y, finalmente, el análisis y estudio sistemático por la doctrina, han logrado plasmar las características básicas de estos contratos atípicos que adquieren la *tipicidad social* Puede decirse que

> son convenios que han venido cuajando en tipos socialmente bien definidos, de significación conocida y firme, que han logrado escapar de la nebulosa de los negocios atípicos, gracias a su utilización continuada, a su importancia social o a una especia] elaboración doctrinal... Creaciones estas que logran, a veces, ser recogidas por las leyes.[111]

Estas figuras contractuales, ya definidas en algunos de sus elementos y aspectos más sobresalientes (denominación, partes que intervienen, contenido obligacional, modalidades), pueden ofrecer soluciones prácticas al problema de la interpretación y, sobre todo, pudieran servir

[14] Betti (22). tomo II, pág. 70. *Cfr.* también Diez Picazo (45), tomo I. pág. 241.
»' Betti (22). tomo II. pág. 70.
" De Castro (37). pág. 207.
'• De Castro (37). Núm. 267.

para dar ; las partes también f de la can comisión los contra o el deret dad anón

4. LA F.XP

¿Cuál ¿Porque l cen en e interrogai presarial, gocios jui han adqi empresa ¡ la financi

No p< mercantil y, en otr« los probl*

"El D de contra tante, qu< momento por el or<

Por ot atípicos s

a) la • petcncia,

b) La numeróse y servicie forma esi de los esc una econ

c) La les por 1<

•** Cas
» Pérez
Cfr.

para dar algunos criterios o principios de solución a aspectos en que las partes pudieron ser omisas. Este concepto de tipicidad social también puede aplicarse a las cláusulas negocíales atípicas, que gozan de la característica de la tipicidad social. Señalo como ejemplos: la comisión de garantía (cláusula del *star del credere*). la exclusividad en los contratos de comisión, la rescisión por devaluaciones monetarias o el derecho de preferencia pactado por los accionistas de una sociedad anónima para el caso de enajenaciones onerosas de acciones.

4. La expansión de los contratos atípicos

¿Cuál es la *fuente real* de donde nacen los contratos atípicos? ¿Porqué la mayoría de las figuras contractuales atípicas se producen en el campo mercantil? No hay una única respuesta a estas interrogantes, aunque considero que *la empresa* y la actividad empresarial, siempre dinámica y generadora de nuevas formas de negocios jurídicos, es origen de muchos de los contratos atípicos que han adquirido tipicidad social. En este amplio concepto de la empresa se incluye a toda la actividad económica, a la bancaria, a la financiera y a la misma empresa pública.

No podemos dejar de reconocer que las instituciones de derecho mercantil se encuentran en múltipls casos insuficientemente reguladas y, en otros tantos ni siquiera existen normas que den solución a las problemas que surgen en este campo del derecho privado.[19]

"El Derecho mercantil es —y ha sido siempre— un derecho de contratos, un derecho contractual en evolución y cambio constante, que hace surgir, necesariamente, por las exigencias de cada momento y cada situación económica, nuevas figuras previstas o no por el ordenamiento jurídico."[20]

Por otro lado, *los factores* que explican la expansión de los contratos atípicos son:

a) la extensión de la contratación a *nuevos objetos:* disciplina de la competencia, bienes inmateriales, conocimientos técnicos, nuevos servicios.

b) La actividad de programación de las empresas, que origina numerosos *contratos de duración* para la distribución de sus productos y servicios; así como el aprovechamiento de materias primas en forma estable, que busca eludir las dificultades que la aplicación de los esquemas legales relativos a contratos aislados y prestaciones de una economía diferente a la actual.

c) La sustitución en el mercado de los comerciantes individuales por los empresarios sociales o sociedades mercantiles.[20]

Wk* Castrillón y Luna, Víctor M. (SS a), pág. S.

** Pérez-Scrrabona González (82 a). *Contratos atípleos en el ámbito mena mil.* pág. 278.

*®h~ *Cfr.* Pérez-Serrabona González (82 a). *Contratos atípicos en el ámbito mercantil,* pág. 291.

d) El desplazamiento del centro de creación del Derecho mercantil hacia los países anglosajones donde existe una tipología distinta de figuras contractuales, con su peculiar nomenclatura, que junto con sus inversiones y operaciones económicas ha invadido el mundo.[21]

e) La mayor importancia del sector *servicias* en economías más desarrolladas, lo que genera nuevas necesidades y nuevos contratos. Por ejemplo, servicios financieros, operaciones por computación, asesoría especializada, modernos medios de comunicación, como el Internet para la contratación por medios electrónicos y las nuevas tecnologías.

En resumen, la actividad económica ha creado nuevas necesidades contractuales que los actuales esquemas legales de los negocios jurídicos no pueden resolver satisfactoriamente. El C. de c. regula los contratos propios de una actividad económica muy distinta de la actual. Los sistemas de producción y comercialización del siglo antepasado (siglo XIX), de operaciones y contratos aislados, no sirven para una economía que requiere contratos para producciones en masa y otros muy diversos sistemas de distribución y comercialización. Los contratos de suministro, agenda, distriburión, el transporte multimodal o el moderno contrato de franquicia, son ejemplos de nuevos tipos contractuales que han aparecido en una economía que no se asemeja a la del siglo XIX.

5. Conversión de figuras atípicas en típicas

Los negocios atípicos, que nacen de las nuevas necesidades que la actividad económica reclama, cuando realmente satisfacen una necesidad generalizada y su uso constante confirma su utilidad, acaban por ser *reconocidos en el ordenamiento jurídico* de un determinado país y se convierten, así, en una figura típica desde el punto de vista legislativa.

> La sanción del Derecho —ha dicho Betti— se presenta como algo añadido y lógicamente posterior, como un reconocimiento de la autonomía exactamente. En virtud de tal reconocimiento, los negocios de la vida privada asumen la calidad de negocios jurídicos, y tornánse *instrumentos* que el Derecho mismo pone a disposición de los particulares para regir sus intereses en la vida de relación, para dar existencia y desarrollo a las relaciones entre ellos y, por tanto, permanecen siempre siendo actos de autonomía privada.*' "*

Para que este fenómeno se produzca respecto a determinado negocio jurídico o contrato, además de las diversas etapas por las que suele pasar, hay influencias muy marcadas de normas de la comunidad internacional que tienen relevancia, en algunos casos, en este proceso.

*' Vicente Chulía (104), tomo II. pág. 44.
' Betti (21). págs. 43 y 44.

Hay dos formas importantes por las que una figura jurídica se incorpora a un ordenamiento jurídico determinado.

a) La primera de ellas es su reconocimiento y *regulación en una ley,* sin que exista previamente la celebración de dicho negocio o la celebración constante de tal figura por los particulares. La voluntad del legislador de introducir en un ordenamiento una figura es la única causa de que esta forme parte de la ley. En México se pueden citar como ejemplos de este proceso: la *sociedad de responsabilidad limitada* regulada por la LSM de 1934 sin antecedente alguno de regulación del tipo social en nuestro derecho. Esta misma sociedad no nació de una evolución de otras sociedades típicas mercantiles, sino que fue una creación artificial de los juristas alemanes y de la práctica societaria inglesa. La S. de R. L. probó su eficacia y es hoy un tipo social muy socorrido en muchos países. Otro ejemplo del Derecho mexicano es la regulación del *fideicomiso* que como figura con antecedentes del Derecho Anglosajón se introdujo en la LTOC (arts. 381 a 394). Este negocio típico no se celebró antes de que entrara en vigor la ley que lo disciplina y sólo hasta que se reconoció legislativamente se utilizó en multitud de negocios con conocido éxito. Con poca aplicación práctica, el *patrimonio de familia* que reglamenta el C.c. (arts. 723 a 746) se introdujo en nuestro Derecho por el legislador de 1928.

b) La otra forma por la que los negocios llegan a integrarse a las normas de un país es por la evolución de figuras atípicas que se convierten en típicas.

"El Derecho, cuando se resuelve a elevar los contratos en cuestión al rango de los negocios jurídicos, no hace otra cosa que reconocer, en vista de su función socialmcntc transcendente, aquel vínculo que, según la conciencia social, los mismos particulares, ya por adelantado sentían haber contraído en las relaciones entre sí."[a]

Encuentro que en este proceso se purden distinguir varias etapas:

i) Los particulares, para la solución de ciertas necesidades económicas que los contratos típicos no resuelven satisfactoriamente, o quizá por algunas ventajas fiscales, celebran un contrato con cieñas modalidades que adquiere la característica de la *iiptádad social*

"La sanción del Derecho —dice Betti— se presenta como algo añadido y lógicamente posterior, como un reconocimiento de la autonomía exactamente. En virtud del reconocimiento, los negocios de la vida privada asumen la calidad de negocios jurídicos, y tórname instrumentos que el Derecho mismo pone a disposición de los pariieulares para regir sus intereses en la vida de relación, para dar existencia y desarrollo a las relaciones entre ellos y, por tanto, jicrmanccen siempre como actos de autonomía privada.

" Betti (21). págs. 42 y 43.
** Betti (21). págs. 43 y 44.

u) Determinado contrato atípico, quizá con una denominación concreta y que puede identificarse como un tipo contractual socialmcntc útil origina ciertos conflictos que hacen que los *jueces montaran* la nueva figura y la acepten como válida. Por ejemplo, en México hay algunas tesis del Poder Judicial Federal que reconocen al contrato de suministro, al de agencia o al de distribución, a pesar de que estos son atípicos.*[4]
m) La celebración constante de este contrato atípico reciben un reconocimiento legal por disposiciones de carácter *administrativo y fiscal* que regulan algunos de los aspectos del contrato. Los ejemplos en el ordenamiento mexicano son inuy numerosos. El contrato de arrendamiento financiero fue reconocido en la Ley del Impuesto sobre la Renta en 1974, antes de su regulación en el Código Fiscal o en la LICOA. La reglamentación se refería, únicamente, a los efectos fiscales para el arrendador y el arrendatario financieros. El contrato de tiempo compartido ha sido regulado, por lo que hace a la prestación del servicio turístico en una referencia de la LPC (arts. 63 y 64). El contrato de transporte mulúmodal internacional está regulado, por lo que hace a la actividad del operador, por el Reglamento para el transporte multimodal internacional (*D.O.* de 7 de julio de 1989). La LPPI señala las características del contrato de franquicia como una especie de los contratos de licencia de marca, para efectos de dicha ley (art. 142).
iv) Por úlüino, la figura atípica es disciplinada en un ordenamiento que regula la *relación privada* entre las partes contratantes, independientemente de la reglamentación administrativa y fiscal de la figura que generalmente se conserva. Por ejemplo, los contratos de arrendamiento financiero y de factoraje financiero que se contienen en la LOAAC (arts. 24 a 44; 45 y siguientes).

6. CLASIFICACIÓN

Ix>s criterios de clasificación propuestos para los contratos a típicos son muy variados y a veces confusos, pues en ocasiones se incluyen los que corresponden a los contratos múltiples o unión de contratos que, en mi concepto constituyen una categoría distinta de la del contrato atípico (aunque es usual que se den contratos múltiples que incluyan negocios atípicos). "Los intentos hechos de clasificar las negocios atípicos no han resultado hasta ahora satisfactorios".[4]*

Por el interés práctico que tienen las clasificaciones, expongo la siguiente:[46]

En una primera distinción se habla de contratos atípicos en sentido estricto *(atípicos puros)* y contratos *mixtos o complejos:*

a) Los contratos *atipicos puros* son aquellos que tienen un contenido completamente extraño a los moldes legales o tipos establecidos. Por ejemplo, la venta de empresa con cláusula de no concurrencia o competencia.

** Pueden mencionarse como ejemplos la» tesis judiciales siguientes: *Ompraventa de* Ju*ministm, variación del preño en* ía— *Omítalo mercantil, terminación.— Agentes de comenut.— Omusumes exclusivas pata la venta de producios de una empresa, natutalezo de La contratas de.— Ornefnaventa de distribuñón exclusiva, contrato mercantil de. nscisitin.*

* De Castro (37). Núm. 266.

*" La clasificación aquí expuesta coincide en algunos puntos con las mencionadas por Sánchez Medal (96). Núm. 333; Diez Picazo (45). tomo I, págs. 242 y 243; Gastan (32), tomo IV, págs. 22 y 23; Enneccerus, que cita el *Diccionario de Derecho Privado* (43), voz: contratos aúpicos y múltiples; y Gutiérrez y González (60), págs. 200 y 204.

b) Los contratos *mixtos o complejos* (en sentido amplio) resultan de la combinación o mezcla de elementos y prestaciones que corresponden a contratos típicos. Se les llama también contratos atípicos impropios y son los más comunes en la práctica.

Existen, con relación a sus prestaciones, tres clases de atípicos impropios:

i) *Combinados o gemelos.* cuando la prestación de una de las partes pertenece a varios contratos típicos y la contraprestación de la otra parte es propia de un solo contrato típico. Por ejemplo, el contrato por el que una parte se obliga a conceder el uso de una marca, transmitir tecnología y prestar asesoría a otra parte que sólo se obliga a pagar un precio anual en una cantidad determinada.

ii) *Mixtos* (en sentido estricto): son aquellos en los que a determinado contrato típico le añaden las partes un elemento o prestación de otro contrato ü'pico. Por ejemplo, un contrato de arrendamiento de un local en la que el arrendatario tiene, como obligación adicional, el acondicionar el local bajo ciertas especificaciones que le marca el arrendador.

iii) *De doble tipa,* en los que el total del contrato puede encuadrarse dentro de dos contratos típicos. Por ejemplo, una parte se obliga a conceder el uso de un inmueble para oficinas y la otra parte se obliga a prestar servicios periódicos de asesoría en computación.

7. PROBLEMÁTICA BÁSICA DE LOS CONTRATOS ATÍPICOS

> Los contratos atípicos plantean dos problemas fundamentales. El primero consiste en dilucidar los límites dentro de los cuales el contrato es admisible y debe considerarse válido y eficaz, y dispone de la protección del ordenamiento jurídico (problema de admisibilidad y de validez). El segundo consiste en determinar, a falta de una normativa legal, cuál es la disciplina a que tales contratos deben estar sometidos y, por consiguiente, puntualizar la manera como deben ser interpretados y como deben ser integradas sus lagunas o sus deficiencias (problema de disciplina normativa).[77]

La libertad contractual que reconoce nuestro Derecho, "está subordinada a la exigencia de estar dirigidos a realizar intereses merecedores de tutela según el ordenamiento jurídico... están circunscritos a la observancia de la ley imperativa".**

[77] Diez Picazo (45), tomo I. pág. 243.
* Mcssineo (75). tomo I. pág. 709.

> Las normas creadas por la autonomía privada tienen un contenido propio que las normas estatales determinan negativamente, sustrayendo al poder privado autónomo ciertas "materias*, ciertos grupos de relaciones que el Estado reserva a su regulación... El Estado no ha indicado fines, ni propuesto intereses a los que este poder deba servir, se ha limitado a señalarle fronteras externas, esto es límites negativos.[19]

El problema de *admisibilidad y validez* se debe plantear respecto a cada caso concreto de contrato atípico y aplicar las normas generales sobre el contrato que contiene nuestra ley positiva acerca de los elementos de existencia y validez (por ejemplo, en el campo de la licitud del objeto). Un contrato atípico que no sería válido en el Derecho mexicano sería aquel por el que diversos fabricantes, competidores entre sí, se ponen de acuerdo para obligarse a no producir sino una cantidad restringida de bienes; o por el que unos fabricantes se coordinan para presentar posturas o abstenerse de presentarlas en determinados concursos o licitaciones públicas. Estos convenios constituyen prácticas monopólicas absolutas de acuerdo a la LCE (art. 9 fracs. II y IV) y no producen efectos jurídicos.

El primer criterio de análisis coincide con la jerarquía de reglas aplicables a los atípicos que establece el artículo 1858 del C. c., y retoma, en cierto sentido —*y* sólo para contratos atípicos—, la tesis de Dualde sobre la materia contractual única. En el campo de la validez del contrato atípico, debe pensarse también en la posibilidad de encontrar un contrato atípico válido que pueda contener una o varias disposiciones inválidas, o que la ley las considere como no puestas. Para estos casos debe acudirse a las normas generales sobre las obligaciones y a otras disposiciones legales: leyes prohibitivas, de orden público, derechos irrenunciables, cláusula penal excesiva.

8. INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS ATÍPICOS

La cuestión principal que plantean los contratos atípicos es determinar cómo deben *interpretarse e integrarse* en sus lagunas los puntos en que las partes fueron omisas. El problema de interpretación, ha dicho la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia, se da cuando no se revela de manera clara la voluntad expresa de las partes (*Cfr.* la tesis judicial: *Contratos).* **

** Ferri, l.uigi: *La autonomía privada.* Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid 1969. citado por Arce y Cervantes (11) págs. 51 y 52.

Al respecto, la doctrina ha formulado algunas tesis básicas acerca del criterio a seguir para determinar —especialmente en los adpicos mixtos— las normas supletorias de los contratos típicos que les puedan llegar a resultar aplicables.

a) *Teoría de la absorción o de la observación.* En los contratos au'picos —dice esta opinión— debe determinarse cuál es la prestación o *elemento preponderante,* y aplicar al contrato atípico las normas del contrato típico al que corresponde tal prestación o elemento preponderante. El negocio viene a ser absorbido en la figura del contrato dpico que responde a dicha prestación.[30] Esta teoría no resuelve sadsfactoriamente el problema de interpretación de los contratos adpicos, pues generalmente no es posible determinar con claridad cuál es la prestación o elemento preponderante. En ciertos contratos, los elementos secundarios son los que dan al contrato atípico su caracterísdca de tal. Muchos actos jurídicos adpicos tienen como prestación más importante la que corresponde a dos o más contratos típicos.

Sin embargo, hay ejemplos de disposiciones que resuelven de una manera práctica, en aplicación de esta teoría, la posibilidad de que un contrato pueda asumir alguno de dos tipos contractuales. Por ejemplo, la enajenación en la que parte del precio se paga en dinero y parte en especie, será compraventa o permuta en atención a la parte mayor que el dinero o la especie representen en la contraprestación (art. 2250 del C.c.). En la LOSPR se establece como criterio práctico para determinar en que casos se está en presencia de una adquisición o una instalación con base al mayor precio que representen los bienes muebles adquiridos o el costo de los servicios (art. 3*. VII). Igualmente, en la *Convención de las Naciones Unidas sobre los eontratos de compraventa internacional de mercaderías,* se establece que: "no se aplicará a los contratos en los que la parte principal de las obligaciones de la parte que proporcione las mercancías consista en suministrar mano de obra o presur otros servicios" (art. 2.2).

b) *Teoría de la combinación.* De acuerdo con esta tesis, cuando un contrato atípico se conforma de prestaciones y elementos que pertenecen a distintos contratos típicos, las normas aplicables serán las que resulten de la *mezcla o combinación* de dichas normas de tipos contractuales. Un contrato atípico concreto debe desmenuzarse en sus prestaciones y encuadrar cada una dentro del contrato típico que corresponde. Las normas supletorias serán las de todos los contratos ripíeos a los que pertenezcan los elementos o prestaciones que componen a la figura aripica. La crítica a esta teoría se ha formulado en el sentido de que el contrato aripico no es una mezcla o agregado de diversos elementos típicos, no es una suma

* *Cfr.* Boija Martínez (25), págs. 52 y 53.

sino una síntesis; tiene una unidad, se trata de un contrato único que tiene una finalidad empírica propia y también única.

c) *Teoría de la analogía.* Las reglas que deben aplicarse para interpretar el contrato atípico -—en tesis de Messineo— son las del contrato típico con el que tenga mayor *analogía*.[51] Esta es la tesis que recoge nuestro C.c. (art. 1858). La teoría no está exenta de críticas por parte de los autores. Se dice que los contratos au'picos se caracterizan por ser distintos de los típicos y no análogos o afines. Por otro lado, el sentido en el que una figura atípica debe ser análoga o semejante a una típica no es fácilmente determinable, pues la afinidad puede aparecer en elementos que no son esenciales para un contrato atípico concreto.

d) *Teoría del interés dominante.* Dice esta tesis que, en cada caso, habrá que atenerse a la situación de los intereses que tienen las partes en un determinado contrato atípico. Si el fin que persiguen las partes no puede ser alcanzado por un contrato típico, no debe insistirsc en aplicar las reglas del mismo como supletorias del atípico, sino que será necesario acudir a las normas generales de las obligaciones y de los contratos. Para De Castro, esta idea "es una confesión de impotencia para encontrar un criterio general".[52]

9. NUESTRA LEGISLACIÓN

a) *La interpretación.* El artículo 1858 del C.c., que regula lo referente a los *contratos atípicos*, es nuevo en el Código civil pues no lo tenían los Códigos Civiles de 1870 y 1884. Boija Martínez afirma que posiblemente los legisladores de 1928 se inspiraron para este precepto en un texto de Manuel Mateos Alarcón, según el cual

> Los contratos nominados se rigen por las reglas especiales que les consagra la ley y por los principios comunes a todos los contratos; y que los llamados innominados se rigen por las cláusulas y condiciones que, de común acuerdo, se imponen en los contratantes y, en su defecto, por las reglas comunes a todos los contratos y con las de los nominados con los cuales tengan mayor analogía..."

Aunque la ley civil contempla la existencia de los contratos atípicos, no les da esta denominación. El régimen jurídico de los contratos no regulados como típicos y las normas que deben aplicarse para su interpretación e integración se establecen en dicho precepto.

[51] *Cfr.* Messineo (75), tomo I, págs. 715 y 716.
* De Castro (37). pág. 208.
" Boija Martínez (25), pág. 50.

> 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 las partes fueren omisas, por las disposiciones del contrato con el que tengan más analogía de los reglamentados en este ordenamiento (art. 1858).

Esta disposición señala claramente *el orden* que debe seguirse para aplicar al contrato atípico las normas de los contratos, que son:

i) Las reglas generales del contrato incluidas en el propio C. c., lo que a mi entender comprende a todas las normas generales de las obligaciones y la posibilidad de aplicar las de contratos típicos de otras leyes mexicanas, no sólo el propio C. c., sino también en el C. de c., la LTOC, la LOAAC, la LCS, o la LNAV.

¡i) Las estipulaciones de las partes; y

ni) Las normas del contrato típico con el que tengan más *analogía.*

> La Suprema Corte de Justicia en alguna tesis ha aplicado este criterio de la analogía. Dice una de ellas: "...cuando se trata de un contrato no expresamente reglamentado en el Código de Comercio, serán aplicables a los actos mercantiles las disposiciones del derecho civil acerca de las causas que invalidan o rescinden los contratos, conforme a las cuales son aplicables, en lo que fueren omisas las partes, las disposiciones de más *analogía*,..." (*CJr.* la tesis *Contrato mercantil, terminación).*

Opino que este criterio para los contratos atípicos resulta aplicable a los *contratos mercantiles*, en donde deben tenerse en cuenta las normas comerciales generales sobre obligaciones, las del contrato mercantil en general o las normas especiales de los contratos típicos mercantiles como disposiciones derogatorias —por especiales— de las del C. c.

A pesar de que el C.c. no lo expresa en esta disposición de los contratos no regulados, hay que acudir a los *usos y costumbres*, que muchas veces son el origen del contrato au'pico, especialmente si éste es mercantil. Indirectamente, nuestra ley lo reconoce en el artículo 1796 del C. c. y 2* del C. de c., que ordena que los contratos obligan no sólo a lo expresamente pactado sino a las consecuencias que conforme a su naturaleza derivan de la buena fe, *del uso* o de la ley. Los usos son supletorios de las normas mercantiles y, además, las disposiciones sobre interpretación de contratos señalan que: *"el uso y costumbre* del país se tendrán en cuenta" (art. 1856 del C. c.). El C. de c. establece que "el tribunal arbitral decidirá con arreglo a las estipulaciones del convenio y tendrá en cuenta *los usos mercantiles* aplicables al caso" (art. 1445).

> Los Principios de UNIDROIT dicen: "Las partes están obligadas por cualquier uso en cuya aplicación hayan convenido y por cualquier práctica que hayan establecido entre ellas.—Las partes están obligadas por cualquier uso que sea ampliamente conocido y regularmente observado en el tráfico mercantil de que se trate por sujetos participantes en dicho tráfico, a menos que la aplicación de dicho uso no sea razonable" (art. 1.9).

Por otro lado, la jurisprudencia, las decisiones judiciales y los estudios de los autores sobre determinada operación atípica, pueden considerarse también como *instrumentos auxiliares* para su interpretación e integración.

b) *La forma de los contratos alipicos.* En los *contratos atipicos* se presenta un problema interesante respecto a su formalidad, pues al no estar reglamentados expresamente en la ley, donde se impone la forma como requisito de validez, se aplica la regla general de la libertad de forma para las partes. Sin embargo, en el análisis particular de ciertas figuras negocíales alípicas, podemos encontrarnos con una gran similitud con algún otro contrato típico formal. ¿Estos contratos atípicos van a requerir la forma del contrato típico al que se asemejan por aplicación supletoria de la norma que impone la forma a dicho contrato? Por ejemplo, ¿debe celebrarse por escrito el contrato de agencia por su similitud con el contrato de comisión o de mandato? Me parece que los contratos atípicos son siempre consensúales, pues rige el principio general de libertad de forma y no se puede, por analogía, imponérseles una forma que corresponde a un contrato que se le parece.

> Este criterio lo confirma una tesis de la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia, que ha señalado que: "las disposiciones excepcionales no pueden extenderse a casos no comprendidos en ellas de modo expreso. Fundamentalmente, en nuestra legislación, los contratos son consensúales y no necesitan formalidades para su existencia, sino en los casos en que la ley lo previene expresamente, y a las div posiciones excepcionales no debe dárseles una amplitud tal, que se comprenda en ellas a los casos a que no se refieran; así, aun suponiendo que el conUato innominado, que ha dado en llamarse contrato de piso, tuviera una grande analogía con el contrato de arrendamiento, no hay razón para exigir que aquel contrato tuviera los mismos requisitos de fonnalidad que el último de los enunciados; pues como se ha dicho ya, las disposiciones de carácter excepcional, no pueden aplicarse sino en los casos expresamente señalados" (*Cfr.* la tesis: *Contratos innominados).*

10. ALGUNAS SUGERENCIAS

Las teorías y criterios enunciados pretenden identificar a las prestaciones de los contratos atípicos con las de los típicos. Esto se presta a confusión, pues una prestación atípica puede corresponder a la prestación típica de diversos contratos típicos. Por ejemplo, la trasmisión de propiedad es prestación esencial en la compraventa, la donación y el mutuo; el pago del precio, se encuentra en los contratos de compraventa, de arrendamiento y el de prestación de servicios. La obligación de entregar alguna cosa, es prestación no sólo de la compraventa, sino de otros contratos como el comodato, el arrendamiento y la prenda.

La aplicación de normas supletorias al contrato atípico debe buscarse en los principios y *normas generales* que regulan las obligaciones, más que en los contratos típicos específicos. Hay que tomar en cuenta, como lo ha expresado la Jurisprudencia de la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia, que "la naturaleza de los contratos depende, no de la designación que le hayan dado las partes, sino de los hechos y actos consentidos por las mismas" (*Cfr.* la tesis judicial: *Contratos. Interpretación de los).*

"Lo que si puede y deberá hacerse es utilizar analógicamente lo dispuesto en las leyes respecto de prestaciones de la misma o semejante naturaleza".[54] Esto puede suponer, en una evolución del derecho de las obligaciones, una reducción de las normas especiales de cada contrato típico y una ampliación de la regulación de los principios de las obligaciones y de la teoría general del contrato. Así, en un contrato atípico concreto considero que éste se debe descomponer en sus prestaciones y obligaciones para interpretarlas de acuerdo con la normativa general de cada tipo de obligación. Abstracción hecha de a qué contrato típico corresponde la prestación del atípico, habrá que determinar la naturaleza de cada prestación, por ejemplo: la transferencia de propiedad, el pago de precio, la trasmisión temporal de uso, la de rendición de cuentas, etc. Hay que considerar, además, las características propias del contrato que regula esa prestación: unilateral, bilateral, gratuito, oneroso, de ejecución instantánea, de duración; pues no es lo mismo una obligación de trasmitir la propiedad de un bien en un contrato oneroso que en uno gratuito. En el primero, la responsabilidad por evicción o por vicios ocultos es, necesariamente, más grave que en el gratuito que, generalmente, no la tiene. Son muy diferentes los

* De Castro (37). Núm. 269.

principios sobre los efectos de la rescisión en un contrato de ejecución instantánea, que en la terminación anticipada de un contrato de duración.

Con estas ideas me adhiero, en cierto modo, a la llamada *teoría de la combinación.* El análisis de los atípicos debe hacerse respecto a las prestaciones que lo conforman, pero sin dejar de tener en cuenta que todas las prestaciones corresponden a un solo contrato, para no romper la unidad de éste.

Por otra parte, en una materia tan amplia y sin soluciones concretas y claras en la ley y la doctrina, puedo sugerir que las partes que celebran contratos atípicos señalen en el mismo contrato que determinada prestación, relación jurídica o cláusula, en caso de duda, debe interpretarse de acuerdo con las normas de determinado contrato típico. Por ejemplo, en un contrato atípico puede pactarse que todo lo relacionado con el pago de cierta cantidad se regirá por las normas de la compraventa; que la responsabilidad de la custodia de un bien se regirá por los principios del depósito; que la rendición de cuentas se hará conforme a las reglas del mandato.

Considero que estas ideas no son extrañas a nuestras leyes, en las cuales aparecen criterios de solución similares para ciertas y determinadas situaciones. Así, en ciertos contratos típicos la ley señala que la conducta de una de las partes sobre cierta relación se regirá por normas de un contrato distinto. En la compraventa civil, el vendedor antes de entregar el bien se considera depositario (art. 2284 del C. c.). En la compraventa con resena de dominio, el comprador es estimado arrendatario respecto a las facultades que uene sobre la cosa (art. 2315 del C. c.). Al mandatario que dene sumas de dinero se le considera depositario (art. 2559 del C. c.). El que da frutos en prenda es considerado depositario (art. 2857 del C. c.). En otros casos, la ley remite a normas de otro contrato para completar la reglamentación de la figura típica. La permuta se rige por disposiciones de la compraventa (art. 2331 del C. c.); la división de copropietarios se rige por disposiciones de la división de coherederos (art. 979 del C.c.); las donaciones para después de la muerte se rigen —o se asimilan— a los legados (art. 2339 del C. c.). En materia mercantil, en el contrato de habilitación o ario, cuando hay prenda se considera al deudor *depositario judicial* (art. 329 de la LTOC).

11. Los CONTRATOS COALIGADOS

En la práctica de los negocios nos encontramos algunas veces con actos jurídicos y contratos que tienen entre sí alguna vincu-

lación. En materia contractual este fenómeno recibe el nombre de *contratos coaligados*[35] *(o contratos coligados),* contratos vinculados o unidos, contratos múltiples o interdependientes. El término *coaligados* ha sido utilizado por el Tribunal Colegiado en algunas tesis sobre esta materia (*Cfr.*: las tesis *contratos coahgados)* y fue recogido legislativamente en la reciente reforma al C. de c. (*D.O.* de 24 de mayo de 1996) que lo menciona en una disposición procesal.[1]*

> Esta unión puede estar ya prevista en la ley o resultar de la voluntad de las partes. Hay figuras negocíales caracterizadas precisamente por su distinción y, a la vez, su dependencia respecto a otro negocio, por ejemplo, la cesión, la delegación, los negocios de garantía... Los particulares pueden, generalmente, establecer la dependencia o la independencia entre dos negocios distintos.[17]

a) *Concepto.* Los contratos coaligados pueden definirse como "los contratos que en una u otra forma guardan cierta vinculación con otro u otros".[58] De manera negativa, podría decirse que contratos unidos son aquellos que no son independientes. Se dice también que son aquellos "en que las partes yuxtaponen varios contratos típicos en un negocio único, para tratar de alcanzar con la unión de todos ellos la finalidad empírica que persiguen o que pretenden".[59] Considero que la vinculación de contratos puede darse respecto de contratos *atípicos* y no sólo típicos.

El tema de los contratos coaligados no ha sido suficientemente explorado por la doctrina y los autores tienden a tratar esta materia dentro del rubro general de los contratos atípicos, en especial en la de los atípicos mixtos y complejos.[40] La diferencia entre el contrato atípico y los contratos coaligados es que, en el primer caso, hay unidad en el contrato, y en el segundo interesa el fenómeno de la dualidad o pluralidad de contratos. Los contratos unidos tienen una entidad distinta —dice Messineo— y tienen su propia causa jurídica.[41]

[n] *I'-ik Urmino es* un *itahanismo que deriva del vocablo 'contrato coUegatti*".

** El artículo 1121 del C. de c. señala que: "La competencia por razón de materia, es prorrogable con el fin de no dividir la continencia de la causa en aquellos casos en que existan contratos coaligados o las prestaciones tengan íntima conexión entre sí,..."

** De Castro (37), Núm. 274.

*• López Vilas (70), págs. 211 y 212.

* Diez Picazo (45). tomo I. págs. 254 y 255.( )

[40] Entre otros. De Castro, Castán y Enneccerus. Los analizan en forma separada de los *atípicos* y siguiendo a Enneccerus, Lozano (64). págs. 52 y 53 y Aguilar (5). págs. 49 a 52.

[41] Messineo (75), tomo I, pág. 720,

b) *Requisitos.* Para que existan los contratos coaligados es necesario que se estos presenten estos dos requisitos:

i) que exista dualidad o pluralidad de contratos; y

ii) la existencia de una vinculación jurídica y con efectos jurídicos.[42]

El primer requisito presenta algunos problemas de aplicación práedea, pues no es fácil determinar cuando estamos en presencia de un contrato atípico, especialmente en los llamados mixtos, o de varios contratos unidos entre sí. "La consideración de interdependencia puede llevar a que se pierda por ella la tipicidad de uno o ambos negocios."[43] La diferencia fundamental entre los dos fenómenos es que "mientras que en el contrato mixto se verifica una *fusión de elementos contractuales diversos* en un solo contrato, en cambio en los contratos unidos el resultado es el de dos contratos ligados entre sí, pero cada uno manteniendo su individualidad, con sus características y perfiles propios. Este requisito excluye aquellos contratos que están unidos a un *pacto agregado* que forma parte del mismo, pues la unión se da entre dos o más contratos con individualidad propia. Por ejemplo, no hay unión de contratos en una compraventa en la que el vendedor tiene a su favor un pacto de preferencia (art. 2302 del C.c.); o el derecho de preferencia pactado entre accionistas de una sociedad, si este acuerdo forma parte de la escritura constitutiva de la sociedad.

En cuanto al segundo requisito, es necesario que el *vínculo* que une a los contratos sea de *naturaleza jurídica.* No hay propiamente contratos vinculados en la llamada unión externa o formal, en donde la coexistencia se da en la forma; sí puede haber contratos coaligados en la unión económica. De este modo sólo la vinculación económica o jurídica entre los contratos los hace interdependientes entre sí, de modo que la terminación, rescisión o ineficacia de alguno de ellos tenga o pueda tener efectos respecto a los otros contratos unidos a aquél.

> Una ejecutoria de la Suprema Corte de Justicia ha señalado que: "una consecuencia que se desprende de la existencia de contratos vinculados, es que el cumplimiento de un contrato se refleja en los demás y el incumplimiento de uno también tiene que tener relevancia respecto de los demás contratos. La nulidad de uno de los actos jurídicos produce también la de los demás contratos vinculados" (*Cfr.* la tesis judicial: *Contratos coaligados, rescisión de los).*

« *Cfr.* López Vilas (70). p*ig.* 216.
" De Castro (37). Núm. 274.

Es necesario que en los contratos unidos, o en alguno de ellos (no necesariamente en forma expresa) se haga alguna referencia, directa o indirectamente, al contrato con los que está vinculado, para que la rescisión, terminación o ineficacia de uno tenga efectos en otro u otros de los contratos ¡nterdependientes.

c) *Gasificación.* Los contratos coaligados pueden presentarse de formas muy variadas, y resulta importante analizar la naturaleza y clase del vínculo entre los contratos.

Como *dosificación clásico* en esta materia suele exponerse la de Enneccerus, para quien la unión de contratos puede darse de tres modos:

i) Unión *meramente externa,* en donde los contratos están unidos por el acto de la conclusión y no guardan relación jurídica entre sí; por ejemplo, en un mismo documento se contienen varios contratos.

ii) Unión de *codependencia,* bilateral o unilateral, o unión *reciproca,* en donde los contratos múltiples tienen un contenido de voluntad única. La voluntad de las partes al concluir los acuerdos es la de celebrar todos los contratos como un solo contrato con unidad económica; estos actos jurídicos son interdependientes y no pueden separarse unos de otros. Se habla de contratos recíprocos *unilaterales y bilaterales* si el vínculo sólo se da entre un contrato que para su existencia requiere de otro u otros, o si la unión de dependencia es recíproca, para dos o más contratos que dependen uno de otro en ambos sentidos. A esta clasificación "que es verdaderamente importante", hace referencia la tesis judicial citada.

iii) Unión *alternativa* es aquella en la que los contratos están unidos de tal forma que si se cumple una condición es eficaz uno de los contratos, y si la condición no se realiza, es eficaz el otro contrato. Guardan algún parecido con las obligaciones alternativas, aunque en estas se defiende de la voluntad del deudor y no de una condición. Por ejemplo, un extranjero celebra un contrato de compraventa o de arrendamiento respecto a un inmueble sujeto a la condición suspensiva de que la Secretaría Relaciones Exteriores le conceda permiso para adquirirlo. Si se le concede el permiso, la compraventa surte efectos; si no se concede, el contrato será de arrendamiento.

La anterior clasificación ha sido criticada y se ha propuesto otra con base al tipo de vínculo jurídico que une a los contratos múltiples. De este modo, se distinguen:

i) Unión *objetixHi y subjetiva,* que atiende al origen de la vinculación. Si ésta depende de la naturaleza misma de los contratos (unión necesaria), estamos frente a una unión objetiva; si la unión se produce por la voluntad de las partes (unión voluntaria), se llama subjetiva.

ti) Unión *unilateral o bilateral,* cuando la influencia jurídica se orienta hacia un solo sentido o *reciproca* cuando es entre ambos contratos. En la unión unilateral la relación que media entre los contratos es de subordinación, sólo uno es sensible o se ve afectado por cambios en el otro contrato; en la bilateral hay interdependencia de coordinación entre los contratos.

La *unión reciproca* es aquella "en la que se estipulan entre las mismas partes dos contratos en relación de dependencia mutua (interdependencia), en el sentido de que la ejecución (o la validez) del uno queda subordinada a la ejecución (o la validez) del otro: más o menos como en el contrato único con prestaciones recíprocas, el cumplimiento de una prestación está subordinada al cumplimiento de la otra."[44]

iii) Unión *genética o funcional,* se da cuando un contrato ejerce una unión vinculante respecto al otro en su formación o nacimiento, como en el contrato preparatorio o preliminar, o, unión funcional que se da en aquellos casos en que un contrato no influye en el nacimiento del otro, sino que opera en el desarrollo de la relación propiamente dicha.[45]

12. EL SUBCONTRATO

El subcontrato es aquel contrato derivado y dependiente de otro anterior de su misma naturaleza, que surge a la vida como consecuencia de la actitud de uno de los contratantes, el cual, en vez de ejecutar personalmente las obligaciones asumidas en el contrato originario, se decide a realizar con un tercero la ejecución de aquéllas, en base al contrato anterior del cual es parte.[44]

El subcontrato supone la existencia de *tres partes:* el primer contratante, el contratante intermediario y el subcontratante. El primer contratante permanece ajeno a la relación del subcontrato, que sólo se produce entre el contratante intermediario y el subcontratante, aunque puede expresar su voluntad para la celebración. En muchos casos, este consentimiento es condición necesaria para la validez del subcontrato.

Las *características* del subcontrato son:

a) Se trata de un nuevo contrato distinto del contrato básico en el cual se funda.

b) Debe tener la misma naturaleza del contrato base que le dio origen.

** Messineo (70). tomo II, pág. 403.

[w] *Cfr.* López Vilas (70). págs. 211 a 245 y Messineo (75). tomo I. págs. 721 a 727.

* López Vilas (70), pág. 193.

c) Está restringido en su extensión y contenido por los límites del contrato anterior o principal.

d) El subcontrato coexiste con el contrato básico.

La posibilidad de desdoblar un contrato mediante la celebración de un subcontrato o *contrato derivado o filial,* exige que el contrato originario cumpla determinados supuestos o condiciones:

a) En cuanto a su ejecución, el contrato originario debe ser de cierta *duración*; no procede en contratos de ejecución instantánea.

b) El contrato base no debe ser *intuitu personae,* en donde el acreedor no permita que otro ejecute el contrato. Por tanto, el obligado debe tener la posibilidad de cumplir el contrato por sí mismo o por otro. Puede ejecutarse parcialmente por uno o varios subcontratan tes y el obligado principal ejecutar por sí mismo tan sólo una parte, que no sea objeto del o los subcontratos.

c) La subcontratación no debe estar prohibida por el contrato base (a menos que el primer contratante preste su consentimiento o autorice) o por la ley.

d) El contrato originario no debe ser de trasmisión de dominio (o de tracto único).

El subcontrato, en su *naturaleza jurídica,* es una especie de la unión de contratos (López Vilas) y no debe confundirse con la cesión del contrato, con la estipulación en favor de tercero o con el contrato con persona a designar. Como contrato coaligado o unión de contratos, el contrato filial o subcontrato respecto al contrato originario, es una unión objetiva, unilateral y funcional.[47]

Debido a la necesidad de que los contratos se desdoblen para una más eficiente ejecución, la importancia prácdca del subcontrato se acrecienta cada día más en el campo del Derecho privado y del público. En nuestro derecho, el subcontrato se encuentra reconocido en algunos contratos ü'picos del C. c., como el subarrendamiento (arts. 2480 a 2482), el submandato (arts. 2574 y 2576), el de obra a precio alzado (art. 2633) y el subtransporte (art. 2646). También puede celebrarse respecto al comodato y al depósito. En materia mercantil se da en la subcomisión (art. 280 del C. de c.), el subtransporte (art. 577) y el subdepósito. Para algunos contratos atípicos, el subcontrato se plantea en los contratos de corretaje, agencia, distribución y franquicia, entre otros.

« *Cfr.* López Vilas (70). págs. 226 a 236.

BIBLIOGRAFÍA

BETTI: (21) *Teoría general del negocio jurídico,* págs 152 a 157 y 217 a 222.
BETTI: (22) *Teoría general de las obligaciones,* págs. 67 a 75.
BORJA MARTÍNEZ: (25) *El contrato atípico. Su concepto, clasificación y disciplina jurídica.*
CASTÁN TOBEÑAS: (32) *Derecho civil español, común y /oral,* tomo I, vol. II. págs. 692 a 698 y tomo IV, vol. II, págs. 16 a 26.
DE CASTRO: (37) *El negocio jurídico,* págs. 205 a 216.
Diccionario de Derecho privado (43), voz: contratos atípicos y múltiples.
DIEZ PICAZO: (45) *Fundamentos del Derecho civil patrimonial,* tomo I, págs. 239 a 247.
LÓPEZ VIIAS: (70) *El subcontrato,* págs. 194 a 248.
LOZANO NORIEGA: (71) *Cuarto curso de Derecho civil (contratos),* págs. 50 a 55.
MESSINEO: (75) *II contrato in genere,* tomo I, págs. 682 a 744.
MESSINEO: (77) *Doctrina general del contrato,* tomo I, págs. 378 a 406.
PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ: (82 a) *Contratos atípicos en el ámbito mercantil.*
SÁNCHEZ MEDAL: (96) *De los contratos ctvñles,* Núms. 330 a 335.
VICENT CHULÍA: (104) *Compendio crítico de Deiecho mercantil,* tomo II, págs. 43 a 47.

SEGUNDA PARTE

CAPÍTULO VI

EL CONTRATO DE SUMINISTRO

SUMARIO: 1.—Introducción. 2.—Concepto y características. 3.—Contratos afines. 4.—Clasificación. 5.—Elementos. 6.—Limitaciones de la LCE. 7.—Obligaciones del suministrador 8.—Obligaciones del suministrado 9.—Modalidades. 10.—Terminación. 11.—Naturaleza contractual.

1. INTRODUCCIÓN

"A pesar de su importancia y de su presencia en el tráfico mercantil moderno,"[1] en nuestro Derecho, el contrato de suministro es un contrato *atípico.* En cierta doctrina se le estudia como una variante de la compraventa, aunque tiene particularidades propias que lo conforman como una figura distinta.

El suministro está regulado por el C c. ital. (arts. 1559 a 1570) dentro de los contratos que tienen por objeto trasmitir la propiedad, pero se le disciplina como un contrato distinto de la compraventa, no como una modalidad de ésta. Está regulado por los Códigos de Comercio de Honduras (arts. 793 a 803), Guatemala (arts. 707 a 712), Colombia (arts. 968 a 980) y El Salvador (arts. 1055 a 1065).[1] *

En el Derecho Mexicano, el C. de c., en su enumeración de los actos de comercio, se refiere a "las empresas de abastecimientos y suministros" (art 75-V) y la LCE menciona como actividad económica al abasto y al suministro (arts 13-1 y 17-1). La LAASSP se refiere al proveedor como "la persona que celebre contratos de adquisiciones, arrendamientos o servicios" con dependencias y entidades del Gobierno federal (art. 2®, frac. VI) y se refiere al suministro y al abastecimiento en algunas de sus disposiciones (arts. 20, frac. VI; 46, 23 ,31, frac. XVI). Hay referencias a las actividades de abasto y suministro en la LOAPF (arts. 34-1, VI, IX, XXI) y en la LIE se menciona al suministro como actividad económica (art. 7° IV t). La ley del servicio público de energía eléctrica (LSPEE) regula el *suministro* de energía eléctrica (arts. 25 y siguientes).

• Bcrcovitz AJvarcz. Raúl. *El contrato de suministro,* parte de la obra de *Contratos mercantiles* (18 b). pág. 95.

[1] *• *Cfr.* Díaz Bravo (42). pág. 165 y *Diccionario Juridtw Mexicano* (44), voz: contrato de suminútro.

El término de *abasto o abastecimiento* que aparece ligado al suministro, "implica una actividad que se dirige a satisfacer necesidades colectivas con el fin de crear en los mercados abundancia de ciertas mercancías destinadas al consumo".*

El *contrato de suministro,* según nuestra legislación mercantil, es acto de comercio cuando lo realiza una empresa. La empresa de suministro es aquella que "tiene por objeto proporcionar a sus clientes, en épocas generalmente periódicas, determinadas cosas o servicios, mediante el precio y en las cantidades y demás condiciones de antemano convenidas".[3] Las empresas de abastecimientos son de alcance más amplio y general que las de suministros.[4]

La característica de las *empresas de suministro,* que las distingue de las operaciones de venta y promesa de compraventa,

> es que el negocio tiene por objeto la prestación de un servicio. En la compraventa el comprador atiende a la adquisición de la cosa; en el suministro, a quien se le suministra atiende a obtener el servicio que el suministrador le presta, procurándole la cosa en tiempo oportuno. El elemento esencial es la obra o trabajo de suministrarle.*

La diferencia entre el contrato y la empresa de suministro radica en la forma en que está organizada la prestación del servicio. En la empresa de suministro, el suministrador se vale de trabajo ajeno y especula con él.

> El contrato de suministro nace para atender la necesidad del suministrado de estar provisto de forma duradera de las mercancías que necesita para su consumo o su actividad empresarial, y del suministrador de planificar y asegurar la colocación de sus productos durante un plazo futuro*

2. CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS

El C. c. i tal. lo define así:

> "el *suministro* es un contrato por el cual una parte se obliga, a cambio de un precio, a realizar a favor de otra, prestaciones periódicas o continuadas de ciertas cosas" (art. 1559).
>
> En la doctrina se le ha definido como: "el contrato por el que una parte (suminitrador) se obliga mediante un precio, a ejecutar a

* *Diccionario Jurídico Mexicano* (44). voz: abasto. Este término se menciona en el art. 23 de la LAASSP.

* *Diccionario Jurídico Mexicano* (44), voz abasto.

* *Cfr. Diccionario Jurídico Mexuano* (44), voz: abasto.

» Rocco (88). pág. 65.

* Vicent Chalía (104), tomo II. pág. 169.

favor de otra (suministrado) prestaciones periódicas o continuadas de cosas."[7]

Algunas de las *características* de este contrato son:

a) Tiene *unidad de vínculo*, unidad externa en un solo contrato.

b) Tiene *tracto sucesivo* en la ejecución y cumplimiento de ambas partes. Esta es la característica principal: es un contrato de duración.

c) Se fracciona el objeto total de la prestación en *partes o cuotas autónomas*.*

Una tesis de la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia ha señalado: "la función del contrato de suministro consiste en satisfacer las periódicas y continuas necesidades del suministrado, sin que éste tenga que estipular tantos contratos como períodos de necesidad se presenten dándole seguridad en la percepción de las cosas, las cuales obtendrá en forma constante, y aun cuando los conuatantes estén vinculados en una unidad formal, el objeto total de la prestación se fracciona en partes independientes y autónomas, y formando cada una materialmente una operación distinta..." *(Cfr.* la tesis *Compraventa de suministro, variación del precio en la).*

"Cuando el objeto del suministro son cosas o servicios prestados en régimen de monopolio o de servicios públicos, los formularios y las tarifas del suministro suelen ser aprobados por la administración pública".[9] En los contratos de suministro en que el suministrado es el Estado, estamos en presencia de un contrato administrativo. Cuando el proveedor o suministrador es particular y el suministrado el Gobierno o alguna dependencia o entidad federal, la relación jurídica se regula, en México, por la *Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público* (IAASSP) y por la *ley de Obras Públicas y Servidos Relacionados con las mismas (LOPSR).*[10]

El suministro de energía eléctrica lo hace la Comisión Federal de Electricidad como organismo público descentralizado en términos de la LSPEE que regula este servicio.

3. CONTRATOS AFINES

El contrato de suministro se distingue de otros contratos afines en lo siguiente:

a) *Con la compraventa*. La compraventa de ejecución inmediata o con entrega única se distingue del contrato de suministro en que

T Sánchez Calero (93) pág. 484.
* *Cfr.* Cattán (32). tomo IV, vol. II. pág. 72.
* Broscta Pont (29), pág. 410.
'• *D O.* de 4 de enero del 2000.

en el primero la obligación se cumple en un solo acto, mientras que en el suministro tal cumplimiento se prolonga en el tiempo. La compraventa con *entregas parciales* (a entregar por cuotas), repartidas a lo largo del tiempo, tiene una mayor similitud y puede confundirse con el suministro. La distinción se encuentra en que en la compraventa hay una prestación única, aunque la ejecución se fraccione (en este caso la entrega); mientras que en el suministro existen varias prestaciones autónomas ligadas entre sí en un contrato único. En la compraventa hay una sola prestación y una sola obligación; en el suministro hay pluralidad de prestaciones que se corresponden con una pluralidad de obligaciones.

> El suministro tiene duración indeterminada y, por consiguiente es (o puede ser) indeterminada la importancia total del contrato y de las prestaciones singulares. La venta a entrega por cuotas implica la previa determinación de la prestación conjunta y de las prestaciones singulares.[11]

En la compraventa con entregas periódicas, la obligación es *divisible,* pues la prestación es suceptible de cumplirse parcialmente (art. 2003 del C. c.). Por ejemplo, si una empresa está obligada a entregar 300 toneladas de piezas de una estructura de acero, la compraventa es por todas las piezas, aunque éstas se entreguen por partes. El comprador quiere todas las piezas del mismo vendedor. Si no se entrega la totalidad de las piezas, el contrato no se cumplió por el vendedor. En un contrato de suministro no hay este fenómeno, pues si un proveedor se obliga entregar periódicamente 10,000 litros de un producto químico, cada prestación, una vez cumplida no afecta a las anteriores ya cumplidas o a las posteriores. Esta distinción reviste especial interés para los casos de rescisión del contrato, pues en la compraventa los efectos de la rescisión afectan a todo el contrato, en tanto que en el suministro solo a las prestaciones futuras.

b) *Con el contrato de obra o prestación de servicios.* En el suministro el objeto del contrato son cosas —generalmente muebles y genéricas— y la obligación es de dar; en el contrato de obra o de prestación de servicios, el objeto es realizar una obra o prestar un servicio. En el primer caso estamos frente a un contrato traslativo de dominio, y en el segundo ante un contrato de trabajo o gestión en el cual las cosas trasmitidas tienen un papel secundario. "La empresa encargada de realizar la obra responde del resultado final y no sólo de la entrega de los materiales."[12]

" Messineo (76). tomo V. pág. 151.
'* Vicent Chulla (KM), tomo II, pág. 169.

En la LOPSR se establece un criterio práctico para determinar que se consideran obras públicas (y no adquisiciones): "la instalación, montaje, colocación o aplicación, incluyendo pruebas de operación de bienes muebles que deban incorporarse. adherirse o destinarse a un inmueble, siempre y cuando dichos bienes sean proporcionados por la convocante contratista; o bien, cuando incluyan la adquisición y su precio sea menor al de los trabajos que contrate" (art. 3* fracc. VII).
La *Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías,* que, en principio, se aplica ai suministro (art. 3.1), establece que: "no se aplicará a los contratos en los que la parte principal de las obligaciones de la parte que proporcione las mercancías consista en suministrar mano de obra o prcv tar otros servicios" (art. 2.2).

c) *Con el contrato de distribución.* El suministro y la distribución son contratos traslativos de dominio (de obligaciones de dar), de ejecución continuada o de duración, generalmente celebrados entre comerciantes (empresas, sociedades mercantiles). En el suministro, el suministrado adquiere los bienes objeto del negocio para utilizarlos, generalmente, en un proceso de *transformación,* fabricación o manufactura. "Las cosas suministradas pasan, de ordinario, a propiedad del suministrado para ser consumidas por él, destruyéndolas."[15] En el contrato de distribución el adquirente no transforma los bienes, sino que los adquiere *para revenderlos* a consumidores en el mismo estado en que los recibe. Esta reventa debe hacerla el distribuidor con sujeción a las condiciones de reventa que le impone el fabricante o el proveedor. Se puede afirmar que el contrato de suministro es para la industria y el de distribución para el comercio.

4. CLASIFICACIÓN

a) Cuando constituye un acto de comercio prestado por empresas (art. 75, fracción V del C. de c.), el contrato de suministro generalmente es *mercantil*

b) Es consensual en tanto se perfecciona por el mero consentimiento de las partes. Para su validez no requiere de forma alguna por la ley, aunque generalmente se celebre por escrito y muchas veces sea un contrato *de adhesión.*

c) Es un contrato que produce *obligaciones de dar* y, además, *traslativo de dominio,* aunque este efecto no se produce en la celebración sino en su cumplimiento.[14]

d) Es un contrato *bilateral* pues produce derechos y obligaciones para las dos partes.

e) Es *oneroso,* pues los provechos y gravámenes son recíprocos.

f) Generalmente es un contrato *conmutativo;* excepcionalmente pudiera ser *aleatorio* cuando el precio o la cantidad a suministrar presentan variaciones que dependen de circunstancias posteriores a la ce-

[15]* Mruinro (76), tomo V. pág. 151.
[14] *Cfr.* Vázquez del Mercado (101). págs. 207 y 208.

lebración del contrato (con precios o cantidades variables por suministrar) y que benefician a una parte y, recíprocamente, perjudican a la otra.

g) Es un contrato de *tracto sucesivo,* de duración o de ejecución periódica o continuada, pues su cumplimiento se prolonga en el tiempo.

h) Es *principal,* su existencia o validez no depende de una relación preexistente; tiene existencia por sí mismo.

i) Por su función económica es un contrato de *colaboración.*

j) "Se dice que es un contrato *normativo,* en cierto modo cabe considerarlo como un *contrato-marco* o de oferta permanente, continuada, por el proveedor."[14 N*]

k) En algunos casos puede ser un *contrato administrativo* sujeto a leyes especiales, como cuando lo celebra por una parte la Administración Pública Federal o en el caso del contrato de suministro de energía eléctrica.

L) Para el Derecho mexicano, como negocio de Derecho privado, es un contrato atípico.

5. ELEMENTOS

Personales

a) *Nombre.* A las partes se les designa: *suministrador y suministrado.* También se les denomina suministrante, proveedor[15] o vendedor; y, suministratario,[16] consumidor o comprador, respectivamente. La LPC define lo que debe entenderse por proveedor y consumidor, términos genéricos no referidos particularmente al suministro (art. 2®, fracs. I y II). La LCE en múltiples preceptos se refiere al proveedor pero en forma más específica y aplicable, en muchos casos, al contrato de suministro, al hacer referencia a la actividad económica de producción (por ejemplo arts. 9®-III, 10 fracs. I, II y VI y 16). La LAASSP denomina proveedor a la persona que contrata la adquisición, arrendamiento de bienes muebles o servicios con dependencias y entidades del Gobierno federal (art. 2[fl]-VI).

b) *Capacidad.* Las partes no requieren de capacidad especial para celebrar el contrato de suministro, que generalmente se celebra entre comerciantes.

Cuando el contrato lo celebra alguna persona en representación de otra, por ejemplo una sociedad o en relación a una negociación comercial, el representante requiere facultades de *administración,* pues el objeto del suministro son mercancías propias de la operación normal de la empresa.

[M"* Brrcovitz Álvarez, (18 b), píg. 97.

'» Así en la LAASSP (aru. 2-VI. 48. 50. 51, 55).

'• *Cfr.* Díaz Bravo (42), pág. 165 y en el *Diccionario Jurídico Mexicano* (44). voz: contrato de suministro.

f

En algunos contratos, especialmente en los contratos adminisüativos de suministro, y también dependiendo del objeto por suministrar, el suministrador puede tener ciertas exigencias de su contraparte para celebrar el contrato. Por ejemplo, si es una sociedad mercantil el suministrador debe tener cierto capital mínimo o algunas condiciones de su operación que garanticen al suministrado que el contrato puede ser cumplido; si se trata de suministrar un servicio público se requiere de concesión o de ciertas autorizaciones administrativas. Cuando los particulares contratan con dependencias de la Administración Pública Federal, deben ajustarse a las disposiciones administrativas de las LAASSP y LOPSR. El suministro de energía eléctrica hay una reglamentación especial (LSPEE).

Reales

a) *Los bienes.* La cosa objeto del contrato de suministro debe ser un bien *mueble* y generalmente es un *bien genérico.* En materia mercantil se les llama mercancías o mercaderías y normalmente, en el contrato, se suele indicar la calidad de las cosas. El término *cosas* como se utiliza para este contrato corresponde a la de bienes tangibles o corpóreos, como especie del género *bien.* Las cosas futuras pueden ser objeto de este contrato y, en la mayoría de los casos, este será el supuesto en el suministro.

Las ventas comerciales son frecuentemente ventas de cosas futuras: así sucede sobre todo tratándose de pedidos hechos a fabricantes que, en el momento en que los aceptan, no tienen, en general, los productos que se obligan a entregar en un plazo dado, y a menudo no tiene ni las materias primas para fabricarlos (Plañid).[17]

El amplio concepto de cosas, como objeto del suministro, comprende a bienes como el servicio de teléfono, energía eléctrica, televisión por cable, información por computadora, *Internet,* servicios de comunicación por satélite y otras más que son cosas o bienes tangibles.[18] En los bienes aquí descritos, por la naturaleza misma de las cosas materia del contrato, las entregas por parte del suministrador serán continuadas, no entregas periódicas. Por ejemplo: la energía eléctrica, el gas o la información por computadora.

La *especie y calidad* de los bienes objeto del contrato debe ser conforme a lo estipulado en el contrato. Si no hay pacto, "no podrá exigirse al deudor otra cosa que la entrega de mercancías de especie y calidad medias" (art. 87 del C. de c.).

[17] Boija Sonano (27), Núm. 163.

" *Cfr.* Mcuineo (76), tomo V, pág. 151.

Cuando son aplicables al contrato los Principios de UNIDROIT. la regla dice: "Cuando la calidad de la prestación no ha sido precisada ni pueda ser determinada con base al contrato, la prestación debe ser de una calidad razonable y en ningún caso inferior a la calidad mediana, según las circunstancias" (art. 5.1.6).

b) *IJI cantidad.* I>a cantidad a suministrar puede fijarse de varios modos.

i) Por las necesidades del suministrado.

ii) Por la capacidad de producción del suministrador.

iii) "Para impedir las exigencias arbitrarias del suministrado, suele fijarse un mínimo y un máximo."[19] En este caso el mínimo señala la obligación de compra mínima del suministrado, y el máximo la obligación de venta máxima del suministrante.

En la LAASSP se previene esta última posibilidad. Dice el art. 47 que "las dependencias y entidades que requieran de un mismo bien o servicio de manera reiterada, podrán celebrar contratos abiertos conforme a lo siguiente: I. Se establecerá la cantidad *mínima y la máxima* de bienes por adquirir o arrendar, o bien el presupuesto mínimo y máximo que podrá ejercerse..."

c) *El plazo.* El tiempo en las prestaciones es un elemento muy importante en el contrato de suministro. El plazo fijado es en beneficio de ambas partes (art. 1958 del C. c.); excepcionalmentc puede ser pactado en beneficio del suministrante o del suministrado, pero esto hay que hacerlo constar expresamente, si no se desprende del mismo contrato. Respecto al plazo, las prestaciones pueden ser *periódicas o continuadas*, como lo marca la definición del contrato.

i) Las prestaciones *periódicas* se repiten en el tiempo con individualidad propia y cada una puede identificarse de forma independiente (por ejemplo, el suministro de determinadas toneladas de acero la primera semana de cada mes).

ii) En la prestación *continuada* no existen períodos que interrumpen el cumplimiento del contrato; es decir, que éste se cumple permanentemente durante su vigencia (por ejemplo, el suministro de energía eléctrica, de gas, de agua). Para efectos de facturación y determinar las cantidades suministradas, será necesario señalar períodos de corte.

El C. c. i tal. habla de suministro con carácter periódico y con carácter continuado. La distinción resulta importante para las normas sobre el pago del precio, el incumplimiento del contrato y la forma de medir las cantidades suministradas. "El fin del contrato —dice

'* Garrigue* (53), tomo II. pág. 96. El art. 1560 del C.c. ital. prevé ente supuesto para contratos que no tienen un máximo determinado. Dice este precepto: "Si las partes han establecido solamente el límite máximo y el mínimo para el suministro total o para las prestaciones singulaies. corresponde a quien tiene derecho al suministro establecer, dentro de los limites indicados, la cuantía de lo debido."

Una— no es tanto la obtención de determinada cosa concreta como la seguridad de que se obtendrá repetidamente de una forma constante y periódica merced a la organización adecuada de la empresa suministradora."[20]

d) *El precio.* Es éste uno de los elementos esenciales del contrato de suministro, al igual que en el contrato de compraventa. I-as normas sobre el precio de este último contrato pueden, por tanto, resultar aplicables al contrato de suministro. En los casos de suministro con carácter periódico, el precio se fija para cada prestación aislada o autónoma o puede señalarse un precio para todas las prestaciones.[21] El precio puede ser *determinabU,* con lo que resulta aplicable la disposición del contrato de compraventa que permite que el precio sea "el que corre en el día o lugar determinados o el que fije un tercero" (art. 2551 del C. c.).

Si las partes no fijaron el precio, algunas normas de carácter *internacional* nos dan algunas reglas que pueden ser aplicables a determinados contratos de suministro.

i) l-i Convención sobre la compraventa internacional de mercaderías, aplicable a casos de suministro (art. 3M). establece: "Cuando el contrato haya sido salidamente celebrado pero en el ni expresa ni tácitamente se haya señalado el precio o estipulado un medio para detenninarlo, se considerará, salvo indicación en contrario, que las partes han hecho referencia implícitamente al precio generalmente cobrado en el momento de la celebración del contrato por tales mercaderías, vendidas en circunstancias semejantes, en el tráfico mercantil de que se trate" (art. 55).
ii) Los Principios de UNIDROIT, cuando son aplicables al contrato, disponen: "(1) Si el contrato no fija el precio ni prevé su determinación, a falta de cualquier indicación en contrario, se entenderá que las partes se remitieron al precio generalmente cobrado por tales prestaciones al momento de celebrarse el contrato, en circunstancias semejantes dentro del respectivo ramo comercial. De no poder establecerse el precio de esta manera, se entenderá que las partes se remitieron a un precio razonable.—(2) Cuando la determinación del precio quede a cargo de una de las partes y la cantidad así determinada sea manifiestamente irrazonable, será sustituido por un precio razonable, sin admitirse disposición en contrario.—(3) Cuando la determinación del precio quede a cargo de un tercero y éste no pueda o no quiera fijarlo, el precio será uno razonable.—(4) Cuando el precio ha de fijarse por referencia a factores que no existen, que han dejado de existir o que no son asequibles, se acudirá como sustituto al factor equivalente inás cercano" (are 5.1.7).

El precio no debe ser necesariamente en dinero. La falla de regulación legal de este contrato y la no existencia de una norma que determine que el precio debe ser en dinero, hace suponer que éste puede pagarse en especie al igual que en el contrato de arrendamiento civil (art. 2399 del C. c.).

*• Uría (100). Núm. 686.
*' *Cfr.* Caí ligues (53), tomo II. pág. 96.

Por tratarse de un contrato de duración, en el suministro suele pactarse un *preño variable* en el tiempo. Una primera forma de tener precio variable es fijarlo conforme al mercado y de acuerdo con la fecha de la entrega. En prestaciones continuadas, el precio suele pagarse periódicamente, según cantidades suministradas en el período (semanal, mensual, semestral).

En la práctica se emplea la expresión *cláusula de escalación de precios* o fórmula de mecanismo o de ajuste (LAASSP arts. 44, 45 frac. VIH y 47 frac. I) y se utiliza para determinar y variar el precio; por ejemplo, para cada una de las entregas o períodos de pago establecidos. Se acostumbra fijar circunstancias económicas externas al contrato, que sirvan de base a estos cambios. La Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia estableció, en un caso de un contrato de sumnistro, que: "es de justicia considerar que el vendedor pueda variar el precio inicial" (*Cfr.* la tesis judicial: *Compraventa de suministro. Variación del precio en la).*

La LAASSP señala que: "En las adquisiciones, arrendamientos y servicios deberá pactarse preferentemente la condición de precio fijo. No obstante, en casos justificados se podrán pactar en el contrato decrcmentos o incrementos a los precios, de acuerdo con la *fórmula de ajuste* que determine la convocatante previamente a la presentación de las propuestas" (art. 44). Disposiciones similares para el *ajuste de costos* se encuentran previstas en los arts. 46 frac. X, 57 y 58 de la LOPSR.

Otro modo usual de acordar estos cambios en el precio consiste en utilizar una *fórmula* que incluya factores variables en la economía de un lugar y que puedan conocerse y cuantificarse fácilmente. La *fórmula* de escalación de precios hace referencia, generalmente, al precio de la última entrega o del último corte y un mecanismo para determinar los incrementos en el costo de fabricación del suministrador. Por ejemplo: si una mercancía a suministrar contiene un 30% de mano de obra, el incremento en salarios mínimos sólo debe reflejarse en el nuevo precio con respecto a la proporción de este insumo; si la materia prima importada que se integra al producto representa un 15% del costo total de fabricación, si hay un cambio importante en el tipo de cambio de moneda extranjera, sólo debe incrementar al nuevo precio en la parte proporcional. Para que estas fórmulas operen en beneficio de las dos partes contratantes, es necesario que los elementos para fijar variaciones que se utilicen sean determinables en forma objetiva. Por ejemplo, se pueden considerar, entre otros, el índice de precios (al mayorco o al consumidor) en cifras oficiales, el cambio en la paridad de la moneda o la variación de los salarios mínimos. Generalmente, todos estos factores se usan en una sola fórmula en la que se les atribuye una mayor o menor importancia para el

cálculo de la variación total, asignándoles un porcentaje o valor en dicha fórmula.*[1]

Formales

El contrato de suministro es *consensual,* se perfecciona por el mero consentimiento de las partes. Para su validez no requiere de formalidad alguna, no tiene una forma impuesta por la ley, pues no está disciplinado. Si se aplican supletoriamente las normas de la compraventa mercantil (art. 373 del C. de c.) o de la civil (art. 2316 del C. c.), el contrato resulta consensual, pues recae sobre bienes muebles. Generalmente este contrato se documenta por escrito, ya que se trata de un contrato de duración con alguna complejidad respecto a la descripción de bienes a suministrar, la calidad de éstos, la forma de realizar los pedidos, los incrementos en el precio, el lugar y el tiempo de entregas y otras circunstancias que conviene fijar claramente. En algunos contratos se estará en el supuesto que señala el art 86 de la LPC, es decir que sea un *contrato de adhesión* y pudiera darse el caso de que la Secretaría de Comercio determine, mediante normas oficiales, la necesidad de registro previo ante la Procuraduría Federal del Consumidor.

6. Limitaciones de la LCE

I L C E tiene por objeto proteger el proceso de competencia y libre concurrencia (art. 3º LCE) y establece *limitaciones a la libertad contractual,* cuando esta puede atentar contra los principios y libertades que protege. De esta manera la ley prohíbe las prácticas monopólicas absolutas (art. 9® LCE), las relativas (art. 10 LCE) y las concentraciones (art 16 LCE). Este ordenamiento se aplica a "los agentes económicos" (art 3°) que intervienen en "la producción, procesamiento, distribución y comercialización de bienes y servicios" (art. 8[a]). Por esta razón, el contrato de suministro, ligado a la producción y distribución de bienes, está limitado por estas normas cuando tiene por efecto algunos de los supuestos que la ley que se comenta prohíbe. Los casos en que un contrato de suministro pueda contener un acuerdo, arreglo o combinación

[a] La LAASSP y la LOPSR señalan que en los contratos con dependencias y entidades de la administración pública federal "se podrán pactar decrcmentos o incrementos a los precios de acuerdo con la 'fórmula o mecanismo de ajuste' que determine previamente la convocante en las bases de la licitación" (arts. 44 y 57 y 58. respectivamente). En el suministro de energía eléctrica hay tarifas que aprueba la Secretaría de Hacienda (art. 50 de la LSPEE).

entre agentes económicos (*Cfr.* art. 9º) que tenga el efecto real de atentar contra la libre concurrencia son muy complejos, pues deben darse las circunstancias que previene la ley.

De forma general puede decirse que el contrato de suministro "entre competidores" constituye una *práctica monopólica absoluta*, prohibida por la ley, en estos casos:

a) Cuando como resultado del o los contratos se pueda "fijar, elevar, concertar o manipular el precio de venta o de compra" (art. 9M).

b) Cuando existan obligaciones de no producir, procesar, distribuir o comercializar sino cierta cantidad restringida (art. 9°-II).

c) Cuando se dividan o asignen porciones o segmentos del mercado (art. 9MII).

d) Cuando se establezcan posturas o abstenciones en licitaciones o concursos (art. 9fl-IV).

Los acuerdos del contrato de suministro, y quizá todo el contrato como un todo, que tenga por efecto las *prácticas monopólicas absolutas* enumeradas, serán nulos y los contratantes podrán quedar sujetos a sanciones administrativas (art 9°). La nulidad a que se refiere este precepto es una *nulidad absoluta* —"no producirán efectos jurídicos"— por ser ilícito el objeto del contrato (art 2228 C.c.).

Otras limitaciones que señala la ley, sólo están prohibidas como *prácticas monopólicas relativas*, cuando tengan un efecto "sustancial sobre el mercado relevante" (art. 11-1), término que requiere adecuarse a los criterios y consideraciones que la misma ley señala (arts. 12 y 13). Las más importantes son:

a) La imposición de precios y condiciones de venta (art. 10-11).

b) La venta condicionada a la compra de otras mercancías o servicios distintos a los del contrato de suministro o a no usar, adquirir o proporcionar bienes o servicios a un tercero (art. 10 fracs. III y IV).

c) Acuerdos adicionales al contrato de suministro para ejercer influencia contra algún cliente o proveedor (art 10-VI).

> En estos y otros casos similares que establece la ley, el acuerdo es entre agentes económicos que no son competidores y el contrato de suministro no es nulo, pero la Comisión de competencia económica, órgano que aplica la LCE, podrá imponer *sanciones administrativas* a las partes y ordenar la corrección o supresión de la práctica monopólica relativa.

7. OBLIGACIONES DEL SUMINISTRADOR

a) *Entregar las cosas objeto del suministro.* La primera, y quizá más importante de las obligaciones del suministrador, es entregar los bienes materia del contrato en el lugar y en el plazo pactados. Una tesis de la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia ha declarado que: "la función del contrato de suministro consiste en satisfacer las periódicas y continuas necesidades del suministrado" *(Cfr.* la tesis judicial: *Compraventa de suministro. Variación del preció).*

Ias entregas deben ser continuadas o periódicas, según la naturaleza de los bienes y el carácter del contrato. A falta de *lugar* establecido, considero que se aplica la disposición del C. c. respecto al lugar de entrega de la compraventa, pues la ley mercantil no contiene una norma supletoria al respecto. El artículo 2291 del C. c. determina que la cosa se entrega donde se encontraba al venderse; es decir, generalmente, en el establecimiento del suministrador Como norma especial, considero que las disposiciones de la compraventa civil derogan a la norma general mercantil aplicable a todas las obligaciones (art. 86 del C. de c.), sobre el lugar de pago (entrega).

La entrega puede sei real, jurídica o virtual (art. 377 del C. de c. y 2284 del C. c.), aunque por la naturaleza del contrato de suininistro suele ser real o material. Los *gastos de entrega* son por cuenta del suministrador, salvo que se pacte otra cosa. Esto es así por aplicación analógica de la compraventa (art 382-1, del C. de c.).

Puede ocurrir que respecto a las entregas no se haya fijado *plazo*, y en estos casos puede resultar aplicable supletoriamente el aru'culo 379 del C. de c., que indica que las mercancías deben estar a disposición del comprador vcinucuatro horas después de celebrado el contrato. Una resolución del Tribunal Colegiado ha deteiininado que esta disposición debe entenderse para entregas en la misma plaza o que si es distinta sea materialmente posible (*Cfr.* la tesis judicial: *Compraventa. Plazo para la entrega de la mercancía al comprador).* Como estamos en presencia de un contrato distinto de la compraventa y no de una modalidad de ésta, el precepto debe entenderse aplicable para cada entrega —prestación independiente o autónoma—, y por esto el suministrador debe tener la mercancía a disposición del suministrado veinticuatro horas después de cada solicitud o petición de entrega, salvo que la naturaleza y objeto del contrato no lo permitan.

7. OBLIGACIONES DEL SUMINISTRADOR

a) *Entregar las cosas objeto del suministro.* La primera, y quizá más importante de las obligaciones del suministrador, es entregar los bienes materia del contrato en el lugar y en el plazo pactados. Una tesis de la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia ha declarado que: "la función del contrato de suministro consiste en satisfacer las periódicas y continuas necesidades del suministrado" (*Cfr.* la tesis judicial: *Compraventa de suministro. Variación del preció).*

Las entregas deben ser continuadas o periódicas, según la naturaleza de los bienes y el carácter del contrato. A falta de *lugar* establecido, considero que se aplica la disposición del C. c. respecto al lugar de entrega de la compraventa, pues la ley mercantil no contiene una norma supletoria al respecto. El artículo 2291 del C. c. determina que la cosa se entrega donde se encontraba al venderse; es decir, generalmente, en el establecimiento del suministrador. Como norma especial, considero que las disposiciones de la compraventa civil derogan a la norma general mercantil aplicable a todas las obligaciones (art. 86 del C. de c.), sobre el lugar de pago (entrega).

La entrega puede ser real, jurídica o virtual (arL 377 del C. de c. y 2284 del C. c.), aunque por la naturaleza del contrato de suministro suele ser real o material. Los *gastos de entrega* son por cuenta del suministrador, salvo que se pacte otra cosa. Esto es así por aplicación analógica de la compraventa (arL 382-1, del C. de c.).

Puede ocurrir que respecto a las entregas no se haya fijado *plazo,* y en estos casos puede resultar aplicable supletoriamente el artículo 379 del C. de c., que indica que las mercancías deben estar a disposición del comprador veinticuatro horas después de celebrado el contrato. Una resolución del Tribunal Colegiado ha determinado que esta disposición debe entenderse para entregas en la misma plaza o que si es distinta sea materialmente posible *(Cfr.* la tesis judicial: *Compraventa. Plazo para la entrega de la mercancía al comprador).* Como estamos en presencia de un contrato distinto de la compraventa y no de una modalidad de ésta, el precepto debe entenderse aplicable para cada entrega —prestación independiente o autónoma—, y por esto el suministrador debe tener la mercancía a disposición del suministrado veinticuatro horas después de cada solicitud o petición de entrega, salvo que la naturaleza y objeto del contrato no lo permitan.

Un precepto mercantil importante aplicable al suministro es el artículo 375 del C. de c., que dispone:

> Si se ha pactado la entrega de mercancías en cantidad y plazo determinados, el comprador no estará obligado a recibirlas fuera de ellos; pero si aceptase entregas parciales, quedará consumada la venta en lo que a éstas se refiere.

En esta disposición, el plazo está originalmente concebido en favor del comprador y la aceptación de las entregas perfecciona la venta en la entrega parcial. Debe recordarse que en el suministro el plazo se establece, casi siempre, en beneficio del suministrador y del suministrado.

> En caso de concurso mercantil del suministrado "no podrá exigirse al vendedor la entrega de los bienes, muebles o inmuebles, que el Comerciante hubiere adquirido, a no ser que se le pague el precio o se le garantice su pago "(art. 93 de la LQCM). Si el suministrador es declarado en concurso mercantil si la cosa había sido determinada antes de dicha declaración, el adquirente podrá exigir el cumplimiento del contrato, previo pago del precio" (art. 99 de la LCM).

b) *Trasmitir la propiedad de los Inertes.* Otra de las obligaciones del suministrador es la de trasmitir el dominio de los bienes objeto del contrato al suministrado. Como los bienes son muebles y cosas genéricas, la trasmisión se efectúa cuando "la cosa se hace cierta y determinada con conocimiento del acreedor" (art. 2015 del C. c.). Me parece que en la práctica comercial, el momento en que el bien genérico se individualiza para el suministrado, y éste tiene conocimiento de que la cosa es *cierta y determinada,* es el momento de la entrega. El C. de c. señala que el *riesgo de pérdida* es por cuenta del comprador, si ya le hubieren sido entregados los bienes por parte del vendedor (suministrador) (art. 377). Sobre el contrato de suministro dice un autor:

> Es una compraventa obligatoria, en la cual, la propiedad de las cosas se transmite en el momento de la entrega y con ella, sólo a partir de entonces, el riesgo: por lo tanto, se le aplican todas las normas relativas a este tipo de venta (en la inteligencia, es claro, de que sean compatibles con ella).*[5]

Respecto a la aceptación de las mercancías por el comprador resulta aplicable el artículo 378 del C. de c. En los casos en que

** Branca (28). pág. 418.

el suministrador entrega en su negocio y el transporte corre por cuenta del suministrado, la entrega debe entenderse realizada al porteador o transportista (entrega jurídica), con todas las consecuencias que de ello derivan, trasmisión de propiedad y riesgo de pérdida a cargo del suministrado, quien tiene a su disposición la mercancía. La *cantidad* que se trasmite es la que corresponde a cada prestación independiente e individualizada que se identifica con cada una de las entregas.

En la práctica de negocios algunos contratos de suministro se celebran *con reserva de dominio,* lo que significa que la trasmisión de propiedad de los bienes objeto del contrato se produce al momento del pago del precio. Esta modalidad, sin embargo, no juzgo que pueda aplicarse a todos los contratos de suministro, sino sólo a la de aquellos bienes que pueden individualizarse e identificarse.

c) *Garantizar las cualidades.* La obligación de garantizar las cualidades de la cosa está consignada para la compraventa mercantil en una norma muy general que obliga al vendedor "a la evicción y saneamiento" (art. 384 del C. de c.). "El saneamiento por evicción no tiene prácticamente relevancia para el contrato de suministro, lo contrario de lo que ocurre respecto del saneamiento por vicios ocultos, que es fundamental." [S3bi] Las reglas supletorias sobre evicción y saneamiento están en el C. c. para cualquier enajenación.

Los *vicios o defectos* de la cosa deben entenderse como aquellas características que la hagan impropia para su uso. En materia mercantil, una calidad diferente de la pactada puede hacer a la cosa impropia para su uso (por ejemplo, acero de calidad distinta de la que se requiere para una determinada producción). Para las compraventas mercantiles, el artículo 383 del C. de c. menciona que el plazo para ejercitar las acciones de rescisión o reducción del precio por faltas de "calidad, cantidad y vicios internos" es de treinta días. Este término ha sido ampliado a dos meses por la *LPC* (arts. 92 y 93). En ausencia de normas más específicas en nuestras leyes comerciales, la legislación civil resulta aplicable supletoriamente en esta materia (arts. 2142 a 2162). La LAASSP (arts. 45 frac. VI, 48 y 49) y la LOPSR (arts. 46 frac. VI, 48 y 49) contienen algunas disposiciones sobre las *garantías* que deben otorgar el proveedor y contratista con dependencias y entidades del Gobierno federal.

En la *Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías,* hay varias disposiciones sobre esta obligación. Por ejemplo, el art. 35.1 señala: "El vendedor deberá

Bercovitz Álvartz, (18 b). pág. 107.

entregar mercaderías cuya cantidad, calidad y tipo correspondan a los estipulados en el contrato y que estén envasadas o embaladas en la forma fijada en el contrato." El art. 36. Establece: "El vendedor será responsable, conforme al contrato y a la presente convención, de toda falta de conformidad que exista en el momento de la transmisión del riesgo al comprador, aun cuando esa falta sólo sea manifiesta después de ese momento." El art. 46.2 dice: "Si las mercaderías no fueren conformes al contrato, el comprador podrá exigir la entrega de otras mercaderías en sustitución de aquéllas sólo si la falta de conformidad constituye un incumplimiento esencial del contrato..."

d) *Responder de la evicción.* El suministrador tiene el deber de *responder de la evicción*^ y en este sentido suplen las disposiciones del C. c. sobre el tema (arts. 2119 a 2162 del C. c.) y la norma general del art. 384 del C. de c. citada. En la práctica es difícil pensar que pueden darse casos de evicción en la trasmisión de los bienes muebles objeto del suministro.

Como obligación que deriva de la ley a falta de pacto expreso de las partes, la responsabilidad del saneamiento —por evicción o por vicios ocultos— puede renunciarse. Si no se pacta en contrario, debe entenderse como cláusula natural propia de cualquier enajenación.

8. OBLIGACIONES DEL SUMINISTRADO

a) *Pagar el precio.* La más importante y prácticamente única obligación del suministrado, es *pagar el precio* pactado. El precio puede ser en moneda nacional o en divisas y no es necesariamente en dinero, puede ser en especie, o parte en dinero y parte en especie. A falta de disposiciones legales sobre este contrato, considero que puede aplicarse el concepto general de precio del contrato de compraventa que contiene nuestro C. c. El precio puede ser determinablc y el artículo 2251 del C. c., resulta aplicable de modo que se fije como: "el que corre en día o lugar determinados", o "el que fije un tercero".*[4]

[u] El C.c. ¡tal. establece que en el suministro el precio debe determinarse de acuerdo a las reglas de la compraventa. Para la compraventa, este ordenamiento dispone en el art. 1474 que cuando las partes no hubieren especificado el modo de establecer el precio, se determinará como sigue: si las cosas son objeto de comercio habitual del vendedor, se presumirá la voluntad de las partes de referirse al precio exigido normalmente por el vendedor; si la cosa tiene precio de bolsa o de mercado, se atenderá al que tuviere el día de la venta; si falta acuerdo y existe la presunción de que las partes quisieran referirse al justo precio, éste será lijado por un tercero nombrado por el juez (art 1561).

Respecto al *tiempo y lugar* de pago del precio en el suministro, considero que son aplicables algunas normas de la compra-venta mercantil y de la civil. En primer termino se está, como en todo contrato, a lo pactado por las partes. Si las partes no pactan el *lugar*, éste será aquel donde se entregue la cosa (art. 2294 del C. c.), que se pagará en la proporción de cada entrega o prestación.

El *plazo* para el pago es también el que se acuerda en el contrato. Es usual que el suministrador conceda al suministrado un plazo para el pago de cada entrega de bienes o de cada corte si la entrega es continuada. Por ejemplo, después de entregada una mercancía el suministrado dispondrá de quince días para hacer el pago correspondiente; o, si la entrega es continuada, después de cada período de corte, el suministrado debe pagar dentro de los diez días siguientes.

Si no se pactó cuando debe hacerse el pago, una norma supletoria de la compraventa señala que el *tiempo* del pago es *"de contado*",* es decir, al momento de la entrega de la cosa (art. 380 del C. de c. y 2294 del C. c.).

El artículo 85 del C. de c., aplicable al suministro, determina en qué momento principian los efectos de la morosidad.

1.a *Convención de las Naciones tenidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías señala que:* "El comprador, si no estuviere obligado a pagar el precio en otro momento determinado, deberá pagarlo cuando el vendedor ponga a su disposición las mercaderías o los correspondientes documentos representativos conforme al contrato y a la presente Convención. El vendedor podrí hacer del pago una condición |>ara la entrega de las mercaderías o los documentos" (art. 58-1).

Cuando el precio de bienes que ya se han entregado no ha sido pagado, y el suministrado es declarado en concurso mercantil, el

[w] Este término aparece en algunas de las disposiciones de nuestras leyes, por ejemplo, en el art. 2225 del Ce., los arts. 301, 322 y 380 del C. de c.. el art. 593 del CPC y en los arts. 51 y 67 de la LPC. entre otros ordenamientos. La Ley de Bienes Nacionales prescribe que las ventas de bienes inmuebles de la Federación deben ser "de contarlo". Algunos autores consideran más apropiada la expresión "al contado*, pero casi todos la juzgan equivalente. Los aníciulos 87 y 339 del C. de c. esp. usan "al contado", igual que nuestros artículos 301 y 305 del C. de c. Díaz Bravo (42) ha formulado variadas e interesantes interpretaciones de estos vocablos (Pág. 146). En el *Ihccvmarío de la lengua* se dice: *al (miado.* con dinero contante; 2. Con pago inmediato en moneda efectiva o su equivalente; *de contado,* al instante, inmediatamente, luego, al punto (22* cd.. Ed. Espasa Calpc, Madrid, 2001). La expresión, antigua en la lengua española, aparece ya en el *Quijote.* Dice Sancho (a sí mismo); "¿qué se me da a mí que mis vasallos sean negros? ¿Habrá más que cargar con ellos y traerlos a España, donde los podré vender, y adonde me los pagarán *de ctmlado,* de cuyo dinero..." (Parte I, Capítulo XXIX). Y. en otra |>arte, también Sancho: "no fuera contigo si, como prometes doscientos ducados, me dieras aquí *de contado* cuatrocientos" (Parte II, Capítulo LIV). Don Quijote le dice a Sancho: "y azótate luego, y págate *de ctmlado* y de tu propia mano, pues tienes dineros míos" (Parte II. Capítulo LXXI).

suministrador puede pedir que se separe esa mercancía de la Masa (71 de la LCM).

b) *Recibir la cosa.* Otra obligación del suministrado es *recibir la cosa* objeto del suministro, por aplicación analógica de la compraventa civil (art. 2292 del C. c.), que obliga al comprador a resarcir al vendedor de los daños causados por la "mora de recibir".

9. MODALIDADES

a) *El pacto de exclusiva.**[6] "Es frecuente la adición al contrato de suministro de la llamada *cláusula de exclusiva.* En virtud de ella, se agrega a las obligaciones propias del suministro una obligación de no hacer." [27] Este acuerdo adicional "de carácter accesorio y opcional",*[7 h]" puede establecerse en beneficio del suministrador o del suministrado. Está regulado legislativamente en el C.c. ital. (arts. 1567 y 1568). "Puede estipularse a favor del abastecedor y en tal caso, la otra parte no podrá adquirir de terceros ni, salvo pacto, ponerse él mismo a producir las cosas objeto del suministro."*[8] El otro caso del pacto de exclusividad, en *beneficio del suministrado* supone que,

> en el ámbito territorial (o zona) donde opera, el suministrante no puede (obligación de no hacer) proporcionar a otro (que no sea el suministrado), ni directa ni indirectamente (o sea. por interpósita persona), lo que constituye el objeto del suministro.**

El pacto de exclusiva sólo produce *efectos entre las partes contratantes* y no puede ser opuesto a terceros, respecto de los cuales son válidas las ventas concluidas violando el pacto.

b) *Derecho de preferencia.* Es el que se concede al suministrador o suministrante y que puede consistir en:

> *i)* La obligación del suministrado, en igualdad de circunstancias, de preferir al suministrador en la *celebración de un nuevo contrato* de suministro. Este derecho de preferencia se concede durante un plazo, contado a partir de la terminación de un contrato previo, durante el cual el suministrado debe, en su caso, informar al suministrador de las [18]

[18] Un estudio amplio del pacto de exclusiva se contiene en el capítulo XVI de esta obra.

" Castán (32). tomo IV. vol. II. pág. 73.

[nw]* Bcrcoviu Álvarez, (18 b). pág. 109.

* Branca (28). pág. 418.

** Metsineo (76). tomo V, pág. 153.

condiciones que le propone un tercero en un nuevo contrato a celebrar. Este derecho está previsto en el artículo 1566 del C. c. ital., donde se señala que no debe exceder de cinco años posteriores al término del contrato; si el plazo es mayor, la obligación del suministrado se reduce a cinco años.

Opino que las normas del derecho de preferencia que nuestro C. c. incluye en la regulación de la compraventa (arts. 2303 a 2305), pueden tomarse como base legal para la celebración de este pacto. Esto significa que el suministrado debe dar a conocer al suministrador las condiciones y términos de los contratos de suministro que pretende celebrar con terceros, y el suministrador debe ejercer su derecho de preferencia en el plazo establecido en el contrato, o en el "de las circunstancias o usos", como dispone el C. c. ital. Si el suministrado no da aviso al suministrador, el nuevo contrato de suministro es válido pero el suministrado tiene la obligación de pagar daños y peijuicios al primer suministrante (art. 2305 del C. c.).

ü) Otra forma de pactar un derecho de preferencia en favor del suministrador, y el cual es aplicable *durante la vigencia del contrato,* es la que se refiere a compras superiores a la cantidad pactada en el contrato o a la cifra máxima establecida. El suministrado está obligado a preferir al suministrador en las adquisiciones o compras que el suministrado requiera y que sean superiores a la cantidad o al máximo pactado por el que está obligado a suministrar el proveedor. Por ejemplo, en un contrato de suministro el suministrante debe proveer al suministrado los pedidos de mercancías que éste haga entre un mínimo de 1,000 unidades y un máximo de 5,000 unidades. Si el suministrado requiere 8,000 unidades, el proveedor sólo está obligado por 5,000, pero puede abastecer las 3,000 en exceso del máximo. En estos casos, el suministrado ha de dar aviso al suministrante de que necesita mayor cantidad de los bienes objeto del contrato y, en igualdad de circunstancias, el suministrador debe ser preferido, antes que un tercero, para surtir el exceso de cosas solicitadas. Puede acordarse que el excedente de mercancías por suministrar tendrá siempre igual o menor precio al fijado en el contrato de suministro vigente, o que, en igualdad de condiciones, al precio ofrecido por el tercero quien se considera como un posible suministrador. El incumplimiento de esta obligación del suministrador puede dar origen a responsabilidades por daños y peijuicios, y es ejercitable respecto de cada prestación.

c) *Comodato unido al suministro.* En atención a los bienes objeto del suministro, en algunos casos se celebra un contrato de como-

dato conjuntamente con el de suministro. El suministrante es el comodante y el suministrado el comodatario de determinados bienes, sobre los que se concede el uso gratuito con el exclusivo objeto de guardar o almacenar las cosas suministradas.

El contrato de comodato resulta *mercantil* por ser accesorio del contrato principal de suministro, al que lo vincula una "unión de codependencia unilateral."[30] Son aplicables a este comodato las normas que establece el C. c. en los artículos 2497 a 2515.

Como ejemplo de una aplicación legislativa de esta figura, la LAASSP señala que 'La adquisición de materiales cuyo consumo haga necesaria invariablemente la utilización de equipo propiedad del proveedor podrá realizarse siempre y cuando en las bases de licitación se establezca que a quien se adjudique el contrato deberá proporcionar el ciado equipo sin costo alguno para La dependencia o entidad durante el tiempo requerido para el consumo de materiales" (art. 55).

Como contrato unido al suministro, este comodato tiene las *características* siguientes:

i) Es un contrato gratuito, a pesar de ser mercantil.

ii) La entrega e instalación de los bienes objeto del comodato son, generalmente, por cuenta del comodante (suministrador).

iii) El riesgo de pérdida o deterioro es del comodatario (suministrado).

iv) El bien no puede usarse más que para guardar los bienes objeto del contrato de suministro.

v) El incumplimiento de la obligación anterior puede ser causa de terminación*del comodato y del propio suministro.

vi) El mantenimiento y la inspección, generalmente, corren por cuenta del comodante.

vii) El comodato concluye cuando termina el contrato principal del suministro.

La LAASSP señala que cuando hay alguna adquisición de materiales que haga necesaria invariablemente la utilización de equipo propiedad del proveedor, a quien se adjudique el contrato deberá proporcionar el citado equipo sin costo alguno para la dependencia o entidad del Gobierno federal (art 55)

d) *Suministro reciproco.* En esta modalidad o figura contractual el suministrador resulta también suministrado; es decir, hay dos contratos de suministro contenidos en un solo documento, con obligaciones y términos similares para las dos partes que son, simultáneamente, suministrador y suministrado. Esta modalidad exige que los bienes objeto del contrato sean distintos, de modo que las

* Véase en el capítulo IV. número 11 de esa obra lo relativo a los contratos coaligados.

cosas que abastece el primer suministrador sean diferentes de las que éste se obliga a adquirir de su suministrado. Para plantear un caso concreto de un contrato de suministro recíproco o *suministro-permuta*, puede pensarse en que un proveedor vendiera periódicamente materia prima a un suministrado, quien después de transformarla se obligaría a suministrarle el producto terminado (maquila). En este contrato, puede pactarse que el suministrado en primer término no incumple su obligación de entrega, si el primer suministrador se ha retrasado. Las condiciones sobre entregas, precio variable, terminación y otras modalidades se someten a las mismas reglas. Los pagos del precio se hacen parte en especie, parte en dinero, y puede acudirse al contrato de cuenta corriente previsto en la LTOC (arts. 302 a 310) como una variable más de esta relación.

e) *Prórroga del contrato.* Algunos contratos suelen fijar un plazo que señala su duración y el derecho del suministrado de solicitar una prórroga antes de que llegue el término pactado inicialmente. La prórroga implica "una extensión o prolongación del plazo previsto inicialmente en el contrato y acordado dentro del primidvo plazo de la vida de éste".[91] Es importante anotar que estamos frente a contratos que contienen un término pactado y que la prórroga debe solicitarse o acordarse antes de que se extinga el contrato.

Por analogía, se podría acudir en nuestro derecho a las disposiciones sobre la prórroga del contrato de arrendamiento civil (arts. 2485 a 2487 del C. c.) e incluso a la llamada *táata reconducción*, o sea la prórroga tácita del término, en lo que resulta aplicable a la naturaleza del suministro. Esto último se produce cuando las partes contratantes siguen cumpliendo con sus obligaciones a pesar de que el contrato de suministro debió haber concluido por la llegada del término.

10. TERMINACIÓN DEL SUMINISTRO

I^s causas de terminación del contrato de suministro pueden ser:

a) El suministro puede contar con un plazo de terminación o estipularse por tiempo indeterminado. *LÍÜ* llegada del *plazo pactado,* si no hay prórroga, extingue los efectos del contrato pero subsiste, si se acordó, el pacto de preferencia por un término posterior a la terminación y sólo para estos efectos.

*' Bauchc (18), pág. 572. En la operación de reporto que regula nuestra LTOC se utiliza esta expresión 'sin que la prórroga importe la celebración de otro contrato" (art. 265).

b) Si el contrato se establece por *tiempo indeterminado* o no se fijó un plazo de terminación, cualquiera de las partes puede denunciarlo, sin necesidad de invocar causa alguna. Sin embargo, "la libre revocación puede desembocar en abusos en peijuicio de una parte; para evitarlos parece que la denuncia debe ser precedida de un preaviso y que debe realizarse, además, de buena fe".**

Una tesis de la Tercera Sala ha señalado que: "para dar por terminado un contrato de duración indefinida,... las disposiciones de mis analogía, en el caso de un *contrato de suministro de determinada mercando,* son las disposiciones que previenen en que concluirán a voluntad de cualquiera de las parles, previo aviso dado a la otra parte en forma indubitable, los contratos de arrendamiento que no se hayan celebrado por tiempo expresamente determinado" (*Cfr*: la tesis: *Contratos mercantiles por tiempo indeterminado, conclusión de los suministros de mercancías).*

c) La *rescisión* por incumplimiento," atendiendo a la gravedad de éste, puede tener distintos efectos:[54]

i) Si el incumplimiento de una de las prestaciones es leve, previo aviso al suministrado, el suministrador puede suspender el suministro, es decir las entregas. En este caso el contrato no concluye, *sólo suspende* sus efectos." "La interrupción del suministro mientras persista el impago de las prestaciones pasadas está basada en el principio de equivalencia de las prestaciones propio de los contratos sinalagmáticos, en virtud del cual una parte puede retener su prestación hasta que la otra cumpla con la suya." [M]

ti) "Solamente cuando el incumplimiento de una de las panes tenga *notable importancia,* en cuanto atente a la confianza de que no se realizarán las prestaciones sucesivas, se podrá solicitar la resolución del contrato".[57]

Esta distinción de los efectos del incumplimiento que previene la ley italiana, puede ser pactada por las partes en la celebración del contrato de suministro que se rige por el Derecho mexicano.[5]*

" Garríguci (55), tomo II. pág. 96. El Ce. ¡tal contempla d suministro por tiempo indeterminado y dispone que ninguna de la parte* puede terminarlo *in preavilo en el termino pactado o el establecido por lo* uiot y. a falta de ello, de acuerdo a la naturaleza del suministro (art. 1569).

** 'Es más correcto hablar de "*Urmiiuuión"* que de resolución, ya que la 'resolución', no tiene efecto retroactivo tino que obra para el futuro* (Bercovitz Alvarez. Raúl (18b), píg.117).

* Esto* do* supuesto* están reglamentados para el contrato de suministro en el C.c. i tal. (aro. 1564 y 1565).

* Por ejemplo en la LSPEE *e señalan casos de suspensión del suministro por incumplimientos leve* del usuario (art. 26).

" Bercovitz Alvarez, (18 b). pág. 118.

" Trabucchi (99), tomo II. pág. 295.

* El art. 75 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de compraventa internacional de mercaderías establece: *1. Los contratos que estipulen entregas sucesivas

El artículo 73 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de compraventa internacional de mercaderías establece: *1. Los contratos que estipulen entregas sucesivas de mercaderías, si el incumplimiento por tina de las panes de cualquiera de sus obligaciones relativa a cualquiera de las entregas constituye un incumplimiento esencial del contrato en relación con esa entrega, la otra pane podrá declarar resuelto el contrato en lo que respecta a esa entrega. 2. Si el incumplimiento por una de las partes de cualquiera de sus obligaciones relativas a cualquiera de las entregas da a la otra pane fundados motivos para inferir que se producirá un incumplimiento esencial del contrato en relación con futuras entregas, esa pane podrá declarar resuelto el contrato para el futuro, siempre que lo haga dentro de un plazo razonable..."

d) *Efectos.* Un principio que es propio de los contratos de tracto sucesivo, es el que "la resolución por incumplimiento afecta a las obligaciones futuras, pero no alcanza a las pretéritas".[39] Nuestro C. c. no incluye ningún precepto claro sobre los efectos de la rescisión.[40]

Cuando la rescisión es por incumplimiento del suministrado en el pago del precio, considero que el proveedor podrá dar por terminado el contrato y solicitar la devolución de las cosas suministradas en poder del suministrado que éste no ha pagado. No se entiende, en este caso, que dichas entregas no pagadas son prestaciones consumadas y que éstas no se ven afectadas por los efectos de la rescisión. En materia de compraventa mercantil, el artículo 386 del C. de c. concede al suministrador un derecho de preferencia sobre las mercancías no pagadas y la LCM permite que sean separados de la Masa. (art. 71).

11. NATURALEZA CONTRACTUAL

a) *Naturaleza contractual.* En el análisis sobre la naturaleza jurídica del contrato de suministro se han planteado diversos supuestos para determinar si se puede incluir dentro de alguno de los contratos típicos existentes. Las principales tesis son:

de mercaderías, si el incumplimiento por una de las partes de cualquiera de sus obligaciones relativa a cualquiera de las entregas constituye un incumplimiento esencial del contrato en relación con esa entrega, la otra pane podrá declarar resuelto el contrato en lo que respecta a esa entrega.

2. Si el incumplimiento por una de las partes de cualquiera de sus obligaciones relativas a cualquiera de las entregas da a la otra parte fundados motivos para inferir que se producirá un incumplimiento esencial del contrato en relación con futuras entregas, esa parte podrá declarar resuelto el contrato para el futuro, siempre que lo haga dentro de un plazo razonable..."

** Broseta (29), Pág. 410. *Cfr.* la nota 58 del capítulo VIII de esta obra.

** El C.c. ital. establece: Artículo 1458.—Efectos de la resolución.—La resolución del contrato por incumplimiento tiene efecto retroactivo entre las partes, salvo el caso de contratos de ejecución continuada o periódica, respecto de los cuales el efecto de la resolución no se extiende a las prestaciones ya efectuadas..."

i) Como una *compraventa* con entregas parciales, periódicas o continuadas. "El suministro —afirma Garrigues— es una valíante o especialidad de la venta de cosas muebles."[41] Una tesis de un Tribunal Colegiado ha señalado que: "El suministro constituye un tipo especial del contrato de compraventa mercantil, cuya función consiste en satisfacer las periódicas necesidades del suminisU'ado, sin que éste tenga que estipular tantos contratos de compraventa como periodos de necesidad se le presenten (*Cfr.* la tesis: *Contrato de suministro. Características).*

ii) Como un *contrato de promesa* de varias compraventas futuras o contrato *normativo* de compraventa. Esta postura es quizá la menos aceptable, ya que la promesa debería incluir los elementos esenciales de cada contrato definitivo (cosa y precio) y esto desvirtúa al contrato de suministro. La promesa tiene como efecto obligar a las partes a celebrar uno o varios contratos futuros; en cambio, en el suministro el efecto es que las partes se obligan, una a entregar los bienes y otra a pagar el precio, sin necesidad de celebrar nuevos acuerdos.

ni) Como "una especie, *diferenciada,* de venta".[4]*

iv) Como "un *contrato atipico* que participa de las características de varios: compraventa, arrendamiento de cosas, arrendamiento de servicio#, etcétera".[43]

En realidad el suministro no es una compraventa, pero participa de muchas de las características de este contrato. La compraventa tiene una prestación única, aunque su cumplimiento puede fraccionarse en el tiempo; el suministro tiene *varias prestaciones autónomas,* pero ligadas entre sí por una *unidad de vinculo y un contrato único.*

b) *Normas supletorias.* Una tesis judicial señala que: "no se puede pretender que el suministro y la compraventa sean dos contratos distintos, sino que aquél es una especie de éste y, por ello, le son aplicables las disposiciones normativas que regulan la compraventa cmercantil *(Cfr.* la tesis: *Contrato de suministro. Características).* Las opiniones de la doctrina son en este mismo sentido. "En defecto de regulación legal aconseja aplicar al contrato de suministro, en cuanto no se opongan a la índole especial del contrato, las reglas de la compraventa en orden a la entrega, el saneamiento y pago del precio".[44]

Por tanto, las *normas supletorias* aplicables en nuestro derecho son, en primer término, las de la compraventa mercantil y después las de la compraventa civil, como el contrato regulado con el que las prestaciones del suministro guardan más parecido. Las normas

[41] Garrigues (53). tomo II, pág. 95.
" Mcuinro (76). tomo V. pág. 150.
[w] Tesis de Alberto Blanco, citado por Gastan (32). tomo IV. vol. II. pág. 73.
[M] Urfa (100). Núm. 686.

sobre el precio pueden tomarse de la compraventa y del arrendamiento, este úldmo como contrato de tracto sucesivo. Para las entregas, rescisión, vicios ocultos y riesgo de pérdida de la cosa, también las de compraventa resultan normas supletorias aplicables, las que hay que complementar con las disposiciones relativas a las obligaciones de dar cosas genéricas, la trasmisión de propiedad y las responsabilidades generales del enajenante por evicción y vicios ocultos. Las modalidades del suministro pueden tener como disposiciones supletorias a las normas del comodato, la permuta, el derecho de preferencia en la compraventa, la prórroga del arrendamiento y otras.

En la Convención de las Naciones Unidas sobre la compraventa internacional de mercaderías, en la que México es parte (*D.O.* de 17 de marzo de 1988), se señala en el art. 3M lo siguiente: "Se consideran compraventas los contratos de *suministro* de mercaderías que hayan de ser manufacturadas o producidas, a menos que la parte que los encargue asuma la obligación de proporcionar una parte sustancial de los materiales necesarios para esa manufactura o producción."

El C. c. i tal. (art. 1570) contiene una disposición de "*reenvió*", que indica que las normas supletorias del suministro son las del contrato al cual corresponde la prestación.

BIBLIOGRAFÍA

BAUCHE GARCIADIEGO: (18) *La empresa,* págs. 346 y 375.
Bercovitz Alvarez, Raúl: (18 b) El contrato de suministro, parte de la obra *Contratos Mercantiles* págs. 95 a 118.
BRANCA: (28) *Instituciones de Derecho privado,* págs. 417 y 418.
BROSETA: (29) *Manual de Derecho mercantil,* págs. 410 y 411.
CASTÁN: (32) *Derecho civil español, común y foral,* tomo IV, vol. II, págs. 71 a 74.
CERVANTES AHUMADA: (34) *Derecho mercantil,* pág. 473.
DÍAZ BRAVO: (42) *Contratos mercantiles,* Págs. 164 a 172.
Diccionario jurídico mexicano (44), voces: abasto y contrato de suministro.
GARRIGUES: (53) *Curso de Derecho mercantil,* tomo II, págs. 95 y 96.
MESSINEO: (76) *Manual de Derecho civil y comercial,* tomo V, págs. 151 a 156.
Rocco: (88) *Principios de Derecho mercantil,* págs. 165 y 166.
SÁNCHEZ CALERO: (93) *Instituciones de Derecho mercantil,* pág. 484.
TENA: (98) *Derecho mercantil mexicano,* págs. 91 a 94.
TRABÜCCHI: (99) *instituciones de Derecho civil,* tomo II, págs. 291 a 293.
URÍA: (100) *Derecho mercantil,* Núm. 686.
VÁZQUEZ DEL MERCADO: (101) *Contratos mercantiles,* págs. 207 a 213.
Vi CENT CHULÍA: (104) *Compendio crítico de Detecho mercantil,* tomo II, págs. 169 a 172.

CAPITULO VII

EL CONTRATO DE *CONSIGNACIÓN O ESTIMATORIO*

SUMARIO: 1.—Origen. 2.—Utilidad del contrato. 3.—Denominación. 4.—Concepto y características. 5.—Clasificación. 6.—Elementos. 7.—Obligaciones del consignante. 8.—Obligaciones del consignatario 9.—Modalidades. 10.—Terminación. 11.—Naturaleza contractual.

1. ORIGEN

El contrato estimatorio, se conoció y practicó en Roma, perteneció a la clase de los innominados y se le llamó *datio in aestimatum.* Las características que esta figura tenía en el Derecho romano subsisten hasta la época actual.

"El *aestimatum* es en el Derecho justinianeo un contrato innominado sancionado con la *actio praescriptis verbti aestimatoria."*[1] El contrato estimatorio romano

> es aquel por el cual el deudor, que ha recibido un objeto estimado, con encargo libre de venderlo, se obliga alternativamente a prestar la estimación convenida, conservando para sí el eventual exceso de valor, o a restituir el objeto. Los jurisconsultos le dieron una acción específica: *actio m arsttmatio**

2. UTILIDAD

El contrato de consignación se ha aplicado, tradicionalmente, a la venta de cosas muebles, muchas veces usadas, por medio de pequeñas negociaciones comerciales. "Es una operación con presencia continuada en el comercio desde antiguo."[5] Se encuentran *aplicaciones* de este contrato en la venta de antigüedades, automóviles usados, libros y otras mercancías para venta al menudeo; es decir, aquellas en las que el comerciante que puede disponer de las cosas en consignación, "carece de capacidad financiera para asumir el riesgo de la reventa y comprar en firme".[4] Desde el punto de vista económico es un *medio de financiamiento* al detallista.

[1] Muñoz Planas (79). pág. 69.
* Bonfante (24), pág. 512.
[5] Lázaro Sánchez (66 b), pág. 9.
* V'icent Chulla (104), tomo 11. pág. 176.

En la actualidad este contrato ha cobrado importancia como instrumento para promover ventas de importantes volúmenes de mercancías, como por ejemplo, para un almacén de auto servicio que prefiere recibir las mercancías bajo este contrato, con posibilidad de devoluciones parciales y sin que el pago del precio le signifique un desembolso importante. En esta clase de relaciones de negocios, el contrato de consignación "sirve a los esfuerzos de los mayoristas en simplificar y economizar gastos en sus relaciones con los detallistas".[5] En ocasiones este contrato se aplica, por ejemplo, a relaciones contractuales entre subsidiarias o filiales de un mismo grupo empresarial en el que la sociedad fabricante entrega a la sociedad comercializadora mercancía en consignación para que ésta la revenda; o, una sociedad distribuidora o mayorista de un grupo de empresas celebra contratos de consignación con las sociedades subditsribuidoras o comerciales que venden al consumidor final determinada mercancía.

Las *ventajas* para las dos partes se pueden resumir así:

a) El consignante, quien entrega la mercancía en consignación, conserva la propiedad y se ahorra gastos de almacenamiento, aunque financia al consignatario.

b) El consignatario que recibe la mercancía para su venta, asume el riesgo de pérdida, tiene gastos de almacenamiento, y no se paga el pircio al consignante sino hasta que los bienes se enajenan a un tercero.

3. DENOMINACIÓN

Por reforma al Código de Comercio publicada en el *Diario Oficial* del 5 de junio del 2000 se adicionó un capítulo cuarto al título sexto relativo a los contratos traslativos de dominio (compraventa, permuta, cesión de créditos) y se agregaron los artículos 392 a 394 para regular el contrato de consignación.

En general, este contrato no está disciplinado en las legislaciones europeas que influyeron en nuestras leyes. Así. es *controlo atipico* en Francia. España y Alemania; es ti regulado en el Código civil italiano, Código Civil Austríaco[4] y en los Códigos de Comercio de Honduras. Eli Salvador, Guatemala[7] y Colombia con disposiciones inspiradas en el C. c. ital.

En algunas legislaciones, este contrato recibe el nombre de *estimatorio,* denominación tomada de su origen en el Derecho Romano.

[4] Vicent Chulla (104), pág. 176.
[4] *Cfr.* Muñoz Planas (79). pág. 155.
» *Cfr* Díaz Bravo (38). pág 173.

La práctica mercantil le ha dado el nombre de *consignación** vocablo con el que lo menciona la Ley de Concursos mercantiles[9] y algunas de nuestras leyes fiscales[10] y que es el que recibe en su reciente regulación en el Código de Comercio, aunque se le agrega el innecesario adjetivo de mercantil. El mismo C. de c. utiliza también el nombre de "contrato consignatorio" (arts. 393 y 394) que puede prestarse a confusión. El término de *consignación*[11] es más limitado que el de contrato estimatorio, pues el primero se refiere a la entrega del bien mueble en el contrato, pero este acto no abarca todo el contrato.[1]*

Las partes contratantes se denominan en nuestra ley consignante y consignatario. En la doctrina se utilizan, además, los nombres de *tradens* y *accipiens,* vocablos tomados del Derecho romano y que se refieren a la entrega y trasmisión de la posesión de las cosas.

El término *estimatorio* proviene de que la cosa mueble, objeto del contrato, se entrega con su estimación o precio *estimado.'**

Las fuentes hacen siempre referencia, expresa o implícita, a una *res desámala,* lo cual parece demostrar que las partes en el período de perfección del contrato procedían a estimar las cosas que se entregarían para

' *Cfr*. Cervantes Ahumada (SO), pág. 472.

* El art. 71 fracc. Vil letra a) de la Ley de concuno» mercantile» establece que podrán separarle de la masa lo» bienes que estén en su poder en cualquiera de los supuestos siguientes: *a)* Depósito, usufructo, fideicomiso o que hayan sido recibidos en administración o *consignación,* si en este caso el concurso mercantil se declaró antes de la manifestación del comprador de hacer suyas las mercancías, o si no ha transcurrido el plazo señalado para hacerla.

" UVA artículo 14, fracción IV y L1SR artículo 159-A.

[11] En el *BlacA's Ijtw Dictionary* (25), se le menciona como contrato de consignación y se define como: 'Consignación de cosas a otro (consignatario) para vender bajo un contrato por el que el consignatario pagará al consignante por toda venta de cosas y devolverá todos las cosas no vendidas.* (voz: *Consignmenl centrad*).

'* En este sentido, la terminología que utilizaba la abrogada Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos era precisa. Decía la ley. respecto a la separación de bienes de la masa de la quiebra, que quedan fuera los bienes 'recibidos en *consignación* por virtud de un contrato estimatorio* (art. 159. fracción VI. a).

'* El término de estimado se menciona en los artículos 994 y 2774 del C. c.. el primero relativo al usufructo de bienes consumibles por el primer uso y el segundo a la reglamentación de la renta vitalicia. En materia de contratos, el de comodato dispone que si la cosa se pierde y ha sido *estimada,* d comodatario deberá entregar d precio (art. 2506 del C. c.). En la LJSR se establece que 'se consideran ingresos por mediaciones los pagos de comisiones. corretajes, agencia, distribución, *consignación o estimatorio*' (art. 204). El término no debe confundirse con la acción estimatoha por vicios ocultos. El término *consignación* aparece en nuestra legislación también para otras figuras distintas del contrato estimatorio; por ejemplo, en materia de obligaciones, el C. c. contiene un capítulo titulado: 'del ofrecimiento en pago y de la consignación*, en el que se regula un medio para que d deudor se libere de su obligación (arts. 2097 a 2105); y el CPC contiene reglas que lo complementan (arts. 225 y sigs.). El Mi-nisterio Público ejerce la acción penal por el acto llamado *consignación*

> la venta en una cantidad dada... La doctrina remanís tica antigua y moderna ha hecho de la *aestimatio* un elemento esencial del contrato... Estimar la cosa es simplemente un modo de determinar su precio.[14]

4. CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS

El artículo 392 del C. de c. mexicano lo define así:

> La consignación mercantil es el contrato por virtud del cual, una persona denominada consignante transmite la disponibilidad y no la propiedad de uno o varios bienes muebles, a otra persona denominada consignatario, para que le pague un precio por ellos en caso de venderlos en el término establecido, o se los restituya en caso de no hacerlo.'[5]

El contrato tiene las siguientes *características:*

a) "Da origen a una relación compleja, que resulta de la unión de un contrato de depósito, de una autorización y de una venta*.[16]

b) Se trata de un contrato real que se perfecciona con la entrega de la cosa. "La entrega de las cosas es elemento esencial para la *formación* del contrato."[1]'

c) El contrato tiene por objeto uno o varios *bienes muebles.*

d) El consignante trasmite al consignatario la posesión del bien y la posibilidad de disponer, aunque limitativamente, la definición y las disposiciones del Código de comercio sólo se refieran a la *venta.*

e) La obligación principal del *consignatario*, pagar el precio o devolver la cosa, es *facultativa* (a la que se le aplican, por analogía, las normas de las obligaciones alternativas, de nuestra legislación).

f) En su oportunidad, la propiedad del bien se trasmitirá al adquirente.

g) El contrato debe tener un *término.*

El término *consignatario,* que m el nombre de una de las partes del contrato, corresponde también al de una de las partes en el contrato de transporte: porteador y consignatario (art. 3656. fracción VIII del C. c.), aunque no se denomina así en el transporte mercantil regulado por el C. de c., que le llama cargador. En la LNAV se habla de destinatario o *consignatario* (término tradicional del Derecho marítimo) en el contrato de transporte, para referirse a la persona que recibirá la mercancía objeto del contrato (art. 98).

[M] Muño* Planas (79), págs. 45 *y* 46.

" El C. c. ital. lo define así: "con el *contrato ntimatorio* una parte consigna una o más cosas muebles a la otra y ésta se obliga a pagar el precio, salvo que restituya la cosa en el término establecido" (art. 1556).

'• Trabucchi (99), tomo II, pág. S9S. Uría (100) señala que "presenta analogías con el depósito, b comisión de venta y, especialmente, con b venta bajo condición suspensiva" (Núm. 542).

[15] Messineo (76), tomo V, pág. 156.

h) El consignatario asume el *riesgo de pérdida* de la cosa mientras está en su poder.

i) Es criticable la definición del Código en cuanto que "condiciona el pago del precio por parte del consignatario a la venta de los bienes",[18] y no considera que el consignatario puede adquirirlos.

5. CLASIFICACIÓN

El contrato estimatorio puede clasificarse como sigue:

a) Es un contrato *mercantil,* pues se celebra generalmente entre comerciantes, lleva implícito el fin de lucro y está regulado en el C. de c.

b) Es un contrato real, en cuanto se perfecciona con la entrega —consignación— de la cosa. "Para que surja, el contrato tiene necesidad de la entrega (de una o varias cosas muebles); por lo que la mayor parte de los autores considera que se trata de un contrato real."[19]

c) Es *bilateral,* como contrato que produce derechos y obligaciones para ambas partes.

d) Es un contrato *oneroso,* ya que existen provechos y gravámenes recíprocos.

e) Es un contrato *intuitu personae,* pues termina por la muerte de cualquiera de las partes (art. 394 fracc. III).

f) Es un contrato de *gestión,* en la relación entre consignante y consignatario y, con respecto al adquirente del bien, es *traslativo de dominio* atando se configura la enajenación de la cosa, que es de ordinario su resultado natural.

g) Antes de la venta del bien consignado se puede considerar un contrato de *custodia* respecto a las facultades del consignatario sobre la cosa.

h) Es un contrato *principal,* puesto que su existencia no depende de otra relación. Sin embargo, como contrato previo para que el consignatario venda al tercero, puede clasificarse como *preparatorio* (similar a la comisión o al de agencia).

i) Se trata de un contrato de *cambio ("do ut des"),* aunque por el carácter de intermediario comercial que tiene el consignatario, puede considerarse también un contrato que "tiene una clara nota de colaboración empresarial".*[9]

j) Es un contrato *típico,* para el Derecho mexicano a partir de la incorporación de su normativa en el C. de c.

6. ELEMENTOS

Personales

a) *Nombre de las partes.* La parte que entrega o consigna el bien objeto de este contrato, se llama *consignante.* La otra parte se deno-

" León Tovar (68*). pág 264.
** Meuineo (76). tomo V, pág. 156.
** Lázaro Sánchez (66 b), pág. 11.

mina *consignatario*, que es la parte que recibe el bien o bienes para su enajenación o, eventualmente, su devolución al consignante.

b) *Capacidad y representación.* El *consignante* debe ser propietario del bien que consigna y, si es representante, tener facultades de disposición, debido a que la celebración de este contrato tiene como resultado el trasmitir al consignatrio la disponibilidad del bien. Si se trata del representante de una empresa o negociación mercantil o de una persona moral que es titular de aquella, son suficientes las facultades de administración si los bienes objeto del contrato forman parte de las mercancías que constituyen su giro, es decir, del activo circulante. En este orden de ideas, los gerentes, factores y dependientes que tienen facultades de disposición sobre la mercancía de la negociación pueden celebrar este contrato como representantes del consignante.

Puede darse el caso de que el *consignante* no sea propietario, pero que llegue a serlo antes de que el consignatario venda. Esta modalidad sujeta al acto a una condición suspensiva; por ejemplo, un prominente comprador, un fiduciario en espera de instrucciones, un comprador con reserva de dominio, un acreedor prendario, pueden ser partes de un contrato estimatorio, siempre que el contrato esté sujeto a la situación precaria de dominio que el *consignante* tiene de la cosa.

El *consignatario* no requiere de capacidad especial alguna para contratar y es, generalmente, un comerciante.

Reales

Los elementos reales más importantes de este contrato son la cosa, el precio y la retribución. A estos dos se añade el *plazo,* también elemento importante en este negocio jurídico.

a) *La cosa o bien.* La *cosa* materia del contrato estimatorio puede ser uno o varios bienes muebles, que en terminología de derecho comercial se llaman mercancías o mercaderías. El C. de c. señala en la definición del contrato la característica de *bien mueble* (art. 392). Los bienes deben ser en principio, *tangibles* —-cosas— que puedan ser materia de entrega. Por su naturaleza, no existe un contrato estimatorio sobre derechos, porque esto implicaría estar en presencia de otra figura (por ejemplo, de una cesión de derechos sujeta a condición).

> "Modernamente la doctrina, en los diversos ordenamientos positivos, se pronuncia con casi total unanimidad en el sentido de conside-

rar incompatible con la causa del contrato y con su funcionalidad el ser instrumento para la venta de *bienes inmuebles...* Tampoco los bienes muebles registrablcs como los buques y aeronaves, pueden considerarse objetos aptos del contrato estimatorio."

b) *El precio.* El *precio* de este contrato, que en la doctrina se conoce como estimación o simplemente precio estimado,

> es un elemento que está esencialmente ligado a la consecución del fin propio del contrato, porque indica el precio mínimo que ha de darse a las mercancías en las sucesivas ventas que estipule el consignatario.[11]

El bien debe entregarse por el consignante al consignatario con un precio y esta estimación puede hacerse en forma singular o en forma global. El precio tiene como función adicional el determinar la responsabilidad del consignatario que es de garantía para el consignante. El precio puede ser *determinado o determinadle;* por ejemplo, cuando se señala el del mercado o el que fije un tercero. El precio puede modificarse por las partes durante la vigencia del contrato, para ajustarse a las condiciones cambiantes del mercado.

c) *La retribución.* Este es un elemento que no señala la definición del contrato y, aparentemente, es optativo, pues el C. de c. establece que: "las partes contratantes *podrán* pactar una retribución para el consignatario que consistirá en una suma determinada de dinero, en un porcentaje sobre el precio de venta o en algún otro beneficio" (art. 393 fracc. III). Considero que no debe haber retribución para el consignatario, quien obtiene su ganancia por la diferencia entre el precio estimado y el de venta del bien al tercero adquirente.

d) *El plazo.* El *término* del contrato debe convenirse por las partes, pues así lo dice la definición del contrato (art. 392). En "ocasiones no se precisa" " porque no es un elemento esencial, ni de validez de este contrato. El término señala el momento en el cual el *consignatario* debe pagar el precio o devolver la cosa. El plazo puede modificarse durante la vigencia del contrato o prorrogarse antes de su vencimiento, y pueden fijarse plazos periódicos para que en un mismo contrato se pague el precio o se devuelva *parte* de los bienes consignados. La falta de plazo no invalida la relación contractual. Muchas veces las partes aceptan los plazos señalados en los usos mercantiles del ramo de que se trate.*[4]

*' Muñoz Planas (79), págs. 509 y 310).
" Muñoz Planas (79). pág. 514.
B Branca (28), pág. 419.
w *Cfr.* Muñoz Planas (79), pág. 321.

Si no es clara la existencia de la obligación facultativa del consignatario, la falta de plazo puede convertir al contrato en una compraventa pura y simple, pues el vendedor no tiene la obligación de recibir los bienes que le devuelve el "consignatario".

Formales

Salvo por lo que se refiere a la entrega de la cosa al *consignatario,* la ley no exige otra forma de manifestación del consentimiento, de modo que el contrato resulta *consensual* o con *forma libre* por oposición a formal o a contrato con "forma impuesta".

El C. de c. contempla, en forma opcional para las partes, la posibilidad de que se celebre por escrito (art. 393 fracc. IV).

Como el contrato requiere para su perfección de la *entrega* de la cosa, en este sentido, es un *contrato real* Con la entrega (real, virtual o jurídica) se da al consignatario la posibilidad de disponer de las cosas (art. 392). La entrega no trasmite al consignatario la propiedad de las cosas, sino solo la posesión (art. 393 fracc. I). En la práctica comercial existen documentos relativos a la entrega de la cosa. Cuando se trata de varios bienes, se acostumbra listar estos objetos (inventario) y el *accipiens* se da por recibido de los mismos mediante la firma de tal documento, que no es formalidad del contrato sino prueba de la entrega y recepción de los bienes objeto del contrato.

El Código solo menciona a la entrega *real* al señalar que "los riesgos del bien se transmiten al consignatario cuando éste le sea entregado de manera *real* por el consignante" (art. 393 fracc. VI). Esta incompleta disposición debe interpretarse ampliamente y considerar que puede haber tres clases de entrega: real, virtual o jurídica.

Si el contrato se ha celebrado por escrito, éste trae aparejada ejecución para efectos de que el consignante exija la restitución del bien consignado o del pago del precio (art 393 fracc. IV).

7. Obligaciones del consignante

a) *Transmitir la disponibilidad y posesión del bien.* El C. de c. señala en la definición del contrato que el consignante transmite la disponibilidad y no la propiedad del bien (art. 392) y en otra disposición agrega que "el consignante trasmitirá la posesión de los bienes al consignatario" (art. 393 fracc. II). Esta es la obligación más importante del consignante y la que da origen al contrato. Estrictamente hablando, esta obligación no surge del contrato, sino que le da nacimiento y es anterior en tiempo a las obligaciones propiamente contractuales.

Muñoz Planas ha revisado la doctrina tradicional que califica al contrato estimatorio como *contrato real* y concluye que "si las partes han consentido en recíprocas prestaciones, no hay base alguna para negar al consentimiento su natural eficacia vinculativa".*[5] Aunque la tesis no deja de ser sugerente y con argumentos bien fundamentados, me adhiero a la doctrina tradicional de considerar a este contrato como un contrato real, no consensual.

En términos de la legislación civil vigente, la transmisión de la posesión del bien es equivalente a su entrega, la que puede ser *material, virtual o jurídica* (art. 2284 del C. c.), siempre que el *consignatario* pueda disponer de la cosa para su enajenación, pues éste es el fin del contrato estimatorio, como dice la definición del C. de c., el "consignante transmite la disponibilidad y no la propiedad" (art. 392). Por ejemplo, el *consignante* puede trasmitir al consignatario un certificado de depósito, representativo de la mercancía objeto del contrato. En ocasiones, la cosa puede estar ya en poder del *consignatario* bajo otro título de posesión derivado (por ejemplo, depósito, en prenda, arrendamiento, comodato) y sólo cambiar el titulo de la posesión. Puede ser que la mercancía la tenga una de las partes como depositario de un embargo y pacta con el deudor que le conceda la disponibilidad de los mismos (mediante un contrato de consignación) para pagarse con el precio que reciba de ellos (dación en pago). "La entrega de la cosa no genera la trasmisión de la propiedad, sino la atribución de un poder *exclusivo* de disposición sobre la cosa que se recibe".**

El C. de c., en el contrato de depósito, contiene una interesante disposición que resulta aplicable al cambio del titulo de la posesión derivada. Señala el articulo 338 que: "Siempre que con asentimiento del depositante *dispusiese* el depositario de las cosas que fuesen objeto del depósito, ya para sí o sus negocios, ya para operaciones que aquél le encomendare, cesarán los derechos y obligaciones propias del depositante y depositario, surgiendo los del contrato que se celebrare."

Una de las notas más interesantes del contrato estimatorio es que el *tradens* sigue conservando la *propiedad* de la cosa, aunque la ha *entregado* hasta que le es pagado el precio. No obstante, el *accipiens* ostenta el *derecho de disposición,* cuyo ejercicio está legitimado merced a la voluntad del titular de aquella;... se diferencia de la venta de *cosa ajena,* precisamente porque no carece de disponibilidad. A su vez el

** Muñoz Planas (79), pág S07.
" Uría (100), Núm. 685.

tradens, si bien continúa siendo propietario, carece de ese derecho de disposición y solamente lo recupera cuando, vencido el término, le es restituida la cosa.*[7]

b) *Recibir la cosa llegado el plaza pactado.* Si a la llegada del término del contrato el consignatario decidió devolverla en lugar de pagar el precio estimado, el consignante está obligado a recibirla. El incumplimiento de esta obligación puede representar para el *consignatario* una responsabilidad por la *mora de recibir.* Este efecto no está previsto en la regulación el contrato.

c) *Indemnizar daños y perjuicios.* Esta obligación del consignante es eventual, no se da en todos los contratos estimatorios que se celebran, sino excepcionalmente en aquellos en los que el consignante pueda causar *daños* y *perjuicios* al consignatario (art 2532 del C.c.). No está contemplado por las disposiciones del C. de c. que regulan al contrato, pero si se aplica, por analogía, el C. c. en una disposición relativa al depósito. El C. de c. nada dispone sobre esta responsabilidad del depositante en el depósito mercantil que es, como el civil, naturalmente retribuido (art. 333). Por la obligación general de reparar un daño considero que esta responsabilidad la tiene lodo consignante, salvo que demuestre culpa o negligencia del consignatario.

d) *Pagar una retribución al consignatario.* "Las partes contratantes podrán pactar una retribución para el consignatario que consistirá en una suma determinada de dinero, en un porcentaje sobre el precio de venta o en algún otro beneficio, pudiéndose facultar al consignatario para que retenga el porcentaje establecido en el contrato" (art 393 fracc. III). Este deber deriva siempre de los términos en que se celebró el contrato. Pero si las partes no lo pactaron, el C. de c. establece que "se estará a aquella que generalmente se fije en este tipo de contratos en la plaza respectiva, tomando en cuenta las características del bien consignado, su valor de mercado y los gastos erogados por el consignatario para su conservación" (art. 393 fracc. III).

Para garantía de su pago, el consignatario tiene, por ley, *un derecho de retención* sobre el bien materia del contrato de consignación, si éste no se ha vendido. Dice la ley; "cuando se pacte una retribución para el consignatario sin que el bien o bienes consignados hayan sido vendidos y sin que dicha retribución haya sido cubierta, se entenderá que lo consignado responde por el importe pactado; [17]

[17] Rubio y Langle (66 a), pág. 206.

en este caso el consignatario podrá constituir en prenda dichos bienes hasta en tanto le sea cubierta la retribución" (art. 393 fracc. III).

La obligación de pagar la retribución es correlativa de la obligación del consignatario de enajenar el bien, de modo que "si el bien objeto del contrato no fue vendido dentro del plazo pactado, el consignante no estará obligado a retribuir al consignatario, salvo pacto en contrario (art. 393 fracc. III).

e) *Proveer de fondos al consignatario.* Señala el C. de c. que es obligación del consignatario "realizar todos los actos tendientes a la conservación" y agrega que "para los anteriores efectos, el consignante deberá proveer de los fondos necesarios para ello con cuando menos dos días de anticipación a la realización del acto de conservación respectivo" (art 393 fracc. V). La obligación del consignante parece referirse a actos concretos y, quizá, excepcionales de conservación del bien, como pueden ser los relativos a trasladar el bien de una bodega a otra, hacer un acondicionemiento especial en una bodega y otros de similar naturaleza. Como la norma no distingue, y que la redacción no es afortunada, considero que abarca toda clase de gastos de conservación, ordinarios y excepcionales.

8. Obligaciones del consignatario

a) *Recibir la cosa.* La primera obligación del consignatario es la de *recibir la cosa* como deber correlativo al deber del *consignante* de entregar. Si no recibe el bien, el contrato no se perfecciona y no nace el resto de las obligaciones contractuales. Lo que importa es que el consignatario tenga la posibilidad de disponer de los bienes muebles materia de la consignación.

"El *tradente* no pierde la propiedad de las cosas, ni el *accipiens* la adquiere, mientras no haya pagado el precio."[28] Sin embargo, el consignatario tiene facultades para disponer de las cosas, aun cuando no sean suyas, "es un caso de *autorización para disponer de cosa ajena.'*'[29] El *consignante* está, temporalmente, privado de la facultad de disposición de dichos bienes. Dice la ley que "el *consignatario* podrá disponer válidamente del bien sólo con el fin previsto en el contrato" (art. 393 fracc. VII).

b) *Pagar el precio o devolver la cosa.* La obligación más importante del *consinatario* y la que caracteriza a este contrato es la de "pagar el precio pactado con el consignante o devolver bien" (art 393 fracc. I).

[w] Mestineo (76). tomo V. pág. 158.
" Metiinco (76), tomo V, pág. 158.

Esta obligación tiene el carácter de facultativa (similar a la alternativa),[30] es decir "tiene un solo objeto, pero el deudor puede liberarse con un objeto diverso";[31] sólo existe una prestación de la obligación y uno o varios medios por los cuales el deudor puede liberarse de ella. Hay una sola prestación *in obliga tione* y otra u otras prestaciones *in solutione.* La diferencia práctica entre las obligaciones alternativa y facultativa radica en que:

> Tratándose de obligaciones facultativas, si el objeto debido se vuelve imposible, la obligación se extingue sin responsabilidad para el deudor, aunque siguiera siendo posible el objeto con el cual el deudor tuviera la facultad de liberarse.[3]*

En el contrato estimalorio, la prestación debida por el consignatario es *pagar el preciar,* pero, para liberarse de ella, tiene la facultad de devolver la cosa. Si la cosa se pierde, el consignatario no tiene ya la posibilidad de liberarse de su obligación de pagar el precio mediante la devolución de la cosa, por lo que debe pagar el precio del contrato.

Algunos aspectos de la obligación del consignatario son:

I) El Código señala que "una vez verificada la venta del bien dado en consignación, el consignatario tendrá dos días hábiles para entregar la *ganancia* pactada al consignante, salvo pacto en contrario (art. 393 fracc. IV). Con equivocada terminología, el Código se refiere a la ganancia y no al precio.

II) No hay obligación de pagar el precio o devolver el bien si éste se pierde o deteriora por caso fortuito o fuerza mayor, sin responsabilidad del consignatario (art. 393 fracc. I y VI).

III) El consignatario no está obligado a pagar el precio o devolver la cosa antes de la llegada del término y dice el C. de c. que "el consignante no podrá disponer" de los bienes (art. 393 fracc. V), pues no tiene la disponibilidad.

IV) "Una vez verificada la venta del bien dado en consignación, el consignatario tendrá dos días hábiles para entregar la ganancia *(el preció)* pactada al consignante, salvo pacto en contrario" (art. 393 fracc. IV).

V) "En caso de que el consignatario retenga el bien o el producto *(el precio)* obtenido de la venta de manera injustificada, salvo pacto en contrario, además de estar obligado a restituir el bien o pagar el

*• "La obligación *alternativa* existe cuando en la obligación han sido previstas o proyectadas diferentes prestaciones, pero en forma disyuntiva, de manera que el deudor deberá cumplir sólo una de ellas".

Diez Picazo (45), tomo I. pág. 490).

*' De la Peza (39), pág. 15.

» De la Peza (39), pág. 16.

producto obtenido de la venta, éste deberá pagar al consignante un tres por ciento del valor de mercado del bien consignado por cada mes o fracción que dure la retención respectiva, en cuyo caso los riesgos derivados de la pérdida o deterioro por caso fortuito o fuerza mayor se entenderán transmitidos al consignatario" (art. 393 fracc. IV).

Sobre estas disposiciones debe señalarse que el plazo de dos días hábiles para que el consignatario pague el precio, es un término supletorio si las partes no lo previeron. También es posible que existan varios plazos para efectos de que el consignatario entregue el precio de las mercancías vencidas en un determinado periodo o devuelva parte de los bienes materia del contrato. En estos casos, el contrato estimatorio subsiste aunque el contenido de la prestación disminuya por los pagos parciales efectuados. Por ejemplo, un contrato en el que el consignatario recibe diez mil libros, y cada seis meses las partes llevan a cabo un inventario para determinar qué libros se han enajenado; de los libros vendidos hacer un inventario para determinar qué libros se han enajenado; de los libros vendidos, el *accipiens* debe pagar el precio al *tradens* y ese pago parcial libera en ese monto al consignatario.

Si el consignatario retiene el bien sin tener derecho, porque el plazo se haya vencido, el riesgo de pérdida, aún por caso fortuito o fuerza mayor lo tiene el consignatario. La retención del bien o del precio tiene como interés moratorio el 3% mensual, con la posibilidad de que las partes pacten algo distinto. Esta norma limita establece una tasa de interés muy alta con relación al 6% anual (0.5 mensual) que es la fijada en el mismo Código como tasa de interés legal.

A la llegada del plazo, aunque el bien consignado no haya sido enajenado a un tercero, el consignatario puede pagar el precio y adquirir el bien. "La enajenación a terceros no constituye elemento indefectible del contrato".[53]

Hay dos cuestiones de interés respecto a esta obligación.

i) Si *no hay plazo,* ¿cuándo debe cumplir el consignatario? En mi opinión se puede acudir, como orientación, a dos normas supletorias: las del depósito o las generales de las obligaciones mercantiles. El contrato de depósito ordena que, cuando no hay plazo, el depositario debe devolver el objeto cuando lo solicite el depositante (arts. 335 del C. de c. y 2522 del C. c.). Por otro lado, la norma mercantil general para las obligaciones sin plazo señala el término de diez

Mcssinro (76). tomo V, pág. 158.

días (art. 85 del C. de c.). Estimo que resulta aplicable la norma especial del *contrato de depósito,* pues el consignatario puede considerarse depositario de la cosa desde que la recibe hasta que la enajena o devuelve.

ü) ¿Puede el *consignante* solicitar la devolución de la cosa antes de la llegada del plazo, cuando éste ha sido convenido? El depósito civil (art. 2522 del C. c.) sí otorga esta facultad al depositante, no así el mercantil (art. 335 del C. de c.). Por la naturaleza del contrato estimatorio, como acto de comercio, el *consignatario* no está obligado a devolver antes del plazo, aunque lo pida el *consignante.* El plazo se entiende pactado en beneficio del deudor, o sea del consignatario. Si no se fija un plazo, el consignatario puede devolver en cualquier momento, por aplicación supletoria del artículo 2531 del C. c.

c) *Custodiar la cosa.* "El consignatario deberá realizar todos los actos tendientes a la conservación tanto de los bienes consignados como de los derechos relacionados con los mismos" (art. 393 fracc. VI) La obligación de custodia es similar a la que tiene un depositario, pues su facultad para disponer de la misma no implica la posibilidad de usarla.[54] Señala la ley que el consignatario puede disponer solo para el fin previsto en el contrato (art. 393 fracc. VII), enajenar a un tercero. Tiene, por tanto, la obligación (*negativa)* de no usar la cosa y responsabilidad por daños y peijuicios causados por malicia o negligencia y por el deterioro que sufra el bien consignado, por lo que resulta aplicable, supletoriamente, el artículo 335 del C. de c.

d) *Riesgo de pérdida.* Aunque no es propiamente una obligación del consignatario, sino una responsabilidad que deriva del contrato, la *pérdida de la cosa* es a su riesgo.[55] Así lo señala el Código: "los riesgos del bien se transmiten al consignatario cuando éste le sea entregado de manera real por el consignante, con la excepción de la pérdida o deterioro por caso fortuito o fuerza mayor tratándose de bienes individualmente designados los cuales correrán a cargo del consignante" (art. 393 fracc. VI). La disposición, en for-ma errónea, señala que hay responsabilidad solo si hubo entrega real. Considero que la responsabilidad se da en todos los casos en que el consignatario tiene la disposnibilidad y posesión del bien, independientemente de la forma en que le fue entregado o la causa de la posesión.

Si la cosa se pierde, el consignatario ya no tiene la facultad de liberarse de la obligación de pagar el precio mediante la devolu-

M *Cfr.* En el mismo senado León Tovar (68*), pág. 268.
* *Cfr.* Uría (100). Núm. 685.

ción de lo consignado, a menos que en la pérdida de la cosa exista culpa del tradentc. Además, para efectos prácticos esto significa que si la cosa se pierde, el consignatario debe pagar el precio en el plazo pactado y no antes.

9. MODALIDADES

a) *El subcontrato.* ¿Puede celebrarse un nuevo contrato cstimatorio por parte del consignatario, en el que éste sea consignante? En mi opinión, el consignatario, sin autorización expresa del tradente, puede a su vez celebrar como *consignante* un subcontrato estimatorio. Desde luego, el *consignatario* no puede contratar, en principio, con un plazo más amplio que el concedido en el contrato base, para que se pueda hablar de subcontrato. El precio estimado —en el *subcontrato estimatorio*— puede ser distinto y de hecho debe ser diferente para que la celebración del nuevo contrato tenga una función económica. Los efectos de este subcontrato son que el consignatario, si no tiene el bien a la llegada del plazo, tendrá que pagar el precio estimado, pues perdió el medio alternativo para liberarse de su obligación.

b) *Celebración de otros contratos.* En su obligación de pagar el precio en un plazo y con la facultad de disponer del bien, el consignatario puede celebrar sobre las cosas objeto del estimatorio otra clase de contratos en los cuales se obtenga colaboración para la enajenación del bien. Pienso que el consignatario puede celebrar contratos como el de mandato, comisión, mediación, agencia y distribución sobre la cosa consignada, con el conocimiento de que el riesgo de pérdida es a su cargo y de que la devolución del bien es una alternativa para liberarse de su obligación principal de pagar el precio estimado. La enajenación o disposición del bien objeto del estimatorio puede realizarse de muchas formas, no sólo por compraventa.

c) *La compraventa con derecho a devolución.* No se trata de una modalidad del contrato estimatorio, pero la compraventa "con derecho a devolución" se menciona aquí porque es semejante a este contrato y tiene cierto arraigo en la práctica comercial de mercancías o mercaderías. Por ejemplo, una distribuidora de productos de pan empaquetados, o de alimentos con cierta caducidad, acepta la devolución de mercancía no vendida, que puede haber caducado, y entrega mercancía para reponerla; lo mismo una distribuidora de revistas o productos que pasan rápidamente de moda. En este contrato, que produce efectos similares al estimatorio, el comprador tiene, a la llegada del

plazo para el pago del precio, *derecho a devolver parle o la totalidad* de la mercancía comprada. La diferencia fundamental con el estimatorio reside en que el comprador es un verdadero propietario del bien, y que la traslación de propiedad se efectúa desde el primer momento con todas sus consecuencias. A la llegada del plazo para pagar el precio, parte o la totalidad de la compraventa se deja sin efecto. Quizá sea posible aplicar también a estos casos la modalidad de la compraventa con reserva de dominio y, al no pagarse el precio, la trasmisisón de propiedad no se produce.

Por último, como en las relaciones entre vendedor y comprador hay nuevos contratos, el precio no pagado no se devuelve materialmente sino que se aplica o abona entre las partes, en terminología de la cuenta corriente, a la nueva compra.

10. TERMINACIÓN

a) *Causas legales.* El art. 394 del Código establece que: "son causas de terminación del contrato consignatorio":

I. La ejecución total de las obligaciones derivadas del contrato;
II. El vencimiento del plazo pactado;
III. La muerte de alguno de los contratantes;
IV. El mutuo consentimiento, y
V. El incumplimiento de las obligaciones de alguna de las partes.

Algunas de estas causas de terminación no era necesario incluirlas en la ley, como la ejecución del contrato o el mutuo consentimiento. La primera porque es la causa natural de todo contrato y es una cuestión doctrinal; y, la segunda, porque es una causa que se regula en las normas generales aplicables a todo contrato y resulta innesario señalarla en la regulación específica de un contrato.

No es causa de terminación el vencimiento del plazo, pues a la llegada de éste, el consignatario tiene la obligación de pagar el precio o devolver el bien, además de que se producen otra serie de consecuencias jurídicas para los casos en que el consignatario no devuelve el bien o no paga el precio; y, respecto al consignante, si a la llegada del término no recibe el bien, tiene responsabilidad por mora de recibir.

Tampoco es causa de terminación el incumplimiento de las obligaciones de alguna de las partes, pues esto da lugar a la acción de rescisión que establece el artículo 1949 del Código civil y el efecto es muy diferente a la terminación. La parte que no incumplió puede exigir el cumplimiento forzoso del contrato o su resolución, pero el contrato no termina.

La única causa de terminación novedosa es la *muerte* de alguna de las partes, si se trata de personas físicas. Sin embargo, considero que las partes pueden pactar válidamente que la muerte del consignante, del consignatario o de ambos, no será causa de terminación. Por analogía, la inhabilitación de alguna de las partes también es causa de terminación.

b) *Concurso y embargo.* Salvo que las partes así lo convengan expresamente, el concurso no es causa de terminación del contrato. En caso de concurso del consignatario, el bien consignado no forma parte de la Masa, pues el propietario sigue siendo el consignante. La LCM señala claramente que podrán separarse de la Masa los bienes que estén en su poder en cualquiera de los supuestos siguientes: Depósito, usufructo, fideicomiso o que hayan sido recibidos en administración o *consignación,* si en este caso el concurso mercantil se declaró antes de la manifestación del comprador de hacer suyas las mercancías, o si no ha transcurrido el plazo señalado para hacerla (art. 71 fracc. Vil letra a).

Si la quiebra es del consignante, dice la LCM que: "Los contratos, preparatorios o definitivos, pendientes de ejecución deberán ser cumplidos por el Comerciante, salvo que el conciliador se oponga por así convenir a los intereses de la Masa (arts. 75 y 92).

El C. de c. también aclara que: "los efectos consignados no podrán ser embargados por los acreedores del consignatario" (art. 393 fracc VII).

11. NATURALEZA CONTRACTUAL

a) *La naturaleza jurídica contractual.* Se han formulado diversas teorías para explicar la naturaleza jurídica de este contrato, pues "en el campo jurídico, este negocio encierra una extremada complicación."[56] Algunos autores la han calificado de compraventa, depósito, prestación de servicios, mandato o comisión, y como figura compleja que comparte elementos de varios de los contratos enunciados. Díaz Bravo señala que "no queda sino encuadradrla como un mandato y más concretamente como una comisión mercantil que es, cabalmente: "El mandato aplicado a actos concretos de comercio...", según reza el art. 273 del C. Com., por cuanto no hay duda sobre el carácter mercantil de este contrato y de la futura venta por parte del consignatario".[57] *

* Langlr y Rubio (66 a), pág. 204.
" Díaz Bravo (42). pág. 176.

En resumen, este contrato se debate entre la comisión de venta y la compraventa condicional. "La intención de los contratantes modalizará, pues, el contrato reconduciéndolo a uno u otro tipo —comisión o compraventa—, ya que la finalidad pretendida causalizará la estructura contractual adoptada hacia una u otra dirección."[5]*

i) Depósito para vender. Esta tesis fue formulada por Bolaffio, quien distingue en la estructura dinámica de la operación dos fases. La primera se inicia con un depósito por causa de comercio, como medio para facilitar la venta. Cuando cesa el depósito, la propiedad de la cosa pasa al *acápiens* si éste ha pagado el precio estimado. La teoría es más bien descriptiva de las apariencias externas del contrato, pero no explica como un depósito se convierte en compraventa, ni lo que sucede si el *acápiens* no compra o vende a un tercero.**

El artículo 338 del C. de c., ya comentado, establece la posibilidad de que en un contrato de depósito el depositante "autorice" al depositario a *disponer* del bien para sí o un tercero, con lo que el contrato deja de ser depósito y se convierte en otro contrato, quizá en estimatorio.

ii) Comisión de venta. Una tesis importante lo considera como una modalidad de la comisión de venta con estas características: el consignatario actúa siempre en nombre propio y no a nombre del consignante (comitente); por la naturaleza del estimatorio, el *consignatario* tiene autorizada la autoentrada y facultades para obrar a su arbitrio en el desempeño de su encargo.[4]"

> Tampoco es comisión —dice Langle y Rubio— porque el comerciante que recibe la mercadería no actúa solo por cuenta ajena sino propia, obra en nombre e interés suyo y no observa no recibe instrucciones de quien se la entrega (art. 286); ni le está prohibido sin licencia comprar la cosa para sí o para otro (art. 299); ni vender a fiado o a plazos (art. 301); ni el tradens ha de abonar al accipiens un premio de comisión (art. 304); ni puede aquél revocar el negocio en cualquier estado del mismo (art. 307).[41]

" Lázaro Sánchez (66 b). pág. 17.

" *Cfr.* Muñoz Planas (79). págv 250 a 256.

" *Cfr.* Muñoz Planas (79), págs. 284 a 287. Sánchez Calero (95) afirma que el contrato estimatorio se asimila a una modalidad de la comisión de venta (pág. 485). Para las leyes fiscales mexicanas que se refieren a la consignación parece aplicable esta tesis, pues lo consideran como una prestación de servicio, no como una enajenación (LÍVA art. 14 frac. IV).

[m] Langle y Rubio (66 a), pág. 204.

Para nuestro Derecho, la posibilidad que señala el C. de c. de que las partes puedan pactar una retribución para el consignatario, acerca la figura de este contrato a la teoría de la comisión de venta. La Ley del Impuesto al Valor agregado enumera al contrato de consignación entre los actos que considera prestación de servicios (arL 14 fracc. IV) y no como una enajenación. En mi opinión, este tratamiento fiscal complica, en la práctica, la operatividad de este contrato.

iii) Compraventa sujeta a condición suspensiva. Esta teoría, no exenta de críticas, es la que al parecer tiene mayor aceptación en la doctrina. Dice Garrigues que "se trata en suma de una venta con condición suspensiva y eventualmente ligada a un término. La condición se cumple cuando el comprador declara dar curso al negocio, convirtiéndose en deudor del precio fijado en la estimación".[42]

El fin del contrato estimatorio es que el *consignatario* adquiera para sí o revenda la cosa consignada y, para vender al tercero como propietario, y no por cuenta del tradente, es necesario que el *accipiens* adquiera previamente las cosas. "La finalidad del contrato es la transferencia de la propiedad",[43] que se produce cuando el *consignatario* adquiere para sí la cosa o, entre el *tradens,* el *accipiens* y el tercer adquirente, cuando el consignatario enajena el bien. Tales actos de disposición los realiza el *accipiens* en nombre y por cuenta propios.

Por las particularidades del contrato, la condición resulta ser "impropia, suspensiva, potestativa, negativa, es decir, a la certidumbre de que el adquirente no querrá, ni podría restituir la mercancía".[44]

Esta teoría parece explicar en forma satisfactoria el efecto traslativo del dominio de los bienes dados en consignación entre el consignante y el consignatario. Pues para que el consignatario pueda trasmitir al tercer adquirente los bienes debe ser propietario (nadie da lo que no tiene) y esta adquisición se realiza por el cumplimiento de la condición. Con esta explicación resulta claro que hay dos trasmisiones de propiedad: del consignante al consignatario y de éste al tercero. Para efectos de facturación de mercancías y de pago de impuestos (por ejemplo del IVA), esta tesis es práctica. El consignatario hace su propia factura para el tercero adquirente y el consignante expide una factura para el consignatario.

Sin embargo, la explicación del efecto traslativo de dominio es sólo uno de los aspectos de este contrato y la teoría apuntada no comprende a otros elementos como la obligación facultativa o la condición a que se sujeta la compraventa. * **

* Garrigues (55), tomo II, pág. 97.

° *Diccionario de Derecho Privado* (45), vot contrato estimatorio.

** Branca (24). pág. 419. La condición sujeta a término está prevista en el artículo 1946 del C c.

iv) Contrato sui generis. "Este contrato tiene su propia naturaleza, es autónomo y distinto de los otros contratos como el de comisión, agencia y mediación."[45] El *contrato estimalorio*, en mi opinión, tiene particularidades propias que lo distinguen de otros contratos típicos. Por esta razón, algunas legislaciones, como ahora la mexicana, le han dedicado una normativa particular diferente a la de la propia compraventa o de la comisión. En este sentido el contrato de consignación es un *contrato sui generis.* Sin embargo, la teoría de la compraventa sujeta a condición suspensiva, la más aceptable de las expuestas, puede resultar un auxiliar útil en la explicación de ciertos aspectos prácticos que se derivan de la celebración y ejecución de este contrato. Por ejemplo, si un consignatario tiene una mercancía que va a vender a un tercero, éste no conoce, generalmente, que las cosas están en consignación. El consignatario vende por cuenta propia y en su nombre y por unto la factura o comprobante de la venu es una factura del propio consignatario, no del consignante. El consignaurio, una vez que ha vendido la mercancía en consignación, pagará el precio estimado al tradente quien le expedirá una factura al consignaurio. "En cuanto al *tercero* que hace la compra, la celebra direcU y exclusivamente con el *accipiens,* produciéndose entre ellos los derechos y obligaciones propios de esu compravenu."[46]

v) Contrato típico. Para el Derecho mexicano es un contrato típico, regulado por el C. de c., con normas que suplen la volunud de las partes en lo que no acordaron. Estas disposiciones no son de interés público y, por unto, las partes pueden pacur en contrario con respecto a lo que reglamenu dicho ordenamiento.

b) *Normas supletorias.* "A falu de regulación especial han de aplicarse al contrato, por analogía, las normas generales de la *compraventa",*[41] y de éstas, primero las de la compravenu mercantil y después las de la civil, si las primeras son insuficientes. Se aplican Umbién las normas sobre el contrato de depósito —primero comercial, después civil— para la relación del *accipiens* antes de la llegada del plazo o la enajenación del bien y de la comisión para cuando las partes han pacudo una retribución. De las normas generales de las obligaciones y del contrato en general, resulun aplicables, de manera especial, las de la condición y las referentes a las obligaciones alternativas, pues no contempla nuestra ley a las obligaciones faculutivas.

** León Tovar, (68a), pág. 265.
* Rubio y Langlc (66 a), pág. 206.
[v] Uría (100), núm. 685.

BIBLIOGRAFÍA

BRANCA: (28) *Instituciones de Derecho privado,* págs. 418 y 419.
CERVANTES AHUMADA: (34) *Derecho mercantil* pág. 472.
DÍAZ BRAVO: (42) *Contratos mercantiles,* págs. 173 a 179.
Diccionario de Derecho privado (43), voz: contrato estimatorio.
GARRJÜUES: (53) *Curso de Derecho mercantil* tomo II, págs. 96 y 97.
LANGLE Y RUBIO: (66 a) *El contrato de compraventa mercantil* págs. 203 a 206.
LÁZARO SÁNCHEZ: (66 b) *El contrato estimatorio* (depósito en comisión de venta, venta condicional...).
LEÓN TOVAR: (68*) *Contratos mercantiles,* págs. 263 a 284.
MESSINEO: (76) *Manual de Derecho civil y comercial,* tomo V, págs. 156 a 161.
MUÑOZ PLANAS: (79) *El contrato estimatorio.*
SÁNCHEZ CALERO: (93) *Instituciones de Derecho mercantil,* pá^s. 484 y 485.
TRABUCCHI: (99) *Instituciones de Derecho privado,* tomo II, págs. 290 y 291.
ÜRÍA: (100) *Derecho mercantil,* Núm. 685.
VICENT CHULÍA: (104) *Compendio critico de Derecho mercantil,* tomo II, págs. 176 a 178.

CAPÍTULO VIII

EL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO FINANCIERO

SUMARIO: 1.—Origen e importancia. 2.—Denominación y concepto. 3.—Características. 4.—Clasificación. 5.—Clases. 6.—Otros aspectos del arrendamiento financiero. 7.—Elementos. 8.—Contenido del contrato. 9.—Cesión de derechos contra el vendedor. 10.—La opción. 11.—Modalidades. 12.—Incumplimiento. 13.—Naturaleza contractual.

1. ORIGEN E IMPORTANCIA

Como se le conoce en la actualidad y lo regula la LOAAC, el arrendamiento financiero nació en Estados Unidos de América en la década de los cincuenta,[1] con el nombre de *leasing,* término con el que también se le identifica y estudia a este contrato. En ese país se constituyeron las primeras sociedades especializadas para celebrar contratos de *leasing.* Su nacimiento obedeció a necesidades financieras de los arrendatarios que, a través de este medio, obtenían la utilización de bienes sin ser propietarios y con un menor desembolso de fondos. Posteriormente, el éxito de este contrato y de las compañías que se dedicaban a celebrarlo hizo que este tipo de negocios se iniciara en otros países como Gran Bretaña, Francia, Bélgica, España, Turquía, Portugal, Argentina, Uruguay, Perú y Japón* En el año de 1988 cincuenta y cinco países intervinieron en la Convención *UNIDROH'* sobre el arrendamiento financiero internacional.

I^is *ventajas* de esta figura contractual que han consagrado su utilización en la práctica de los negocios, pueden agruparse como sigue:

Para la *arrendataria:*

a) "Desde el punto de vista de las operaciones físicas, carece por lo común de importancia que el activo sea adquirido en propiedad o se haya tomado en arrendamiento."[5] Para la arrendataria, la posibilidad de utilizar el bien es más importante que la propiedad.

[1] Se señala como la primera sociedad de arrendamiento financiero a la "State Leasing Corporation" constituida en 1952 en San Francisco. California *(Cfr.* León Tovar (68), pág. 15 y Díaz Bravo (42). Núm. 85).

• * *Cfr.* Acquarone (3), págs. 47 a 66.

* Hunt. Pcarson y otro (62). pág. 398.

b) "Si la renta está adecuadamente calculada, la maquinaría (bien arrendado) se autofinancia (se paga por sí misma) a través de su utilización productiva."[4] *

c) "El arrendamiento (financiero) puede ser la única forma en que una compañía en dificultades financieras puede obtener el uso de equipo nuevo."*

d) La arrendataria tiene en su peijuicio que el bien arrendado está en su poder por un plazo largo y no puede "deshacerse" de él tan fácilmente como un propietario.

Para la *arrendadora financiera:*

a) Concede un crédito con una *garantía real* específica; como propietario del objeto arrendado, bajo ciertas circunstancias, puede pedir la posesión.

b) La arrendadora financiera, a través de los intereses y pagos de la arrendataria, obtiene un *rendimiento del capital* invertido.

c) Facilita el otorgamiento del crédito, pues se conoce el destino de la inversión.

Aunque montado originalmente sobre el concepto de arrendamiento, este contrato tiene como objeto específico, entre otros, conceder crédito a la arrendataria, de ahí el calificativo de *financiero.*

Como operación financiera significa "una alternativa práctica de la adquisición en propiedad del activo por parte de la compañía, girando la decisión entre la propiedad y el arrendamiento alrededor de consideraciones financieras más bien que de carácter operativo."[6]

Díaz Bravo opina que de su regulación en la LOAAC (anteriormente en la LIC) "se infiere que el legislador atribuye al arrendamiento financiero el carácter de operación de crédito".[7]

En *México*, este contrato empezó a utilizarse en la década de los sesenta, cuando se crearon sociedades especializadas para tal efecto. Estas sociedades han estado generalmente ligadas o relacionadas con entidades financieras importantes,[8] que hoy forman parte de agrupaciones financieras.

[4] Vázquez Pando (102). pág. 259. *Cfr* en sentido similar, Bugeda Lanza (SO), págs. 397 y 598.

* Hunt, Pearson y otro (62). pág. 400.

* Hunt, Pearson y otro (62), pág. 5%.

[7] Díaz Bravo (42). pág. 197. *Cf*ir en el mismo sentido León Tovar (68). pág 174; Sánchez Calero (93), pág. 485 y Vincent Chulla (104), tomo II, pág. 254. La exposición de motivos de la LOAAC señala que se trata de una *operación financiera.*

* Una de las primeras de estas sociedades fue Interamerícana de Arrendamientos, SA, constituida a principios de los años sesentas y que después cambió su denominación a Arrendadora Scrfín, SA *(Cfr.* Vázquez Pando (102), pág. 260).

En cuanto a normas de naturaleza *fiscal,* el arrendamiento financiero tuvo su primer reconocimiento en el año de 1966 en el que se dictó un primer criterio para considerarlo como venta en abonos. En el ámbito legislativo el contrato se reguló en lo relativo a sus efectos fiscales por reforma a la entonces vigente LISR (art. 19 frac. IV, *h),* frac. XII) en el año de 1974, aunque sin el nombre actual. Sucesivas reformas a las disposiciones fiscales le dieron las características definitivas que ahora tiene. En 1981, el CF le reconoció la denominación de *arrendamiento financiero* —con el que lo bautizó la práctica comercial— y señaló sus características generales aplicables a todas las leyes fiscales. En el CF (art. 15) se le define en forma muy similar a como hace algunos años lo definía la LISR y se señalan algunas características y requisitos que debe contener éste contrato, para efectos fiscales.

1.a *regulaáón substantiva* del contrato se hizo en el año de 1982, por adición a la LIC, el arrendamiento financiero —contrato hasta entonces atípico, aunque con tipicidad social— se convirtió en un contrato típico legislativamente, propio del derecho mercantil y como contrato del derecho bancario. La LOAAC recogió las disposiciones de la LIC, sin modificaciones importantes a las normas que lo reglamentaron.

Nuevo régimen legal

En el Diario Oficial el 18 de julio del 2006 se publicaron importantes reformas a la LOAAC y a la LTOC que contienen un nuevo régimen legal para el contrato de arrendamiento financiero.

A) Las reformas a la LOAAC, que entrarán en vigor en siete años (julio de 2013), derogan la regulación de las arrendadoras financieras como organizaciones auxiliares del crédito y las disposiciones relativas al contrato de arrendamiento financiero que se contienen en dicha ley (art. 3®. Transitorio).

B) las reformas a la LTOC, que ya están vigentes, regulan al contrato de arrendamiento financiero el que puede celebrarse "en forma habitual y profesional por cualquier persona sin necesidad de requerir autorización del Gobierno Federar (art. 87-B LOAAC y 2®. Transitorio). La regulación del contrato en la LTOC como operación de crédito (arts. 408 a 418) es muy similar a la que existe actualmente en la IX)AAC. Una de las modificaciones importantes de esta nueva normativa es el cambio de nombre a las panes contratantes que en esta ley se denominan: arrendador y arrendatario (en masculino, como en el C.c.).

Esta doble regulación del contrato de arrendamiento financiero estará vigente hasta el año de 2013. Las normas de la LOAAC solo

se aplicará a los contratos que celebren las arrendadoras financieras con autorización para operar como organizaciones auxiliares del crédito. La disposiciones de la LTOC se aplicará a todos los otros contratos de arrendamiento financiero celebrados por personas diferentes a las arrendadoras financieras autorizadas.

2. DENOMINACIÓN Y CONCEPTO

El término *leasing*, que se aplica en forma específica al arrendamiento financiero, deriva de *liase:* arrendamiento, y ha sido adoptado por diversos países para denominar a este particular contrato. Por ejemplo, este vocablo parecen aceptarlo en Alemania y Austria,[9] y en Argentina.[10] En Francia la ley le denomina *credii-bail* y en Bélgica legislativamente se conoce como *location-fenancement,*[u] en como *locaáonefinanxkaia,*[n] en Portugal se conoce como "locación financiera",[13] España le llama arrendamiento financiero, el Código Civil de Quebec, Canadá lo regula como *leasing* y comercialmente, y en las operaciones intemarionales, se le conoce así: *leasing.* En algunos de estos países, aunque no se encuentre regulado legislativamente, existe un reconodmiento jurídico de la figura a través de Reglamentos, Decretos o circulares y de la práctica cotidiana del contrato.

En las leyes mexicanas lo definen el CF[14] y la LTOC.[15] Esta última ley señala:

Por virtud del contrato de arrendamiento finandero, el arrendador se obliga a adquirir determinados bienes y a conceder su uso o goce temporal, a plazo forzoso, al arrendatario, quien podrá ser persona física o moral, obligándose este último a pagar como contraprestadón, que se liquidará en pagos parciales, según se convenga, una cantidad en dinero determinada o determinable, que cubra el valor de adquisidón de los bienes, las cargas finanderas y los demás accesorios que

• *Cfr.* Frisch (50). pág. 51.

* *Cfr.* Acquarone (5), toda la obra.

" Díaz Echegamy. José Luí». *El controlo de ™Uann¿",* parte de la obra *Contrate» mercantiles* (18 b). pág. 506.

'* *Cfr.* León Tovar (68), pág. 35.

'* *Cfr.* Acquarone (3), pág. 51.

M La definición del CF es muy similar a la de la LTOC El art. 15 señala que: *Es un contrato por el cual una persona se obliga a otorgar a otra el uso o goce temporal de bienes tangibles a plazo forzoso, obligándose esta última a liquidar en pagos parciales, como contraprestación, una cantidad en dinero determinada o determinable que cubra el valor de adquisición de los bienes, las cargas financieras y los demás accesorios y a adoptar al vencimiento del contrato alguna de las opciones terminales que establece la ley de la materia. Debe celebrarse por escrito y consignar expresamente el valor del bien objeto del contrato y la tasa de interés pactada o la mecánica para determinarla.'

u Todas las referencias a la ley que se hagan en este capítulo, corresponden a la *LTOC,* a menos que se indique otra cosa.

se aplicará a los contratos que celebren las arrendadoras financieras con autorización para operar como organizaciones auxiliares del crédito. La disposiciones de la LTOC se aplicará a todos los otros contratos de arrendamiento financiero celebrados por personas diferentes a las arrendadoras financieras autorizadas.

2. DENOMINACIÓN Y CONCEPTO

El término *leasing,* que se aplica en forma específica al arrendamiento financiero, deriva de *lease:* arrendamiento, y ha sido adoptado por diversos países para denominar a este particular contrato. Por ejemplo, este vocablo parecen aceptarlo en Alemania y Austria,[9] y en Argentina.[10] En Francia la ley le denomina *credit-baü* y en Bélgica legislativamente se conoce como *locati<m-financement,u* en como *lotmxmefinanziaria,'** en Portugal se conoce como "locación financiera",[13] España le llama arrendamiento financiero, el Código Civil de Quebec, Canadá lo regula como *leasing* y comercialmente, y en las operaciones internacionales, se le conoce así: *leasing.* En algunos de estos países, aunque no se encuentre regulado legislativamente, existe un reconocimiento jurídico de la figura a través de Reglamentos, Decretos o circulares y de la práctica cotidiana del contrato.

En las leyes mexicanas lo definen el CF [14] y la LTOC.[15] Esta última ley señala:

Por virtud del contrato de arrendamiento financiero, el arrendador se obliga a adquirir determinados bienes y a conceder su uso o goce temporal, a plazo forzoso, al arrendatario, quien podrá ser persona física o moral, obligándose este último a pagar como contraprestación, que se liquidará en pagos parciales, según se convenga, una cantidad en dinero determinada o determinable, que cubra el valor de adquisición de los bienes, las cargas financieras y los demás accesorios que

• *Cfr.* Frisch (50). píg. 51.

" *Cfr.* Acauarone (5), toda la obra.

[11] Díaz Ecnegaray, josé Luis. *El controlo de 'leasing,* parle de la obra *Contratos mercantiles* (18 b). pág 506.

* *Cfr.* León Tovar (68). pág. 33.

'* *Cfr.* Acquarone (3), pág. 51.

[M] La definición del CF es muy similar a la de la LTOC El art. 15 señala que: "Es un contrato por el cual una persona se obliga a otorgar a otra el uso o goce temporal de bienes tangibles a plazo forzoso, obligándose esta última a liquidar en pagos parciales, como contraprestación, una cantidad en dinero determinada o determinable que cubra el valor de adquisición de los bienes, las cargas financieras y los demás accesorios y a adoptar al vencimiento del contrato alguna de las opciones terminales que establece la ley de la materia. Debe celebrarse por escrito y consignar expresamente el valor del bien objeto del contrato y la tasa de interés pactada o la mecánica para determinarla.*

[IS] Todas las referencias a la ley que se hagan en este capítulo, corresponden a la *LTOC* a menos que se indique otra cosa.

se estipulen, y adoptar al vencimiento del contrato alguna de las opciones terminales a que se refiere el artículo 410 de esta Ley.

Otra disposición del mismo ordenamiento complementa la definición del contrato y se refiere a *la opción* en estos términos:

Al concluir el plazo del vencimiento del contrato o cuando las partes acuerden su vencimiento anticipado y una vez que se hayan cumplido todas las obligaciones, el arrendatario 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 establezcan 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 el arrendador en el precio de la venta de los bienes a un tercero, en las proporciones y términos que se convengan en el contrato.

La definiciones de la LTOC y del CF son extensas y descriptivas, están redactadas con falta de técnica legislativa y de terminología apropiada. Al abundar en conceptos y distinciones innecesarios, resultan repetitivas.

El CF que define al arrendamiento financiero, establece los requisitos que debe reunir este contrato para ser considerado como tal en las relaciones entre el Fisco (Estado) y la arrendadora financiera y la arrendataria en las diversas disposiciones que se refieren a él (LISR, LIVA, LIMAC y CFDF). De esta definición de la ley fiscal resaltan: la mención de que los *bienes* objeto del contrato sean *tangibles* y la necesidad de señalar en el contrato el valor del bien y la *tasa de interés*. De los dos tipos de ordenamientos que regulan el contrato es importante destacar que la LTOC rige la *relación privada entre las partes contratantes* (arrendadora financiera y arrendataria), en tanto que el CF y las otras disposiciones impositivas regulan una relación jurídica distinta entre cada una de las partes, como contribuyente o sujeto pasivo de los impuestos y el Fisco.

El *arrendamiento financiero* puede definirse como el contrato por el que la arrendadora financiera se obliga a adquirir un bien y a conceder su uso a la arrendataria, quien se obliga a pagar un precio, determinado o determinable, en pagos periódicos durante un plazo forzoso a ambas partes, a la llegada del cual, o anticipadamente, la arrendataria deberá ejercitar la opción para adquirir el bien, prorrogar el contrato o participar en la venta del bien a un tercero.

3. CARACTERÍSTICAS

El contrato de arrendamiento financiero tiene estas características:[16]

a) La arrendadora financiera tiene obligación de *adquirir* el bien que dará en arrendamiento. En este sentido, nuestra ley sólo contempla en su definición al arrendamiento financiero indirecto, no el directo en el que la arrendadora financiera ya es propietaria del bien.

b) La arrendataria tiene como principal derecho al bien objeto del contrato el *usarlo,* o el uso o goce como dice la LOAAC en terminología copiada del arrendamiento civil (art. 2398 del C. c.).

c) El contrato debe tener un *plazo forzoso* para ambas partes. El término determina el número de pagos periódicos y el momento en que debe ejercitarse la opción. Es un contrato temporal.

d) El *precio* debe calcularse en su totalidad como suma de los pagos periódicos (rentas). Este precio total debe exceder del valor del bien e incluir, en términos de la LOAAC, "el valor de adquisición de los bienes, las cargas financieras y los demás accesorios". El CF indica que debe establecerse una tasa de interés o la forma (no "mecánica") de determinarla.

e) El precio debe pagarse en cuotas periódicas (no en "pagos parciales" como dice impropiamente la ley) y pactarse en *dinero.* En el arrendamiento civil, el precio puede pagarse en especie.

f) La arrendataria "puede" suscribir uno o varios *pagarés* a favor de la arrendadora financiera, por el monto del precio del contrato (art. 26). Esto es opcional, no obligatorio.

g) El contrato de arrendamiento financiero contiene siempre una *opción* a favor de la arrendataria para que ésta elija, antes del término del contrato, entre adquirir el bien, prorrogar el contrato o participar de la enajenación de dicho bien a un tercero.

h) El contrato debe constar por escrito y *ratificarse ante fedatario* (independientemente de la clase de bien: mueble o inmueble) por disposición expresa de la LOAAC. Para efectos fiscales debe constar por escrito.

4. CLASIFICACIÓN

El contrato de arrendamiento financiero es:

a) Mercantil, como "alquiler verificado con propósito de especulación comercial" (art 75, fracción del C. de c.), por estar regulado en una ley de naturaleza mercantil, que señala que este contrato debe celebrarse por una organización auxiliar del crédito[17] y, por

" Algunas de esta* características han sido señaladas en la tesis judicial: *Arrendamiento financien*. Elementos esenciales del controlo.*

,T *Cfr.* Vázquez del Mercado (101), pág. 488.

las personas que en él intervienen que, casi siempre, son comerciantes.[1]* El carácter mercantil de esta operación ha sido confirmado por una ejecutoria de la Suprema Corte de Justicia (*Cfr.* la tesis judicial: *Arrendamiento financiero. Es un contrato de naturaleza mercantil).*

b) Formal o con forma impuesta por la ley pues debe constar por escrito y ratificarse ante notario o corredor (art. 25 y art 15 delCF).

c) De *adhesión* en la generalidad de los casos, en tanto que la arrendadora financiera impone las condiciones del contrato y la arrendataria sólo se adhiere.

d) Bilateral, pues produce derechos y obligaciones para las dos partes.

e) Oneroso, ya que los provechos y gravámenes son recíprocos.

f) En casi todos los casos será *conmutativo,* solo eventualmentc puede ser *aleatorio* si el precio con las tasas de interés pactadas, tiene importantes variaciones con relación a las tasas del mercado durante la vigencia del contrato y esto pueda significar una ganancia para una parte y pérdida para la otra, por la misma causa.

g) Es un contrato de *tracto sucesivo y de largo plazo,* ya que su cumplimiento se prolonga en el tiempo.

h) Es *principal* en cuanto su existencia no depende de otro contrato u obligación preexistente, es decir, tiene existencia autónoma.

i) En lo que se refiere a la *opción* (que es una parte de este contrato, no un acto distinto), es *preparatorio* de otro contrato definitivo con el que se da cumplimiento a la opción elegida por la arrendataria.

j) Es *traslativo de uso* para la arrendataria que tiene el uso y goce del bien.

k) El contrato no es *traslativo de dominio* para la arrendadora financiera, pues la adquisición del bien no se da por el arrendamiento financiero sino por un contrato previo y distinto. No es traslativo para la arrendataria al momento de la celebración de éste. Si la arrendataria ejercita la opción de adquirir el bien, la trasmisión del mismo se produce como efecto de otro acto jurídico posterior al arrendamiento financiero (una compraventa, por ejemplo).

L) Por su fundón económica es un contrato de *crédito* y de *colaboración.*

m) Es un contrato *típico* para el Derecho Mexicano, ya que sus efectos para las partes contratantes están regulados por la LTOC y, anteriormente, por la LOAAC.

5. CLASES

a) Con relación al *objeto arrendado,* éste puede ser.

i) Sobre *inmuebles,* que ha cobrado importanda en la actualidad y que incluye terrenos, inmuebles ya construidos, en proceso de construcción, instalaciones, plantas industriales, locales comerdales e

'• *q.* Vázquez Pando (IOS), pág. 424.

inmuebles destinados a habitación. Se trata de un medio para financiar la compra de bienes inmuebles. Los contratos de arrendamiento financiero sobre inmuebles suelen tener *plazos más largos.* La mayoría de los países lo aceptan en su práctica.[19]

ii) El que recae sobre bienes *muebles*, que es el arrendamiento financiero más usual y, en especial, sobre los llamados bienes de capital (que se utilizan para producir otros bienes) o bienes de consumo duradero. Los muebles objeto de este contrato son aquellos sobre los que puede concederse su uso, es decir, están excluidos aquellos que se consumen por el primer uso.

b) Respecto a las *personas* que intervienen en la relación, se habla de:

i) *Directo,* cuando la arrendadora financiera es el productor, fabricante o vendedor del bien y el mismo celebra el contrato de arrendamiento financiero como un medio de enajenación del bien con un finandamiento. Este supuesto puede darse en nuestro derecho, anteriormente estaba expresamente previsto en la LOAAC en aquellos casos en que la arrendadora financiera ya es propietaria del bien. Algunos de estos casos se dan, por qemplo: porque adquirió el bien por algún arrendamiento financiero anterior que se rescindió, o en el que el arrendatario no ejerció la opción de adquirir.

ü) Indirecto, si el productor o propietario original del bien es una persona distinta de la arrendadora financiera. Este es el caso que se contempla en la definición de la LTOC. Aquí existen dos relaciones jurídicas diferentes: la del propietario y la arrendadora (generalmente compraventa) y la que se establece entre la arrendadora financiera y la arrendataria.

c) Por la *operación* que involucra el contrato:

i) Arrendamiento en el que la arrendadora financiera adquiere de un tercero el bien que será objeto del contrato sobre el que concederá el uso a la arrendataria. Este es el arrendamiento financiero más usual.

ii) El llamado *"lease-back"* por el cual la futura arrendataria propietaria de un bien lo vende a una arrendadora financiera quien lo adquiere para, a su vez, celebrar un contrato de arrendamiento financiero y conceder el uso de dicho bien.[10] "Hay dos contratos celebrados en forma simultánea: el de venta y el de *leasing* entre las mismas partes."*[1] El propietario, poseedor originario del bien, sin entregarlo materialmente a la arrendadora financiera se convierte en poseedor derivado, a título de arrendatario. "Detrás de la fachada de esta operación lo que existe, realmente, es una operación de préstamo con cesión de la propiedad del acreedor en garanda del pago."** Este

** *Cfr.* León Tovar (68), pág«. 158 a 141.
» *Cfr.* Vicent Chulía (104), tomo II, pág. 255 y León Tovar (68). págs. 152 a 155.
" Acquarone (5), pág. 59.
Sánchez Lorenzo (95). Núm. 170.

contrato tiene el riesgo de que, frente a los acreedores de la arrendataria ésta, aparentemente, sigue siendo propietaria.®

Esto ha sido confirmado por una tesis judicial que señala que: "en relación con la adquisición de bienes que sean objeto del arrendamiento financiero, el articulo 24 de la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito, prevé dos situaciones complementarias de las características mencionadas con antelación, y son: 1) que la adquisición de los bienes que sean materia del arrendamiento financiero puede realizarse de un tercero; 2) o bien, pueden adquirirse del futuro arrendatario, supuesto en el que éste tendrá dos caracteres distintos, el de proveedor antes de la celebración del contrato de arrendamiento financiero, y el de arrendatario una vez celebrada la convención" *(Cfr.* la tesis: *Arrendamiento financiero, elementos esenciales del contrato).*

iii) El *renting* que es un arrendamiento que hace el mismo fabricante y en el que se comprende como parte del precio o renta; la puesta a disposición del bien arrendado, la garantía de la calidad y funcionamiento, los gastos de mantenimiento y reparación.*[4] La Convención de UNIDROIT se aplica tanto al arrendamiento financiero como al *rentmg,* independientemente de que el arrendatario tenga o no la opción (arL 1.3).

6. OTROS ASPECTOS DEL CONTRATO

a) *El arrendamiento financiero inmobiliario.* Aunque las primeras aplicaciones del arrendamiento financiero se hicieron, sobre todo, en bienes de capital o bienes de consumo duradero (bienes muebles), actualmente se celebra en forma importante con relación a bienes inmuebles. El arrendamiento financiero inmobiliario no está previsto expresamente en nuestra LTOC, pero se comprende en todas las disposiciones que lo regulan, pues se utiliza la palabra "bienes" sin distinción entre muebles o inmuebles. En algunas *leyes fiscales* si hay claras referencias al arrendamiento financiero sobre inmuebles, como en el CFDF (art. 157 frac. XII).

Generalmente la operación que involucra a un arrendamiento financiero sobre *bienes inmuebles* comprende los siguientes actos. La futura arrendataria señala a la arrendadora financiera cuál será el bien objeto del contrato. La arrendadora financiera adquiere dicho bien de un tercero mediante un contrato de *compraventa* que se celebra ante notario. Es conveniente que en esta primera operación **

** En Francia se han establecido límites para su celebración. (*Cfr.* Vicent Chulía (104), tomo II, pág. 25S).

** *Cfr.* Acquarone (3), pág. 27, Broscta (28). pág. 423 y León Tovar (68), págs. 146 y 147.

la arrendadora financiera señale que adquiere para dar en arrendamiento financiero o en cumplimiento de un contrato de esta naturaleza.* La segunda operación es la celebración del arrendamiento financiero, este se celebra entre la arrendadora financiera, propietaria del bien, y la arrendataria. Considero que este contrato, aun cuando sólo se ratifique ante fedatario (art. 25 LOAAC), debe hacerse constar ante notario, pues los corredores públicos no están autorizados para que ante ellos se otorguen operaciones sobre inmuebles (art. 6 frac. V LCORR).*[7] Es recomendable que las dos operaciones se celebren simultáneamente y, si es posible, que ambas consten en un mismo instrumento notarial.

A la llegada del plazo forzoso si la arrendataria adquiere el inmueble, esta operación requiere formalizarse ante notario.*

Desde el punto de vista *registral* las normas no son muy claras al respecto. La adquisición que hace la arrendadora financiera del inmueble debe inscribirse en la primera parte del folio real (del inmueble). En el mismo folio real debe hacerse constar que la propietaria (la arrendadora financiera) tiene limitación en el dominio del bien, pues ha celebrado sobre el mismo un contrato de arrendamiento financiero. Esta mención debe hacerse constar en la segunda parte del folio del inmueble. Cuando la arrendataria adquiere el inmueble, por ejercicio de la opción de compra, esta operación debe inscribirse en la primera parte del folio real para que la arrendataria, al adquirir, aparezca como la nueva propietaria del inmueble.

b) El arrendamiento financiero internacional El *UNIDROIT* (Instituto para la Unificación del Derecho Privado) preparó un proyecto sobre el arrendamiento financiero que fue aprobado en

** lo» efectos riscales de esta primera operación ton: d vendedor puede causar impuesto sobie la renta por enajenación (arts. 15 del CF y 148 y siguientes de la L1SK) y el comprador (la arrendadora financiera) y la arrendataria, por reforma vigente a partir del 2005. si ejercita la opción de compra, causan el impuesto local de adquisición de bienes inmuebles (art. 157 fracciones I y IX del CFDF)- En algunos casos, puede causarse el impuesto al valor agregado (art. 8 UVA).

n Cuando se hace una operación sobre bienes inmuebles, al solicitarse el certificado de gravámenes ol Registro Público de la Propiedad, los notarios solicitan se anote un aviso preventivo en términos del artículo 3016 dd Código tivil. Este aviso preventivo que cieña provisionalmente el Registro dd inmueble sólo lo pueden solicitar "el notario o la autoridad ante quien se haga d otorgamiento', por lo que no tiene efectos si lo pretende pedir un corredor público.

* En este caso, ya no se causa el impuesto local de adquisición de bienes inmuebles si es la propia arrendataria quien adquiere. Si no es la arrendataria quien adquiere, o ésta cede su derecho, se causa el impuesto referido. La frac. XII del art. 157 dd CFDF señala que el impuesto se causa por "la cesión de derechos en los contratos de arrendamiento financiero, así como la adquisición de los bienes materia del mismo que se efectúe por persona distinta dd arrendatario.'

Otawa, Canadá, en el año de 1988 por diversos Estados. México no ha firmado la Convención.

Esta convención comprende 25 artículos y sus tres capítulos se refieren a: ámbito de aplicación y disposiciones generales, derechos y obligaciones de las partes y disposiciones finales. En el texto de la Convención se incluyen dos contratos relacionados entre sí: el de compraventa o suministro con una tercera parte por el que el arrendador adquiere el bien y el arrendamiento financiero, al que se le denomina simplemente *arrendamiento.* A las partes se les llama arrendador y arrendatario.

La Convención se *aplica* para los casos en que el arrendador y el arrendatario tienen sus establecimientos en Estados diferentes que sean firmantes de la Convención (art. 3.1).

El *arrendamiento financiero internacional* se describe como aquel en que

> una parte (el arrendador), (a) conforme a las especificaciones de la otra pane (el arrendatario), celebra un contrato (el contrato de suministro) con una terrera pane (el proveedor), en vinud del cual el arrendador adquiere instalaciones, bienes de capital u otros equipos (el equipo) bajo términos aprobados por el arrendatario en lo que concierne a sus intereses, y (b) celebra un contrato (el contrato de arrendamiento) con el arrendatario por el que concede al arrendatario el derecho de usar el equipo mediante el pago de rentas (an. 1.1).

Son *características* de este contrato: el que el arrendatario especifica el equipo y elige al proveedor, el equipo lo adquiere el arrendador con relación al contrato de arrendamiento y las rentas se calculan tomando en cuenta la amortización del total o una parte sustancial del costo del equipo (art. 1.2).

Esta Convención se aplica a contratos en los que el arrendatario puede o no tener la opción de comprar el equipo o conservarlo en arrendamiento por un período posterior (art. 1.4).

Los *derechos y obligaciones* más importantes son: el que el arrendador conserva *derechos reales* del equipo y su oponibilidad (art. 7); el arrendador no tiene responsabilidad sobre el equipo (arL 8); el arrendador garantiza al arrendatario una posesión tranquila (art. 8.2); el arrendatario debe cuidar el equipo, usarlo razonablemente y devolverlo al arrendador (art. 9); el arrendador puede enajenar o negociar los derechos que tiene en el equipo, como también puede el arrendatario, con consentimiento del arrendador, ceder su derecho a usar el equipo (art. 14).

"Son *destacables* tres tipos de problemas específicos del leasing internacional que son: i) la ley aplicable al contrato, ii) el contenido del derecho de propiedad-garanua que corresponde a la empresa

de leasing, el cual está en función de la ley que resulte aplicable, además de la oponibilidad frente a terceros de la propiedad en garantía y iii) los problemas fiscales como consecuencia de la disparidad de legislaciones fiscales entre los diversos Estados."[2]"

c) *El arrendamiento financiero como garantía.* Se ha mencionado que el arrendamiento financiero es un contrato de crédito o que su fin principal es otorgar financiamiento a la arrendataria, pero hay que agregar que el crédito tiene una *garantía* para la arrendadora financiera, que es el bien objeto del contrato. Si el efecto económico y práctico del arrendamiento financiero es el de dar al arrendatario ía mayoría de los derechos del propietario, pero no su titularidad, la operación es, en substancia, una garantía. En este sentido el arrendamiento financiero como garanda presenta estos elementos: es una operación de crédito; utiliza la conservación de la propiedad como garantía, tanto frente al usuario como frente a terceros; y, constituye una garantía sin desplazamiento, pues el deudor tiene la posesión del bien.[11]"

La arrendadora financiera es la *propietaria* del bien, pero su interés sobre el bien es por la garantía que éste le representa para su crédito. La arrendadora financiera no pretende ejercer otros derechos de propietaria, ni tiene la posesión material del bien. La circunstancia de que en la opción del contrato se conceda a la arrendataria la posibilidad de adquirir el bien, de que se enajene a un tercero o se vuelva a rentar, es clara muestra de que "la propiedad del bien tiene una finalidad esencialmente de garantía."[30]*'** * **•**•

¿El derecho que tiene la arrendadora financiera es un *derecho de propiedad* o un derecho real de garantía? Conforme a nuestra legislación que regula a éste contrato, y a la operación de compra previa a la celebración del contrato de arrendamiento financiero, la arrendadora financiera es propietaria.

> "La posición real de la empresa de *leasing* se traduce en la existencia de un derecho de garantía, encuadrable genéricamente dentro de los derechos de propiedad-garantía."[5]'
>
> "La sociedad *leasing* conserva la mera propiedad formal con una función instrumental de garantía."[52]
>
> Dice Uría que la arrendadora financiera "asume un papel exclusivamente financiero: conserva la propiedad de los bienes como garantía de los eventuales incumplimientos contractuales.[55]

** *Cfr.* Sánchez Jiménez. María de los Angeles, *FJ contrato de "leasing.* parte de la obra *Contratos internacionales* (SO a), pág. 942.

** *Cfr.* Sánchez Lorenzo (95). pág. 206.

*•**• Díaz Echegaray. José Luis. *Et contrato de "leasing',* parte de la obra *Contratos mercantiles* (18 b), pág. 525.

[51] Sánchez Lorenzo (95), pág. 226 y 227.

** Acquarone (3), pág. 42.

** Uría (100). Núm. 757.

¿El derecho real de la arrendadora financiera *propiedad-garantía* puede considerarse como derecho real a típico de garanda? Considero que no, pues este derecho de propiedad, destinado a garantizar un crédito, es un derecho de propiedad como lo regulan nuestras leyes. Es un derecho que se asemeja y que podría asimilarse al que tiene un vendedor que ha celebrado un contrato de compraventa con *reserva de dominio.* Sin embargo, en el arrendamiento financiero, a diferencia de la compraventa con reserva de dominio, el régimen de publicidad registral no está regulado todavía en forma adecuada, lo que hace que para el usuario del bien y para los terceros no sean plenamente oponibles: el derecho real de la arrendadora financiera sobre el bien y el derecho de la arrendataria a ejercer la opción de adquisición del mismo.[54]

En defensa de éste derecho de propiedad que tiene la arrendadora financiera sobre el bien arrendado, el arL 416 de la LTOC le concede una acción para pedir judicialmente la posesión del bien objeto del contrato.

7. ELEMENTOS

Personales

a) Arrendadora financiera o arrendador. De acuerdo a las reformas a la LOAAC y a la LTOC, el contrato de arrendamiento financiero puede ser celebrado por cuatro clases de arrendadoras financieras o de arrendadores.

i) Por una *arrendadora financiera,* organización auxiliar del crédito, regulada por la LOAAC. Este contrato se rige por las vigentes disposiciones de la LTOC. A las partes del contrato se les denomina *arrendadora financiera* y *arrendataria.*

ii) Por una sociedad anónima que "en sus estatutos sociales contemple expresamente como objeto social principal la realización habitual y profesional" de contratos de arrendamiento financiero y que

[M] En algunos contratos de arrendamiento financiero sobre bienes muebles se establece una cláusula que obliga a la arrendataria a señalar en el propio bien (por ejemplo mediante una placa) que el equipo es propiedad de la arrendadora financiera. Con esto se logra una *publicidad de hecho* para informar a los terceros que la arrendataria no es propietaria. Esta obligación se puede completar al incluir como causa de terminación anticipada del contrato el incumplimiento de esta obligación y, además, con el derecho de la arrendadora financiera a inspeccionar el equipo.

"se considerará como sociedad financiera de objeto múltiple". Si esta sociedad mantiene "vínculos patrimoniales con instituciones de crédito o sociedades controladas por grupos financieros" se considera regulada y "está sujeta a la supervisión de la Comisión Nacional bancaria y de Valores". Esta sociedad se conoce, por sus siglas, como: "SOFOM", "E.R." (art. 87-B , 87-C y 87-D de la LOAAC).

iii) Por una sociedad anónima en los mismos términos que la anterior, pero que no tenga vínculos con instituciones de crédito o sociedades controladas por grupos financieros y que se considera no regulada y no está sujeta a la supervisión de la Comisión Nacional bancaria y de Valores. Por sus siglas, esta clase de sociedad se identifica como: "SOFOM", "E.N.R." (art. 87-B de la LOAAC).

iv) Por último, el arrendamiento financiero podrá celebrarse por cualquier persona, en forma habitual y profesional o en forma accidental, sin necesidad de requerir autorización del Gobierno Federal (art 87-B de la LOAAC).

En los tres casos anteriores el contrato de arrendamiento financiero se rige por las disposiciones de la LTOC (art. 408 a 418), como una operación de crédito que es acto de comercio, como señala el artículo 1®. de dicha ley y las partes se denominan, respectivamente: *arrendador y arrendatario.*

b) *Capacidad.* Para ser arrendadora financiera y dedicarse habitualmente a la celebración de contratos de arrendamiento financiero, la LOAAC impone la necesidad de contar con autorización de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público (art. 5®).

Las arrendadoras financieras deben ser personas morales y estar organizadas como una *sociedad anónima,* con ciertas características que la misma LOAAC determina. Se trata de sociedades mercantiles especializadas a las que la ley exige ciertos requisitos más estrictos o rígidos que los que la LSM establece piara cualquier sociedad anónima. Estos requisitos adicionales de la sociedad se aplican, en general, a todas las organizaciones auxiliares de crédito, aunque hay algunas variantes aplicables sólo a las arrendadoras financieras.

c) *Características de las arrendadoras financieras.* Las arrendadoras financieras deben tener ciertas características generales que señala el artículo 8® de la LOAAC, para todas las organizaciones auxiliares del crédito y que son aplicable a las arrendadoras financieras. Las arrendadoras deben ser sociedades anónimas, de capital fijo o variable y cumplir con la normativa espacial relativa a capital, inversión

de extranjeros, estos requisitos de la sociedad se refieren a las asambleas de accionistas, las minorías, el consejo de administración, los comisarios, la reserva legal, disposiciones especiales para la fusión y prohibiciones relativas a su operación.

Con respecto a las sociedades financieras de objeto múltiple, en sus dos modalidades: reguladas y no reguladas, éstas están disciplinadas en los artículos 87-B a 87-Ñ de la LOAAC. A las primeras se les aplican, además, algunas disposiciones de la Ley de Instituciones de Crédito (art. 87-D) y están sujetas a la supervisión de la Comisión Nacional Bancaría y de Valores (art. 87-B).

d) Representación de la arrendadora financiera. El representante de la arrendadora financiera o de las sociedades financieras de objeto múltiple, requiere tener facultades generales de *administración* para celebrar el contrato de arrendamiento financiero, pues se trata de un acto ordinario o normal de operación de la sociedad ("habitual y profesional"). En el caso de personas distintas a éstas, el representante requiere de facultades de administración para la celebración del contrato de arrendamiento financiero y facultades de dominio para enajenar el bien objeto del contrato en el caso de que el arrendatario ejercite la opción de compra.

Reales

a) *El bien.* El bien objeto del arrendamiento financiero debe ser susceptible de darse en arrendamiento, es decir, aquel sobre el que puede concederse el *uso o goce.* Están excluidos los bienes consumibles por el primer uso, los bienes fuera del comercio o los derechos personalísimos (uso y habitación). La LTOC no menciona particularidad alguna que deban tener los bienes objeto del contrato, de modo que pueden ser bienes muebles, inmuebles, corporales y, con algunas limitaciones, bienes incorporales, como los *derechos.* Pueden ser objeto del contrato conjuntos de bienes como instalaciones o todo el equipo o maquinaria de una unidad industrial. La Convención de UNIDROIT le llama al bien, genéricamente, "el equipo" y menciona a las instalaciones, bienes de capital u otros equipos y considera la posibilidad de que se incorporen a un inmueble (arts. 1.2, 4.1 y 4.2).

> En materia de arrendamiento civil, no hay duda de que los derechos pueden ser materia del contrato, aunque no sucede lo mismo con el arrendamiento financiero. Por ejemplo, el CF establece en su definición que los bienes deben ser *tangibles,* pero esa norma sólo se aplica, en su

caso, para los efectos fiscales del arrendamiento financiero. La LTOC que regula el aspecto sustantivo del contrato, nada indica sobre este particular. En la doctrina hay varias opiniones. Algunos autores estiman que es posible celebrar el contrato sobre derechos;[55] y, otros autores manifiestan que "no puede celebrarse contrato de *leasing* sobre derechos".* Parece que, en principio, el arrendamiento financiero no está regulado para que se celebre sobre derechos, pero es posible que cierta clase de éstos puedan ser materia del mismo, tales como una patente, una marca, derechos de propiedad industrial[57] o una concesión, en los que el fin de la operación es el financiar la adquisición de alguna de esta clase de bienes. Sin embargo, no siempre será posible celebrarlo sobre cualquier clase de derechos, por ejemplo, encuentro dificultad cuando recae sobre algunos derechos de fideicomisario.

¿Pueden ser objeto del contrato los *derechos de copropiedad* de un bien?; ¿por ejemplo, sobre un inmueble el arrendatario puede adquirir el 50% de copropiedad y la arrendadora financiera el otro 50%? Pienso que no hay impedimento jurídico alguno para celebrar un contrato de arrendamiento financiero sobre derechos de copropiedad. Sin embargo, para la arrendadora financiera pudiera tener estas desventajas. Si el arrendatario incumple, el procedimiento de desposesión del bien que está previsto en el arL 416 de la LTOC no puede ejecutarse fácilmente. Por otro lado, el arrendatario el arrendatario incumple y el arrendador pretende adjudicarse el bien mediante algún procedimiento o vender a un tercero los derechos de copropiedad probablemente tendrá algunas dificultades.

Una forma de que el arrendador puede dar crédito por una cantidad menor al valor del bien, quizá con cierta desventaja para el arrendatario, es mediante la adquisición total del bien por el arrendador y que al celebrarse el contrato de arrendamiento financiero el arrendatario haga un pago de una parte importante del precio a la arrendador. De este modo, aunque la arrendadora financiera es la propietaria del bien, el precio adeudado por rentas se ha disminuido por el pago que hace el arrendatario.

b) *El precio.* La *contraprestación* (art. 25) o *precio* (arL 26) del arrendamiento financiero debe tener estas características: ser en *dinero*, determinado o detcnninable, y la totalidad de los pagos parciales o *rentas* debe ser superior al valor de adquisición del bien. La Convención de UNIDROIT utiliza el término de *rentas* (arL 1.1).

" *C/r.* en el mismo sentido León Tovar (68), pág. 51.

** Acquarone (3), pág. 129.

[5T] En algunos países se practica lo que se conoce como el *Uckno lease.* por medio del cual una sociedad vende su *knourhow* a una arrendadora financiera y luego lo recibe como arrendataria, en renta, mediante un arrendamiento financiero. Se trata de una modalidad del *leas*back.*

A diferencia del contrato de arrendamiento legislado en el C. c., que no ordena, como en la compraventa (art. 2248), que el precio sea en dinero (art. 2430), en el financiero, por disposición legal (art. 25), el precio debe ser necesariamente en dinero. Esto no impide que el precio se fije en otra unidad monetaria como *dólares,* pues las operaciones mercantiles y el contrato de arrendamiento en general puede celebrase en otra moneda o en alguna unidad que, indirectamente, pueda convertirse fácilmente en dinero (oro, UDIS). Diversas resoluciones judiciales y tesis de jurisprudencia han establecido que si en un contrato de arrendamiento el precio se ha fijado en dólares, esa suma de dinero resulta cierta y determinada. Esto no obsta para que la arrendataria, en términos del artículo 8º de la I.ey monetaria pague el precio en moneda nacional al tipo de cambio del día del pago. En una jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia se señaló que el término dinero debe entenderse en su significación amplia de unidad monetaria y que el dólar cumple con esa característica. Específicamente para el arrendamiento algunas tesis de la misma Suprema Corte han declarado que el precio puede pagarse en moneda nacional aunque se haya contraido en dólares *(Cfr.* las tesis judiciales: *Arrendamiento. IM fijación del ¡necio en dólares cumple con el requisito de ser cierto y determinado.—Arrendamiento en dólares. A elección del arrendatario, el pago de la renta puede hacerse en esa moneda o en su equivalente en moneda nacional.—Dinero Comprende a toda unidad monetaria en curso legal dentro del sistema pecuniario de una nación.—Obligaciones en moneda extranjera. Su cumplimiento tratándose de arrendamiento financiero).*

El precio puede ser *determinado o determinable* y, el elemento del interés variable implícito en la contraprestación hace que en esta clase de contratos el precio sea, generalmente, dctcrminablc.

Por último, como característica de esta figura, el precio, como suma total de rentas o de los pagos parciales, debe incluir el Valor de adquisición de los bienes, cargas financieras y los demás accesorios" (art. 25) * El CF establece que debe señalarse el valor y la tasa de interés (art. 15).

c) *El interés.* Como elemento implícito en el precio debe existir un interés. Esta es una *característica esencial* del contrato de arrendamiento financiero y resulta una exigencia legal, contractual (art. 25) y fiscal (art. 15 del CF). El interés puede abarcar cualquier prestación a favor del acreedor, pero siempre en dinero, pues es parte del precio

* León Tovar (68) incluye como uno de lo» elemenio» que integran al precio el "valor residual" (págs. 68 a 65). F.»tr término de la doctrina española, no es aplicable en México. Este !«aií/r *midtial* no es parte del precio del arrendamiento financiero sino de la opción para el caso de que la arrendataria elija adquirir el bien.

y éste debo ser en dinero. El interés puede ser determinado o determinable y fijarse con base a elementos ajenos al contrato; por ejemplo, una tasa conforme alguna definición del propio contrato, varios puntos sobre el costo porcentual promedio (CPP) *prime rale, libar.* El interés también puede variar o ser distinto en diferentes períodos de tiempo; por ejemplo, una tasa para el primer año, variable para los siguientes cinco, y fija los últimos dos años. Si el contrato no establece un interés, la ley no suple esta falta de acuerdo y, como parte integrante del precio, elemento esencial del arrendamiento financiero, un contrato sin interés será otro acto jurídico distinto del arrendamiento financiero (por ejemplo, un arrendamiento civil o mercantil unido a un contrato de opción o de promesa).

> Para efectos de la LISR: "F.n los contratos de arrendamiento financiero, se considera *interés* la diferencia entre el total de pagos y el monto original de la inversión.
>
> Cuando los créditos, deudas, operaciones o el importe de los pagos de los contratos de arrendamiento financiero, se ajusten mediante la aplicación de índices, factores o de cualquier otra forma, inclusive mediante el uso de unidades de inversión, se considerará el ajuste como parte del interés." (Art. 9*).

d) *Pagarés.* Como modalidad del contrato de arrendamiento financiero, y en relación también con la formalidad del acto jurídico, la ley previene que la arrendataria "*podrá otorgar* (el vocablo correcto es 'suscribir') *uno o varios pagarés*" cuyo importe total corresponda al precio pactado (art. 26). Estos pagarés pueden ser: varios pagarés o uno solo con vencimientos sucesivos, que legalmente se entienden a la vista (art. 70 de la LTOC). Así lo confirma jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia (*Cfr.*: la tesis judicial: *Pagaré con vencimientos sucesivos. Plazo de presentación para su pago).*

Como requisito, debe hacerse constar en tales documentos "su procedencia de manera que queden suficientemente identificados" (art. 26).** ta trasmisión de estos títulos de crédito (mediante endoso y entrega) por parte de la arrendadora financiera. Dice la ley: "implica en todo caso el traspaso de la parte correspondiente a los derechos derivados del contrato" (art 26 en relación con el art 24-V1H). ¿Se ceden sólo los derechos de la arrendadora financiera o el legislador consideró aquí la posibilidad de ceder todas las relaciones jurídicas derivadas del contrato para la arrendadora financiera (*cesión del contrató)?* Si se interpreta en forma estricta la ley, sólo se ceden los derechos que

* Esta disposición está copiada en su redacción del artículo 325 de la LTOC que para el contrato de crédito de habilitación o avío y para el refaccionario, utiliza la misma terminología para "ligar" los pagarés al contrato.

están incorporados al o a los pagarés que se trasmiten. Sin embargo, en el mismo contrato de arrendamiento financiero puede establecerse la posibilidad de la *cesión total del contrato*, aunque esto debe hacerse no únicamente mediante la trasmisión de los pagarés.

> Esta incorporación de derechos contractuales -dice Vázquez Pando- resulta totalmente desusual en el régimen de tal tipo de títulos de crédito;... estos pagarés, como los llama la ley, son en realidad un nuevo Ululo de crédito frente al pagaré tradicional regulado por la LTOC, en tanto que este documento tradicional tan sólo incorpora obligaciones dineradas, mientras que en el caso previsto por el artículo 64 (LIC) (hoy 409 de la LTOC) se está ante un documento causal que incorpora derechos derivados del contrato*

Me parece que el pagaré en estos contratos no incorpora la totalidad de los derechos contractuales de la arrendadora financiera, sino sólo las obligaciones de pago del precio del arrendamiento, pues de otro modo ya no sería pagaré al no cumplir con los elementos esenciales que le señala la LTOC. Una tesis del Tercer Tribunal Colegiado ha señalado que estos "títulos que difieren de los pagarés ordinarios y que se encuentran vinculados indisolublemente al negocio causal, sin que con ello se derogue el principio general contenido en el artículo 167 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, ya que el título no deja de tener la incorporación del crédito, ni su literalidad, y sólo se encuentra relacionado con el negocio causal,... solamente es una garantía colateral del crédito plasmado en esencia en el contrato principal" (*Cfr.* la tesis *Arrendamiento financiero. La legitimación en la causa se funda en el contrato principal y no en los pagarés derivados o relacionados con d contrato de).* Como comentario a esta tesis, no parece apropiado el considerar a los pagarés como garantía colateral del crédito.

e) *El plazo forzoso.* Es este es un elemento que tiene como fundamento el concepto de *"uso o goce temporal"* del bien objeto del arrendamiento financiero, y es también un elemento del arrendamiento en general (art. 2398 del C.c.). El plazo forzoso es obligatorio para ambas partes y un *elemento básico* para el cálculo total del precio o contraprestación (suma de todas las rentas) y para determinar el momento en que debe ejercitarse la opción por parte de la arrendataria (art. 27). En la definición del arrendamiento financiero se le señala como característica propia del contrato (arts. 25 y 15 del CF). La falta de plazo forzoso hace que el contrato de arrendamiento financiero deje de ser tal para convertirse, por ejemplo, en un arrendamiento civil.

* Vázquez Pando (IOS), págv 424 y 425.

Como las disposiciones del arrendamiento financiero son especiales no puede aplicarse supletoriamente el C.c. en materia de arrendamiento de muebles, que establece que "si no se hubiere fijado plazo..., el arrendatario será libre de devolverlo cuando quiera" (art. 2460). Tampoco resultan aplicables a esta figura mercantil el plazo máximo de diez años que establece el C.c. para los arrendamientos de inmuebles (art. 2398).

Formales

El contrato de arrendamiento financiero debe otorgarse *por escrito,* así lo ordena el art. 408 de la LTOC, y "podrán" inscribirse en el Registro Público de Comercio (art. 408). Para su inscripción requieren un documento auténtico, de modo que deben otorgarse en escritura pública ante notario o ratificarse ante notario o corredor público. El CF solo menciona que debe constar por escrito (art 15). En materia de arrendamiento civil, el contrato debe también constar por escrito en prácticamente todos los casos (art 2406 del C. c.).

> Considero excesiva la formalidad en el arrendamiento financiero, pues la celebración por escrito sería una formalidad suficiente, con excepción de aquellos casos en que el arrendamiento financiero recaiga sobre bienes inmuebles.

Como requisito adicional de forma, "en los contratos que celebren las sociedades financieras de objeto múltiple, éstas deberán señalar expresamente que, para su constitución y operación con tal carácter, no requieren de autorización de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público... las sociedades financieras de objeto múltiple no reguladas... deberán expresar que, para la realización de las operaciones... no están sujetas a la supervisión y vigilancia de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores." (art. 87-J de la LOAAC).

La LTOC prevé que el contrato de arrendamiento financiero se inscriba en el Registro Público de Comercio (ART. 408).[41]

[41] En la ley 24.441 Argentina, que regula al *Uasing,* se establece que: "A los efectos de su oponibilidad frente a terceros, el contrato deberá inscribirse en el Registro que corresponda a las cotas que constituyan su objeto..." (art. SI) *(Cfr.* Acquarone (S), pág. 165).

Para el arrendamiento financiero que recae sobre *bienes inmuebles* no hay disposiciones que regulen claramente su aspecto registral lo que, frente a terceros, resta seguridad a esta figura contractual. "El contrato de *leasing* implica una limitación a la disponibilidad del inmueble oponible a terceros a partir de su inscripción."[42] En la práctica sería conveniente que los arrendamientos financieros sobre inmuebles consten en un solo instrumento público notarial se hiciera constar la adquisición del bien por la arrendadora financiera y la ratificación o celebración del arrendamiento financiero con la arrendataria. En todo caso hay que anotar registralmente que la arrendadora financiera adquiere el bien en cumplimiento de un contrato de arrendamiento financiero celebrado con una persona determinada y, en la parte de limitaciones de dominio del inmueble, inscribir que el mismo bien es objeto de un contrato de ésta naturaleza.

El contrato de arrendamiento financiero y el estado de cuenta certificado por el contador de la arrendadora financiera convierten al contrato en *titulo ejecutivo* según dispone el artículo 416, para efecto de pedir la desposesión del bien a la arrendataria y para efectos procesales.

8. OBLIGACIONES DE LA ARRENDADORA FINANCIERA

a) *Adquirir el bien objeto del arrendamiento.* La primera obligación de la arrendadora financiera, en la mayoría de los casos, es la de *adquirir el bien* materia del contrato. Esta obligación puede ser un requisito previo a la celebración del contrato, como ha señalado acertadamente una tesis de un Tribunal Colegiado: "la adquisición de bienes objeto del arrendamiento financiero, por parte de la arrendadora financiera, debe ser previa a la concerlación de aquel contrato, para que esté en aptitud de conceder el uso y goce de los bienes a la arrendataria financiera" *{Cfr.* la tesis: *Arrendamiento financiero. La arrendadora debe ser propietaria de los bienes para poder conceder el uso y goce de ellos a la arrendataria).* Puede ser que esta obligación forme parte del contenido de las obligaciones, pero la arrendadora financiera debe cumplirla con anterioridad a que conceda el uso o goce del bien a la arrendataria. **

** Acquarone (3), págt. 146 y 147.

La definición legal (art 408) la incluye como obligación contractual, pero las partes pueden celebrar el contrato una vez que la arrendadora financiera ya sea propietaria del bien o tenga facultades para conceder su uso y goce. Considero que esta obligación puede ser objeto de otro *contrato previo*[45] al arrendamiento financiero, o que puede no existir en aquellos casos en que la arrendadora financiera ya sea propietaria del bien porque, por ejemplo, al término de otro contrato de arrendamiento financiero, la arrendataria no haya ejercido opción de compra y la arrendadora financiera conserve dicho bien.

La adquisición es obligación de la arrendadora financiera, pero la arrendataria debe contribuir a su cumplimiento al seleccionar al "proveedor, fabricante o constructor", y al autorizar por escrito los "términos, condiciones y especificaciones" del pedido u orden de compra (art 30).

Es importante señalar que el contrato mediante el cual la arrendadora financiera adquiere el bien del vendedor, es un *contrato distinto* (compraventa en la mayoría de los casos) del arrendamiento financiero, y que la arrendataria no interviene directamente en esa relación contractual. Una excepción es el caso en que la arrendadora adquiera el bien de la arrendata-ría, es decir el caso del *[u]lease back** La intervención de la arrendataria en la autorización de la adquisición sólo tiene efectos respecto a riesgos y defectos de los bienes.

b) Entregar el bien. La segunda obligación es *entregar el bien* al arrendatario. Este deber coincide con el establecido para el arrendamiento civil (arts. 2412, fracción I, y 2413 del C. c.), aunque tiene algunas particularidades. Conforme a la LTOC, la entrega debe hacerla el vendedor ("proveedor, fabricante o constructor") directamente al arrendatario, y para efectos del cumplimiento de la obligación del arrendador, se entiende entregada la cosa (art-411). El vendedor entrega *por cuenta* del arrendador, se trata de una entrega jurídica (la ley la considera recibida por el arrendatario art. 2284 del Ge.)[44]

A diferencia del arrendamiento civil, en el financiero la entrega del bien no es determinante del *momento* en que nace la obligación de pagar el precio (art 2246 del C. c.). La LTOC dispone que, salvo que se pacte lo contrario, el pago debe hacerse desde la firma del contrato, aunque no se haya efectuado la entrega de los bienes (art. 411).

° En la Convención de UNIDROIT a este contrato se le denomina de suministro (art. 1.1).

[44] En la Convención de UNIDROIT se establece que el arrendatario no tendrá acción contra el arrendador por falta de entrega del equipo o retardo en la entrega (art. 12.5).

c) *Cesión de derechos contra d vendedor.* También es práctica común que la arrendadora financiera ceda a la arrendataria los derechos que tenga respecto a garantías, servicios y responsabilidad del proveedor y exonerar a la arrendadora de cualquier responsabilidad derivada de los vicios del objeto arrendado.[46]

> Señala Una que la arrendadora financiera conserva la propiedad, "pero no asume los riesgos inherentes a esa propiedad a cuyo efecto subroga al usuario-arrendatario en su posición sobre el fabricante, que queda directamente vinculado en tomo aquél en lodo lo relativo al servicio propio del cliente."[46]

El artículo 414 de la LTOC señala que, salvo pacto en contra- . rio, son a riesgo del arrendatario: los *vicios o defectos ocultos* de los bienes, la pérdida de la cosa y, en general, cualquier riesgo.

> En la Convención de UNIDROIT se establece que las obligaciones del proveedor pueden ser invocadas por el arrendatario como si fuera parte (art. 10.1). En otro artículo de esta Convención se señala que si el equipo no es entregado al arrendatario o se entrega con retardo, éste puede rechazarlo o resolver el contrato (art. 12.1). Esta última disposición la considero más equitativa que la de nuestra LOAAC

Este principio, que configura al arrendamiento financiero como un contrato diferente al arrendamiento civil, tiene que complementarse con una transmisión o cesión de la relación del arrendador con el vendedor al arrendatario, para que éste ejercite los derechos derivados de dicho vínculo, en su propio nombre o con representación del arrendador, la ley así lo previene (art. 414 fracc. I de la LTOC).

d) *Conservar la cosa.* Las obligaciones de conservar la cosa arrendada durante todo el arrendamiento y hacer las *reparaciones* necesarias, y la obligación de *garantizar el uso*, que en el arrendamiento civil son a cargo del arrendador (arts. 2412, fracciones II, III, y 2414 del C.c.), desaparecen en el arrendamiento financiero con motivo, principalmente, de la cesión de los derechos que tiene el arrendador contra el vendedor y que ejercita la arrendataria.[47]*

* *Cfr.* Vázquez Pando (103). pág. 261 y Una (100), Núm. 757.

* Una (100). Núm. 757.

[41] En la Convención de UNIDROIT se establece que el arrendador garantiza al arrendatario que su posesión tranquila no será perturbada (art 8.2).

Si en el arrendamiento civil el incumplimiento de la obligación del arrendador de conservar la cosa arrendada y garantizar el uso, dan derecho al arrendatario a dejar de pagar el precio, en el arrendamiento financiero, por disposición expresa (art. 414 de la LTOC) subsiste el deber del arrendatario de pagar la contraprestación.

> Las facultades y responsabilidades de la arrendataria respecto al bien objeto del contrato se asemejan más a las que tiene un propietario que a las de un usuario, por la clase de actos que la arrendataria realiza sobre el bien arrendado, es decir en forma directa y con la nula o mínima intervención de la arrendadora financiera.

Puede la arrendataria reclamar directamente al vendedor y, además, está obligada conservar la cosa y recuperarla en caso de despojo, perturbación y otros actos, sin intervención de la arrendadora financiera.

e) Cumplir con la opción. Como deber que deriva del propio contrato de arrendamiento financiero, el arrendador está obligada a *cumplir con la opción* que, oportunamente, ejercite el arrendatario. Para hacerlo, el arrendador debe celebrar el contrato definitivo que corresponda a la opción elegida por el arrendatario. Aunque el ejercicio de la opción -o la elección- puede hacerse al celebrarse el contrato, durante su vigencia o un mes antes de su terminación (art 410 de la LTOC), el *cumplimiento* es siempre posterior al contrato. La ley indica que el arrendador no podrá oponerse al ejercicio de la opción y que el incumplimiento origina responsabilidad por daños y peijuicios.

]) Contratar seguro. No es ésta una obligación que en todos los casos corresponda al arrendador; aunque es usual que *contractualmente* se establezca a cargo del arrendatario. Sin embargo, si el arrendatario no lo hace y está pactado en el contrato, el arrendador puede verse obligada a contratar un seguro para el objeto arrendado. El artículo 418 de la LTOC establece que el arrendador tiene la facultad de contratar el seguro si en los tres días posteriores a la celebración del contrato, el arrendatario no lo hace. El arrendamiento financiero exige la celebración de otro contrato de seguro para el bien arrendado (art. 417 de la LTOC). El precepto no determina claramente sobre cuál de las partes recae la obligación de contratarlo. El artículo siguiente indica que los *gastos* del seguro son por cuenta del arrendatario, aunque pienso que puede pactarse en contrario. Aclaro que la obligación de pagar los gastos del seguro es distinta y no implica la obligación de contra-

tarlo. Si las partes no disponen en el contrato quién debe contratar el seguro, opino que la obligación es *originalmente* del arrendador, propietaria del bien y beneficiaría del seguro. Si el seguro no se contrata, y la cosa se daña o se pierde, el arrendatario no se libera del pago del precio (art. 31). Todo esto es independiente de que el arrendador pueda contratar el seguro y que el deber de pagarlo recaiga en el arrendatario.

9. OBLIGACIONES DE LA ARRENDATARIA

a) Seleccionar al vendedor. Según lo dispone la ley, el arrendatario, debe seleccionar al «proveedor, fabricante o constructor* de quien el arrendador adquiera el bien (art 413 de la LTOC). Para utilizar un solo nombre genérico le llamaré *vendedor,* vocablo que se emplea en el artículo 413 fracc. I de la LTOC). Esta obligación comprende la de seleccionar al vendedor y aprobar por escrito los términos, condiciones y especificaciones del bien. Esta primera relación del arrendatario con el vendedor se complementa con los derechos que posteriormente le cederá el arrendador contra el vendedor respecto del bien arrendado (art. 413 fracc. I). Esta obligación no existe en aquellos casos en que el arrendatario sea dueña del bien antes del contrato y lo enajena al arrendador para tomarlo posteriormente en arrendamiento, es decir el *"lease back*

b) *Recibir el bien.* La segunda obligación de la arrendataria es recibir el objeto arrendado de parte del vendedor (entrega jurídica) o de la arrendadora financiera (entrega material). Si la arrendataria es ya propietaria del bien y lo enajena a la arrendadora financiera, la arrendataria ya está en posesión del bien y la obligación de recibirlo no existe; sólo se produce un cambio en el título y la *naturaleza de la posesión* del bien mencionado. Así, la *posesión originaria* que tiene como propietaria la futura arrendataria se convierte en *posesión derivada* (art 791 del C.c.).

c) *Pagar el precio.* El deber más importante de la arrendataria es pagar el precio en los términos pactados, es decir, las rentas periódicas. Con lamentable vocabulario jurídico, la definición legal del contrato expresa que el precio "se liquidará en pagos parciales".[4]® Como modalidad del arrendamiento financiero, la *renta* se paga

* La palabra 'liquidación* tiene una connotación jurídica propia que no es la de pagar que pretende el precepto, sino la de determinar la cuantía de una obligación *{Cfr* d art. 2189 del Ce.).

antes de recibir la cosa, y esta obligación continúa o persiste aunque el objeto arrendado se pierda, salvo pacto en contrario (arts. 411, 414 y 415 de la LTOC).

En la Convención de UNIDROIT el arrendatario puede retener las rentas hasta que el arrendador subsane o cumpla su obligación de entregar el equipo (art 12.3). Esta norma me parece más justa que la de la LOAAC, pues pretende conservar el equilibrio de las prestaciones contractuales.

Con relación al *lugar* de pago, la LTOC no establece norma supletoria para el caso de que las partes no lo acuerden, debe entenderse que es el domicilio de la arrendataria (arts. 86 del C. de c., 2082 y 2427 del C.c.).

El retraso en el pago periódico de las rentas del arrendamiento financiero (que comprenden al interés que forma parte del precio) puede dar lugar al pago de *intereses moratorios,* que generalmente se pactan en el contrato. Un Tribunal Colegiado ha sostenido que la carga financiera si es susceptible de producir intereses moratorios (*Cfr.* la tesis judicial: *Arrendamiento financiero. La carga financiera si es susceptible de generar intereses moratorios).*

d) Usar la cosa. El arrendatario debe usar el bien solamente para el *uso convenido* o el que sea conforme a la naturaleza o destino del bien arrendado (art. 412 de la LTOC). Es importante notar que en el arrendamiento financiero el arrendatario puede considerarse más que un simple usuario temporal, pues su relación con el bien (material, no jurídica) lo acerca a los derechos que sobre la cosa tiene un propietario (aunque carece de la facultad de disposición y los cambios sobre la cosa requieren autorización del arrendador).

e) *Conservar la cosa y darle mantenimiento.* La ley establece que:

> salvo pacto en contrario, la arrendataria queda obligada a *conservar tos bienes* en el estado que permita el uso normal que les corresponda, a dar el *mantenimiento* necesario para ese propósito y, consecuentemente, a hacer por su cuenta las *reparaciones* que se requieran (art 412 de la LTOC).®

En el arrendamiento civil, estos deberes son propios del arrendador. En cambio, en el arrendamiento financiero, esta obligación de conservar se extiende, para el arrendatario, al deber de *recuperar*

® La Convención de UNIDROIT establece que el arrendatario cuidará apropiadamente del equipo, lo utilizará en forma razonable y lo mantendrá en el estado en que fue entregado, salvo el deterioro por el uso normal (art. 9.1).

los bienes en caso de despojo, perturbación o cualquier otro acto de tercero que afecte el uso o goce de los bienes (art 415 de la LTOC). La obligación de reivindicar y defender las cosas, propia del arrendador en la figura civil, se previene en el financiero como subsidiaria para el caso de que el arrendatario -principal obligada- no cumpla. Un deber complementario del arrendador, en estos casos, es *legitimar* al arrendatario para que en su representación ejercite las acciones y defensas que el caso requiera.

f) Contratar un seguro. Como lo indiqué anteriormente, "en los contratos de arrendamiento financiero deberá establecerse la obligación de que se cuente con un seguro o garanda". Concebido en términos tan generales, este deber suele corresponder al arrendatario, porque así se pacta en el contrato. Pero, en términos de la ley, el arrendatario únicamente tiene la obligación de pagar la prima y los *gastos* del seguro (art. 418 de la LTOC).

g) Ejercitar la opción. Planteado como derecho del arrendatario, el no ejercicio de la opción puede provocar *responsabilidad* a su derechohabiente, aunque no es propiamente una obligación pues su cumplimiento no puede exigirse. Si el arrendatario no «adopta» (como señala con pésimo vocabulario el legislador) alguna de las posibilidades concedidas, es responsable de los daños y peijuicios causados al arrendador. El *ejercicio* del derecho comprende «notificar por escrito» la elección, por lo menos un mes antes del vencimiento del contrato (art. 410 de la LTOC). El que la responsabilidad por daños y peijuicios no sea renunciable contractualmente, es una excepción extraña a los principios del Derecho privado. Así parece desprenderse de la confusa redacción de la última parte del precepto comentado.

10. CESIÓN DE DERECHOS CONTRA EL VENDEDOR

Una de las particularidades propias del arrendamiento financiero que lo distingue definitivamente del arrendamiento civil es, sin duda, las relaciones jurídicas que se entablan entre la *arrendataria y el vendedor*, como una tercera persona extraña a la relación contractual: *arrendador-arrendataria.*

> La distinción se muestra desde el punto de vista económico en la estructuración triangular del arrendamiento financiero indirecto, que se forma por el vendedor o productor de la cosa respectiva, el arrendador y el arrendatario *

[10] Frisch (50), pág. 57. En la Convención de UNIDROIT se establece que: Las obligaciones del proveedor derivadas del contrato de suministro podrán ser igualmente invocadas por el arrendatario, como si el mismo hubiera sido una parte de ese contrato y como si el equipo debiera serle suministrado directamente (art 10.1).

De acuerdo con la legislación vigente, encuentro varios *supuestos* en que aparece la relación *vendedor-arrendataria.* Esta relación no se da en el llamado *lease back,* en el que la arrendataria es propietaria del bien.

a) El primer contacto vendedor-arrendataria se produce con la *selección* que el arrendatario hace del *proveedor,* pues aquella debe autorizar y firmar la orden de compra que contiene los términos, condiciones y especificaciones (art. 413 de la LTOC).

b) Otra relación entre vendedor y arrendataria es la relativa a la *entrega del bien.* Esta se hace directamente por el vendedor al arrendatario, y tal entrega material del vendedor se entiende entrega jurídica entre el arrendador y arrendataria. Hay aquí una mención legal de una cesión de derechos, pues para recibir los bienes el arrendador debe *legitimar* al arrendatario (art. 411 de la LTOC).

c) La ley contempla la transmisión al arrendatario de los derechos que el arrendador tiene contra el vendedor, para efecto de que el arrendatario los ejercite por *«vicios o defectos ocultos* de los bienes que impidan su uso parcial o total» (art. 414 fracc. I de la LTOC).

Esta cesión no siempre se produce como trasmisión de derechos o cesión de contrato, pues la misma disposición autoriza a la arrendataria a actuar como *representante* de la arrendadora financiera. Esta hipótesis tiene, obviamente, una naturaleza jurídica distinta de la cesión de derechos, pues en la primera la arrendataria obra por cuenta y en nombre de su representada. La representación debe otorgarse en los términos que la ley dispone, ya sea en el mismo contrato de arrendamiento financiero que se ratifica ante notario, o en un acto jurídico conexo.

La *trasmisión de derechos* está regulada por nuestra legislación mercantil y civil y, a falta de normas más completas en el arrendamiento financiero, se debe acudir a aquéllas para conformar este acto jurídico. Las normas contenidas en el C.c., supletorias del comercial, complementan las reglas y características de la cesión. El C.c. expresa que "habrá *cesión de derechos* cuando el acreedor transfiere a otro los que tenga contra su deudor" (art. 2029). Los elementos de esta cesión en el contrato de arrendamiento financiero se configuran de esta manera: la arrendadora financiera es el cedente; la arrendataria es la ccsionaria; y el objeto de la cesión son los derechos que la arrendadora financiera, como adquirente (la ley dice limitativamente "comprador"), tiene contra el vendedor o propietario del bien arrendado. Para que esta cesión sea válida y la arrendataria pueda ejercitar los derechos de la arrendadora financiera contra el vendedor, deben cumplirse ciertos *requisitos-*.

a) Que la cesión no este prohibida, por ley o por contrato (art. 2030 del C.c.). Esta limitación se refiere al contrato de compraventa o al acto jurídico por el que la arrendadora financiera adquiere el bien.

b) Que se llene la forma requerida por la ley. Para la cesión de créditos mercantiles el C. de c. no exige formalidad alguna, de modo que puede ser *consensual* (arts. 389 a 391 y 78 del C de c.). Pienso que no es aplicable supletoriamente la formalidad que piara cesión de créditos civiles exige el C.c. (art 2033).[51]

c) Que el cesionario (arrendataria) *notifique al deudor* (vendedor) la cesión de los derechos y esto determina, además, la fecha en la cual la cesión produce efectos para el deudor (art. 390 del C. de c.).

La *cesión de crédito* no requiere el consentimiento del deudor (art. 2030 del C.c.), sin embargo, éste puede oponer al cesionario las excepciones que tenía contra el cedente (art. 2035). El crédito o derechos cedidos comprenden a todos los derechos accesorios (art. 2032 del C.c.).

Al parecer, en la práctica se descuida esta importante relación entre el vendedor y el arrendatario para efecto de que ésta quede "legitimada" (en el vocablo de la LTOC para ejercitar algunos de los derechos del arrendador (adquirente). Por lo general, los contratos de arrendamiento financiero no contienen disposiciones completas que cumplan, en este sentido, con el requisito de la notificación de la cesión de créditos. Considero que la notificación al vendedor, en ciertos casos, se realiza mediante el primer acto de reclamación del arrendatario y, sólo a partir de este momento, tiene efectos jurídicos la cesión tal como marca el artículo 391 del C. de c."

11. LA OPCIÓN

El elemento más característico que conforma al arrendamiento financiero es *la opáón.* Si el contrato no contiene una opción, no es arrendamiento financiero, sino otra figura semejante a éste como puede ser el llamado *arrendamiento puro o el contrato de renting.* La opción está contemplada en el art. 410 de la LTOC, aunque con [41]

[41] *Cfr.* opinión distinta en Díaz Bravo (42). Núm. SO.

[M] Esta i elación no se produce en aquellos contratos en que se confunde la persona del vendedor con la de la arrendataria, *kasebatk,* o en los contratos llamados *de arrendamiento financiero directo" que, aunque la LOAAC no los prevea expresamente pueden validamente celebrarse.

inapropiada terminología la ley habla de “opciones terminales". El vocablo correcto y suficiente es el de “opción".

a) *Concepto.* La *opción* como una figura contractual autónoma se puede definir así:

> por virtud del llamado contrato de opción, una de las partes, concedente de la opción, atribuye a la otra, beneficiario de la opción, un derecho que permite a esta última decidir, dentro de un determinado período de tiempo y unilateralmente, la celebración de un determinado contrato.”

Para nuestro Derecho la opción puede asimilarse a un contrato de promesa unilateral,[54] a falta de una regulación específica de la figura negocial. Se dice que las opciones contractuales son pactos preliminares que originan una obligación de hacer.[55]

La opción que previene la LTOC confiere a la arrendataria optante, aceptante o beneficiario de la opción, el derecho a elegir entre:

i) adquirir el bien;
n) prorrogar el contrato de arrendamiento;[56]
m) participar del precio de la venta a un tercero;
w) otras que autorice la Secretaría de Hacienda.

b) *Requisitos.* Para que la opción pactada en el arrendamiento financiero se ajuste a las normas legales del contrato de promesa reglamentado en nuestro C.c. (arL 2246), del que es una especie, ésta debe reunir los siguientes *requisitos:*

i) Contener los *elementos* del contrato o contratos definitivos; esto es, el precio de venta del bien, las cantidades de renta en la prórroga del arrendamiento financiero o la participación (o bases para determinarla) si el bien se vende a un tercero.

ii) Tener un *plazo* para su ejercicio y otro para su cumplimiento. El término de ejercicio es en beneficio del optante o beneficiario (arrendataria) y, por tanto, el derecho de opción puede ejercitarse, como lo

** Diez Picazo (45), pág. 217.

M *Cfr.* en c*te sentido Díaz Bravo (42) quien considera que la opción es una •promesa unilateral de vento’ (Núm. 91), lo cual, aunque acierta al calificarla de promesa, no es del todo exacto pues la opción entraña la obligación de quien la concede de que el optante elija, en el caso del arrendamiento financiero, entre varios actos jurídicos a celebrar: compraventa, arrendamiento u otro.

“ *Cfr.* Acquarone (3), pág. 156.

” Cuando la arrendataria elige esto opción, subsiste el contrato de arrendamiento financiero y “al vencer la prórroga volverán a presentarse estas tre» alternativas" (Díaz Bravo (42). Núm. 88).

indica la ley, al celebrarse el contrato de arrendamiento financiero (de "antemano" dice la LTOC), durante la vigencia del contrato y siempre, por lo menos, un mes antes del vencimiento del plazo forzoso (arL 410 de la LTOC).

m) En lo que concierne al plazo de *cumplimiento* de la opción, tan importante, la LTOC es omisa.

tu) Debe constar por *escrito,* requisito que se cumple conjuntamente con la formalidad del contrato de arrendamiento financiero (arL 408 de la LTOC).

v) Que la arrendataria haya *cumplido* con todas las obligaciones del arrendamiento financiero.

c) Efectos. El beneficiario del derecho de opción debe *notificar* aJ arrendador, por escrito, la elección de la opción, pues así lo manda la ley (art. 410 de la LTOC). El concedente debe abstenerse de enajenar, gravar o comprometer el objeto y está obligado a celebrar el contrato futuro que el arrendatario le indique y mediante el cual se cumpla con la promesa concertada en la opción. Generalmente, los contratos de arrendamiento financiero no señala plazo para que la opción ejercida se cumpla mediante la celebración del contrato futuro. En términos del artículo 2246 del C. c. que regula al contrato de promesa, el arrendador debe contar con un término durante el cual el contrato definitivo ha de celebrarse. Esta obligación de contratar, por falta de término para su cumplimiento, puede prolongarse indefinidamente. La *falta del plazo* para la celebración del contrato con el que se cumpla la opción elegida por el arrendatario puede tener dos soluciones. La primera considerar que se está en presencia de una nulidad relativa de la opción, como especie del contrato de promesa unilateral. La segunda considerar que a ésta obligación sin plazo se rige por la norma supletoria del art. 83 del C. de c.

Para efectos prácdcos es recomendable que en la notificación que la arrendataria hace a la arrendadora financiera para elegir la opción se le señale un plazo razonable para que cumpla.

d) *Contratos definitivos.* Concluido el plazo forzoso, y como efecto del arrendamiento financiero y de la opción ejercida, la arrendadora financiera está obligada a celebrar con la arrendataria un convenio de prórroga o alguno de estos contratos definitivos:

i) Compraventa del bien arrendado para que la arrendataria quede como propietaria. El predo es el señalado en el contrato de arrendamiento finanriero y debe ser inferior al valor del bien.

ii) Modificar las cláusulas relativas al precio y al plazo del contrato de arrendamiento financiero, para *prorrogarlo* con una renta inferior. Esta opción puede cumplirse con la celebración de un convenio que modifica al contrato de arrendamiento financiero, que significa la novación de la obligación de pago del precio por cambio en el objeto (la cantidad).

iii) Para la *participación* de la arrendataria por la venta del bien a un tercero, hay varios contratos definitivos que pueden comprender la operación. Estos son: la mediación, la comisión, o una venta en la que el arrendatario ceda su derecho de opción a un tercero o alguna otra figura jurídica contractual que otorgue al optante derecho a percibir una participación.

tv) Además de los negocios analizados, la ley autoriza a la Secretaría de Hacienda a permitir *otras posibilidades* para la opción mediante reglas generales. Considero que pueden plantarse:

- La participación de la arrendataria si el bien se da nuevamente en arrendamiento (civil o financiero) a un tercero.
- Participar en alguna proporción del valor si la arrendadora financiera, como propietaria, conserva para sí el bien.
- Adquisición parcial del bien y copropiedad con la arrendadora financiera o un tercero.
- Si los bienes son divisibles, participar mediante la adquisición de una parte de ellos.
- Tener la arrendataria derecho a otro tipo de adquisición, no sólo a la compraventa; por ejemplo, acciones de una sociedad que adquiere, ser fideicomisaria.

e) Incumplimiento. Si el arrendatario no ejercita su derecho de opción, el arrendador propietaria del bien puede, en principio, pedir su devolución. El no ejercicio y notificación de la opción puede hacer al optante responsable por daños y peijuicios (art. 410 de la LTOC). Además, el arrendador queda liberada de cumplir con el contrato en lo que se refiere a la opción que no se ha ejercido.

¿Es posible que el arrendatario ejercite en *forma tácita* la opción? Aunque la LTOC establece que debe hacerse por escrito (art. 410), hay determinados hechos que, concluido el arrendamiento financiero pueden presumir el ejercicio de la opción. Por ejemplo, si el arrendatario continúa en el uso del bien y paga la renta inferior pactada para el caso de prórroga, opera, por analogía, la *tácita reconducción* (art. 2487 del C. c.). Sobre el particular, la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia ha declarado que "el arrendamiento continuará por tiempo in-

definido" (Cfr. la tesis judicial: *Arrendamiento. Tácita reconducción del contrato dé).*

Si la arrendataria, sin ejercitar expresamente la opción, paga el precio convenido en el contrato y la trasmisión del bien no requiere de otra formalidad, puede presumirse que se optó por la compraventa. El ejercicio tácito procede siempre que la arrendadora financiera no se oponga a ello, pues puede obligar a la arrendataria a que ejercite aquella o le exija daños y peijuicios por el no ejercicio oportuno.

Una interesante opinión propone que si no se prevé contractualmente qué opción se entiende ejercitada, seria conveniente que "el derecho a elegir pasara a la arrendadora financiera sin que la arrendataria financiera pudiera en tal caso oponerse a la elección hecha por la arrendadora financiera".[57]

Por otro lado, si la arrendadora financiera no cumple la opción debidamente ejercida, la arrendataria (optante) puede exigir al juez que en rebeldía de aquel celebre el contrato definitivo correspondiente y le resarza, en su caso, con el pago de daños y perjuicios. Esto por aplicación del artículo 2247 del C.c.

El cumplimiento de la opción entraña siempre un *convenio distinto* al arrendamiento financiero y que se celebra con posterioridad.

12. MODALIDADES

a) *Cambio de objeto.* El contrato de arrendamiento financiero puede incluir, como modalidad, una obligación de la arrendadora financiera de *cambiar el objeto* arrendado por otro más avanzado tecnológicamente.

> En la práctica financiera de los Estados Unidos son frecuentes los contratos de *leasing* sujetos a cláusulas de correlación con el avance técnico, para los contratos de elementos de alto nivel tecnológico; esto le da al locatario la posibilidad de contar con el equipo más eficiente si durante el lapso de duración del contrato es creado un bien más avanzado." La ley argentina "establece la posibilidad de sustituir las cosas que constituyen el objeto del contrato. Hay autores que expresan que ésta es la *cláusula de correlación al progreso*".

En nuestra LTOC no se prevé esta interesante modalidad de gran utilidad para bienes como copiadoras, computadoras, medios de comunicación y todos aquellos en que aparecen nuevos avances que pueden interesar al arrendatario.

[57] Vázquez Pando (IOS), pág. 426.
" Cogomo (55). pág. 22.
" Acquaronc (S). pág. 205.

Este cambio de objeto en el contrato de arrendamiento financiero puede asimilarse a la *novación,* como medio para extinguir una obligación y crear otra que la sustituye.[60] Los casos de cambio de objeto arrendado podrán o no contemplar cambio en la contraprestación de la arrendataria. El contrato subsiste como tal, no termina, y tampoco es necesario celebrar otro. Las posibles omisiones de las partes en esta modalidad deberán suplirse, entre otras normas, por las de la novación de nuestro C.c.

b) *Arrendamiento sobre arrendamiento financiero.* Aunque la LTOC no lo previene expresamente, la posibilidad del *subarrendamiento-financiero* considero que es posible su celebración. La propia LTOC no contiene una prohibición expresa de subarrendar, pero parece que resulta aplicable al arrendamiento financiero, por analogía, la prohibición de *subarrendar* sin consentimiento del arrendador que contiene el C.c. (art. 2480), pues existe la misma razón.

Con la aprobación de la arrendadora financiera, la arrendataria puede a su vez ser arrendadora en un subarrendamiento o en un subarrendamiento financiero. Como principio del *subcontrato,* el arrendatario conserva su posición de parte contractual frente a la arrendadora financiera original y no puede, en la celebración del subcontrato, exceder los límites del contrato básico. Sin embargo, la original arrendataria, como subarrendadora financiera, debe reunir los requisitos que para ser parte del contrato le exige la LTOC. Esto último es aplicable, sobre todo, si la subarendadora financiera habitualmente celebra estos contratos.

Como principio que deriva también de las normas del subarrendamiento, y aunque no se pacte, cuando la arrendataria celebra un subcontrato, u otro contrato sobre el bien objeto del arendamiento financiero, sin consentimiento de la arrendadora financiera, este incumplimiento puede dar lugar a la *rescisión* del contrato, aún cuando no se pacte expresamente como causa de terminación.

c) *Cesión del contrato.* Esta figura de reciente auge se apoya en la *cesión de crédito y deuda,* reguladas por nuestra legislación civil, aunque abarca un concepto más completo que la trasmisión de la relación obligatoria.[61] Puede aplicarse al arrendamiento financiero como útil e interesante modalidad.

En estos contratos, la práctica comercial ha consagrado su aplicación, quizás ausente de los requisitos formales que esta figura

" La *novación objetiva o nal* puede tener lugar por la mutación del otgeto... todo aquello que constituya modificación esencial de la obligación serf novación, sin que sea posible dar reglas *a pnori* en relación con cuestión tan impórtame. *{Cfr.* Puig Peña (77), tomo IV. voL I. pág. 403).

[M] Para ampliar este tema véase el capítulo III. inciso 5.

requiere. Para enunciar sus posibilidades, pienso que la *cesión del contrato* puede operar total o parcialmente bajo los siguientes supuestos:

i) *Cesión total* del arrendamiento financiero por parte del arrendadora financiera, de la arrendataria o de ambas, dando lugar así a la entrada de una nueva arrendadora financiera o de una nueva arrendataria con el mismo contrato.

ii) *Cesión parcial del derecho de opción* antes de su ejercicio o una vez ejercitado (sólo se produce respecto a la arrendataria).

La LTOC, a través de la trasmisión de los títulos de crédito (arL 409) y con omisión de los requisitos de forma de la cesión, aprueba tímidamente la cesión del contrato para la arrendadora financiera. Un caso no previsto en la ley han caria es el de la *enajenación* del objeto arrendado por parte de la arrendadora financiera. Estimo que esta trasmisión del bien por parte de la arrendadora financiera constituye una cesión total del contrato y debe notificarse a la arrendataria el cambio de parte contractual.

d) *Promesa.* Por las características propias de este contrato las partes, tanto arrendadora financiera como arrendataria, están en posibilidad de celebrar un *contrato de promesa* con relación al objeto materia del arrendamiento financiero. Así, la arrendataria puede comprometerse a celebrar un contrato de compraventa, de arrendamiento, de comodato o puede obligarse a constituir una garantía respecto al bien arrendado, para cuando el contrato concluya. En este sentido, también puede otorgarse como modalidad un *derecho de opción* como variante del contrato de promesa, con un tercero ajeno a la relación contractual entre arrendadora financiera y arrendataria. Este caso es distinto de la cesión de la opción, pues se trata de un nuevo acto jurídico en donde no interviene la autorización o notificación a la arrendadora financiera. El cumplimiento de este contrato de promesa unilateral está sujeto a que la arrendadora financiera o la arrendataria puedan disponer del bien en el plazo fijado.

13. INCUMPIJMIENTO

a) *El problema.* El problema de la rescisión por incumplimiento en el arrendamiento financiero es un tema de gran importancia por los *efectos* que produce para las partes contratantes. Este tema fue abordado por la doctrina antes de que la ley regulara sustan-

requiere. Para enunciar sus posibilidades, pienso que la *cesión del contrato* puede operar total o parcialmente bajo los siguientes supuestos:

i) *Cesión total* del arrendamiento financiero por parte del arrendadora financiera, de la arrendataria o de ambas, dando lugar así a la entrada de una nueva arrendadora financiera o de una nueva arrendataria con el mismo contrato.

ii) *Cesión parcial del derecho de opción* antes de su ejercicio o una vez ejercitado (sólo se produce respecto a la arrendataria).

La LTOC, a través de la trasmisión de los títulos de crédito (arL 409) y con omisión de los requisitos de forma de la cesión, aprueba tímidamente la cesión del contrato para la arrendadora financiera. Un caso no previsto en la ley bancaria es el de la *enajenación* del objeto arrendado por parte de la arrendadora financiera. Estimo que esta trasmisión del bien por parte de la arrendadora financiera constituye una cesión total del contrato y debe notificarse a la arrendataria el cambio de parte contractual.

d) *Promesa.* Por las características propias de este contrato las partes, tanto arrendadora financiera como arrendataria, están en posibilidad de celebrar un *contrato de promesa* con relación al objeto materia del arrendamiento financiero. Así, la arrendataria puede comprometerse a celebrar un contrato de compraventa, de arrendamiento, de comodato o puede obligarse a constituir una garantía respecto al bien arrendado, para cuando el contrato concluya. En este sentido, también puede otorgarse como modalidad un *derecho de opción* como variante del contrato de promesa, con un tercero ajeno a la relación contractual entre arrendadora financiera y arrendataria. Este caso es distinto de la cesión de la opción, pues se trata de un nuevo acto jurídico en donde no interviene la autorización o notificación a la arrendadora financiera. El cumplimiento de este contrato de promesa unilateral está sujeto a que la arrendadora financiera o la arrendataria puedan disponer del bien en el plazo fijado.

13. INCUMPIJMIENTO

a) *El problema.* El problema de la rescisión por incumplimiento en el arrendamiento financiero es un tema de gran importancia por los *efectos* que produce para las partes contratantes. Este tema fue abordado por la doctrina antes de que la ley regulara sustan-

tivainente este contrato. En un planeamiento del problema se señaló que:

> Si se constituyen obligaciones de tracto sucesivo, la rescisión surtirá efectos no retroactivos, *ex nunc,* de modo que el arrendador se quedará con todas las rentas pagadas hasta la rescisión. Sin embargo, si aplicamos el criterio de obligación instantánea al arrendamiento financiero, la rescisión deberá efectuarse con efecto retroactivo, es decir, en forma análoga a la restitución mutua prevista en los artícu-los 2239, 2311 y 2314 del C.c., de lo cual resulta que el arrendador no podrá quedarse con las rentas pagadas hasta la rescisión.[88]
>
> Esta teoría contiene, además, este distingo: si el arrendamiento financiero contiene la opción de adquisición del bien arrendado, se aplica la restitución de lo pagado; si no existe la opción, la rescisión no tiene efectos retroactivos.[68]

b) *Disposiciones de la LTOC.* La ley sustantiva dedica dos artículos al incumplimiento del arrendatario.

Considero que el *incumplimiento del contrato* de arrendamiento financiero no tiene una clara regulación en la ley citada. Por la estructura de la relación contractual y del eventual pagaré que el arrendatario puede suscribir a favor de la arrendadora financiera, considero que el incumplimiento del contrato puede dar lugar a *diversos procedimientos.*

> *i)* Para las dos partes contratantes existe la posibilidad de pedir la *rescisión por d incumplimiento* de la otra (art 1949 del Ce.).
>
> *ii)* En la vía *ejecutiva mercantil* la arrendadora financiera puede exigir como beneficiaría el pagaré con vencimientos sucesivos (a la vista) o los diversos pagarés en que la arrendataria es deudora.
>
> Mí) La arrendadora financiera, con un procedimiento especial, puede pedir la *desposesión del bien* a la arrendataria por incumplimiento del contrato, con los requisitos que para esta acción especial previene el artículo 416 de la LTOC.

Es probable que procesalmente no puedan ejercitarse simultáneamente las tres acciones descritas, pues se podría estar en el supuesto de litispendencia o de conexidad de causas y, procedería, la acumulación de procesos.[64 *]

* Frisch y otro (50), págs. 61 y 62.

" *Cfr.* Frisch y otro (50), pág». 60 y 61.

* En la reforma a la» disposiciones procesales del C de c. *(D.O.* de 24 de mayo de 1996), se introdujeron como excepciones procesales a la litispendencia y a la conexidad

Una tesis del Tercer Tribunal Colegiado señala que "una acción cuyo objeto sea obtener el pago del adeudo, en ambos tipos de operaciones, esto es, la de crédito refaccionario y la de arrendamiento financiero, solo puede instaurarse con la aportación conjunta del contrato, de la certificación del contador de la institución y con la exhibición del pagaré que, como se ha dicho, solamente es una garanda colateral del crédito plasmado en esencia en el contrato principal" *(Cfr.* la tesis: *Arrendamiento financiero. La Ultimación en la causa se funda en d contrato principal y no en los pagarés derivados o relacionados con d contrato de).*

c) *La rescisión.* La rescisión o resolución [65] por incumplimiento del contrato de arrendamiento financiero es una cuestión que la LTOC regula en forma insuficiente y no con total claridad respecto a los efectos para las partes. La rescisión por incumplimiento de una de las partes en los *contratos bilaterales* está regulada por el art. 1949 del C.c. como un pacto implícito que sujeta a condición resolutoria al contrato. El principio es aplicable al arrendamiento financiero cuando cualquiera de las partes incumple. La parte que cumplió puede optar por exigir el cumplimiento forzoso a la otra parte o la resolución del contrato por incumplimiento.

Se trata de una defensa destinada a tutelar la condición de respectiva igualdad de las partes, no en la conclusión del contrato, sino en el desenvolvimiento de la relación contractual.*[6]

La *rescisión* es una extinción sobrevenida de la relación contractual que se produce como consecuencia de una declaración de voluntad o de una acción ejercitada por

de causas (art. 1122 fracs. II y III). Para ésta última se contemplan, entre otros supuestos, la identidad de personas y cosas, aunque las acciones sean distintas (art. 1124 frac. III).

* Los términos de *rescisión o resolución,* que aparecen en muchos artículos del Ce., los emplea nuestra ley como sinónimos (Cfr. Boija Soriano (27), Núm. 1002). Por su origen etimológico, la resolución tiene efectos retroactivos, no así la rescisión que tiene efectos hacia futuro. *Resolución* 'indica la acción y efecto de resolver, verbo que proviene del latín y cuyas raíces son *re* y *solvere,* que significa disolver. Aplicado este vocablo al acto jurídico, se emplea con toda propiedad para referirse a los casos en los que el acto válido se disuelve retroactivamente, esto es, se deshacen sus efectos para volver las cosas al estado en que se encontraban antes de su celebración, en forma análoga, solo en sus consecuencias, a lo que ocurre con la declaración de nulidad. La *rescisión* debe entenderse como rompimiento, ya que deriva del verbo rescindir, del latín *re y scindere,* que significa rasgar o cortar. Cuando se aplica al acto jurídico, se emplea con propiedad para referirse a los casos en que el rompimiento tiene como consecuencia que el acto pierda su eficacia a futuro, esto es, que no siga produciendo efectos en lo sucesivo, sin que se pretenda afectar a los ocurridos con anterioridad." (De la Peía (39), págs. 144 a 146).

" Betti (21), Núm. 59,

alguna de las panes. El ejercicio de es la acción de rescisión es más una medida de protección del interés del contratante cumplidor, permitiéndole desligarse, que una medida de sanción por incumplimiento.*[7]

Para que una parte tenga derecho a exigir la resolución a la otra es necesario que el incumplimiento sea de consideración, que recaiga sobre la *obligación principal* del contrato, no sobre prestaciones accesorias o complementarias.[6]® Procede la misma acción para el caso de inejecución parcial o defectuosa y, excepcionalmente, en el retraso en el cumplimiento.

La resolución, en principio, debe ser demandada judicialmente. "Así se desprende de la palabra exigir contenida en el artículo 1949."[69] Como esta disposición legal se entiende incluida en todos los contratos bilaterales, se le ha llamado *pacto comisorio tácito.* La Suprema Corte de Justicia ha señalado que "el pacto comisorio tácito es la condición resolutoria que siempre va implícita en los contratos bilaterales" (*Cfr.*: la tesis judicial: *Contratos. Pacto comisorio tácito. Legislación del Distrito Federal).* Sin embargo, existe la posibilidad de que las partes señalen expresamente como causa de resolución del contrato el incumplimiento, lo que se conoce como *pacto comisorio expreso.* En este último caso es menester que la parte perjudicada haga saber a la otra el incumplimiento, pero no es necesaria la intervención judicial.[70] Esto lo ha confirmado una tesis de un Tribunal Colegiado que distingue entre el pacto comisorio tácito y el expreso y afirma que "el contrato se resuelve o se da por terminado *automáticamente*, por el incumplimiento de una de las partes" (*Cfr.* la tesis judicial: *Pacto comisorio expreso. Efectos del, en los contratos civiles).*

En los dos supuestos, pacto comisorio tácito o expreso, los efectos son los mismos. Una tesis de un Tribunal Colegiado ha señalado este criterio: "aunque el artículo 1949 del Código civil del Distrito Federal, se refiere sólo al pacto comisorio tácito, el supuesto que contempla dicho numeral, debe también entenderse aplicable al pacto comisorio expreso" (*Cfr.* la tesis: *Pacto comisorio, tááto y expreso, debe entenderse aplicable para ambos, el artículo ¡949 del Código civil del Distrito Federal, dado que el concepto y efectos de uno y otro son los mismos).*

d) *La rescisión en el arrendamiento financiero.* Al contrato de arrendamiento financiero, como contrato bilateral de duración se le

*' *Cfr.* Diez Picazo (45), tomo I, pág. 854.
* *Cfr.* Boija Soriano (27), Núm. 992.
• Boija Soriano (27), Núm. 1000.
" Sánchez Medal (96). Núm. 50.

aplican, para el caso de resolución por incumplimiento, las normas generales del C.c. £1 *incumplimiento grave* da lugar a la acción de rescisión.

La LTOC señala que la acción para que la arrendadora pida la posesión del bien se da "ante el incumplimiento del arrendatario" (art 416), es decir, cualquier incumplimiento. Esto me parece que no puede aplicarse, en forma tan general, a los casos de rescisión.

> Como referencia, la Convención de UNIDROIT establece que en caso de incumplimiento del arrendatario el arrendador podrá cobrar las rentas vencidas y no pagadas (art. 13.1). Si el incumplimiento es substancial, el arrendador podrá pedir el pago anticipado de rentas o resolver el contrato y recuperar la posesión del equipo (art. 13.2). Este último caso solo procede si el arrendador avisó del incumplimiento al arrendatario y le dio un plazo razonable para remediar la falta (art. 13.5).

Las obligaciones principales de cada parte que pueden dar origen a la acción de rescisión, pueden derivar del análisis de las normas de la LTOC. Aunque no son las únicas, me parece que las más importantes de cada parte son las siguientes. La *arrendadora financiera* tiene como obligación principal el que la arrendataria pueda usar o gozar el bien objeto del contrato. la arrendataria puede considerar que hay incumplimiento grave de su contraparte si no está en la posesión del bien arrendado o si se ve impedida de usarlo. La arrendadora financiera está obligada a *entregar el bien.* Si se pacta, lo que usual, esta entrega la puede hacer el "vendedor" (art 412 de la LTOC). Si no hay entrega y la causa es imputable a la arrendadora financiera, la arrendataria puede exigir la rescisión del contrato. La LTOC señala como cláusula natural que el pago del precio debe hacerse desde la firma del contrato, independientemente de la entrega, salvo acuerdo en contrario (art 29). En éste caso, la arrrendataria debe reclamar la devolución de rentas pagadas. En caso de despojo, perturbación o algún acto que impidan el uso o goce del bien, la arrendataria tiene la obligación de ejercer las acciones para recuperarlo (art 415). Sin embargo, la arrendadora financiera debe "legitimar" a la arrendataria para el ejercicio de dichas acciones (art. 415). Si esta no cumple con esa obligación, la arrendataria tiene derecho a pedir la rescisión por incumplimiento grave.

El arrendador financiero tiene acción de rescisión contra *el arrendatario* por la falta de *pago de rentas*, como la principal obligación del arrendatario. Sin embargo, no puede decirse en que momento el incumplimiento es grave: ¿la falta o retraso de una sola renta?; ¿es necesario que sean tres o más pagos;

¿puede haber una suspensión temporal que no se considere incumplimiento? No hay reglas concretas y, en muchos casos, el contrato deberá determinar con claridad que incumplimiento de falta de pago de rentas es causal de rescisión. Hay que considerar que algunas veces se señalan intereses monitorios a la arrendataria que se retrasa en el pago de rentas, lo que compensa a la arrendadora económicamente y hace que el incumplimiento se subsane.

e) *Efectos de la rescisión.* Una vez qué opera la rescisión por incumplimiento es muy importante determinar los efectos que ésta produce para cada una de las partes. Aunque el efecto natural de la rescisión o resolución es que opere *retroactivamente* que las cosas vuelvan al estado que tenían como si la obligación no hubiese existido[71] en los contratos de tracto sucesivo no puede aplicarse en toda su extensión, pues hay prestaciones cumplidas que no pueden extinguirse retroactivamente. La Suprema Corte de Justicia ha señalado la necesidad de que el juez determine las consecuencias de la rescisión (*Cfr.* la resolución judicial: *Rescisión. Consecuencias de la misma).*

En el caso del *arrendamiento financiero,* el uso del bien por la arrendataria no es posible que "se devuelva" a la otra parte. Pero, es importante considerar que *el precio* del arrendamiento financiero es contraprestación, en una parte por el uso del bien, y en otra, por la opción concedida que supone la posibilidad de que la arrendataria pudiera llegar a ser propietaria.[77] En justicia, los efectos de la rescisión deben determinar qué parte se devuelve a la arrendataria (precio de la opción) y qué parte retiene la arrendadora financiera (como pago del uso del bien y otros gastos). Si la *proporción* se pacta en el contrato, considerando que suele ser de adhesión para la arrendataria, podría existir cierta inequidad pues la arrendadora financiera, unilateralmente, señalaría en su beneficio dicha proporción. Para la compraventa en abonos la ley prohíbe que las partes pacten contractualmente el monto de las restituciones, las que deben fijarse por peritos (*Cfr.* las tesis judiciales: *Compraventa en abonos. Efecto de la rescisión.—Compraventa en abonos, rescisión del contrato de. Efectos respecto al pago de una renta).*

Como el arrendamiento financiero no es una compraventa en abonos, me parece válido que las partes señalen contractualmente

[n] *Qr.* Boija So nano (27), Núm. 1005.

[n] En sentido similar, Vázquez Pando (IOS), pág. 427, afirma: 'debe tomarse en consideración que la mal llamada renta global a que se refiere la ley. no es una contraprestación por el uso. sino que se refiere a la pluralidad de obligaciones de la arrendadora*.

lo que deben restituirse en el supuesto de rescisión por incumplimiento. En este caso, es conveniente que se establezca esta proporción respecto al plazo transcurrido en el contrato, por ejemplo: para el primer año, para el quinto año, etcétera.

Sin asimilar el contrato de arrendamiento financiero a la compraventa con reserva de dominio o a la compraventa en abonos, considero que, por la *analogía* que guarda el que el comprado! usa el bien durante el período en que paga el precio en parcialidades, se le puede aplicar el principio que el C.c. contiene al respecto:

> Si se rescinde la venta (compraventa con reserva de dominio), el vendedor y el comprador deben restituirse las prestaciones que se hubieren hecho; pero el vendedor que hubiere entregado la cosa vendida puede exigir del comprador, por el uso de ella, el pago de un alquiler o renta que fijarán peritos, por el deterioro que haya sufrido la cosa. El comprador que haya pagado parte del precio, tiene derecho a los intereses legales de la cantidad que entregó (art. 2311).

La Suprema Corte de Justicia ha expresado que la aplicación de éste artículo "no desvirtúa la naturaleza de propietario condicional que tiene el adquirente mientras no satisface el precio" y que los pagos se aplican al precio y no a una renta o alquiler *(Cfr.* la tesis judicial: *Compraitenta con reserva de dominio. Carácter de la posesión del comprador en caso dé).*

f) *El procedimiento de desposesión.* La LTOC establece en los arü'culo 416 que:

> En los contratos de arrendamiento financiero, al ser exigible la obligación, y ante el incumplimiento del arrendatario de las obligaciones consignadas en el mismo, la arrendadora financiera podrá pedir judicialmente la posesión de los bienes del arrendamiento. El juez decretará de plano la posesión cuando le sea pedida en la demanda o durante el juicio, siempre que se acompañen el contrato correspondiente, debidamente ratificado ante fedatario público.
>
> En los contratos de arrendamiento financiero... el *estado de cuenta* certificado por el contador de la organización auxiliar de crédito acreedora hará fe, salvo prueba en contrario, en el juicio respectivo para la fijación del saldo resultante a cargo del acreditado o del mutuatario.

La desposesión de los bienes a la arrendataria requiere estos elementos:

i) Que sea *pedida al juez* en la demanda o durante el juicio.

n) Que el contrato de arrendamiento financiero, documento base de la acción, esté *ratificado* ante fedatario público, requisito formal del propio contrato (art. 408 de la LTOC).

Se trata de un *procedimiento ejecutivo* pues al contrato ratificado ante fedatario y al estado de cuenta del contador de la actora la LOAAC les da carácter de ü'tulo ejecutivo. El artículo 416 de la LTOC que complementa el precepto que concede la acción de desposesión, se refiere a "un estado de cuenta" certificado por contador, para determinar el saldo que adeuda el arrendatario. Esta disposición está inspirada en el artículo 68 de la LIC (antes art. 52), que recoge una práctica bancaria.

Conforme a diversas tesis judiciales se considera que la certificación del contador le otorga al documento carácter ejecutivo, que no es necesaria la ratificación judicial, ni se requiere comprobar que el contador lo es de la institución. 1.a certificación tiene por objeto: fijar el saldo adeudado (Cfr. las tesis judiciales: *Apertura de crédito. La certificación del contador de la acreditante, vinculada al contrato, constituye titulo ejecutivo sin necesidad de que su autor la ratifique ante la presencia judicial- Contrato o póliza en que se hagan constar créditos otorgar dos por instituciones bancadas. No se requiere demostrar que el contador que suscribió el certificado contable lo era de la institución).* La Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia señaló los *requisitos* que debe tener esta certificación que, como establece la ley, es un estado de cuenta y no basta la especificación del saldo (Cfr. la tesis judicial: *Estados de cuenta bancarios. Requisitos para que constituyan títulos ejecutivos.- Estado de cuenta bancaria, no constituye la sola especificación del saldó).*

En anteriores ediciones señalé que este procedimiento me parecía de *dudosa constitucionalidad,* pues el juez la decreta "de plano", sin que el arrendatario sea oído. El Pleno de la Suprema Corte de Justicia ha sentado Jurisprudencia en el sentido de que el precepto es constitucional. Los argumentos más importantes de esu tesis señalan que: "la medida que autoriza a decretar el artículo 33 de la Ley de organizaciones y actividades auxiliares del crédito, consistente en que en los contratos de arrendamiento financiero, al ser exigible la obligación y, ante el incumplimiento del arrendatario de las obligaciones consignadas en el mismo, la arrendadora financiera podrá pedir judicialmente la posesión de los bienes objeto del arrendamiento, no es inconstitucional, habida cuenta de que las necesidades de crédito justifican la tramitación de juicios de carácter ejecutivo, mismos que por su propia naturaleza se inician con un procedimiento de ejecución. En este orden de ideas, y toda vez que las características inherentes a la referida providencia cautelar son las que justifican su existencia, resulta ser constitucional porque se trata de una mera medida provisional que no requiere de la observancia de la garantía de previa audiencia..." *(Cfr* la tesis: *Arrendamiento financiero. El artículo 33 de la Ley de Organizanones y actividades auxiliares el crédito, al prever, ante el incumplimiento del arrendatario, una medida cautelar y provisional, no es inexnstitunonal al no constituir un acto privativo de naturaleza definitiva).*

12. NATURALEZA CONTRACTUAL

Los autores que estudiaron la figura del arrendamiento financiero antes de que el legislador convirtiera en típico este contrato, se esforzaron por encontrar una tesis satisfactoria sobre su *naturaleza jurídica.* Esta cuestión ha perdido cierto interés en el Derecho mexicano a raíz de su regulación legal.

Hay una gran variedad de tesis que intentan explicar la naturaleza jurídica del arrendamiento financiero. Para mayor claridad y la descripción breve de su contenido, las he ordenado en una *clasificación* que las agrupa de la siguiente manera: las que analizan uno solo de los aspectos del contrato y pretenden ubicarlo dentro de algún contrato típico; las que consideran que esta figura contractual es el resultado de la combinación o unión de dos o más contratos típicos; y, por último, las que opinan que se trata de una figura *sui generis,* de un contrato nuevo.

a) Analizan un *solo aspecto*, las tesis que ven en el arrendamiento financiero:

i) Un *mandato* por el que la arrendadora financiera compra el bien que le encarga la arrendataria.[73]

ii) Un *arrendamiento* con ciertas variantes.

m) Una *venta en abonos*, aunque esta opinión, de gran aceptación tiene algunas variantes.

> Según nú experiencia —dice Vázquez Pando—, la opinión de los abogados y de las empresas es la misma en cuanto a una de las figuras —ya no considerada como arrendamiento financiero—: en los casos en que el arrendatario adquiere la propiedad al cubrir el último abono de la renta —o de la última renta, si ésta no es por la totalidad del período forzoso— se considera que se trata de una venta en abonos.[74]

iv) Como una *compraventa con reserva de dominio* como la modalidad que regula el C.c. (arts. 2312 a 2315) en la que establece que el comprador adquiere el bien cuando cumple con el último pago parcial y durante la vigencia del contrato se le considera arrendatario.

b) De las tesis que suponen que el arrendamiento financiero es *combinación de dos contratos típicos*, podemos enunciar:

" *Cfr.* Cogorno (35) quien la expone en su texto, págs. 49 y 50.
* Vázquez Pando (102), pig. 263.

i) Como *arrendamiento-venta* lo considera Sánchez Mctlal, quien afirma que es una venta bajo la forma de arrendamiento financiero.[7"']

ii) La *legislación fiscal* mexicana no reconoce de forma expresa la naturaleza jurídica que tiene el arrendamiento financiero. Sin embargo, en sus disposiciones se le considera como *compraventa y* como *arrendamiento,* una mezcla de ambos. Esta idea se desprende de que a la arrendataria se le permite deducir el pago del precio parcialmente como inversión propia y otra parte como arrendataria. Por otro lado, se le considera enajenación para la arrendadora financiera y adquisición para la arrendataria (*Cfr.* los arts. 14 del CF, 14-IV del LiVA y 157 frac. XII del CFDF).

c) Por último, algunos autores consideran al arrendamiento financiero como un *contrato sui generis.*

i) Para Frisch, el arrendamiento financiero "es un contrato *sui generis* que de conformidad con el artículo 1858 del C. c., que se refiere a los contratos innominados, nos parece admisible a la luz de este Código".[1]*

ti) Acquarone afirma que "la naturaleza del contrato de *leasing* es particular, no es asimilable a la locación ni a la venta, sostenemos que es un contrato complejo."[77]

iii) Cogomo opina que es un contrato de *crédito,* y entiende el crédito como respaldo financiero. "La finalidad e intención de las parles (en el arrendamiento financiero) es el crédito."[7]*

iv) Para León Tovar es "un negocio jurídico de naturaleza crediticia, una técnica de financiación"[79] una operación financiera *stu generis.*

v) Sánchez Lorenzo, entre los autores españoles, expresa que hay una clara tendencia actual a configurarlo como institución atípica.*[0]

vi) Broseta Pont afirma que "la naturaleza jurídica del contrato es *compleja* y, agrega que quizá participe de algunas notas del arrendamiento, al que se añade una opción de compra en favor del arrendatario."*[1]

d) La Tercera Sala de la *Suprema Corte de Justicia* ha definido en dos tesis algunas de las características del arrendamiento financiero. Estas tesis señalan que se trata de una *operación compleja,* que participa de las notas de una operación de crédito, se compone

[n] *Cfr.* Sánchez Medal (96). Núm. 112. Este autor agrega que bajo el nombre genérico y confuso de *arrendamiento financiero* se encubren muy diferentes figuras contractuales.

* Frisch (50), pág. 57.

[71] Acquarone (5), pág. 102.

" Cogomo (55), págs. 47 a 56.

* León Tovar (68). pág. 172.

[m] *Cfr.* Sánchez Lorenzo (95). págs. 215 y 214.

Broseta (28), pág. 425.

de elementos diversos y tiene *naturaleza mercantil* Por otro lado, afirman que es un contrato diferente del arrendamiento civil y de la compraventa en abonos y, por tanto, no puede ser subsumido en estas figuras (*Cfr.* las tesis judiciales: *Arrendamiento financiero. Es un contrato de naturaleza mercantil.—Arrendamiento financiero. Es una operación compleja que participa de notas diversas*).

En *conclusión* puedo afirmar que actualmente el arrendamiento financiero es un *contrato típico,* perteneciente a las operaciones de crédito que regula el derecho bancario. Se trata de *un solo negocio jurídico* que produce diveras obligaciones para las partes y que se complementa con otras relaciones jurídicas que no son parte del contrato, sino que, en ocasiones, lo preceden y conviven (relaciones con el vendedor), o se derivan de él (contrato definitivo en la ejecución de la opción).

BIBLIOGRAFÍA

ACQUARONE (3) *El Isasing,* Su instrucción y encuadre en la actual financiación empresaria.
BROSFTA: (28) *Manual de Derecho mercantil,* págs. 396 y 397.
BUGEDA LANZA: (30) *La sociedad arrendadora financiera como organización auxiliar de crédito.*
COGORNO: (35) *Teoría y técnica de los nuevos contratos comerciales,* págs. 17 a 105.
DÍAZ BRAVO: (42) *Contratos mercantiles,* págs. 194 a 207.
DÍAZ ECHEGARAY José Luis: (18 b) *El contrato de "leasing*", parte de la obra *Contratos mercantiles,* págs. 506 a 534.
Diccionario jurídico mexicano (43), voz: arrendamiento financiero.
FRISCH Y OTRO: (50) *El arrendamiento financiero.*
HUNT Y OTROS: (62) *Ftnanciaáón básica de los negocios,* págs. 395 a 407.
LEÓN TOVAIL (68) *El arrendamiento financiero (leasing) en el Derecho mexicano.*
SÁNCHEZ CALERO: (93) *Instituciones de Derecho mercantil,* págs. 485 y 486.
SÁNCHEZ JIMÉNEZ María de los Angeles. *El contrato de* 1*leasing*", parte de la obra *Contratos internacionales* (30 a), págs. 933 a 969.
SÁNCHEZ LORENZO: (95) *Garantías reales en el comercio internacional,* Núms. 165 a 195.
URÍA: (100) *Derecho mercantil,* Núm. 757.
VÁZQUEZ DEL MERCADO: (101) *Contratos mercantiles,* págs. 485 a 500.
VÁZQUEZ PANDO: (102) *En tomo al arrendamiento financiero.*
VÁZQUEZ PANDO: (103) *Reflexiones en tomo al arrendamiento financiero.*
Vi CENT CHULÍA: (104) *Compendio critico de Derecho mercantil,* tomo II, págs. 250 a 256.

CAPÍTULO IX

EL CONTRATO DE FACTORAJE

SUMARIO: 1.—El factoraje como operación financiera. 2.—Antecedentes. 3.—Denominación. 4.—-Concepto. 5.—Características. 6.—Clasificación. 7.—Clases. 8.—Las partes. 9.—El objeto del contrato. 10.—La forma. 11.—Obligaciones del contrato. 12.—Obligaciones del cliente en el factoraje. 13.—Obligaciones de la empresa de factoraje. 14.—Notificación al deudor. 15.—Naturaleza contractual.

1. EL FACTORAJE COMO OPERACIÓN FINANCIERA

El factoraje es un medio de financiamiento a corto plazo para las empresas. Los recursos financieros que se reciben por esta operación se aplican al activo circulante y al capital de trabajo. El factoraje generalmente apoya a empresas pequeñas y medianas.

"El *factoring* o financiación factorial de cuentas por cobrar consistente en la transmisión de cuentas por cobrar, es un método alterno de convertir las cuentas por cobrar en efectivo."[1]

El financiamiento por medio de cuentas por cobrar puede ser de dos modos:

a) Como préstamo garantizado por cuentas por cobrar, que algunas veces se dan en prenda, y

b) Como cesión de las cuentas por cobrar o factoraje.

Como mediante el factoraje se ceden las cuentas por cobrar al factor, el efecto financiero y contable para la empresa cedente es el siguiente:

a) Las cuentas cedidas ya no aparecen como activo en el balance de la empresa cedente;

b) Las pérdidas por las cuentas cedidas no pagadas las sufre la empresa de factoraje (cesionaria), salvo en los casos de factoraje con recurso;

[1] Hunt y oiro* (62), págs. 217 y 218.

c) Los clientes del cedentc son notificados para que hagan sus pagos a la empresa de factoraje, y

d) La empresa de factoraje paga a la cedente las cuentas cedidas cuando recibe el pago, aunque puede hacer anticipos.

Las *ventajas* del factoraje para el cliente (empresa financiada) son la flexibilidad de la fuente de financiamiento, pues al aumentar sus ventas se incrementan sus cuentas por cobrar y las posibilidades de más recursos por este medio; es un financiamiento versátil, continuo y revolvente;* la factorización le proporciona el servicio de crédito y cobranzas, y le "simplifica su registro contable".[5]

Para la empresa de factoraje, las *ventajas* son: las cuentas por cobrar son una garantía de la cantidad financiada cuando hay anticipos; además, de que las cuentas por cobrar pueden cederse con recurso, con garantía del cedente.

2. ANTECEDENTES

El contrato de factoraje como actualmente se practica en nuestro Derecho mexicano y se regula en legislaciones modernas de otros países, es una figura que tiene su origen en las instituciones anglosajonas y, más específicamente de la práctica de negocios norteamericana.

> Los antecedentes anglosajones de esta figura "lo debemos ubicar en el siglo xvm con la actividad desarrollada por los *selling agents* de las empresas textiles inglesas. Las compañías inglesas, necesitadas de conquistar nuevos mercados que le ofrecían las colonias de la Corona, adelantaron a los principales puertos de embarque personal que se denominó *factor*. quienes se encargaban de la colocación de sus productos.[4]
>
> El factor se encargaba de la venta de mercancías inglesas, canalizándolas hacia las colonias y, una vez allí, a través de otros factores, de su distribución y venta, dando motivo a la creación de una especie de cadena de factores. La actividad del factor alcanza su máxima importancia cuando se encuentra en condiciones de garantizar los eventuales riesgos que pudieran presentarse, llegando incluso al anticipo de cantidades en efectivo sobre las mercancías recibidas.[5]

* Morilla Martínez (78a). pág. 694.
* *Cfr.* Adame Garduño (8a), págs. 26 y 27.
[4] Cogomo (36), pág. 132.
[1] Roca Guillamón (87a), págs. 14 y 15.

Las entidades que se dedicaron al *factoring,* como empresas especializadas en estas funciones, como actualmente se practica esta operación, nacieron en los años veinte en Estados Unidos de América. En los años sesentas, el factoraje, conjuntamente con el *leasing* o arrendamiento financiero, se promueve en diversos países europeos como Inglaterra, Francia, Bélgica, Italia y España, lugares en los que se constituyen sociedades especiales destinadas a esta actividad.[6]

En México, las primeras operaciones de factoraje se realizaron en la década de los cincuentas como compraventa de cartera a comerciantes, aunque el contrato de factoraje se introduce en la década de los sesentas. Las primeras sociedades dedicadas habitualmente al factoraje se crearon en los años sesentas. Para 1988 se constituyó la Asociación Mexicana de Empresas de Factoraje (AMEFAC).[7]

En cuanto a la disciplina legislativa del factoraje, la LOAAC* se reformó por decreto publicado en el *Diario Oficial* del 3 de enero de 1990 y se adicionaron los artículos 45-A a 45-T, que regulan a las empresas de factoraje financiero. Las *Reglas* de operación de las empresas de factoraje se publicaron en el *Diario Oficial* el 16 de enero de 1991.

En el Diario Oficial el 18 de julio del 2006 se publicaron importantes reformas a la LOAAC y a la LTOC que contienen un nuevo régimen legal para el contrato de factoraje.

A) Las reformas a la LOAAC, que entrarán en vigor en siete años (julio de 2013), derogan la regulación de las empresas de factoraje financiero como organizaciones auxiliares del crédito y las disposiciones relativas al contrato de factoraje que se contienen en dicha ley (art. 3®. Transitorio).

B) I.as reformas a la LTOC que ya están vigentes, regulan al contrato de factoraje el que puede celebrarse "en forma habitual y profesional por cualquier persona sin necesidad de requerir autorización del Gobierno Federal" (art. 87-B LOAAC y 2®. Transitorio). La regulación del contrato en la LTOC como operación de crédito (arts. 419 a 431) es muy similar a la que existe actualmente en la LOAAC Una de las modificaciones importantes de esta nueva normativa es el cambio de nombre a

• *Diccionario Jurídico mexicano* (+4). voz: factoraje.

[1] *Cfr.* Adame Garduño (Sa). pági. 7 a 9.

* Todos los artículos que se citan en este capítulo, si no se indica otra cosa, corresponden a la LOAAC

las partes contratantes que en esta ley se denominan: factorante y factorado.

Esta doble regulación del contrato de factoraje estará vigente hasta el año de 2013. Las normas de la LOAAC solo se aplicará a los contratos que celebren las empresas de factoraje financiero con autorización para operar como organizaciones auxiliares del crédito. La disposiciones de la LTOC se aplicará a todos los otros contratos de factoraje celebrados por personas diferentes a las empresas de factoraje financiero autorizadas.

Algunas normas de naturaleza *fiscal* hacen referencia al factoraje, por ejemplo: el CF señala que se entiende por enajenación: la transmisión de derechos de crédito a través de un contrato de factoraje financiero, con algunas excepciones que menciona la disposición (art. 14) y establece la obligación de las empresas de factoraje a notificar al deudor la cesión de derechos de crédito (art. 32-C). Otras leyes fiscales hacen referencia al factoraje para determinados efectos, como la LISR (arts. 8®, 9® y 47), la UVA (art. 15) y la Ley del Impuesto al Activo (art. 5®).

En el año de 1988 se firmó en Otawa, Canadá, la Convención *UNIDROIT* sobre factoraje internacional, que está abierta a la firma de los estados y a la fecha no ha sido suscrita por México.

3. DENOMINACIÓN

El término factoraje deriva de la palabra *factor?* que

no es extraña a nuestra lengua, pues goza de vieja raigambre heredada del Derecho Romano y es sobradamente conocida la utilización que de ella se hace en la práctica mercantil. Sin embargo, este f*actor o* persona encargada de realizar un negocio por otro, no aporta a la institución del *factoring* otra cosa que los orígenes de la palabra, que acaso conserve como un producto residual de esa función de realizar algo por otro, que al fin y al cabo se encuentra tanto en el factor más primitivo como en el *facíonng* mas moderno.[10] *

* En Derecho Romano *twtilor* ei el factor o persona colocada al frente de una "hacienda comercial de tierra" (*Cfr.* Bonfante (24), pig. 41S).

[M] Roca Guillamón (87a), pág. 11.

"*Factor.* Entre comerciantes es la persona que tienen destinada en algún parage para hacer las compras de géneros y otros negocios en su nombre. *Factoría.* El empleo y cargo de factor de los hombres de negocios: y así se dice que tal compra se hizo por factoría, cuando no la executa su dueño personalmente.""

En México, durante la época colonial existieron los factores y a sus establecimientos se les llamó *factorajes,* según algunas fuentes del Derecho Indiano."

El C de c. establece que son *factores* quienes tienen la dirección de alguna empresa o establecimiento fabril o comercial, o estén autorizados para contratar respecto a todos los negocios concernientes a dichos establecimientos o empresas, por cuenta y en nombre de los propietarios de los mismos (arL 509).

Nuestra LTOC debió designar al contrato con el término de *factoraje*, es decir, sin el adjetivo *financiero* que resulta innecesario, pues esta operación así se conoce en los usos bancarios y mercantiles.

En legislaciones de otros países el contrato recibe el nombre de *factoring* como en los Estados Unidos de América," España,[11] * * [14] Italia, Argentina y Chile;" en Francia se le denomina *L'affacrurage.*

[11] *Diccionario de Autoridades (1726-1739),* Edición Facsímil, Real Academia Española, Editorial Gredor, Madrid 1990. voces: *factor y factoría.*

[11] En la Recopilación de Leyes de los Reynos de Indias de 1680, se hacen algunas referencias al *factor* y al *factoraje* Por ejemplo, se ordena: "Que los Factores y compañeros tengan libros de gastos, y empleos, y si fueren argüidos de falsos, el Consulado ordene se hagan las cuentas como esta ley dispone (Libro 9. título 46, ley 59). Que el Factor no pueda emplear para sí al fiado, ni obligarse como principal, o fiador, so las penas de esta ley (Libro 9, título 46, ley 61). Que los Factores empleen todo lo que llevaren de sus Encomenderos, conforme a sus memorias (Libro 9, título 46. ley 62). Que los Factores, o compañeros sean obligados a ir a dar las cuentas donde otorgaren los factorages, o compañías (Libro 9. título 46. ley 64 de la *Recopilación de las leyes de los reynos de las Indias, mandadas imprimir y publicar por la magtslad católica de! rey Don Carlos ¡1,* Tercera edición por Andrés Ortega, Madrid 1774, tomo 4. págs. 143 y 144).

'* *Cfr Black's Law Dictionary (23),* voces: *factoring y factor.*

[14] La Orden de 19 de junio de 1979 del Ministerio de Economía relativa a las "Entidades de financiación de ventas a piaros' regula a las sociedades anónimas que celebran, entre otros contratos, el de "factoring'. *Cfr.* Roca Guillamón (87a), García de En tema (52a). Una (100), núm. 758, Broseta Pont (29). págs. 446 y 447, Vicent Qiulía (104), tomo . págs. 246 a 250.

[11] *Cfr.* Cogorno (35), págs. 131 a 181 y Díaz Bravo. (42). pág. 209.

4. Concepto

La definición de *factoring* que aparece en el *Black* 's *Law Dictionary* dice:

> *Factoring.* Es la venta de cuentas por cobrar de una firma a un factor a un precio con descuento. La compra de cuentas por cobrar de una negociación por un factor quien asume el riesgo de pérdida en la contraprestación, por el descuento pactado.
>
> *Factor.* Un agente comercial empleado por el principal para vender mercancía consignada a él para ese fin, por cuenta del principal, pero usualmente en su propio nombre, a quien se le confía la posesión y control de los bienes y es remunerado con una comisión, comúnmente llamada factorage."[16]

La LTOC define al contrato como sigue:

> "Por virtud del contrato de *factoraje*, el factorante conviene con el factorado, quien podrá ser persona física o moral, en adquirir derechos de crédito que éste tenga a su favor por un precio determinado o determinable, en moneda nacional o extranjera, independientemente de la fecha y la forma en que se pague, siendo posible pactar cualquiera de las modalidades siguientes: I. Que el factorado, no quede obligado a responder por el pago de los derechos de crédito transmitidos al factorante; o II. Que el facturado quede obligado solidariamente con el deudor, a responder del pago puntual y oportuno de los derechos de crédito transmitidos a al factorante." (arL 419).

5. Características

Como características de este contrato se pueden destacar:

a) Es un *contrato único*, no resultado de una unión de contratos;

b) El objeto del contrato son las *futuras cesiones de créditos* del cliente a la empresa de factoraje;

c) Los créditos que serán materia de la cesión son *créditos futuros,* que generalmente no existen a la celebración del factoraje."

'• *Black* i *Ijato Ihclicmary (23).* voces: *factoring y factor.*

La cesión de créditos se configura como una operación en masa."[17]

d) Los créditos que serán cedidos tienen como *obligados* a las personas con las que el cliente tiene relación de negocios. Estos obligados hacia el cliente son *terceros* en la relación del contrato de factoraje;

e) La cesión de créditos es *onerosa* y la empresa de factoraje pagará por estos un *precio*, que se determina con las bases que se establecen en el contrato, que es generalmente con una tasa de descuento;

J) La empresa de factoraje tiene la *obligación de cobrar* los créditos cedidos;

g) La empresa de factoraje, en la mayoría de los casos, asume el *riesgo de pérdida* si los créditos no se cobran;

h) En los factorajes *con recurso,* el cliente asume el riesgo de pérdida;

i) En algunos factorajes existe la posibilidad de que el factor conceda al cliente un *anticipo* del precio, y

j) La empresa de factoraje puede obligarse a "prestar servicios de *administración y cobranza* de derechos de crédito" al cliente (art 45-A fracc. VIII)

6. CLASIFICACIÓN

El contrato de factoraje es:

a) Mercantil, pues está regulado en una ley de naturaleza mercantil, que señala que este contrato debe celebrarse por una organización auxiliar del crédito y, por las personas que en él intervienen que, casi siempre, son comerciantes;

b) Formal o con forma impuesta por la ley pues debe constar por escrito y ratificarse ante notario o corredor (art. 45-L);

c) En la generalidad de los casos es de *adhesión,* pues la empresa de factoraje financiera impone las condiciones del contrato y el cliente sólo las acepta;

[17] García-Cruces González. José Antonio, *El controlo de 'factorinf.* parte de la obra *Contratos mercantiles* (18 b), pág. 547.

d) Bilateral, pues produce derechos y obligaciones para las dos partes;

e) Oneroso, ya que los provechos y gravámenes son recíprocos;

f) En casi todos los casos será *conmutativo,* sólo eventualmente puede ser *aleatorio* si el precio con las tasas de interés pactadas, tiene importantes variaciones con relación a las tasas del mercado durante la vigencia del contrato;

g) Es un contrato *normativo y obligatorio,* pues tiene por objeto establecer la disciplina de un contrato eventual y futuro,[w] pero también las partes se obligan como futuros cedente y cesionario;

h) Es un contrato de *tracto sucesivo* y *de largo plazo,* ya que su cumplimiento se prolonga en el tiempo;

i) Es *principal,* por oposición a accesorio, en cuanto su existencia no depende de una relación preexistente, aunque el objeto del contrato sean los derechos de crédito de que sea titular el cliente;

j) Al momento de su celebración es un contrato *obligatorio,* no traslativo, pues el cliente se obliga a trasmitir a la empresa de factoraje los derechos de crédito que tiene a su favor;

k) Por su función económica es un contrato de *crédito* y de *colaboración,* y

l) Es un contrato *típico* para el Derecho mexicano pues está disciplinado en la LOAAC.

7. CLASES

a) Respecto a la naturaleza del contrato, puede sen

i) Como contrato de *promesa de factoraje,* "previamente a la celebración de los contratos de factoraje" (art. 45-C fracc. I). Se trata de un contrato distinto al factoraje que se rige por las normas del Código Civil federal (arts. 2242 a 2247), con el único efecto para las partes de la obligación de celebrar en el futuro un contrato de factoraje. Con la celebración de este contrato, la empresa de

[w] Véase el concepto de contrato normativo en el Capítulo III, Núm. 4, letra *a)* de esta obra.

factoraje queda obligada a respetar la línea de crédito concedida al cliente. Algunas veces, el propósito del contrato de promesa es tener una base del monto total que estará dispuesto a financiar el factor al cliente, y

ii) Como *controlo* por el que la empresa de factoraje se obliga a adquirir derechos de crédito del cliente y establece los términos y condiciones de las futuras cesiones de crédito.

b) Con relación a la *responsabilidad, del cliente* éste puede ser:

i) *Sin recurso,* también llamado factoraje *puro o propio,*[0] en los casos en que "el cliente no quede obligado a responder por el pago de los derechos de crédito transmitidos a la empresa de factoraje financiero" (art. 45-B fracc. I). Este tipo de factoraje casi no es utilizado en México, y

ii) *Con recurso o impropio**° en el que "el cliente quede obligado solidariamente con el deudor, a responder del pago puntual y oportuno de los derechos de crédito transmitidos a la empresa de factoraje financiero" (art 45-B fracc. II). Además de garantizar la existencia del crédito, el cliente garantiza la solvencia del deudor Es el más practicado en México.

Los términos de factoraje con recurso y sin recurso son doctrinales, pues la LOAAC no les da ese calificativo.

c) En atención a las *personas* que intervienen en la relación, se habla de:

i) *Factoraje internacional* en el que "intervienen por una parte una empresa de factoraje importadora o extranjera --domiciliada en el país en el que el comprador desarrolla sus actividades— la cual absorbe el riesgo del deudor y, por otra parte, la empresa de factoraje exportadora o nacional --domiciliada en el país en que radica y efectúa sus operaciones el usuario— y es la que garantiza al usuario exportador el pago de las cuentas."*[1]

[n] *Cfr*. García de Enterría (52a), pág». 125 y *¡g». y Vicenl Chulía (104), tomo II. pág. 248.

» *Cfr*. Vicent Chulía (104), tomo II, pág. 248.

[r] Adame Garduño (Sa). pág. 58.

En esta clase de factoraje es probable que se apliquen las normas de la Convención *UNIDROII* sobre factoraje internacional firmada en Otawa, Canadá en 1988, que no ha sido firmado por México. Señala esta convención.

> El *factoraje financiero internacional* se define como un contrato celebrado entre una parte (el proveedor) y otra parte (la empresa de factoraje, que en adelante se llamará cesionario) conforme al cual:
>
> *a)* el proveedor podrá o deberá ceder al cesionario créditos que se originen en contratos de compraventa de mercaderías celebrados entre el proveedor y sus clientes (deudores), excepto aquellos que se refieran a mercaderías compracLts principalmente para uso personal, familiar o doméstico;
>
> *b)* el cesionario tomará a su cargo al menos dos de las siguientes funciones:
>
> - financiamiento del proveedor, incluyendo préstamos y adelantos de pago;
> - mantenimiento de cuentas relacionadas con los créditos;
> - cobro de créditos;
> - protección en caso de falta de pago de los deudores.
>
> *c)* la cesión de los créditos deberá ser notificada por los deudores;

ii) *Refactoraje.* La operación está prevista en nuestro Derecho en la *Regla Decimocuarta* que al respecto señala: "las empresas de factoraje financiero podrán celebrar operaciones de *refactoraje* financiero, es decir, trasmitir con o sin responsabilidad los derechos de crédito provenientes de contratos de factoraje a otras empresas de factoraje financiero, sujetándose en todo momento a las disposiciones aplicables".

iii) *Factoraje con cobranza delegada.* A esta modalidad se le llama también factoraje con *mandato de cobranza* y sólo se da en los factorajes con recurso. En esta clase de factoraje, el cobro de la cartera de cuentas por cobrar la encarga la empresa de factoraje a terceros o al propio cliente (mandatario) mediante un mandato para cobranza que otorga la empresa de factoraje, titular de los créditos. Cuando la cobranza delegada la tiene el cliente, no es necesario notificar a los deudores, pues es el acreedor original quien llevará a cabo el cobro, pero por cuenta de la empresa de factoraje. El cliente o tercero quedan como depositarios de los documentos donde constan los créditos, y

iv) *Factoraje a proveedores.* En estos contratos, la empresa de factoraje adquiere directamente de los proveedores (deudores) del cliente los documentos que expiden contra el cliente. Se establece así una línea de factoraje a proveedores, quienes deben aceptar este contrato. Se utiliza para clientes con sólida posición financiera que manejan un gran número de proveedores, como tiendas de autoservicio.

8. LAS PARTES

a) Factorante. De acuerdo a las reformas a la LOAAC y a la LTOC, el contrato de factoraje puede ser celebrado por cuatro clases de factorantcs.

i) Por una empresa de factoraje financiero, organización auxiliar del crédito, regulada por la LOAAC. Este contrato se rige por las vigentes disposiciones de la LOAAC A las paites. A las partes del contrato se les denomina empresa de factoraje financiero y factorado.

ii) Por una sociedad anónima que "en sus estatutos sociales contemple expresamente como objeto social principal la realización habitual y profesional" de contratos de factoraje y que "se considerar.» como sociedad financiera de objeto múltiple". Si esta sociedad mantiene "vínculos patrimoniales con instituciones de crédito o sociedades controladas por grupos financieros" se considera regulada y "está sujeta a la supervisión de la Comisión Nacional bancaria y de Valores". Esta sociedad se conoce, por sus siglas, como: "SOFOM", "E.R." (art. 87-B , 87-C y 87-D de la LOAAC).

iii) Por una sociedad anónima en los mismos términos que la anterior, pero que no tenga vínculos con instituciones de crédito o sociedades controladas por grupos financieros y que se considera no regulada y no está sujeta a la supervisión de la Comisión Nacional bancaria y de Valores. Por sus siglas, esta clase de sociedad se identifica como: "SOFOM", "E.N.R." (art 87-B de la LOAAC).

iv) Por último, el contrato de factoraje podrá celebrarse por cualquier persona, en forma habitual y profesional o en forma accidental, sin necesidad de requerir autorización del Gobierno Federal (ait. 87-B de la LOAAC).

En los tres casos anteriores el factoraje se rige por las disposiciones de la LTOC (art. 419 a 431), como una operación de crédito que es acto de comercio, como señala el artículo 1®. de dicha ley y las partes se denominan, respectivamente: factorante y factorado.

A las partes del contrato de factoraje la LOAAC les denomina cliente y empresa de factoraje financiero, "factorante" (en la LTOC). Aún cuando la ley les da nombre a las partes, Díaz Bravo las designa como: factoreante y factoreado." Sin ser parte en el contrato, el deudor, a quien se le notificará la cesión del crédito, se ve afectado por el cambio de acreedor que produce el factoraje.

a) El factorado. Se le llama también *proveedor, cedente, empresario o usuario.* Es la parte del contrato que se obliga a trasmitir al factorante los créditos derivados de sus operaciones habituales.

El factorado debe tener capacidad general para contratar y en especial facultad para ceder la titularidad de los créditos que serán

[B] *Cp.* Díaz Bravo (42). págs. 209 a 227. Estos términos no aparecen en el *Diccionario dt la Real Academia Española.*

materia del contrato. Cuando es una persona moral, su representante debe contar con facultades para actos de *administración*, ya sea un administrador único, un director o gerente, o un apoderado con esas facultades, que se ejercitan en un "patrimonio de especulación" (Boija Soriano). Como principio opino que no es necesario que el representante del factorado tenga facultades para actos de dominio, pues la cesión de créditos es un acto de disposición del activo circulante de su representado (cuentas por cobrar) y operación habitual de una empresa que cambia cuentas por cobrar por efectivo. En la práctica mexicana, al representante del factorado se le pide que tenga *facultades de dominio* (el que puede lo más, puede lo menos). Si los créditos materia de la cesión están documentados en títulos de crédito, se requieren facultades para endosarlos (art 9® de la LTOC), facultad que tienen los administradores y gerentes (directores) por su nombramiento (art 85 de la LTOC).

b) El factoranle. En algunos contratos se le denomina también *factor, sociedad o entidad de factoraje o de factoring y factoraje* (este último vocablo da lugar a confusión con el nombre del contrato).

El *representante* del factorante debe tener facultades especiales o generales de *administración* para celebrar el contrato de factoraje, pues se trata de un acto ordinario o normal de operación de la sociedad.

c*)* *El deudor.* Se le llama también *factorado, tercero o comprador.* No es parte del contrato de factoraje, pero su relación previa con el factorado (que da origen a los créditos materia de la cesión) por efecto del factoraje se convertirá en deudor del factorante (cesionaria). A este deudor hay que notificarle el cambio de acreedor, pues si paga al acreedor original antes de la notificación, su pago lo libera de su obligación, pero no si lo hace posteriormente (arts. 428, 2040 y 2041 del C.c.).

9. EL OBJETO DEL CONTRATO

A) Los créditos. El objeto del factoraje son los derechos de crédito o cuentas por cobrar del factorado que son susceptibles de cesión.

Sólo podrán ser objeto del contrato de factoraje derechos de crédito que se encuentren documentados en facturas, contrarredbos, títulos de crédito, "mensajes de datos" (art 421 de la LTOC) o cualquier otro documento;

a) derechos de crédito no vencidos;

b) que se encuentren documentados en facturas, contrarrecibos, títulos de crédito, "mensajes de datos" (art 421 de la LTOC) o cualquier otro documento, y

c) que los mismos sean el resultado de la proveeduría de bienes, de servicios o de ambos.

Los créditos objeto de la cesión pueden ser existentes a la celebración del contrato o créditos futuros, que no existan al momento de la celebración, pues "las cosas futuras pueden ser objeto de un contrato" (art 1826 del C.c.). No es impedimento para la cesión de créditos futuros, el que el factorado, como cedente del crédito, esté obligado a acreditar la existencia de los derechos de crédito (art 422) y a "garantizar la existencia y legitimidad del crédito al tiempo de hacerse la cesión" (art 2042 del C.c.), ya que estas limitaciones se cumplen en la cesión de derechos que no han nacido.

Se excluyen como materia de la cesión de créditos los derechos que no derivan de la operación del usuario con sus clientes por los bienes que vende o los servicios que presta y que se traducen en el cobro de cantidades de dinero. En este sentido están excluidos todos los derechos de otro carácter que pueden ser materia de cesión, como son los derechos hereditarios, los de propiedad industrial o los que derivan de concesiones o permisos de naturaleza administrativa, para explotar una concesión o prestar un servicio público. Si pueden ser objeto de cesión en el factoraje los créditos derivados de contratos administrativos que el cliente tenga contra la administración pública o alguna entidad de gobierno.

"No se trata siempre de un crédito actual, o de un conjunto de créditos nacidos ya cuando el contrato se perfecciona, justifican que el factor se reserve expresamente la llamada *facultad de aprobación P*

B) El precio. El factorante, deberá "adquirir del factorado los derechos de crédito que éste tenga a su favor por un *precio* determinado o determinable, en moneda nacional o extranjera" (art 419).

Aunque la ley no dice expresamente que el precio debe ser en dinero (como lo hace en la compraventa o en el arrendamiento financiero), al utilizar los términos de moneda nacional o extranjera, implícitamente establece que el precio debe ser en dinero, no en especie. El precio puede fijarse en otra unidad monetaria como *dólares,*[u] o en alguna unidad que, indirectamente, pueda convertirse fácilmente en dinero (oro, UDIS). Si en el contrato de factoraje se establece el precio en moneda extranjera (que no tiene curso legal en México), para efectos de pago en la República Mexicana, éste puede hacerse en moneda nacional al tipo de cambio de la fecha del pago, como ordena el artículo 8ª de la Ley Monetaria.

El precio puede ser *determinado o determinable,* pues se puede pactar una determinada tasa de descuento y pagarse con un anticipo y

" Roca (87a), pág. 50.

** Víase la tesis: Dinero comprende a toda unidad monetaria en curso legal dentro del sistema pecuniario de una nación.

el saldo al vencimiento de cada uno de los créditos cedidos; o la totalidad del precio pagarse al vencimiento de los derechos cedidos.

En la práctica mexicana los costos de los servicios que presta la empresa de factoraje "se encuentran estandarizados", por ejemplo los honorarios por la apertura de crédito, la tasa de descuento en los casos en que hay anticipo; los riesgos que asume la cesionaria de los derechos y lo relativo a la administración de la cobranza.[25]

C) *Pagarés.* Como modalidad del contrato de factoraje, la LOAAC previene que en el factoraje con recurso, los clientes "podrán suscribir a la orden de la empresa de factoraje, pagarés por el importe total de las obligaciones asumidas por ellos, haciéndose constar en dichos títulos de crédito su procedencia, de manera que queden suficientemente identificados. Estos pagarés deberán ser no negociables, en los términos del artículo 25 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito. 1.a suscripción y entrega de dichos pagarés, no se considerarán como pago o dación en pago de las obligaciones que documenten" (art. 424).

Los pagarés no son esenciales al contrato de factoraje. Cuando se suscriben debe hacerse "constar en dichos títulos de crédito su procedencia, de manera que queden suficientemente identificados" (requisito legal). Ha señalado una tesis de un Tribunal Colegiado sobre los pagarés: "éstos únicamente constituyen como se dijo, una *garantía colateral* del crédito plasmado en el contrato principal que les dio origen, y siendo similar el referido artículo 45-G de la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares de Crédito al 325 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, que regula, entre otros, los contratos de crédito refaccionario" (Véase la tesis: Factoraje financiero. Pagarés relacionados con contrato de. Por sí solos, son ineficaces para fundar la acción ejecutiva mercantil).

Estos pagarés pueden ser varios o uno solo con vencimientos sucesivos, que se entienden a la vista (art. 70 de la LTOC). La empresa de factoraje puede "descontar, dar en garantía o negociar en cualquier forma'', incluso afectar en fideicomiso, estos títulos de crédito que provienen de operaciones de factoraje, pero solamente a las entidades financieras de las que reciban recursos financieros (45-A fracc. IV). La ley, al hacer el título no negociable, restringe a la empresa de factoraje a que el pagaré "sólo sea transmisible en la forma y con los efectos de una cesión ordinaria" (art. 25 de la LTOC), no con el endoso que es la forma natural de transmisión de los titulos de crédito. Esta limitación desnaturaliza al pagaré y le quita todas las ventajas que tiene como titulo destinado a circular.

* *Cfr.* Adame Garduño (3a). págs. 30. 31. 58 y 59.

10. La forma

La LOAAC no señala expresamente, como debió hacerlo, que el contrato de factoraje debe celebrarse por *escrito*, lo que da lugar a cierta imprecisión con respecto a la forma de este contrato. La formalidad deriva de las normas del C.c. que se refieren al contrato de promesa, género de la promesa de factoraje, y de las normas de la cesión de derechos. El artículo 2246 señala para el contrato preparatorio: "para que la promesa de contratar sea válida debe constar por *escrito*". Y, el artículo 2033 establece: "la cesión de créditos civiles que no sean a la orden o al portador puede hacerse por *escrito* privado que firmarán ceden te, cesionario y dos testigos."

En la práctica mexicana es común ratificar ante notario el contrato de factoraje, aunque una tesis de un Colegiado señala sobre esta formalidad que: "el contrato de factoraje, por regla general, no requiere para su eficacia o validez, de su ratificación ante fedatario público, según se colige con claridad de la lectura íntegra del capítulo III bis, del ütulo segundo, de la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito,... dado que, en ninguna de las disposiciones que lo integran —artículos del 45-A al 45-T de la ley en comento—, se establece dicho requisito... *(Cfr. la tesis: Contrato de factoraje, por regla general no requiere de ratificación ante fedatario público).*

Cuando el cliente trasmite a la empresa de factoraje títulos de crédito donde consten los derechos objeto de la cesión, debe *endosar* en propiedad estos U'tulos, como el medio por el cual transmite la titularidad de los mismos.

Por último, el contrato de factoraje, así como los documentos que demuestren los derechos del crédito transmitidos a empresas de factoraje, notificados debidamente al deudor y el estado de cuenta certificado por el contador de la empresa de factoraje convierten al contrato en *titulo ejecutivo* para efectos procesales (art. 48). Señala una tesis de un Tribunal Colegiado que en la cesión de créditos a la empresa de factoraje "deben notificarse previa e individualmente al deudor, junto con la certificación del estado de cuenta verificado por el contador de la organización auxiliar del crédito acreedora de que se trate, para que pueda considerarse título ejecutivo mercantil". (Véase la tesis: *Título ejecutivo mercantil, notificación de los contratos o documentos en que se hagan constar los créditos, arrendamientos financieros o factoraje financiero otorgados por las organizaciones auxiliares del crédito).*

Como requisito adicional de forma, "en los contratos que celebren las sociedades financieras de objeto múltiple, éstas deberán señalar expresamente que, para su constitución y operación con tal carácter, no requieren de autorización de la Secretaría de Hacienda

y Crédito Público... las sociedades financieras de objeto múltiple no reguladas... deberán expresar que, para la realización de las operaciones... no están sujetas a la supervisión y vigilancia de la Comisión Nacional Bancada y de Valores." (art. 87-J de la LOAAC).

11. Obligaciones del contrato

Con respecto a los efectos del contrato de promesa y del definitivo de factoraje, hay que distinguir las obligaciones que derivan de la ley, del contrato de promesa de factoraje y del contrato de factoraje.

Como obligaciones adicionales a los contratos de factoraje que celebren las sociedades financieras de objeto múltiple, la LOAAC establece la obligación de informar al factorado de las condiciones que se contienen en el contrato como: la contraprestación, el monto de pagos parciales, cargas financieras, accesorios, posibilidad de pagos anticipados, comisiones y otros aspectos del acuerdo. Además, debe enviar al arrendatario un estado de cuenta bimestral sobre cargos, pagos, intereses y comisiones (art. 87-M).

Obligaciones del contrato de promesa

a) *Celebrar el contrato futuro de factoraje.* La LOAAC que previene este contrato no señala sus efectos. Como se trata de un contrato disciplinado en el C.c. es este ordenamiento el que establece la obligación principal, y casi única, de las partes: la obligación de hacer, "consistente en celebrar el contrato respectivo de acuerdo a lo ofrecido" (art. 2245 del C.c.), es decir, el contrato de factoraje cuyos "elementos característicos" se contienen en el de promesa (art. 2246 del C.c.). Como requisito legal del contrato de promesa, este debe tener un plazo (art. 2247 del C.c.) que las Reglas establecen de 90 días, prorrogables.

b) *Pagar el anticipo al cliente.* Conforme a la ley, en los contratos de promesa de factoraje (art. 420), se *puede* convenir que la empresa de factoraje entregue al cliente un anticipo a cuenta del precio. En estos casos el cliente debe pagar intereses y otros accesorios sobre los pagos adelantados, hasta que se trasmitan al factor los derechos de crédito materia del contrato definitivo de factoraje. El porcentaje que se entrega como anticipo varía en función de la forma en que los créditos se encuentren documentados y a otros factores: con recurso, sin recurso; solvencia del cliente; anteriores operaciones de factoraje.

Estos anticipos se pactan también en los contratos de factoraje, no sólo en los de promesa. "La financiación no es un pacto imprescindible, es solamente una posibilidad que *el factoring* ofrece."**

Roca (87a), pág. 20.

12. OBLIGACIONES DEL CUENTE

a) *Pagar la comisión por apertura de crédito y otras comisiones.* Esta obligación no aparece en todos los contratos de factoraje, sino sólo en aquellos en que la empresa de factoraje abre una línea de crédito al cliente, para efecto de darle anticipos sobre las futuras cesiones de crédito. En estos casos, el diente está obligado a pagar la comisión que por este concepto se cobra, la que en muchos casos se le descuenta de las cantidades que la empresa de factoraje debe pagarle por los créditos cedidos.

Puede pactarse una comisión por la celebración del contrato normativo y por cada uno de los contratos de factoraje por los que se ceden créditos en bloque.

b) *Ceder los créditos. la* obligación más importante del cliente es ceder los créditos derivados de su operación normal a la empresa de factoraje. Esta cesión generalmente se hace "en bloque", es decir de varios créditos a la vez, es una contratación masiva. El cliente puede, al celebrar el contrato, obligarse a ceder créditos existentes o créditos futuros. "La cesión de créditos es el mecanismo esencial para el funcionamiento del arbitraje."*[7]

"Una vez perfeccionado el contrato entre el factor y el cliente, éste asume la obligación de trasmitir al factor todos los créditos que a su favor se constituyan contra sus compradores o receptores de servicios, mientras que al factor, por su parte, corresponde el deber de sustituir al cliente en la titularidad de dichos créditos."**

La *cesión de créditos* o derechos está regulada por el C. de c. y el C.c. y sus normas son aplicables al contrato de factoraje. El C. de c. contiene pocas disposiciones relativas a la cesión de créditos y debe complementarse por lo que establece el C.c. como ordenamiento supletorio. Dice el C. de c.: "los créditos mercantiles que no sean al portador ni cndosables se transferirán por medio de cesión" (art 389). El C.c. establece: "habrá cesión de derechos cuando el acreedor transfiere a otro los que tenga contra su deudor" (art. 2099 del C.c.).

Las normas sobre la *cesión de créditos* en la LOAAC y la disposición correlativa en el C.c. son:

i) "Los clientes estarán obligados a garantizar la existencia y legitimidad de los derechos de crédito al tiempo de celebrarse el contrato" (arts. 422 y 2042 del C.c.);

ii) "La transmisión de los derechos de crédito a la empresa de factoraje financiero, comprende la de todos los derechos accesorios a ellos, salvo pacto en contrario" (arts. 425 y 2032 del C.c.);

[17] Roca (87a), pág. 79.
• Roca (87a), pág. 50.

ni) "La transmisión de derechos de crédito de la empresa de factoraje surtirá efectos frente a terceros, desde la fecha en que haya sido notificada al deudor" (arts. 426 y 2036 del C.c.), y

iv) La *cesión de crédito* no requiere el consentimiento del deudor (arts. 419 fracc. II y 2030 del C. c.), sin embargo, éste puede oponer al cesionario las excepciones que tenía contra el ccdcnte (art. 2035 del C.c.).

c) Entregar documentación. "El factorado debe remitir a su Factor todos los documentos relativos y justificativos de la operación cuyo crédito se ha cedido y todo documento que pudiera guardar relación con la operación." Si hay títulos de crédito, éstos deben endosarse en propiedad al factor.

d) *Responder de la existencia y legitimidad del crédito.* 1A>S clientes estarán obligados a garantizar la existencia y legitimidad de los derechos de crédito al tiempo de celebrarse el contrato de factoraje financiero" (art. 45-E). En el mismo sentido, el Código Civil señala como obligación del cedentc la de "garantizar la existencia y legitimidad del crédito al tiempo de hacerse la cesión" (art. 2042 del C.c.).

Conforme al texto de estas disposiciones, los créditos materia de la cesión deben existir "a la celebración" del factoraje. Esta norma puede interpretarse en el sentido de considerar que el cliente responde de la existencia y legitimidad de los créditos al momento en que éstos se trasmiten, como efecto de un contrato normativo de factoraje.

Complementa esta obligación del cliente el artículo 423 de la LTOC que señala: "Los clientes responderán del detrimento en el valor de los derechos de crédito objeto de los contratos, que sean consecuencia del acto jurídico que les dio origen, salvo los que estén documentados en ü'tulos de crédito."

c) *Responsabilidad solidaria del diente.* El fin de esta obligación es que la empresa de factoraje tenga una garantía adicional de que los créditos cedidos le serán pagados, ya sea por el deudor original del crédito o por el propio cliente. "La garantía asumida por el cedentc en el faetón ng*[9] con recurso abarca mucho más que el mero riesgo de insolvencia del deudor cedido." En los contratos de factoraje *con recurso,* que son los más usuales, el diente está "obligado solidariamente con el deudor, a responder del pago puntual y oportuno de los derechos de crédito transmitidos a la empresa de factoraje fmandero" (art. 419 fracc. II). La solidaridad deriva de la LOAAC, aun cuando no se señale en forma expresa en el contrato (art. 45-B, fracc. II). Conforme al C.c. hay "solidaridad pasiva cuando dos o más deudores (cliente y deudor) reporten la obligación de prestar, cada uno de por

* * García-Cruces González. José Antonio, El contrato de 'factoring", parte de la obra Contratos mercantiles (18 b), pág. 545.

" García de Enterría (52a). pág. 158.

sí, en su totalidad, la prestación debida" (art. 1987). En estos casos, el acreedor (la empresa de factoraje) "puede exigir de todos los deudores solidarios, o de cualquiera de ellos, el pago total o parcial de la deuda" (art. 1989 del C.c.).

Aunque la LOAAC no regula en forma específica la *solidaridad* del cliente, pues está en el Código Civil, en el cumplimiento y desarrollo del contrato de factoraje se deben matizar algunas de las normas generales sobre solidaridad que no pueden aplicarse estrictamente en el factoraje, pues desvirtúan la operación. Por ejemplo, la empresa de factoraje, como cesionaria, debe cobrar el crédito cedido directamente al deudor y, sólo en caso de que éste no pague, puede cobrarlo al cliente, obligado solidario. Conforme a las normas del Código Civil, la empresa de factoraje podría cobrar directamente al cliente, sin haber intentado cobrar al deudor (art. 1989). La obligación solidaria del cliente es también, aunque no lo diga la ley, *subsidiaria,* pues la empresa de factoraje debe proceder primero contra el deudor y después contra el cliente. Tampoco es aplicable al factoraje, la regla que señala que "el deudor solidario que paga por entero la deuda, tiene derecho de exigir de los otros codeudores la parte que en ella les corresponda" (art. 1999 del C.c.). Si aplicamos esta disposición a la obligación solidaria del cliente, una vez que el deudor paga a la empresa de factoraje, el deudor tendría derecho a cobrar al cliente la parte que le corresponda como obligado solidario, lo cual sería absurdo, pues la obligación de pago es sólo del deudor y el cliente sólo se obliga con la empresa de factoraje, como medio de garanda subsidiaria si el deudor no paga. Igualmente resulta absurdo que si el cliente (obligado solidario) paga a la empresa de factoraje sólo pueda repetir contra el deudor por una parte de la deuda y no por la totalidad.

Sería importante que en futuras reformas a la regulación del contrato de factoraje se tomen en cuenta los problemas que la aplicación estricta de la figura de la solidaridad pueden dar lugar en este tipo de contrato.

13. OBLIGACIONES DEL FACTORANTE

a) *Adquirir derechos de crédito.* La obligación más importante que produce el contrato para la empresa de factoraje es la adquisición de los créditos que el cliente tenga contra sus deudores.

Como se trata de un contrato normativo y, además, obligatorio, la celebración del contrato no tiene el efecto de trasmitir los derechos de crédito, sino sólo de obligar al cliente a cederlos al factor, con base en los términos y condiciones señalados en el contrato.

"En el contrato base se regula el procedimiento para llevar a cabo las cesiones, la forma de determinar el precio de adquisición

y el pago del precio, a más de pactarse las comisiones -generalmente- calculadas como descuento y demás obligaciones de las partes."[50] "La Entidad de Factoring goza de una facultad de aceptación cuyo ejercicio significa que el Factor adquirirá los créditos de su factorado." [50 b]*

La LOAAC no previene que la empresa de factoraje deba responder de los reclamos y excepciones que pudiera tener un deudor respecto al cliente. En principio, el factor no responde de la relación entre el cliente y el deudor, pues sólo es un cesionario y acreedor de los derechos al cobro de la cuenta. Si existe una transacción por separado entre cliente y deudor ésta no afecta a la empresa de factoraje, ni puede oponérsele la excepción de compensación por nuevas transacciones o reclamos derivadas de la relación cliente-deudor.

b) Pagar el precio de los créditos cedidos. La empresa de factoraje debe pagar al cliente por los créditos cedidos. El precio base es, usualmente, el saldo insoluto de los créditos al momento de su transmisión. Sin embrago, es normal pactar que el factor pagará al cliente el precio hasta que reciba del deudor el pago del crédito.

> El factor paga al cliente desde que adquiere el crédito, pero no adopta frente al cliente la posición de sustituto del deudor —no paga por el deudor—, sino que a quien sustituye es precisamente al cliente en la titularidad del crédito. El factor no paga por el deudor, sino que adquiere el crédito pagando un precio por la cesión; por un valor actual, representado por el crédito paga un precio inferior al valor adquirido al deducir su comisión.[51]

c) *Prestar servicios de administraaón y cobranza de derechos de crédito.* Cuando se pacta, la empresa de factoraje puede tener la función de administrar los derechos de crédito materia del factoraje (art. 419 fracc. II). Esta obligación puede delegarla al mismo cliente si el factoraje es con recurso; o contratar este servido con un tercero ajeno al contrato (art. 430).

Cuando es el propio cliente a quien se encarga la administración y cobranza de los créditos cedidos, que se conoce como

" Vázquez Pando. *Diccionario Jurídico Mexicano* (44), voz: factoraje.

" ** García-Cruces González, José Antonio, El contrato de 'factoring', parte de la obra Contratos mercantiles (18 b), pág. 544.

[M] Roca (87 a), pág. 54.

factoraje con mandato de cobranza o factoraje con cobranza delegada, la empresa de factoraje no está obligada a notificar a los deudores (art. 32-C del Código Fiscal) pues es el cliente, como primitivo acreedor, quien cobra los créditos, aunque lo hace por cuenta del nuevo acreedor, la empresa de factoraje. Para efectos fiscales en esta clase de factoraje se considera que no hay enajenación (art. 14 fracc. VIII del CF). En el segundo caso el contrato entre la empresa de factoraje y la que se encarga de la administración y cobranza debe celebrarse ante fedatario público y convenir que el cliente tiene derecho de inspección a las oficinas de la empresa encargada de la administración (Regla Decimotercera).

d) *Notificar al deudor la transmisión.* 1.a obligación de notificar la cesión de derechos a los deudores corresponde a la empresa de factoraje (art. 427) para efecto de que los deudores paguen al nuevo acreedor. La *notificación* debe hacerse en la forma que la LOAAC prescribe, pero sus disposiciones deben completarse con las normas del Código Fiscal de la Federación, el Código Civil federal y con la ley del notariado local correspondiente, si la notificación se hace por notario.

La falta de notificación al deudor no afecta al contrato de factoraje, pues en tanto no se haga, el deudor se libera de su obligación pagando al cliente, primitivo acreedor. Dice la LOAAC:

> "El deudor de los derechos de crédito transmitidos por virtud de una operación de factoraje financiero, mientras no se le haya notificado la transmisión en términos del artículo anterior, libera su obligación con el pago que haga al acreedor original o a quien haya sido el último titular de esos derechos previo al factorante, según corresponda. Por el contrario, el pago que, después de recibir la notificación a que se refiere el artículo precedente, realice el deudor al acreedor original o a quien haya sido el último titular de esos derechos previo al factorante, según corresponda, no lo libera ante el propio factorante" (art. 428).

En los contratos de factoraje sin recurso, si el deudor no paga a la empresa de factoraje, "el riesgo de insolvencia si lo asume el factor, como titular del crédito,"[52] que no es una obligación del contrato, sino consecuencia del no pago del crédito cedido.

Es común pactar en los contratos que el cliente se obliga a entregar a la empresa de factoraje las cantidades que reciba o cobre por los créditos ya cedidos. *

* Roca (87a), pág. 4.

e) *Cobrar los créditos cedidos.* Está obligada a cobrar los créditos cedidos materia del contrato de factoraje. La forma en que los créditos cobrados se pagan al cliente puede ser al acreditarlos en una cuenta corriente entre las partes del factoraje y mediante un abono de las cantidades cobradas del saldo insoluto, menos los descuentos, en la cuenta de cheques que señale el cliente.

0 *Otras obligaciones.* Si las partes lo acuerdan en el contrato el factor puede quedar obligado a: investigar la solvencia de los compradores; llevar la contabilidad de ventas del cliente; pudiendo además examinar sus libros de contabilidad en cualquier momento; llevar la cuenta corriente de los créditos surgidos a favor y en contra en las relaciones recíprocas entre la sociedad de factoring y el cliente.[55]

14. NOTIFICACIÓN AL DEUDOR

La *forma* en que se debe hacer la notificación está regulada en la propia ley. El artículo 427 señala:

> "El faciórante deberá notificar al deudor respectivo la transmisión de los derechos de crédito objeto de un contrato de factoraje financiero, excepto en el caso de factoraje en el que se otorgue al factorado mandato de cobranza o se conceda a este último la facultad de llevar a cabo la cobranza del crédito correspondiente. La notificación deberá hacerse a través de cualquiera de las formas siguientes:
>
> I. Entrega del documento o documentos comprobatorios del derecho de crédito en los que conste el sello o leyenda relativa a la transmisión y acuse de recibo por el deudor mediante contraseña, contrarrecibo o cualquier otro signo inequívoco de recepción;
>
> II. Comunicación por correo certificado con acuse de recibo, telegrama, télex o telefacsímil, conüaseñados que deje evidencia de su recepción por parte del deudor,
>
> III. Notificación realizada por fedatario público; y
>
> IV. Mensajes de datos, en los términos del Título Segundo del Libro Segundo del Código de Comercio..." (art. 427).

Las tres formas de notificación, que tienen el mismo efecto frente al deudor, son:

* *Cfl.* Vicent Chulla (104). como II. pág*. 249 *y* 250.

a) Entrega a la empresa de factoraje del documento relativo al derecho de crédito en el que conste una leyenda que indique que el deudor ha sido notificado de la cesión y constancia de recepción del deudor mediante contraseña, contrarecibo o cualquier otro signo inequívoco de recepción.

> Esta notificación se efectúa estampando un sello en cada factura, con éstos o parecidos términos: "Esta factura ha sido cedida y es pagadera sólo a nuestros factores... a quienes deberá darse aviso de cualquier devolución de mercancía, así como reclamaciones por fallantes, por no haber sido entregada o por cualquier otro motivo."[54]

b) Comunicación hecha al deudor por correo certificado con acuse de recibo, telegrama, télex o fax (la ley dice telefacsímil), o cualquier otro medio donde se tenga evidencia de su recepción por parte del deudor. Puede ser por correo electrónico, siempre que sea posible reproducirse en una forma tangible.

c) Notificación realizada por fedatario público, que puede ser con notario o corredor público. En estos casos, la ley del notariado de cada estado de la República señala las formalidades que debe tener la notificación (por ejemplo, en la ley del Distrito Federal los arts. 128 a 134) o, si es corredor quien la practica, la LCORR (arts. 35 y 36).

> La Convención sobre factoraje internacional (UNIDROIT) establece que "la cesión de los créditos deberá ser noüficada a los deudores. La notificación se hará por escrito y no necesariamente debe estar firmada pero se debe identificar la persona o en nombre de quien se hace. Esta comprende telegramas, telex o cualquier medio susceptible de ser reproducido en forma tangible y se dará por hecha hasta que sea recibida por el destinatario" (artículo I, 2 *c)* y 4).

En algunos contratos se pacta que los gastos de noüficación son a cargo del cliente.

15. NATURALEZA CONTRACTUAL

a) *El descuento.* "En esencia, la operación de descuento consiste en la adquisición por parte del descontador, de un crédito a cargo de un tercero, de que es titular el descontatario, me-

* Baliche Garciadiego (18a), pág*. 281 y 282.

diante el pago al contado del importe del crédito, menos la tasa del descuento."" El descuento que más se practica es el que hacen las instituciones de crédito con respecto a títulos de crédito. La operación está reconocida como función de las instituciones financieras mexicanas " pero no está regulada en la ley, que sólo se refiere al descuento de crédito en libros, de "escasísma aplicación."[57]

El descuento de crédito en libros, es una operación bancada (art. 290 de la LTOC). "Serían descontables los créditos que los comerciantes hayan abierto a sus clientes en sus libros, con los requisitos que los créditos sean exigibles a término o con previo aviso, y que el deudor manifieste por escrito su conformidad con la existencia del crédito"," debe constar en póliza, anexarse las notas que especifiquen los créditos y el descontatario debe girar letras al banco a cargo de los deudores (art. 288 de la LTOC)."

El contrato de factoraje se distingue de la operación de descuento en que "lo que se descuenta (en el factoraje) son los créditos representados por facturas y no títulos de crédito."[59]

El factoraje se distingue del descuento de crédito en libros en que "los deudores manifiestan por escrito su conformidad con la existencia del crédito y que en el primero no se tienen como requisitos el que el descontatario gire letras de cambio a favor del descontador y a cargo de sus deudores".[40]

b) Apertura de crédito. La apertura de crédito es el contrato por el que "el acreditante se obliga a poner una suma de dinero a disposición del acreditado, o a contraer por cuenta de éste una obligación, para que el mismo haga uso del crédito concedido en la forma y en los términos convenidos, quedando obligado el acreditado a restituir al acreditante las sumas de que disponga, o a cubrirlo oportunamente por el importe de la obligación que contrajo, y en todo caso a pagarle los intereses, prestaciones, gastos y comisiones que se estipulen" (art. 291 de la LTOC).

El factoraje se distingue del contrato de apertura de crédito en que "le falta el elemento de disponibilidad anticipada a la utiliza*

* Cervantes Ahumada (54a) pág. 246.

** Por ejemplo, las instituciones de crédito (art. 46 frac. X y el redescuento art. 93 de la LIC); los almacenes generales de depósito, las arrendadoras financieras, las uniones de crédito y empresas de factoraje financiero (art*. 11 fracc. VIH, 24 fracc. VIII. 40 fracc. VI, 45-A fracc. IV de la LOAAC); las instituciones de fianzas (16 fracc. XV de la UF); las instituciones de seguros y sociedades mutualistas (arts. 34 fracc. IX y 81 fracc. VI de la Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros).

[17] Cervantes Ahumada (34a) pág. 246.

" Cervantes Ahumada (34a) pág. 249.

* Bauchc Garciadiego (18a), pág. 298.

* Bauche Garciadiego (18a), pág. 303.

ción de la suma de dinero; le falta, igualmente, la obligación solidaría entre acreditante y acreditado; y también carece de la obligación de restitución, por parte del acreditado."[41]

c) Modalidades del factoraje. Como el contrato puede tener un contenido muy variado, "la naturaleza jurídica, señala García de Enterría, sólo puede resolverse analizando por separado las distintas modalidades"[4]* que puede tener el factoraje.

"La función administrativa o de gestión de los créditos del empresario constituye el servicio más sencillo de los disponibles. Cuando el servicio administrativo sea el único realizado por la sociedad de factoring, de tal forma que ésta no abone ningún anticipo sobre el importe del crédito, ni asuma riesgo alguno por la posible falta de pago, se verifica aquí una simple *comisión de cobro,* incapaz por sí misma de afectar a la titularidad del crédito."[43] *

"La prestación del servicio de garanda por parte de la entidad de factoring como función añadida o superpuesta a la administración de y gestión de los crédios con la consiguiente asunción por ésta del riesgo de insolvencia del deudor cedido (factoring sin recurso o factoring propio), parece presuponer aquí un verdadero cambio de la titularidad del mismo. El traspaso del riesgo de insolvencia del deudor cedido al empresario a la sociedad de factoring se instrumenta jurídicamente por medio del intercambio definitivo de un crédito por un precio. Parece evidente que la operación pueda insertarse en el esquema negocia! de la *compraventa*

"La concepción del factoring con recurso y con financiación como una simple variedad del contrato de compraventa parece obligada. La obligación en que se encuentra el empresario de restituir las cantidades anticipadas en los supuestos de falta de pago del deudor cedido y la correlativa obligación de la entidad de factoring de retroceder el crédito impagado al empresario no refleja sino los efectos de la extinción o resolución de la relación jurídica de compraventa anteriormente instaurada."[45]

d) Multiplicidad de prestaciones. Menciona Uría que "el contrato de *factoring* en su modalidad más generalizada implica una plurali-

[41] Bauche Garciadiego (18a), pig. SOI.
** García de Enterría (52a), pig. 113.
° *Cfr.* García de Enterría (52a). pig». 118 y119.
« *Cfr* García de Enterría (52a), pig». 124 a127.
* *Cfr.* García de Enterría (52a), pig». 157 y158.

dad de prestaciones: por un lado, el servicio de contabilidad y cobro de facturas; por otro, la cobertura de la insolvencia del cliente y, por último, una prestación de crédito al anticipar el importe de las facturas al cobro."[46]

Se trata, dice Bauche Garciadicgo, de una "cesión de derechos netos de crédito a cargo de terceros en que el cesionario anticipa al cedente el importe de los créditos, menos una comisión estipulada, y el ccdente le garantiza la existencia y legitimidad de tales créditos, pero no la solvencia de los deudores; pudiéndose complementar con anticipos sobre mercancías en una apertura de crédito en cuenta corriente con garantía prendaria sobre materia prima y los productos elaborados."[47] *

* Uría (100). Núm. 758.
[41] Baliche Garciadicgo (18a), págv 307 y 308.

BIBLIOGRAFÍA

ADAME GARDUÑO: (3a) *El factoraje como alternativa financiera.*
BAUCHE GARCIADIEGO: (18a) *Operaciones Boticarias.*
BROSETA PONT: (28) *Manual de Derecho mercantil,* págs. 396 y 397.
COGORNO: (35) *Teoría y técnica de los nuevos contratos comerciales,* págs. 121 a 181.
DÍAZ BRAVO: (42), págs. 208 a 223.
Diccionario Jurídico Mexicano, (44), voz: factoraje.
GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ José Antonio: (18 b) *El contrato de "factoring,* parte de la obra *Contratos mercantiles,* págs. 539 a 564.
GARCÍA DE ENTERRÍA: (52a) *Contrato de factoring y cesión de créditos.*
HUNT Y OTROS: (62) *Financiaaón básica de los negocios,* págs. 395 a 407.
MOTILLA MARTÍNEZ: (78a) *El factoring dentro del marco tradicional del crédito en México.*
ROCA GUILLAMÓN: (87a) *El contrato de factoring y su regulación por el Derecho Español.*
URIA: (100) *Derecho mercantil,* núm. 757.
VICENT CHULÍA: (104) *Compendio critico de Derecho mercantil,* tomo II, págs. 250 a 256.

CAPÍTULO X

GENERALIDADES SOBRE LOS CONTRATOS DE INTERMEDIACIÓN COMERCIAL

SUMARIO: 1.—La intermediación comercial. 2.—Características comunes. 3.—Principales diferencias. 4.—Cuadro resumen.

1. LA INTERMEDIACIÓN COMERCIAL

En el Derecho mercantil como "categoría histórica",* la *intermediación* es una actividad común y de gran importancia. Originalmente esta rama del Derecho privado nació para regular el comercio, que es sinónimo de intermediación. "El comercio es el conjunto de actividades que efectúan la circulación de los bienes entre productores y consumidores".*

> El progreso de la civilización y la amplitud incesante del mercado han ido dificultando crecientemente el cambio directo entre productor y consumidor... Posibilitar y facilitar el cambio, representa aumentar el valor de los productos... Esta función, este empleo de la actividad humana encaminada a procurar o facilitar el cambio es una de las ramas de la producción económica que constituye precisamente la industria comercial o *comercio.**

El término de intermediación aparece en algunas disposiciones de leyes de naturaleza mercantil. Por ejemplo, el C. de c. señala que son actos de comercio "las operaciones de mediación en negocios mercantiles" (art 75 frac. XIII), referida al contrato de corretaje.[4] La LMV se refiere a la intermediación en el mercado de valores como una actividad que regula dicha ley (arts. 2 fracc. XV y 9). Leyes más modernas utilizan los términos de *camerciaUzaáón y distribución* para referirse a actividades específicas de la intermediación (por ejemplo el art. 9° de la LCE) y a quienes realizan esta actividad los llama distribuidores (art 95 de la LPC).

' *Cfr.* Broicta (29). pág 455.
[1] Garrí gur* (55). lomo I, pág. 9.
* Rocco (88). pág». 59 y 40.
* *Cfr.* Tena (98), tomo I, pág». 114 y 115.

La intermediación comercial es un vocablo muy amplio que abarca una diversidad de operaciones que realizan comerciantes profesionales. La gran mayoría de estas formas de intermediación tienen su origen en contratos mercantiles que celebran productores e intermediarios.

> En la economía de hoy la mayoría de los productores no venden sus artículos directamente a los usuarios finales. Entre unos y otros se alza una legión de intermediarios de mercadotecnia que desempeñan gran variedad de funciones y ostentan gran variedad de nombres: corredores, representantes, mayoristas, distribuidores, cooperativistas, comerciantes al detalle, etcétera.[4 *]

Ix)s contratos de *comisión, mediación o corretaje, agencia, distribución o concesión mercantil* y, recientemente el de *franquicia,* poseen determinadas características comunes a todos ellos; como tienen, también, diferencias entre sí.

> Conviene anticipar de estos contratos un análisis de lo que es común a lodos ellos y, por otro, sobre lo distintivo.

2. CARACTERÍSTICAS COMUNES

a) Desde el punto de vista del concepto de la tipicidad social, estos contratos son *típicamente mercantiles* (solo el contrato de comisión resulta legislativamente típico al estar regulado por el C. de c.) La mercantilidad de estos contratos está reconocida en el catálogo de los actos de comercio del artículo 75 de nuestra legislación comercial. La fracción X establece que son actos de comercio "las empresas de comisiones, de oñeinas de negocios comerciales y establecimientos de ventas en pública almoneda"; la fracción XII habla de "operaciones de comisión mercantil"; y la siguiente agrega: "las operaciones de mediación en negocios mercantiles". En resumen, estos contratos, salvo excepciones, no se entienden fuera del ámbito del comercio.

b) El objetivo de estos contratos, en mayor o menor grado, es la gestión de intereses ajenos,[6] aunque esta característica se presenta de modo distinto en cada contrato. En este sentido, estas figuras contractuales tienen relación con el *mandato,* pues el comisionista, el corredor, el agente, el distribuidor o franquiciatario actúan,

[4] Kotler (66). pág. 449.
• *Cfr.* Brovu (29). pig. 453.

directa o indirectamente, por cuenta de otro. Esto significa que, mediatamente, los actos de estos "mandatarios" tendrán algún efecto en el patrimonio de su "mandante".

c) Consecuencia de lo anterior es que resulten *normas supletorias* de estos contratos, en su mayoría adpicos, las de la comisión, en primer término como mandato especial, comercial y, después, las del mandato regulado por el Ce.

d) Otra característica es la *profesionalidad* del comisionista, del corredor, del agente, del distribuidor o el franquiciatario. Todos ellos son "comerciantes o empresarios mercantiles dedicados habitualmente a gestionar intereses ajenos".[7] Mantilla los califica (salvo al distribuidor, que no trata) de "auxiliares independientes o auxiliares del comercio".

> Son auxiliares porque ejercen una actividad con el propósito de realizar negocios comerciales ajenos o facilitar su conclusión, y son del comercio en tanto no están supeditados a ningún comerciante determinado y despliegan su actividad a favor de cualquiera que la solicite •

e) Por su naturaleza, los contratos mencionados celebrados por profesionales y comerciantes, son *onerosos.* De esto deriva el que el comisionista, el mediador, el agente el distribuidor o el franquiciatario busquen un beneficio o lucro en la celebración de estos contratos. Son onerosos por naturaleza, pues la ley, a falta de pacto, establece una norma supletoria en la comisión y el mandato, que suponen la existencia de remuneración según los usos del lugar (arts. 304 del C. de c. y 2549 del Ce.). Este principio es aplicable, como regla general, a estos contratos, salvo a la distribución.

J) Generalmente estos contratos contienen una *obligación de resultado* específico o mínimo al que se condiciona el pago de la retribución.® Se distinguen así de los contratos que producen obligaciones de actividad o medio cuyos resultados dependen de factores externos a la actividad del obligado.

g) Los contratos son *intuitu personan* pues se celebran en atención a las características personales y concretas del auxiliar de comercio. Esta nota implica que sean, en principio, revocables por el "mandante"; y también que generalmente terminen por la muerte del "mandatario". Esto no se aplica de forma absoluta a todas las figuras que se comentan, pues este hecho depende del vínculo que cada contrato produce entre las partes.

[7] Broseta (29). pág. 454.
• *Cfr.* Mantilla (72). núm. 197.
• *Cfr.* Vmcem Chulla (104). tomo II. pág 266.

h) Como contratos de *tracto sucesivo* y de *duración* (agencia y distribución, sobre todo), todos ellos admiten la celebración de uno o varios *subcontratos.*[w] Y, como son *intuitu ftcrsonae,* la subcontratación exige la autorización del primer contratante. I^a legislación mexicana reconoce este principio para los contratos ü'picos de comisión y mandato (arts. 280 del C. de c. y 2576 del C.c., respectivamente), normas que son aplicables, supletoriamente, al resto de los atípicos análogos.

i) Por último, en la *legislación fiscal* mexicana, para ciertos efectos, se iguala al comisionista, al mediador, al agente y al distribuidor. Por ejemplo, la LIVA considera como prestación de servicios independientes: "el mandato, la comisión, la mediación, la agencia, la representación, la correduría, la consignación y la distribución" (art. 14 frac. IV) y la LISR señala que "se consideran ingresos por mediaciones los pagos por comisiones, corretajes, agencia, distribución, consignación o estimatorio y en general, los ingresos por la gestión de intereses ajenos." (Art. 204).

> El contrato de distribución es traslativo de dominio, no de gestión, de modo que las disposiciones fiscales aplicables son las de la enajenación de mercancías y no las de prestación de servicios.

3. PRINCIPALES DIFERENCIAS

a) Por la *actixñdad encomendada*," estos contratos se distinguen en que el corredor o mediador actúa por cuenta de una o de ambas partes, pero no interviene en el negocio como el comisionista. El agente promueve negocios de su principal ("mandante") o le aproxima clientes, pero su actividad, en cierto modo, no es *totalmente* por cuenta del mandante. El distribuidor o concesionario no realiza su actividad, directamente, por cuenta del concedente, sino por cuenta propia, aunque cumple con todas las limitantes contractuales que le impone el concedente.

b) Por la naturaleza de los actos *ejecutados*, estas figuras negocíales presentan las siguientes diferencias: la comisión implica la realización de actos jurídicos concretos calificados como mercantiles; la mediación se refiere a actos materiales y algunas veces a jurídicos, también específicos y concretos; la agencia comprende actos jurídicos y materiales, cuyo contenido no está determinado de forma específica entre principal y agente, pues éste en la promoción de negocios realiza muchas actividades, no sólo actos [*]

* *Cfr.* López VBat (70). pigv 144. 159. 167. 174 y 183.
»» *Cfr.* Brovti (29). pág. 453.

concretos; en la distribución, todos los actos del distribuidor se realizan bajo condiciones o limitaciones generales que impone el concedente; el distribuidor puede celebrar todos los actos jurídicos posibles, pero en los términos o límites fijados por el contrato.

c) La *representación* en estos contratos tiene sus variantes. El comisionista puede obrar a nombre propio o en representación del comitente; el corredor no llega a estipular contrato, sino solo aproxima a las partes y no actúa como representante; el agente promociona y celebra contratos, en algunos casos a nombre del comitente.[1]* El distribuidor obra por su cuenta y en su nombre.

d) Por las *instrucciones recibidas,* estos contratos son distintos en lo siguiente. El comisionista y el mediador reciben instrucciones precisas y determinadas con relación a los actos concretos que deben ejecutar. El agente tiene relativamente mayor independencia, pues recibe instrucciones generales y, muchas veces, puede no recibirlas no las recibe. El distribuidor no tiene instrucciones concretas para los actos que realiza, pero éstos tiene que circunscribirse al marco de limitaciones contractuales que le impone el concedente.

e) Respecto a la *permanencia de la relación* contractual,[15] en los contratos de comisión y corretaje el encargo es concreto, aislado; una vez que el acto se ejecuta, el contrato queda sin materia. En los de agencia y distribución se pretende una relación duradera, a largo plazo. El agente debe promover todos los negocios posibles y el distribuidor debe vender las mercancías objeto del contrato de concesión mercantil durante la vigencia del contrato.

f) Relacionada con la anterior distinción "por razón de la *revocabilidad* del contrato del encargo, mientras la comisión y el corretaje son libremente revocables por el mandante (arts. 307 del C. de c. y 2593, fracción I, del C. c.), en la agencia la duración es nota fundamental de modo que no cabe la revocación unilateral salvo que se trate de denuncia del contrato de duración indefinida, que habrá de hacerse de buena fe".[14] También este principio se aplica al contrato de distribución, en donde se establece como en el de agencia, casi siempre contractualmente, las causas "justas" en que procede la terminación del contrato por incumplimiento.

" *Cfr*. Vinccnt Chulla (104), como II. pág. 267.

* *Cfr*. Brótela (29). pág. 453.

M García Luengo. Ramón: (18 b) *El controlo de comisión.* partr de la obra *Contralla mercantiles* pág. 168.

4. CUADRO RESUMEN

	Intereses	*Actos por ejecutar*	*Clase de actos*	*Instrucciones*	*Plazo*	*Revocabilidad*	*Exclusiva*
Comisión	del comitente	actos jurídicos	concretos	específicas	corto plazo	libre	no es frecuente
Corretaje 0 Mediación	de una o las dos partes	actos inateríales y jurídicos	concretos	espccíficas	corto plazo	libre	sujeta a a plazo
Afonda	del empresano y del agente	actos jurídicos y materíales		rales	largo plazo	con justa causa	Iriual (libportante el territorio)
Tüstribución	interés del distribuidor	actos jurídicos y materíales	generales	límites contractuales	largo plazo	por incumplímiento contractual	usual (importante el producto)

BIBLIOGRAFÍA

BROSETA: (29) *Manual de Derecho mercantil,* págs. 453 y 454.
Diccionario jurídico mexicano (44) voz: intermediación.
GARCÍA LUENGO, Ramón: (18 b) *El contrato de comisión,* parte de la obra *Contratos mercantiles* págs. 167 y 168.
MANTILLA: (72) *Derecho mercantil,* núms. 198 a 224.
VINCENT CHULÍA: (104) *Compendio crítico de Derecho mercantil,* tomo II, págs. 264 a 268.

CAPÍTULO XI

EL CONTRATO DE COMISIÓN

SUMARIO: 1.—Antecedentes e importancia. 2.—Concepto. 3.—Características. 4.—Clasificación. 5.—Comisión y mandato mercantil. 6.—Elementos. 7.—Obligaciones precontractuales. 8.—Obligaciones del comisionista. 9.—Obligaciones del comitente 10.—Prohibiciones. 11.—Privilegios del comisionista. 12.—Algunas formas de ser de la comisión. 13.—Terminación.

1. ANTECEDENTES E IMPORTANCIA

Históricamente, la comisión nació de la relación que existía entre un comerciante que encargaba a otro la compra o venta de mercancías, por lo general en una plaza o un país distintos de los del comitente.[1] En sus orígenes, el comisionista era empleado del comitente; es decir, era un comerciante viajero. Con el tiempo, este comerciante se transformó en *comerciante independiente* y adquirió características propias como persona encargada de realizar operaciones mercantiles por cuenta de otro.*

"Tradicionalmente el contrato de comisión sirvió de instrumento eficaz a la colaboración entre comerciantes."[7]** La comisión es el contrato típico mercantil que contiene en forma más o menos minuciosa los principios que rigen las *actividades de gestión.* Además es el medio usual por el que, en materia mercantil, se otorga la representación voluntaria. La comisión "constituye pieza fundamental del régimen legal de las operaciones bancarias, bursátiles y otras".[3]

2. CONCEPTO

En el Derecho mexicano, la comisión es un contrato típico regulado por el C. de c. (arts. 273 a 308).[4] El Código adhiere al nombre del contrato el calificativo, innecesario, de *mercantil.* Este contrato

' *Cfr*. Broscta (29), pág. 439.
* *Cfr*. Garrigues (53), tomo II, págs. 100 y 101.
*"• García Luengo. (18 b), pág. 167.
* Vinccnt Chulla (104). tomo II. pág. 272.
*Toda» las referencia» a artículos que se hagan en este capítulo, si no se indica otra cosa, pertenecen al C de c. mexicano.

está reglamentado por el C. de c. esp., ordenamiento que es el antecedente directo del Código mexicano. I.¿t doctrina y la práctica designan al contrato simplemente como comisión.

> Dice nuestro C. de c. que "el mandato aplicado a actos concretos de comercio se reputa comisión mercan til" (art. 273).
>
> El mandato —género de la comisión— es "aquel (contrato) por el que el mandatario se obliga a ejecutar por cuenta del mandante los actos jurídicos que éste le encarga" (art. 2546 del C.c.).

Entre las definiciones de los autores, se dice que el contrato de comisión "es el mandato en virtud del cual el mandatario (llamado comisionista) se obliga a realizar o a participar en un acto o contrato mercantil jx>r cuenta de otra persona (comitente)".[1] En la definición del C. de c. esp. se agrega el elemento subjetivo de que "sea comerciante o agente mediador del comercio el comitente o el comisionista". Broseta señala que el comisionista debe tener la condición de empresario mercantil.* Este requisito no lo tiene la ley mexicana.

Por motivos de conveniencia práctica el contrato de comisión ha derivado en aplicaciones de compras y ventas de mercancías en las que el comisionista suele actuar *en su f/rofrio nomine,* no en representación del comitente.[7] "Cuando el mandatario trata los negocios en nombre propio, —dice Vivante— recibe el nombre de comisionista, y el negocio el de contrato de comisión."[7] „[b] Esta tendencia se ha recogido en el Código alemán[8] y en el C.c. ital., que regula el contrato de comisión como una "subfigura del mandato sin representación"," restringe su concepto para compraventas que el comisionista celebra por cuenta propia.[10]

En los términos de nuestro C. de c., el contrato de comisión se concibe de forma amplia para cualquier clase de acto de *comercio,* no sólo para compraventas." Además, el comisionista puede actuar en su propio nombre o en representación del comitente, pero siempre por cuenta de este último.[12] La comisión, como está regulada,

[1] Sánchez Calero (93), pág. 457.

• *Cfr.* Broscta (29), pág. 440.

[1] *Cfr.* C.«irrigues (53), tomo II, pág. 101. En las *Ordenanzas de Rdban* se disponía que el comisionista debía actuar en nombre propio *(Cfr.* Diccionario Jurídico mexicano (44). voz; comisión mercantil).

[1%/m] Vivante (104 a), pág. 464.

‘ *Cfr.* Vicent Chulía (104), tomo II. pág. 271.

* Messineo (76). tomo V, pág. 55.

'* El art. 1731 del C.c. ital. dice: "El contrato de comisión es un mandato que tiene por objeto la adquisición o la venta de bienes por cuenta del comitente y en nombre del comisionista."

" *Cfr.* Diccionario jurídico mexicano (44), voz: comisión mercantil.

'* El art. 94 del G de c. fran. establece que "el comisionista es aquel que obra en su propio nombre o bajo un nombre comercial *parturnia de* un *amátente.*

es "polivalente y versátil, capaz de articular contractual mente la gestión de una multiplicidad de actos cuyo denominador común sea su pertenencia al tráfico mercantil."[15 b,‘]

3. CARACTERÍSTICAS

a) Se trata de un *mandato particular* en el que se encuentran notas especiales de carácter comercial. La comisión se rige por principios generales similares a los del mandato.

b) El encargo del comisionista debe ser un *acto de comercio.* Este es el elemento objetivo del contrato.[1]* Para determinar cuales son los actos de comercio, se debe revisar el catálogo del articulo 75 del C. de c.

c) El encargo consiste en la ejecución de *actos jurídicos* (generalmente contratos). Puede comprender actos materiales, pero con el carácter de subordinados o accesorios del acto jurídico.

d) En la mayoría de los casos, el comisionista es un *profesional* "Es un auxiliar del comercio en cuanto facilita la realización de los actos de comercio que se le encomiendan, y un auxiliar independiente, puesto que presta sus servicios a los comerciantes en general."[14]

e) El contrato de comisión, en principio, establece una relación *esporádica, temporal;* según dice nuestro Código en la definición: "se aplica a actos concretos de comercio"; ejecutado el acto o la serie de actos encomendados, el contrato se extingue. "Entre los muchos códigos extranjeros que tenemos a la vista —afirma Tena— no hay ninguno que sancione ese carácter de individualidad o espc-cialidad, que el nuestro reclama como distintivo de los actos del comisionista."

f) El contrato de comisión puede *ser representativo o no representativo,* es decir, el comisionista puede obrar en nombre del comitente o en el propio (art. 283).

4. CLASIFICACIÓN

a) Es *mercantil* pues su objeto son los actos de comercio, como contrato típico del derecho mercantil y por la calidad de comerciantes que usualmente acompaña a una o a las dos partes. Hay una referencia expresa a la comisión en la fracción XII del artículo 75 del C. de c. que la califica de acto de comercio.

b) Es un *contrato formal* o con forma impuesta porque la ley exige que se celebre por escrito o, si es pactado verbalmente, que se "ratifique" por escrito antes de que el negocio concluya (art. 274).

'*"* García Luengo. (18 b). pág. 165.

'* *Cfr* Garrigues (53), tomo II, pág 101 y Broseta (29). pág. 414.

" Mantilla (72), núm. 198.

[11] Tena (98), tomo 1, pág. 237. En el C. de c. esp. se señala "un acto u operación de comercio". El C.c. i tal. no hace referencia alguna a acto* singulares.

c) Es *bilateral* pues produce obligaciones para las dos partes, aunque estas obligaciones no son necesariamente recíprocas, para el caso de que la comisión se pacte expresamente sin remuneración para el comisionista.

d) Por su naturaleza es un *contrato oneroso,* aunque puede ser gratuito si las partes así lo deciden y lo acuerdan expresamente.

e) En la mayoría de los casos es *conmutativo.*

J) Por su objeto, es un contrato de *gestión o de trabajo:* realizar actos de comercio por cuenta ajena. "Es un típico contrato de colaboración." [14]

g) Como acto jurídico previo para la realización futura de otros actos jurídicos, es un contrato *preparatorio.*

h) Es un contrato *principal,* pues cumple con un fin contractual propio, tiene existencia autónoma y para existir no requiere de otra relación jurídica o contrato.

i) Es *intuitu personae,* ya que el comisionista se elige por sus cualidades personales y profesionales, debe desempeñar el encargo por sí mismo y el contrato termina por su muerte o inhabilitación.

j) Es un contrato *típico*; su contenido está reglamentado por una ley mercantil.

5. COMISIÓN Y MANDATO MERCANTIL

En la regulación del contrato de *mandato* del C.c. se distingue entre: mandato representativo y no representativo (arts. 2560 y 2561).

> Tanto el Código Civil como el Código de Comercio distinguen implícita pero muy claramente la representación del mandato, al permitir que el mandatario o el comisionista obren a nombre propio, lo que significa que nuestros legisladores, siguiendo al derecho alemán e italiano, separan ambas figuras, permitiendo que haya mandato sin representación y representación sin mandato (verbigracia gestión de negocios, poder).[17]

La *comisión puerde ser representativa o no representativa* (arts. 283 a 285). Nuestra ley, como la española, previene la existencia de dos formas de actuación del comisionista frente a los terceros con quienes contrata. Puede desempeñar la comisión tratando *en su propio nombre o en el de su comitente.*

a) *Comisión representativa.* Cuando el comisionista obra por cuenta y a nombre del comitente estamos frente a la comisión con *representación*, en la que el comisionista no contrae obligaciones propias

" Uría (100), núm. 737.
[17] Barrera Graf (14). pág. 16.

que afecten a su patrimonio (art. 285). Los efectos de todos los actos celebrados por el comisionista con los terceros recaen directamente sobre la esfera jurídica del comitente y representado, en virtud de la figura de la *representación* que acompaña a la comisión.

Rodríguez llama a esta comisión con representación *mandato mercantil* y la distingue de la comisión propiamente dicha, en la que el comisionista obra por cuenta del comitente y a nombre propio (art. 284). Para este autor, "hay *mandato mercantil,* representativo, que tiene por objeto realizar actos de comercio, pero que se rige íntegramente por las disposiciones del derecho común".[18] Otro criterio señala que "la distinción entre comisión y mandato mercantil la debemos encontrar en ser el comisionista una persona que *profesionalmente* presta sus servicios como tal".[19]

Respecto al primer criterio distintivo, considero que no hay realmente *mandato mercantil* (aunque el art. 285 utilice la palabra *mandar tario mercantil),* sino comisión representativa y comisión no representativa pero, en los dos casos, comisión. Pues "el obrar del comisionista en nombre propio se muestra, pues, en la historia de la comisión no como un requisito de su concepto, sino como una resultante práctica de la experiencia".*[0] "En el derecho francés y en el italiano, la comisión es siempre y por ley un negocio no representativo, lo que lo distingue del mandato civil que puede ser representativo o no representativo, según lo dispongan las panes; entre nosotros, ambas figuras pueden constituir negocios representativos y no representativos." *'

El artículo 285 del C. de c. que se refiere a la comisión representativa —que no tiene antecedente en el C. de c. esp. modelo de otras disposiciones— es un precepto que indica que la comisión representativa se regula por el *Derecho común*, esto es, por las reglas del mandato. La representación en el Derecho mexicano es una materia que se regula por los Códigos civiles y por eso este precepto remite a dichas disposiciones.

Cuando el comisionista contrate en nombre del comitente (art. 285) debe manifestar al tercero que actúa como representante y mencionar el nombre de su representado. Esto se conoce como la *contemplatio dominii.*

'• Rodríguez (79), tomo II, págs. 54 y 55.
** Abascal en *Diccionario jurídico mexicano* (44), voz: comisión mercantil.
[K] Garrígues (55), tomo II, pág. 101.
*' Barrera Graf (14), pág. 111.

> Es esencial a la representación, que quien actúe por cuenta ajena se presente a la otra paite o al destinatario como dictando reglas para unos intereses que no son suyos, sino de otra persona determinada; que se presente en investidura de representante. o sea, obre en nombre de aquella otra persona."

I.as principales diferencias que encuentro entre el *mandato civil y la comisión* son:

i) La formalidad del mandato (escritura pública, art. 2555 del C. c.) frente a la menor formalidad de la comisión (art. 274 del C de c.).

ti) La muerte del comitente no es causa de terminación del contrato (art 308), y sí lo es la muerte del mandante (art. 2595-III del Ce.).

m) La renuncia del comisionista no es causa de terminación y sí lo es la del mandatario (art. 2595-11 del C. c.).

La comisión que puede ser representativa y no representativa, se distingue de la posición de los *factores y dependientes* que siempre actúan por cuenta y *en nombre* del principal (arL 309). Pero, la representación que ostentan los factores y dependientes no se rige por el artículo 285 comentado, pues estos auxiliares del comerciante tienen su propia reglamentación legal que los hace representantes del principal.

b) *Comisión no representativa.* Cuando el comisionista obra en su propio nombre, estamos en presencia de lo que la Suprema Corte de Justicia llama *refnesentación indirecta* (*Cfr.*: la tesis judicial: *Representación indirecta) y* que Betti prefiere denominar *interposición gestoría.*

A esta clase de comisión se refiere el artículo 284 al señalar que:

> "Cuando el comisionista contrate expresamente en nombre propio, tendrá acción y obligación directamente con las personas con quienes contrate, sin tener que declarar cual sea la persona del comitente..."
>
> Quedan separadas así unas "relaciones internas" entre el comitente y el comisionista, derivadas del contrato de comisión, de otras "relaciones externas" entre comisionista y tercero, que nacen del negocio de realización de la comisión."**

Los efectos de los actos jurídicos que el comisionista gestiona en su propio nombre pero por cuenta del comitente, recaen en su esfera patrimonial y mediante un acto posterior debe trasmitir dichas relaciones hacia el comitente. En esta segunda relación no interviene el tercero con quien contrató el comisionista. No com-

" Betti (21). pág. 452.

"**• García Luengo, (18 b), págs. 168 y 169.

parto la opinión de Barrera Graf en el sentido de que los efectos de esta gestión no representativa no requieran un acto posterior del comisionista hacia el comitente. Dice este autor

> En efecto, en nuestro Derecho no se requiere un acto posterior de trasmisión del representante al representado, en los casos en que aquel adquiera a cuenta del represe nudo pero a nombre propio bienes o derechos de terceros."

"En la figura de la *interposición gestoría* —ocurra con o sin mandato del interesado—, quien gestiona el negocio ajeno adquiere exclusivamente para sí, y solo por sí se obliga, sin que la pertenencia a otro de dicho negocio deba ser visible a la otra parte".*[4]

> Dice nuestra ley civil, aplicable al contrato de comisión, que 'cuando el mandaurio obra en su propio nombre, el mandante no tiene acción contra las personas con quienes el mandatario ha contraudo. ni éstas tampoco contra el mandatario" (arts. 2561 del Ce. en relación con el 284 del C. de c.). Por esu razón, "puede ciarse que la nueva situación jurídica se produzca solo en persona de la parte del negocio, la cual deberá luego proceder, mediante otro negocio, a transferir los efectos del primero a la esfera patrimonial del interesado.*®

6. ELEMENTOS

Personales

A las partes que intervienen en el contrato la ley las denomina *comitente y comisionista.* Cuando la comisión es representativa, el C. de c. le llama al comisionista "mandatario mercantil" (art. 285).

Sobre la capacidad de las partes:

a) El *comitente* debe tener capacidad general para contratar conforme a las reglas del C. de c. y al derecho común. Si es representante, sus facultades deben autorizarlo a contratar con el comisionista por cuenta de su representado, en relación al asunto o encargo materia de la comisión. En algunos casos el comitente tendrá el carácter de comerciante, pero esto no es requisito subjetivo del contrato.

b) El *comisionista* debe tener la capacidad general de contratación y, excepcionalmente, la específica para ejecutar el acto mercantil encomendado, si actúa en su propio nombre. El carácter de comerciante puede derivar de que es un profesional dedicado a actuar como comisionista o ser una sociedad mercantil. **

** Barrera Graf (14), pág. 35.
" Beui (21). pág. 426.

Cuando entre comitente y comisionista hay una relación de subordinación, esta se rige por el Derecho laboral y no por el C. de c.*[1] Una tesis de un Tribunal Colegiado ha señalado los elementos que deben acreditarse para determinar la existencia del contrato de comisión *(Cfr.* la tesis judicial: *Comisión mercantil. Elementos que deben acreditarse para demostrar la existencia del contrato respectivo).*

Reales

a) *El acto de comercio.* El artículo 273 que define al contrato señala que es "el mandato aplicado a actos concretos de comercio". En el C. de c. esp. el precepto que sirvió de modelo a esta definición establece que: "se reputará comisión mercantil el mandato, cuando tenga por objeto *un acto u operación* de comercio..." (art. 244). En las dos disposiciones se advierte la intención de limitar el contenido de la comisión a uno o varios actos concretos, lo que significa que la comisión no debe ser general, ni el comisionista actuar en forma permanente.

¿Qué actos abarca la comisión y que debe entenderse por acto concreto? "El contenido de la comisión es *cualquier acto de comercio.* No es necesario que sea uno solo ni uno concreto; pueden ser varios actos o actos generales".[r] El C. de c. esp., antecedente de nuestro texto, menciona que el objeto es un acto o una operación de comercio, en el sentido de que la relación no debe ser permanente.

> La doctrina mexicana acepta que el vocablo *concretos* se interprete de modo amplio. Por ejemplo, Tena expresa que: "el contrato de comisión bien puede ser general, de acuerdo con lo que se observa a diario en la práctica de los negocios".**
> A mi juicio —dice Díaz Bravo— con la expresión de que se trata, el legislador sólo quiso proscribir la existencia de un poder general para actos de comercio, que únicamente es admisible respecto del factor (art. 309); en este orden de ideas era necesario distinguir dicho comisionista: *a)* del (actor, por la diversa amplitud de sus facultades; *b)* del dependiente, por la habitualidad en el desempeño/'

b) *La remuneración.* la *contraprestación* que recibe el comisionista, remuneración (art. 304) o retribución, recibe también los nombres de comisión, honorarios, cuota, compensación, premio de la comi-

[M] Un estudio más amplio de este tema puede verse en el capítulo XII inciso 3 de esta obra, referido al contrato de agencia.

[n] Rodríguez (89). tomo II, pág. 35. *Cfr.* en el mismo sentido Barrera Graf (14), pág. 111 y Uría (100), núm. 587.

" Tena (98), tomo I, pág. 236.

** Díaz Bravo (42), págs. 363 y 564.

sión y contraprestación. En el lenguaje mercantil se le llama simplemente "comisión".[30] Hay que diferenciar al premio de la comisión de los *gastos y desembolsos* (art. 305), así como de los *fondos* (arts. 281, 282, 293) que son cantidades que se destinan a la ejecución del encargo y cuyo uso resulta en beneficio directo del comitente.

El comisionista tiene derecho a ser remunerado, aunque no se pacte. Las bases para determinar la prestación del comisionista son muy variadas: *porcentaje* sobre la mercancía vendida o comprada, o sobre el monto de los contratos celebrados; una cantidad fija; porcentaje y cantidad fija, conjuntamente; la diferencia entre los precios de compra y de venta de la mercancía; parte del beneficio que el comitente obtendrá del negocio (por ejemplo, porcentaje de la utilidad después de descontar costos y gastos).

El pago de la comisión puede pactarse en dinero, en especie o en ambos. El monto o las bases para determinarla, cuando no se pactan (art 304), deben establecerse de acuerdo con los usos de la plaza del comisionista. Considero que esto debe interpretarse de forma diferente para cada caso concreto; pues debe tenerse en cuenta el uso de la plaza para el tipo de negocio ejecutado. Una compraventa de inmuebles es distinta de una de maquinaría o de una de grano. El uso del lugar no debe considerarse sólo respecto al monto de la comisión, sino también a las otras circunstancias, como forma de pago, plazos o momentos de pago, reembolso de gastos, anticipos y otros detalles.

Formales

El C. de c. señala que el contrato de comisión puede perfeccionarse por el mero consentimiento de las partes, pero que está sujeto a una *ratificación* escrita antes de que el negocio concluya.[31]

> La ratificación es. como la confirmación, un negocio de segundo grado, destinado a constituir un elemento de aquel de primer grado a que se refiere: negocio unilateral cuyo contenido no es ya el otorgamiento *a posteriori* del poder de representación, sino la asunción por parte del interesado de las consecuencias jurídicas." [38]

[38] *Cfr.* Carrigues (53), tomo II, pág. 107.

[31] Por *conclusión* debe entenderse la ejecución o cumplimiento del encargo. El art. 276 utiliza la palabra conclusión, en los arts. 281 y 288 se encuentra el término cumplimiento y el vocablo ejecución aparece en los arts. 281, 288, 290 y 297. Para efectos de la formalidad estos términos pueden considerarse sinónimos.

** Bctti (21), pág. 450."I.a ratificación es un acto o un comportamiento de la persona en cuyo nombre o por cuya cuenta ha actuado el representante, que entraña una aprobación de la gestión de éste y. por consiguiente, una asunción de sus consecuencias" (Diez Picazo (46), pág. 235).

La Suprema Corte de Justicia ha establecido en jurisprudencia que: "por ratificación debe entenderse la confirmación, aprobación de lo que hemos dicho o hecho, o de lo que otra persona ha hecho en nuestro nombre" y tiene efectos retroactivos (*Cfr*: las tesis judiciales: *Ratificación).*

En el contrato de comisión se autoriza al comisionista a expresar su voluntad *tácitamente.* Esto se entiende así cuando el comisionista realiza gestiones en el desempeño de su cargo (art. 276).

El contrato de comisión puede inscribirse en el *Registro Público de Comercio,* en la segunda parte del folio mercantil (art. 32-VI del Reglamento de Registro).

7. OBLIGACIONES PRF.CONTRACTUALES

Existen ciertas obligaciones o responsabilidades precontractuales que pueden nacer antes de la celebración del contrato de comisión, o aun cuando éste no se celebre. Estas responsabilidades tienen como fuente a la ley.

Por regla general, estas responsabilidades corresponden al comisionista profesional y, ocasionalmente, pueden ser del comitente.

a) *Rechazar el encargo.* La primera obligación del comisionista, cuando no quiera el encargo, es *rechazarlo* en forma expresa. Así lo dispone el artículo 275: "es libre el comisionista para aceptar o no el encargo que se le hace por el comitente; pero en caso de rehusarlo, lo avisará así inmediatamente". Si el comisionista no cumple con este deber legal "se hará responsable al comitente de todos los daños que por ello le sobrevengan" (art. 278).

> La vida comercial —expresa Bcrgamo— gira en tomo de la presunción de que el comerciante efectúa una oferta permanente e ininteirumpida de las mercaderías y de las prestaciones que integran el objeto de su comercio. Y cuando un tercero, conociendo esta oferta continuada, confiere al comerciante un mandato relacionado con su tráfico propio, la coincidencia entre la oferta y la aceptación determina la perfección del negocio jurídico."

b) *Conservación de los efectos.* El comisionista, aun cuando rehúse la comisión, debe practicar las diligencias indispensables para la conservación de los efectos que el comitente le haya enviado, hasta que éste provea de un nuevo encargado (art. 277).

" Bcrgamo (20), pág. 156. Estas obligaciones se encuentran, para ciertos casos, en el contrato de mandato. El art. 2547 del Ce. señala que cuando el mandato "implica el tjerdcio de una profesión se presume aceptado cuando se confiere 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". Estoy de acuerdo con Zamora Valencia (105) en el sentido de que esta disposición debería incluirse en el contrato de prestación de servicios profesionales (pág. 190).

Estas obligaciones y este rigor se comprenden pensando que el comisionista es un profesional cuya diligente actividad exige la comunicación del rehúse al comitente, el cual puede presumir que si el comisionista calla una vez recibida la comisión, es porque ésta ha sido aceptada.[54] [55]

c) *Proiteer de nueito encargado.* El comitente, en caso de que el co-misionista profesional a quien propuso el encargo rechace la propuesta, tiene la obligación de proveer un nuevo encargado (arts. 277 y 279, fracción II). Si el comitente incumple con esta obligación, el comisionista, para los casos en que el comitente haya enviado efectos, se libera de la obligación de conservar las mercancías y efectos recibidos. La ley concede al comisionista, además, un derecho para vender dichas mercancías.

8. OBLIGACIONES DEL COMISIONISTA

a) *Ejecutar el encargo.* El comisionista está obligado a ejecutar la *comisión* en interés del comitente, pero no necesariamente la de obtener determinados resultados.

"La obligación de acometer la gestión —dice Diez Picazo— es simplemente una obligación de actividad y obligación de medios y no es, por lo menos en línea de principio una obligación de resultado."[51]

En los Principios de UNIDROIT se hace esta distinción: "(1) En la medida en que la obligación de una de las partes implique el deber de alcanzar un resultado específico, dicha parte estará obligada a obtener dicho resultado. (2) En la medida en que la obligación de una de las partes implique el deber de desplegar los medios apropiados en la ejecución de una actividad, dicha parte estará obligada a desplegar ¿des medios, tal como lo haría una persona razonable de la misma condición colocada en las mismas circunstancias' (art. 5.1.4).

Esta obligación y la de rendir cuentas son los deberes principales que para el comisionista derivan del contrato y a éstas pueden referirse el resto de las obligaciones que enseguida se analizan.

Respecto a esta primera obligación, el comisionista debe desempeñar su encargo personalmente, pues la comisión es un contrato *intuitu personae,* que descansa en una relación de confianza entre las partes. El comisionista no puede delegar su encargo sin autorización del comitente, aunque sí puede usar dependientes bajo su responsabilidad (art. 280).

b) *Respetar las instrucciones del comitente.* En la ejecución de lo mandado, el comisionista tiene como obligación el respetar las

[54] Brocería (29). pág. 441.
[55] Diez Picazo (46), pág. 101.

instrucciones dadas por el comitente. No puede actuar contra disposiciones expresas (art. 286). Conforme a la amplitud y precisión de las instrucciones, la comisión puede ser de tres clases:

i) Imperativa, con instrucciones completas, precisas y minuciosas.
tí) Indicativa, en la que se dan instrucciones parciales y se deja el resto al arbitrio del comisionista.
¡tí) Facultativa, en donde se formula el encargo y se dejan al comisionista las circunstancias y condiciones de la ejecución.**

Para determinar en un caso concreto si el comisionista cumplió con este deber, es necesario considerar la clase de comisión confiada conforme a las instrucciones del comitente.

En lo no previsto, el comisionista deberá consultar al comitente, de acuerdo con la naturaleza del negocio. Si no es posible consultarlo, hará lo que le dicte la prudencia y cuidará el negocio como propio (art. 287). Además de seguir las instrucciones, el comisionista debe actuar observando las leyes y los reglamentos que correspondan (art. 291).

c) *Deber de informar*. El comisionista tiene la obligación de *informar al comitente* —oportuna y frecuentemente— de los hechos y circunstancias que interesen al negocio. La obligación debe cumplirse mientras se ejecuta el encargo, es decir, periódicamente (art 290). El detalle y contenido de la información ha de juzgarse para cada caso particular, tomando en cuenta los usos del comercio.[57] Conforme al C. de c. la información comprende las noticias "importantes" que puedan influir en el comitente para cambiar el encargo o revocarlo.[5]* "La falta de comunicación de una noticia importante hace responsable al comisionista de los daños y perjuicios."[59]

d) *Rendir cuentas.* Después de ejecutado el encargo materia de la comisión, el comisionista tiene obligación de *rendir cuentas* (art. 298). Es este un deber distinto al de informar durante la vigencia del contrato o la ejecución de lo mandado. La rendición de cuentas debe ser completa, justificada, veraz y "en relación a los libros del comisionista", señala la ley. Este deber, en lo que se refiere al dinero, al saldo sobrante, debe entenderse aplicable, a la mercancía que no vendida o adquirida por el comisionista quedó en su poder. Cuando la comisión es en nombre del propio comisionista, éste

** *Cfr*. Broseta (29). pág. 442.
** *Cfr*. Bérgamo (20). pág. 165.
* Como referencia, en el art. 260 del G de c. esp. señala que el comisionista debe informar de las circunstancias y "de los contratos que hubiere celebrado".
* Garrigues (55). tomo II. pág. 105.

debe trasladar al comitente los efectos jurídicos y el resultado del mandato ejecutado.

e) *Obligaciones precautorias.* Entre otras obligaciones, el comisionista debe guardar secreto y asegurar los bienes confiados.'*'[1 b]* Como obligaciones "precautorias o previas" del comisionista, pero que lo obligan durante toda la ejecución del contrato, Bérgamo señala las siguientes:

> *i)* La diferenciación entre el patrimonio del mandatario y las sumas o mercaderías recibidas del mandante.
> *ii)* La preservación de los derechos del mandante.
> *tii)* La custodia de los efectos recibidos.
> *iv)* El abono de intereses y de daños por las sumas distraídas.*"

9. OBLIGACIONES DEL COMITENTE

a) *Proveer de fondos.* El comitente está obligado a *proveer de fondos* al comisionista y a *sufragar los gastos* que éste, por su cuenta, realice. El deber de poner a disposición del comisionista las cantidades que requiera para el desempeño de su encargo está previsto en la ley. Para las comisiones cuyo cumplimiento requiere provisión de fondos, el comisionista, en principio, no está obligado a ejecutarlas si el comitente no le entrega la cantidad suficiente; también puede suspenderlas por falta de fondos (art. 281). La regla no se aplica en los casos en que el comisionista se obligó a anticipar los fondos (art. 282), que después deberá reembolsarle el comitente.

El reembolso de gastos que el comitente debe procurar al comisionista, sobre la cuenta justificada de dichos gastos (art. 305), es una obligación distinta al pago de la remuneración, y ésta, complementada por el *derecho de retención,* que asisten al comisionista como garanda para el cobro de esas cantidades (art. 306).

b) *Pagar la remuneración.* La obligación más importante del comitente es *pagar la remuneración* al comisionista, pues se trata de un contrato naturalmente oneroso. Para que la comisión sea gratuita, sin premio para el comisionista, debe acordarse expresamente. Si no se estipulan el monto o la base de la retribución, ésta debe pagarse conforme al uso de la plaza donde se ejecute el encargo.

Un problema de especial interés en esta materia es determinar en qué momento el comisionista se hace acreedor a su comisión.

> *i)* En una primera opinión, referida al contrato de mandato, se afirma que 'dicha retribución, al igual que el reembolso de los gastos y la indemnización de los daños y perjuicios, debe pagarse, aunque no haya tenido éxito el mandante en el negocio, dado que el mandatario no es socio de aquél en el éxito o fracaso de dicho

Cfr. García Luengo. (18 b). pág. 173.
Cfr Bérgamo (20). págs 162 a 164.

negocio, y por oirá pane, la obligación asumida por el mandatario de ejecutar el mandato es una obligación de medio o de actividad y no una obligación de resultado/[1]

Excepcionalmente, me parece que es válido pactar el pago de la retribución al mandatario o comisionista sobre la base de resultados concretos y el desempeño del mandatario en la ejecución de sus obligaciones.

ü) Bérgamo señala para la comisión que los usos de la plaza pueden tolerar una forma de negociación en la que el cobro del premio dependa del éxito de la gestión.*'

m) Una expresa que "en principio, la obligación de pagar el premio sólo es exigible una vez cumplida la comisión'.*[1]

w) Garrigues afirma que 'aunque el Código no lo diga, es claro que la remuneración del comisionista dependerá de la tjecución de la comisión. Esta se entenderá cumplida no sólo por la qeeución del contrato o de los contratos previstos, sino por su consumación efectiva, que ha de ser aprolxida por el comisionista'.*

v) Pero tampoco está claro —expresa Broseta— cuál es este resultado. Callen dos soluciones: que el resultado se obtenga cuando el comisionista estipula el negocio que se le ha encomendado... o que el resultado del que depende la rxigibilidad de la comisión sólo se produce cuando, estipulado el negocio de la ejecución, éste es efectivamente cumplido o consumado en favor y beneficio del comitente, poique es en este momento cuando el comitente obtiene el resultado económico perseguido. I.a jurisprudencia del Tribunal Supremo se inclina por esta última solución, que es quizá la mejor fundada, menos en los casos en los que el defecto de consumación sea imputable al propio comitente.**

Para determinar en un caso concreto si el comisionista tiene o no derecho a la retribución, hay que analizar si del contrato se desprende que el comisionista "debía alcanzar un resultado específico" *(obligación de resultado*); o si solamente tenía "el deber de desplegar los medios apropiados en la ejecución de una actividad *(obligación de medios).**

Ix>s elementos para determinar si el comisionista puede exigir su premio deben buscarse —ante todo— en la forma en que se pactó el encargo, en la naturaleza y circunstancias del mismo y en las gestiones concretas efectivamente realizadas por el comisionista, sobre todo en aquellos casos en que no se llegó al resultado pretendido por el comitente. Entre otras circunstancias deben analizarse las siguientes: las instrucciones recibidas o que debieron recibirse; la intervención del comitente en actos que afectaron las gestiones del comisionista; la imposibilidad de cumplimiento del encargo por hechos ajenos al contrato o a las condiciones existentes sobre las que se contrató; el beneficio que reporta al comitente la actuación del comisionista, por ejemplo, por ejecución de algunos de los actos encomendados.

*' Sánchez Medal (96). núm. 151.
• *Cfr*. Bérgamo (17). pág. 170.
• Una, (100), núm. 746
[44] Garrigues (53), tomo II. pág. 108.
* Broseta (29), pág. 444.
* Esta terminología es de los Principios de UNIDROIT (art 5.1.4).

A este respecto, Tena sostiene que "hay que distinguir si el mandato era o no susceptible de ejecución parcial. En el primer supuesto, tendrá aquél derecho a una retribución proporcional; en el segundo, no deberá ninguna".[47]

c) *Asumir obligaciones.* Cuando el comisionista actúa en nombre propio (art. 284), el comitente está obligado a *asumir las obligaciones* que contrajo el comisionista y liberarlo de las responsabilidades contraídas en ejecución del contrato. "El comisionista, que trata el negocio en nombre propio, adquiere todos los derechos y obligaciones que de él nacen."[47]* El comitente puede no ratificar y dejar a cargo del comisionista las obligaciones derivadas de operaciones en que éste actuó con violación o exceso del encargo (art. 289). La asunción de deudas por parte del comitente supone la ejecución de todos los actos que ello requiere, tales como endosos, cesión de créditos y deudas, notificaciones. Los posibles gastos que esto origine serán por cuenta del comitente.

10. Prohibiciones

Nuestro Código complementa las normas de actuación del comisionista con algunas *prohibiciones.* Estos preceptos se inspiran en la legislación española que también los contiene. En este sentido, el C.c. i tal. ha liberado al contrato de comisión de cierta rigidez que le imponen las normas prohibitivas y ha aminorado sus efectos al permitir al comisionista actuar con una mayor libertad. Hay que partir de la idea de que el comisionista obra siempre en interés del comitente y respecto a una relación que descansa en la confianza. Por esta razón, opino que nuestra ley debería ser menos estricta, o la interpretación de las normas prohibitivas debe ser más flexible.

a) *Actuación personal del comisionista.* La primera prohibición es *delegar los encargos.* El comisionista debe desempeñar por sí mismo los encargos que recibe y no puede delegarlos sin estar autorizado para ello (art. 280). Se permite al comisionista usar dependientes bajo su responsabilidad. Garrigues señala que esta disposición es anacrónica, pues aun mediando autorización del comitente, el comisionista responderá siempre de las gestiones del sustituto, si éste fue elegido por el mismo comisionista.[4]*

En realidad el precepto hoy debe interpretarse en el sentido de que el empresario comisionista no ceda a otro el contrato de comisión, o confiera su ejecución a un

[41] Tena (98), tomo I, pág. 271.
«'-Vivante (104a), pág. 468
* *Cfr.* Garrigues (55), tomo II. pág. 106.

extraño, de modo que no se impida la actuación "personal" del comisionista a través de sus órganos (si es una sociedad) o de sus empleados.[4']

b) *No puede alterar las marcas.* Otra prohibición del comisionista es *alterar las marcas* de los efectos vendidos o comprados por cuenta ajena, o de los efectos de una misma especie de distintos dueños, sin distinguirlos con una contramarca que evite confusión (art 300). El incumplimiento de esta prohibición es causa de revocación de la comisión y acarrea para el comisionista responsabilidad por daños y perjuicios. La prohibición tiene importancia actual por su posible aplicación, por analogía, a otros contratos afines como los de agencia, distribución y franquicia.

c) *No puede dar crédito.* El comisionista no puede, sin permiso del comitente, *prestar ni xtender al fiado o a plazos* (arts. 301 y 302). Si el comisionista actúa contra la prohibición, o si vende a plazos sin estar autorizado por el comitente, pero sin informar a los compradores, el comitente puede exigirle el pago de contado.

Las disposiciones están copiadas literalmente del C de c. csp. (arts. 270 y 271). El C.c. ital. con un criterio más actual, establece el principio general de que el comisionista se presume facultado para conceder plazos y hacer operaciones al fiado, conforme a los usos del lugar.

d) *Prohibición de autoentrada.* La *auiocontratación* debe su origen a la práctica mercantil y "aparece en todos aquellos casos en que una persona tiene un poder dispositivo sobre dos patrimonios independientes".[54'] En principio se admite y cxcepcionalmcnte se prohíbe cuando puede haber conflicto de intereses o peligro de abuso. "Es de rigor que el comisionista no puede vender sus propias cosas al comitente que le encargó comprar; ni comprar el mismo las cosas que le encargó vender, porque es de temer que pueda abusar en el precio."[50] **

El artículo 299 del C. de c. contiene la prohibición de *autoentrada,* dice este precepto:

"ningún comisionista comprará ni para sí ni para otro lo que se le haya mandado vender, ni venderá lo que se le haya mandado comprar, sin consentimiento expreso del comitente".[5'] Esta prohibición tiene su norma correlativa en la compraventa regulada por el C.c. (arts. 2280-11 y 2282)."

" Vicent Chulla (104), tomo II. pág. 276.
* Diez Picazo (46), pág. 205.
",4• Vivante (104 a), pág». 466 y 467.
" Esta prohibición la contiene el art. 267 del C de c. e*p. y el art. 1595 del Ce. ital.
Jfi El C.c. ¡tal., con una ¡dea más avanzada, incluye esta prohibición dentro del capítulo general de la representación y permite que el representante contrate consigo mismo si está autorizado específicamente o si se ha determinado el contenido del contrato de modo que excluya la posibilidad de un conflicto de intereses.

"Esta prohibición comprende la autoentrada propiamente dicha — es decir, cuando el comisionista compra o vende 'para sí'— como cuando el comisionista tiene dos encargos diversos, esto es, que compre para un comitente lo que otro le haya mandado vender."'"

La existencia de ambas prohibiciones, frecuentemente burladas, aconseja averiguar su justificación. Se prohíbe no porque por razones dogmáticas quiera evitarse la "autocontratación" (el comisionista compraría y a la vez vendería) admitida por la doctrina y la jurisprudencia, sino por el temor de que en el conflicto entre los intereses del comitente y del comisionista, éste se incline por la defensa de los pio-pios en detrimento de los de su cliente que está obligado a defender (en el caso de autoentrada). o por favorecer a un cliente en peijuicio de otro (en el caso de la aplicación).[M]

Sin embargo, la prohibición pierde su sentido cuando se tienen instrucciones concretas de los comitentes sobre: precios, calidades, condiciones, etc., o cuando el objeto de las adquisiciones tiene unos precios y unas condiciones objetivamente fijadas en el mercado en cuyo caso la prohibición debería desaparecer.'*[k]**

Los términos de la disposición se refieren a la *compraventa,* de modo que cabe preguntarse si se aplica restrictivamente a dicha operación o puede aplicarse, por analogía, a otros contratos distintos a la compraventa. Las opiniones se han dividido, pues mientras una parte de la doctrina considera que debe ser objeto de una interpretación amplia, como norma de orden público que protege la buena fe o la lealtad,[55] otra postura sostiene que debe interpretarse restrictivamente. Rodríguez y Barrera Graf consideran que "por analogía esta prohibición se aplicará también a comisiones diferentes de las de compraventa."[56] Existe la misma razón de la ley: conflicto de intereses. Uría sostiene que "tratándose de una regla prohibitiva no debe ampliarse ni extenderse a casos no previstos en ella".[57] Esta última opinión no deja de tener peso en nuestro Derecho, atento al artículo 11 del C.c., que indica que las excepciones deben interpretarse restrictivamente. Me parece más razonable la interpretación estricta de la prohibición.

¿Qué *efecto* tiene el negocio celebrado contra la prohibición de autoentrada? El acto está afectado de nulidad relativa, pues el autocontrato puede ser ratificado por una o las dos partes representadas.

** Sánchez Calero (9S), pág. 459.
[M] Brótela (29). pág. 443.
García Luengo. (18 b). pág. 180.
* *Cfr.* Viceni Chulía (104), tomo II. pág». 279 y 280.
*• Rodríguez (89). tomo II. pág. 39. *Cfr.* también Barrera (11), pág». 118 y 119.
" Uría (100). núm. 744.

11. PRIVILEGIOS DEL COMISIONISTA

Correlativa a la obligación del comitente de pagar la retribución, la ley concede al comisionista la facultad o *derecho de retención*[M] de los efectos que tiene en su poder y que estarán especial y preferentemente afectados para el pago de dicha retribución y del reembolso de los gastos y "no podrá ser desposeído de los mismos (efectos en su poder) sin ser antes pagado" (art. 306).

12. ALGUNAS FORMAS DE SER DE *IA* COMISIÓN

a) *Comisión de transporte.* La legislación italiana reglamenta al contrato de *expedición* (art. 1737 a 1741 del C.c. ital.) como un contrato distinto al de comisión.

> Juntamente con la comisión, la *expedición* es una subespecie del mandato sin representación; es un mandato por el que se obliga al mandatario a estipular un contrato de transporte...; la obligación es la de concluir por cuenta de otro uno o más conuatos de transporte, con cuya conclusión los expedicionarios cumplen su cometido principal.

Nuestro C. de c. se refiere a la *comisión de transporte* (arts. 296 y 297), aunque no es un contrato diferente al de comisión. El primero de los preceptos citados ordena que "el comisionista que hubiere de remitir efectos a otro punto deberá contratar el transporte, cumpliendo las obligaciones que se imponen al cargador". El comisionista puede obrar por cuenta y nombre propio o en nombre del comitente, y "su obligación consiste en contratar el transporte, pero no en realizarlo por sí mismo o por medio de sus auxiliares".[60] El artículo 297 complementa la expedición al obligar al comisionista a asegurar los efectos si tiene para ello la orden y fondos necesarios. En la comisión de transporte, "el comisionista queda sometido, además, a un régimen especial de responsabilidad más amplio y riguroso que el propio comisionista ordinario".[61]

b) *Comisión de cobranza.* Esta no es una figura distinta de la comisión, sino una disposición que se refiere a los casos en que el comisionista está obligado a la *cobranza* (art 303). En algunos contratos se pacta una prima adicional o mayor a la usual si el comisionista debe realizar la cobranza de las operaciones en que intervenga

"El *demho de rrUmión* suspende la obligación que tiene una penona de entregar o devolver una cosa; es la facultad legal de prolongar la tenencia de una cota por virtud de un crédito relacionado con día hasta el pago del mismo* (Arce y Cervantes (12), pág. 13).

* Trabucchi (99), tomo II. pág. 325.

** Garrigues (55). tomo II, pág. 114.

** Uría (100), núm. 750.

durante el ejercicio de su encargo. Nuestra ley ordena que si éste no cobra oportunamente o no usa los medios legales para conseguir el pago, será responsable de los peijuicios. Considero que esto sólo es aplicable si se pacta. Siempre que se añada esta obligación al comisionista es importante señalar expresamente en los acuerdos este deber y la retribución que le corresponde por esta actividad adicional.

c) *La comisión de garantía.* Esta modalidad no está prevista en la regulación del contrato de comisión en el C. de c., y por tanto resulta ser una *cláusula atípica* que en todos los casos debe pactarse. Aparece bajo esta denominación en el C. de c. esp. (art. 272) y en el C.c. i tal. se regula como *star del credere* (art. 1736).

> Como el comitente "no conoce a la persona con la que el comisionista ha contratado y quiere estar seguro de su cumplimiento, mediante un contrato especial puede garantizarse de su puntual pago o de la puntual entrega de los efectos vendidos o comprados, con el pacto que se llama *afianzar el crédito.*[1] En virtud de esta especial responsabilidad tiene derecho a cobrar una comisión adicional*

Esta prima adicional recibe, en la ley española, el nombre de "comisión de garanda", que "puede pactarse por las partes, o bien, derivar de los usos mercantiles".[63] "Por lo general esta garantía se pacta *expresamente,*; mas no vemos inconveniente en admitir que pueda resultar de la existencia de un uso en relación con el importe del premio asignado a la comisión."[64]

La naturaleza jurídica de este pacto y su relación con el contrato principal ha sido discutida.

> El pacto de garantía no hace desaparecer el contrato de comisión para dar nacimiento a una figura jurídica distinta. No es una fianza, aunque cumpla una función de garantía, porque la obligación asumida por el comisionista frente al comitente no es accesoria de la del comprador, ya que el comisionista puede obrar en nombre propio, en cuyo caso el comprador no queda ligado con el comitente, sino con el pro-pio comisionista y en cualquier caso no gozará el comisionista —como el fiador— de los beneficios de división y excusión. No es tampoco un seguro aunque tienda a proporcionar seguridad al comitente, porque faltan en ese pacto los elementos característicos de ese contrato. Es sencillamente un *patio contractual* que se *yuxtapone* a la comisión, ampliando el sistema normal de responsabilidad del comisionista*

La opinión más generalizada de la doctrina suele situar al comisionista garante en calidad de *fiador.* Opino que en nuestro derecho la atipicidad de la comisión de garantía hace recomendable que contractualmente se defina la calidad en que el comisionista

* " Vivante (104 a), págs. 467 y 468.
* Rodríguez (89), tomo II. pág. 39.
" Sánchez Calero (93). pág. 459.
* Uría (100), núm. 745.
* Uría, (100), núm. 745.

garantiza, para poder establecer de este modo, el régimen legal aplicable a la relación accesoria. Si la posición es la de un fiador o la de un deudor solidario, con lo que se desvirtúa esta figura, le serán aplicables todas las normas sobre el contrato de fianza que contiene nuestro C.c. (arts. 2794 a 2855) a falta de una disciplina comercial sobre este negocio; o las de las obligaciones solidarias (arts. 1987 a 2110 del mismo ordenamiento). Para pactarse como fianza no se requiere el consentimiento del comitente, pues puede acordarse únicamente entre el comisionista y el tercero (art. 2796 del C.c.). El comisionista garante tiene, así, todos los derechos y beneficios que le otorga la ley, salvo renuncia.

El *premio* o comisión de garantía no sigue la misma suerte que la remuneración principal del contrato de comisión. El comisionista se hace acreedor a esta comisión de garantía por el hecho de constituirse en fiador sin requerir que el contrato o negocio encargado se cumpla o que el comitente reciba el beneficio económico del mandato.

d) *La comisión irrevocable.* Aunque no está prevista expresamente por nuestro Derecho comercial positivo, debe plantearse la posibilidad de su existencia en el contrato de comisión, por aplicación analógica de las normas sobre el mandato civil que resultan supletorias.[66]

El C. de c. tiene un claro principio: "el comitente podrá en cualquier tiempo revocar la comisión conferida al comisionista" (art 307). Como lo ha señalado la Suprema Corte de Justicia "por su naturaleza la comisión es revocable", aunque se haya pactado un plazo de duración *(Cfr.* la tesis judicial: *Comisión contrato de. Puede ser revocado unilateralmente por el comitente aunque se hubiese fijado un término de duración del mismo).*

Aunque el C.c. establece a la revocación como causa de terminación del mandato (arts. 2595, fracción I, y 2596 del C.c.),

> excepcionalmente el *mandato* puede ser *mrvocabU* cuando se haya celebrado como una condición de un contrato bilateral, o bien como un medio para cumplir una obligación contraída. Fuera de estos dos casos de excepción enunciados en forma limitativa por el legislador, no es posible convenir que el mandato sea irrevocable.*[7]

El mandato irrevocable resulta también un mandato *trrenunciable* para el mandatario. Hay que agregar que este mandato irrevocable sólo se produce respecto a poderes o mandatos especiales.

" Las disposiciones de Derecho Mercantil mexicano no son ajenas al concepto de irrevocabilidad. Por ejemplo, la LSM en su artículo 39 habla de "inamovilidad' y la LTOC previene el "fideicomiso irrevocable" (art. 228a).

** Sánchez Medal (93). núm. 152.

Me parece que el *mandato irrevocable* puede abarcar otros casos distintos de los señalados en la ley. Esta posición parece abrirse campo en la jurisprudencia y la doctrina española, con el argumento de que el derecho a revocar puede renunciarse por pacto, y así establecerse en el contrato.

En lo que concierne a la aplicación de las normas del mandato a la comisión en materia de *brevocabilidad* del contrato, con Barrera Graf considero que:

> la irrcvocabilidad a que se refiere el artículo 2596 del Ce. es aplicable en materia de comercio, ya que no existe principio o norma en el Derecho mercantil que contraríe tal regla, por lo que ella rige supletoriamente, atento a lo dispuesto por el artículo 2* del C. de c.

Otra interesante cuestión que nuestro C.c. no resuelve en lo relativo al mandato civil es la posibilidad de pactar la irrevocabilidad e irrenunciabilidad para casos distintos de los previstos por la legislación civil. En la doctrina las opiniones están divididas. "El derecho a la revocación —dice Bauche— es irrenunciablc."[60] Puig Peña afirma que "es perfectamente admisible la irrcvocabilidad por pacto, siempre que no sea contradictoria con la moral".[70] El pacto de no revocación "está autorizado por la consideración de que es un derecho del mandante que puede ser renunciado",[71] dice Castán. En el Derecho español, "la Jurisprudencia del Tribunal Supremo ha estimado que puede eliminarse esa facultad del comitente (la de revocar) mediante un pacto en el que se señala un plazo de duración de la comisión".[72] El C.c. ital., en materia de extinción del mandato (art. 1723) —y recuérdese que la comisión en este ordenamiento es una especie— admite que mediante un pacto expreso se puede establecer la irrcvocabilidad del mandato.

> El principio legal de la libre revocabilidad —afirma Uría— puede ser restringido por pacto contractual. La doctrina y la jurisprudencia, que en un tiempo estimaron radicalmente contrario a la esencia del mandato cualquier pacto restrictivo de la libre revocabilidad. han ido evolucionando hacia posiciones más abiertas.[73]
> La revocabilidad, que es la regla del mandato, no afecta a su sustancia ni constituye un requisito esencial e inderogable frente a excepcionalísimas circunstancias atributivas de derechos. La renuncia del derecho de revocación es perfectamente compatible con las particularidades del tráfico mercantil.[74]

** Barrera Graf (11), pág. 154.
• Bauche (18), pág. 264.
" Puig Peña (85). tomo IV. vol. II. pág. 264.
[71] Castán (52)(29), tomo IV, vol. II. pág. 552.
[77] Sánchez Calero (95). pág. 459.
[77] Uría (100). núm. 749.
[74] Bérgamo (17), pág. 174.

En nuestro derecho, considero que es válido pactar una *comisión irrevocable* para los casos que señala nuestro C.c. en materia de mandato, por aplicación supletoria del precepto y, además como resultado de un pacto entre las partes por medio del cual comitente y comisionista renuncian, respectivamente, a sus derechos a revocar y renunciar la comisión. No debe desecharse la anotación del Tribunal Supremo español, que como recomendación o requisito para los casos de irrevocabilidad pactada a otros casos que los previstos en la ley, exige que la misma quede sujeta a un plazo.

En lo que se refiere a los *efectos* para el caso de que el comitente violara el pacto de no revocación, hay que distinguir:

i) Si la irrevocabilidad se establece para alguno de los supuestos que previene la ley para el *poder irrevocable* (art. 2596 del C.c.), el acto de la revocación puede anularse por el comisionista. Sólo la ley puede determinar las nulidades.

ü) Si la revocación se pacta por otra causa distinta a los supuestos de la ley civil y sólo contiene por parte del comitente la renuncia al derecho de revocar, y éste revoca, el comitente tendrá frente al comisionista la obligación de indemnizar por daños y peijuicios, por el incumplimiento de una obligación de no hacer consistente en no revocar.

e) *La subcomisión.* El contrato de comisión, como acto jurídico *intuitu personae,* exige que su cumplimiento lo realice precisamente el comisionista y no otro (art. 280). Este principio admite dos excepciones: las tarcas que se encomiendan a dependientes del comisionista y la autorización expresa del comitente para que el comisionista pueda delegarlos.

El primitivo comisionista, con autorización del comitente, puede celebrar como comitente nuevos contratos de comisión con otros comisionistas para cumplir —total o parcialmente— el encargo encomendado. La figura aquí planteada se conoce como *subcomisión* y "cabe una sustitución articulada a través de un nuevo contrato derivado del anterior (subcomisión)".[75]

El concepto de subcontrato puede aplicarse a todos los casos de la comisión, sea ésta representativa o sin representación, y para cualquier acto de comercio que constituya el objeto mandado. El comisionista puede encargar la realización de las operaciones que tiene encomendadas a otros comisionistas o subcomisionistas, para los que él resulta subcomitente. Estos subcomisionistas tienen respec-

[n] López ViUs (70). pág. 164.

to al primero —para ellos subcomitente—, la relación jurídica propia del subcontrato de comisión que se rige por las disposiciones de la figura analizada, y sus limites son los propios de cualquier subcontrato.

13. TERMINACIÓN

Además de las causas de extinción aplicables a todos los contratos (cumplimiento, llegada del plazo, mutuo consentimiento, resolución) nuestro C. de c. contiene algunos preceptos que señalan *causas especificas* de terminación del contrato de comisión.

Son causas de extinción del contrato de comisión: la muerte o inhabilitación del comisionista (arL 308) y la revocación que haga el comitente (art. 307). No son causas de terminación —que sí lo son para el mandato civil, la muerte o inhabilitación del comitente y la renuncia del comisionista.

> Rodríguez considera que "la comisión mercantil se extingue en todos los casos en que concluye el mandato, puesto que se aplica el derecho común como supletorio del C. de c.".[76] No comparto esta opinión pues el C. de c., como derecho especial, ha establecido sus causas específicas de forma limitativa.
>
> Garrigues sostiene, acertadamente, que las causas de extinción que el C. de c. señala no pueden ser completadas por las que el C.c. menciona para el mandato, pues no existe en la regulación mercantil laguna alguna que haya de suplirse con las normas del derecho común.[77]

a) *Muerte o inhabililaáón.* Por razones tradicionales el contrato de comisión se configura como un contrato *intuiíu personae* y por esto la desaparición del comisionista produce su extinción. Cuando el comisionista es una persona física estas causas de terminación son claras. Si se trata de una persona moral las causas comprenden la liquidación de la sociedad y el concurso mercantil si así lo determina el conciliador (art. 100 de la LCM). No se entienden incluidas en esta causa —aunque el contrato sea *irUuiíu personae*— las situaciones de cambio de socios ("dueños") o de administración del ente social, pues la personalidad moral subsiste con todas sus relaciones. "La transformación de la sociedad comisionista, al no cambiar la personalidad jurídica de la entidad, no extinguirá la comisión."[78] *

* Rodríguez (89). tomo II. pig. 59.
[77] Garrigues (55), tomo II. pág. 116.
" Urfc (100), núm. 750.

El contrato no termina por muerte o inhabilitación del *comitente* aunque, como marca la ley, "pueden revocarlo sus representantes" (art. 308). Corrijo, en un preciosismo de lenguaje técnico, "o sus herederos o causahabientes". El contrato se extingue, en este caso, por otro motivo: la revocación que hacen los causahabientes.

b) *La revocación.* El comitente no tiene limitación alguna para revocar el contrato (salvo que se haya pactado una comisión irrevocable). El comitente puede —como el mandante en el mandato- revocar el contrato en cualquier momento, "antes o después de haber contratado el comisionista con un tercero".[79]

1.a revocación no produce efectos frente al comisionista sino hasta que éste lo conoce (art 2597 del Ce. como supletorio). Una revocación inesperada e inoportuna, y de acuerdo con los intereses concretos del comisionista afectado, puede generar para el comitente la responsabilidad de pagar daños y peijuicios (art. 2596).

c) *La renuncia del comisionista.* Esta no es causa de terminación de la comisión, aunque algunos autores así lo enuncien. De Pina afirma que "la comisión termina: *[...e)* por renuncia del comisionista' (art. 278). La renuncia debe obedecer a justa causa".®[0] Tena la acepta con limitaciones: "cuando la renuncia es oportuna y cuando, aunque no lo sea, se apoya en una justa causa".*[1]

Otros autores consideran que "el comisionista no puede libremente denunciar o revocar la comisión contratada".[87] El fundamento legal de esta afirmación ha sido señalado atinadamente por Barrera Graf, quien expresa que "en el caso del mandato mercantil, el comisionista debe continuar hasta su conclusión el negocio que se le hubiera encargado (art. 276 del C. de c.), antes de retirarse por renuncia".[85]

Ante la aparente contradicción de los artículos 276 y 278 de nuestro C. de c. —el uno que obliga al comisionista a cumplir la comisión, y el otro que lo hace responsable por daños ante el comitente por dejar de cumplirla sin justa causa (que ha sido interpretado como posibilidad de renunciar por justa causa)—, considero que los preceptos deben interpretarse de esta manera. La comisión no termina por renuncia del comisionista. Si el incumplimiento del comisionista es por causa legal *(causa justa),* éste no es responsable del pago por daños y peijuicios al comitente.

" Garrígues (53). lomo II, pág. 118.

* De Pina Vara (40), pág. 220. *Cfr.* en el mismo sentido Vázquez del Mercado (101), pág. 163.

" Tena (89), tomo I, pág. 280. El derecho italiano, en la regulación del mandato, establece que la 'renuncia sólo puede hacerse por *jutta cauta,* porque en otro caso no tendría sentido la obligación asumida por el mandatario" *(Cfr.* Trabucchi (89), tomo II. pág. 319).

* Broseta (29), pág. 460. *Cfr.* también Garrígues (48), tomo II. págs. 116 y 117.

** Barrera Graf (14), pág. 135.

BIBLIOGRAFÍA

BARRERA GRAF: (14) *La representación voluntaria en Derecho privado.*
BARRERA GRAF: (17) *Instituciones de Derecho mercantil,* págs. 219 a 225.
BÉRÜAMO: (20) *Instituciones de Derecho mercantil,* págs. 145 a 188.
BETTI: (21) *Teoría general del negocio jurídico,* págs. 418 a 457.
BROSETA (29) *Manual de Derecho mercantil,* págs. 438 a 446.
DE PINA: (40) *Elementos de Derecho mercantil mexicano,* págs. 215 a 220.
DÍAZ BRAVO: (42) *Contratos mercantiles,* págs. 358 a 369.
Diccionario jurídico mexicano (44), voz: comisión mercantil.
DIEZ PICAZO: (46) *La representación en el Derecho privado.*
GARCÍA LUENGO, Ramón: (18 b), *El contrato de comisión,* parte de la obra *Contratos mercantiles,* págs. 165 y 184.
GARRIGUES: (53) *Curso de Derecho mercantil,* tomo 11, págs. 99 a 118.
LÓPEZ ViLAS: (70) *El subcontrato,* págs. 159 a 167.
MANTILLA: (72), *Derecho mercantil,* núms. 197 y 198, 211 y 212.
MESSINEO: (76) *Manual de Derecho civil y comercial,* tomo V, págs. 55 a 60.
PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO: (82) *Representación, poder y mandato.*
RODRÍGUEZ: (89) *Curso de Derecho mercantil,* tomo II. págs. 33 a 40.
SÁNCHEZ CALERO: (93) *Instituciones de Derecho mercantil,* págs. 457 a 462.
TENA: (98) *Derecho mercantil mexicano,* tomo I. págs. 223 a 235.
TRABUCCHI: (99) *Instituciones de Derecho civil,* tomo II, págs. 320 y 321.
URÍA: (100) *Derecho mercantil,* núms. 737 a 750.
Vi CE NT CHULÍA: (104) *Compendio critico de Derecho mercantil,* tomo II, págs. 270 a 288.
VIVANTE: (104 a), *Derecho mercantil,* págs. 464 a 469.

CAPÍTULO XII

EL CONTRATO DE CORRETAJE O MEDIACIÓN

SUMARIO: 1.—Origen. 2.—Denominación. 3.—Concepto y características. 4.—Clasificación. 5.—Elementos. 6.—La relación de mediación. 7.—Obligaciones precontractuales. 8.—Obligaciones del corredor. 9.—Obligaciones del cliente. 10.—Modalidades. 11.—Terminación. 12.—Naturaleza contractual.

1. ORIGEN

Desde sus inicios, el contrato de *corretaje o mediación* tuvo como función facilitar la aproximación entre compradores y vendedores. Posteriormente, el mediador se convirtió en un funcionario público. En Francia los corredores tuvieron carácter oficial, pues no existía la libertad para ejercer libremente la mediación. Hacia 1791 se permite la mediación libre en este país, aunque era necesaria una patente que se concedía fácilmente.[1]

Actualmente existe cierta confusión en esta materia. Por un lado, encontramos a los *corredores públicos* regulados por la Ley Federal de Correduría Pública (LCÓRR), y por otro, a las personas —físicas o morales— que realizan funciones de intermediación, a quienes puede denominarse *"intermediarios libres"?* y en otros casos, corredores ocasionales.

Una ejecutoria de la Suprema Corte de Justicia ha hecho una clara distinción entre la correduría pública y la intermediación simple, y menciona que esta última actividad puede desempeñarse sin traba alguna *(Cfr.* la tesis judicial: *Correduría pública e intermediación simple. Son instituciones diferentes).*

F.I tratamiento legislativo que esta materia ha recibido en diversos países puede enfocarse desde dos puntos de vista: subjetivo y objetivo. En el aspecto subjetivo se regula al corredor o al mediador, es decir, al sujeto que ejerce la función del corretaje, pero en estas legislaciones no se atiende al contrato de mediación. En este primer supuesto encontramos a los Códigos francés (1808), alemán (1861), español (1885) y al nuestro (1889) hoy sustituido por la LCORR en esta parte. Desde un punto de vista objetivo, el contrato de mediación

[1] *Cfr.* Bauche (18). pág» 413 y 416.
* Mantilla (72). núm. 206.

se regula en los siguientes Códigos: el Suizo de las Obligaciones, el Código civil italiano y el Código civil vigente en Alemania.*

En la descripción legal de los actos de comercio se menciona a "las operaciones" de *mediación* en negocios mercantiles (art. 75, fracción XII, del C. de c.).

2. DENOMINACIÓN

El contrato recibe la denominación de contrato de *corretaje*[4] o contrato de *mediación.* Los términos tienen aplicación indistinta. Las legislaciones que^e ocupan de la materia —subjetiva y objetivamente— han adoptado estos vocablos. El C. de c. esp., antecedente directo del nuestro, regula a los "corredores de comercio" (art. 88 y sigs.), aunque el título IV habla de "los agentes *mediadores* de comercio" (arts. 106 a 115). El C. de c. fran. reglamenta a "los agentes de cambio" (arts. 71 a 76) y, en el mismo ordenamiento, el artículo 632 delimita la competencia de los tribunales comerciales mediante la enumeración de los "actos de comercio", en los que incluye a "toda operación de cambio, banco o *corretajé'.* El C. c. i tal. regula al contrato de *mediación* (arts. 1754 a 1765) y en todos los preceptos menciona a los *mediadores.*

En las lenguas procedentes del latín acogen la raíz latina *corritor* para denominar al corredor (en francés, *couratier o courtier,* en portugués, *confiar),* excepto en italiano *mediaton}*

En el Derecho mexicano la LCORR regula a los corredores y en los actos de comercio que enumera el C. de c. menciona a las ope-raciones de mediación. La LMV se refiere a la mediación (171 fracc. XXIV y 260). En la LIVA se utilizan los términos mediación y correduría (art. 14 frac. V), no corretaje, y la LISR se refiere indistintamente a "mediaciones" (arts. 148, 156 y 204), "correduría" (art. 137) y a "corretajes" (art. 204). En una ejecutoria de la Terera Sala de la Suprema Corte de Justicia al contrato se le llama indistintamente de corretaje o de mediación (*Cfr*: la tesis *Corretaje o mediación en negocios mercantiles).*

* *Cfr.* Sampons (92), págs. 87 a 94; Bauche (18), págs. 416 y 417 y Vicent Chulía (104), tomo II, pág. 294.

[4] *Corretaje.* Comisión que perciben los corredores de comercio sobre las operaciones que realizan. 2. Diligencia y trabajo que pone el corredor en los ajustes y ventas. *Corredor.* Mandatario que. como comerciante acreditado, actúa vendiendo o comprando por cuenta de uno o varios mandantes. *Correduría.* Oficio o ejercicio de corredor. 2. Corretaje (diligencia del corredor en los ajusted y ventas. *(Diccionario de la Ijengua apañóla,* 22* ed., Espasa Calpe, Madrid, 2001).

* Sampons (92), nota S5, pág. 51.

En la doctrina encontramos que los términos se usan prácticamente como sinónimos. Algunos autores le llaman simplemente corretaje* o correduría;[7] otros sólo emplean los vocablos mediación[8] o intermediación.[9] En general, se utilizan los dos términos con igual significado.[10] Dice Sampons que "en el caso del corretaje tiene o puede tener bastante importancia que se le atribuya un sinónimo tan confuso como es el término *mediación*".[n]

"Frente a la terminología de origen italiano (se refiere a la mediación) —ha dicho Garrigues— optamos por la denominación de *contrato de corretaje*, de remoto abolengo histórico en nuestro derecho."[12]

3. CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS

El C. c. ¡tal. disciplina este contrato pero no proporciona su definición, sólo contiene el concepto de mediador. El *contrato de corretaje* puede definirse de diversa manera según se le considere un contrato unilateral o bilateral.

Como contrato unilateral, Sánchez Calero lo define así:

> el *contrato de mediación* es aquel por el que una persona se obliga a abonar a otra, llamada mediador o corredor, una remuneración por indicarle la oportunidad de concluir un negocio con un tercero o por servirle de intermediario en esa conclusión.[15]

' l-e llaman exclusivamente corretaje: Puig Peña (85), tomo IV, vol. II, págs. 4IS a 421; Garrigues (53). tomo II. págs. 122 a 125; *Diccionario de Derecho Privado* (43). voz: corretaje.

[7] Tena (98). págs. 222 a 234.

• En especial en la doctrina italiana, derivado de su vocablo legal. Trabucchi (99). tomo II. págs. 327 a 330; Messineo (76), tomo VI. págs. 65 a 75. Entre nuestros autores: Barrera Graf (14), págs. 39 y 40; Rodríguez (89), tomo I, págs. 41 a 54, quien en el texto habla de corredores.

* Branca (28), págs. 435 a 437.

[10] Por ejemplo, Castin (32), lomo IV. vol. II, págs. 538 a 549; Broseta (29), págs. 451 a 453; Sánchez Calero (93). pág. 466; López Vilas (70), págs. 167 a 174; Uría (100), núm. 751; Vicent Chulía (104), tomo II. págs. 293 a 296 y Bauche (18). págs. 415 a 422.

" Sampons (92), pág. 51.

•* Garrigues (53), tomo II. pág. 122. En el *Diccionario de Autoridades* aparece: **Correduría.* La diligencia que pone el corredor para poner de acuerdo y concertar á dos. que intentan alguna compra o venta. *Corredor de mercaderías.* El que asiste a los mercaderes para despacharles sus géneros, solicitando personas que los compren, y ajustándolos. *Mediación.* Significa también la interposición o intervención de alguno, que pretende componer y reconciliar a otros que están entre sí discordes, o conseguir alguna cosa para otro. *Mediación.* Significa también la interposición o intervención de alguno, que pretende componer y reconciliar a otros que están entre sí discordes, a conseguir alguna cosa para otro." *(Diccionario de Autoridades (1726-1739).* Real Academia Española. Editorial Credos. Madrid. 1990. voces: *correduría, corredor de mercaderías, mediación).*

[15] Sánchez Calero (93). pág. 466.

Si se considera que del contrato derivan obligaciones para el corredor (bilateral) la definición en este sentido sería como sigue: Es aquel contrato por cuya virtud una de las partes (corredor) se compromete a indicar a otra (comitente) la oportunidad de concluir un negocio jurídico o a servirle de intermediario en esta conclusión a cambio de una retribución, llamada comisión o premio.[14] *

Las *características* de este contrato son:

a) El corredor se compromete a facilitar la conclusión de un contrato o negocio pero sin intervenir en él y sin comprometerse a lograr determinado resultado.

Mientras el representante sustituye al representado, en la mediación no hay tal sustitución, limitándose la intervención del mediador a poner en contacto a su principal con el tercero a efecto de que ambos —y no el mediador— celebren el negocio.[1]'

Una tesis de la Tercera Sala señala que: "si una sociedad solo confirió a una persona la facultad de gestionar un préstamo hipotecario, pero no la de celebrarlo a nombre de aquélla,... no se está en presencia de un contrato mercantil sino de corretaje o mediación en negocios mercantiles." *{Cfr.* la tesis *Corretaje o mediación en negocios tnercanliles).*

b) "Lo característico de su actuación, es que se limite a poner en relación a los futuros contratantes, sin participar él personalmente en el contrato."[16]

c) El corredor o mediador "es *independiente* de las partes que llevan a cabo el negocio y no las representa",[17] actúa como colaborador independiente. El C. c. ¡tal. señala como característica del mediador: "sin estar ligado a alguna de ellas por razones de colaboración, de dependencia o de representación" (art. 1754).

d) El mediador no es un colaborador estable, es *ocasional,* esporádico. Se contrata con él para operaciones o actos concretos, no generales.

e) La *remuneración* o premio del corredor pertenece a la naturaleza misma del contrato y está ligada al resultado.

J) El corredor puede ser contratado por *una o las dos partes* interesadas, sin que exista prohibición alguna —como en el contrato de comisión (art. 299 del C. de c.)—, pues no actúa por cuenta de las partes.

[14] Puig Peña (85). tumo IV. vol. II. pág. 413. El art. 412 del Código Suizo de las obligaciones define a este contrato como sigue: "El corretaje es un contrato por el cual el corredor es encargado, mediante una remuneración, sea de indicar a la otra parte la ocasión de concluir una convención, sea de servirle de intermediario para la negociación de un contrato".

[1,v] Barrera Graf (14), pág. 39.

[16] Sampons (92). pág. 48.

[17] *Diccionario Jurídico Mexicano* (44), voz: contrato de mediación.

4. CLASIFICACIÓN

a) Es *mercantil* por su naturaleza (art. 75, fracción XIII), aunque exccpcionalmente puede pensarse en un negocio civil en el que el corredor no es profesional y el contrato buscado no es comercial.

b) Es *consensual* porque para su perfeccionamiento no requiere de formalidad alguna que la ley le imponga.

c) Es *bilateral* cuando produce obligaciones para el comitente y el corredor. En los casos en que solo nacen obligaciones para el comitente y el mediador a nada se obliga, el contrato tiene carácter *unilateral***

d) Es, por su naturaleza, *oneroso* porque la retribución es un elemento importante del contrato.

e) Prácticamente en todos los casos es un contrato *conmutativo.*

J) Resulta un contrato de trabajo y en especial de *gestión* de intereses ajenos, como el mandato.

g) Es un negocio *intuitu personae* ya que el diente escoge al mediador por las cualidades personales que posee.

h) Es *preparatorio*,[19] como contrato que precede a una situación o relación jurídica, como antecedente de otro acto jurídico. Sin embargo, es *principal* y no accesorio, como negocio autónomo cuya existencia no depende de otra relación.

i) Es *atipico,* aunque se le mencione en algunas leyes y se regule a los corredores públicos, porque su contenido —derechos y obligaciones de las partes— no está disciplinado en la legislación mexicana.

5. ELEMENTOS

Personales

a) *Denominación.* Las partes de este contrato reciben los nombres de *cliente, comitente, mandante u oferente,* por un lado; y de *corredor, mediador, intermediario o mandatario,* por otro. El artículo 7 de la LCORR señala que solo pueden ostentarse como *corredores públicos* las personas habilitadas por la Secretaría de Comercio y establece una sanción para quien no cumpla.

b) *Concepto.* En la LCORR no se define al corredor público, sino solo se le señalan sus funciones. En el texto derogado del art. 51 del C. de c. se definía al corredor público como:

> el agente auxiliar del comercio con cuya intervención se proponen y ajustan los actos, contratos y convenios y se certifican los hechos mercantiles. Tiene fe pública *

* Lo consideran unilateral Garrigues (53), tomo II. pág. 123; Sánchez Calero (93). pág. 466 y Messinco (76), tomo VI. pág. 67.

[19] *Cfr.* Messinco (76). tomo VI. pág. 66.

cuando expresamente lo faculta este *CÁdigo* u otras leyes, y puede actuar como perito en asuntos de tráfico mercantil.
Es *mediador* aquel que pone en relación a dos o más partes para la conclusión de un negocio sin estar ligado a alguna de ellas por relaciones de colaboración, de dependencia o de representación (art. 1754 del C.c. ital.).

c) *Capacidad.* Para celebrar el contrato de corretaje las partes solo requieren de la *capacidad general de contratación.* No comparto la opinión de Sampons que manifiesta que el oferente requiere la misma capacidad que para el negocio objeto del corretaje.*'

La capacidad para la celebración del negocio materia del corretaje puede adquirirla el cliente después de celebrado el contrato de corretaje. Por ejemplo, un extranjero que quiere adquirir un inmueble puede celebrar un contrato de corretaje aun cuando no tenga el permiso de la Secretaría de Relaciones Exteriores; o, una sociedad, antes de tener autorización para operar como arrendadora financiera puede celebrar un corretaje para que un intermediario le consiga negocios.

d) *Corredor público y corredor privado.* Resulta importante distinguir entre *corredores públicos*, cuya actividad regula la LCORR, de lo que se ha llamado *corredores privados o intermediarios libres,* no titulados o habilitados por la Secretaría de Comercio, designados también como *ocasionales.*

Los *corredores públicos* tienen varias funciones: agente mediador, perito valuador, asesor jurídico y fedatario público (art. 6 fracs. I, II, III, V y VI LCORR). Para ser corredor público se requiere estar habilitado por la Secretaría de Comercio y cumplir con los requisitos que la LCORR señala.*[1]

Por la actividad de mediación que realizan personas físicas y morales, como parte del contrato de corretaje, es importante determinar si el corredor o mediador es o no comerciante. "La mediación, considerada en su sentido genérico, no ha de revestir necesariamente esa condición mercantil, como tampoco el mediador ha de ser obligadamente comerciante. Muchas mediaciones lo serán en negocios puramente civiles.""

Como la función de mediación o correduría puede ser desempeñada por cualquier persona —física o moral— y las operaciones de mediación en negocios mercantiles son actos de comercio (art. 75 frac. XIII del C. de c), quien realiza habitualmente esta actividad

" *Cfr-* Sampons (92), pág. US.

" Los requisitos legales son: ser ciudadano mexicano, licenciado en derecho, no haber sido condenado **y** aprobar los exámenes de aspirante y oposición correspondientes (art. 8*).

[n] Sampons (92), pág. 66.

tiene el carácter de *comerciante.* "La mediación es una actividad comercial y libre y sólo están acotadas y reservadas para los corredores públicos las intervenciones que hagan con el carácter de fedatarios o de peritos.""

Como lo señala una tesis de la Tercera Sala, "...existen conedores privados o simples mediadores y corredores públicos, en la inteligencia de que los primeros pueden, sin traba alguna, desempeñar funciones de mediación;..." *(Cfr.* la tesis judicial; *Corredurí a pública e intermediación simple Son instituciones diferentes).*

() A los corredores públicos les está prohibido "comerciar por cuenta propia o ser comisionistas" (art. 20 frac. I LCORR), de modo que éstos no tienen el carácter de comerciantes aún cuando actúen como agentes mediadores e intermediarios. La actividad que realizan como intermediarios es parte de la actividad profesional que desarrollan como prestación de servicios.

Reales

a) *Los servicios de mediación.* "El contenido de la relación consiste, para el mediador, en *poner en relación* dos o más partes *para* la conclusión de un negocio."*[4] En términos de la definición de esta figura los servicios del corredor pueden consistir en indicar la oportunidad de celebrar un contrato; mediar entre las partes, o ambas. Esta labor del corredor debe ser determinada y lícita. "La mediación puede tener por objeto cualquier negocio, siempre que sea lícito; es ilícita y, por consiguiente, no obliga ni da derecho a la comisión o remuneración."*[5] En este caso se ha discutido la licitud del llamado corretaje matrimonial.*[6]

Los actos de intermediación son generalmente actos materiales más que actos jurídicos. En algunos contratos, además de las labores propias de la mediación, pueden añadirse otros servicios que acompañan naturalmente a este contrato. Por ejemplo, trasmitir declaraciones recíprocas, procurar acercamiento a los contratantes, asesoría en la negociación y otras.[27]

* Bauchc (18). pág. 422.

M Messineo (76). tomo VI, pág. 65. No puede ser objeto de corretaje "un contrato que sea consecuencia directa e inmediata de un concurso público, pues la libre concurrencia en un concurso es incompatible con las gestiones del mediador' (Villa Vega, Enrique, *El contrato de corretaje o mediación,* parte de la obra *Contratos mercantiles* (18 b), pág. 219).

® Messineo (76), tomo VI. pág. 66.

* En alguna doctrina se ha planteado la licitud del llamado *corretaje matrimonial,* que para algunos autores no puede ser objeto de contrato por ser contrario a la moral y buenas costumbres, cuando se ejerce con lucro y atenta contra la libertad de contraer matrimonio. En el Código Suizo de las Obligaciones se establece que: "La negociación de un matrimonio no puede dar lugar a ninguna acción ni al pago de la remuneración" (art. 416). Una disposición similar se contiene en el Código civil alemán (art. 656).

r *Cfr.* Puig Peña (85). tomo IV. vol. II, págs. 415 y 416.

Es importante determinar en el mismo contrato con la máxima claridad posible en que va a consistir la actuación del mediador y cual va a ser el negocio jurídico que el cliente pretende o quiere realizar, así como la cuantía de la retribución por recibir si el contrato se concluye.[27 b]

b) *La remuneración.* La contraprestación a que tiene derecho el corredor se conoce también bajo los nombres de *premio, comisión, corretaje,* retribución, y en el caso de los corredores públicos se les llama *honorarios* (art. 13 LCORR).

La retribución puede pactarse en dinero, en especie o una parte en dinero y otra en especie. Puede ser una cantidad fija o un porcentaje de la operación. Cuando no se fija el monto, por aplicación analógica del art. 304 del C. de c., relativo a la comisión, "se regulará por el uso de la plaza donde se realice la comisión." En otros casos puede acudirse a un arancel, si existe, a los usos comerciales del lugar o a la *equidad* (de este modo lo menciona el art 1755 del C. c. ital.).

Es necesario destacar que además de la retribución —como en el caso de la comisión— existe el anticipo y el reembolso de *gastos* al corredor o al mediador, que es obligación del cliente en determinadas circunstancias.

Formales

El contrato de corretaje no requiere formalidad alguna para su perfeccionamiento y, en este sentido, estamos frente a un contrato *consensuáis* No considero que, por analogía, resulten aplicables las normas sobre la formalidad escrita —ratificación o confirmación— del contrato de comisión (art. 274 del C. de c.) o del contrato de mandato (art. 2552 del C. c.).

6. La relación de mediación

La naturaleza de la relación o del negocio de mediación puede plantarse bajo tres distintos esquemas. Puede calificarse de contrato *bilateral,* de contrato *unilateral* o de una relación *acontractual* En este último caso se habla de una relación de mediación.

El que el contrato sea bilateral o unilateral depende del contenido concreto de cada contrato de corretaje. Si las dos partes se obligan, hay un contrato bilateral; si sólo se obliga el cliente o comitente, el contrato es unilateral.*[1']

[17] ** Villa Vega. Enrique, *El contrato de currrlajt o mediación,* pane de la obra *Contrato*J *mercantiles* (18 b), pág. 191.

*• La doctrina es prácticamente unánime en este punto *{('Jr.* Díaz Bravo (42). pág. S87).

** El an. 652 del Código Civil Alemán dispone: "El que prometa un corretaje por indicar o facilitar la ocasión de concluir un contrato o por la negociación del mismo, solo estará

> Hay que distinguir *a)* el contrato unilateral de corretaje puro. El corredor no se obliga a la actividad y su prestación es únicamente una condición de su derecho a recibir una comisión, *b)* El contrato bilateral de corretaje, en el cual el corredor asume una obligación dirigida a indicar la ocasión para concluir un contrato.*

Solo que el corredor asuma un compromiso de encontrar a una contraparte para el cliente o de indicarle la oportunidad de un negocio, se puede hablar de un contrato *bilateral*[51] Sin embargo, parece ser que lo más común será considerar al contrato *unilateral* pues en la mayoría de los casos "el mediador no queda obligado a llevar a cabo acto alguno, es libre para actuar o no".[M] "El corredor no se obliga a nada",[53] afirma Garrigues. Sánchez Calero expresa que "el mediador facilita la conclusión de un contrato y su remuneración está *condicionada* a esta conclusión *.[54] Vicent Chulía opina que "debe reconocerse que el contrato obliga también al corredor a hacer las gestiones que sean usuales en el tráfico al que se dedique".[5r>]

Hay una postura intermedia, el contrato puede ser *unilateral o bilateral* atendiendo a los términos en que se obliguen una o las dos partes. En este sentido,

> *se* le debe considerar como contrato (definitivo) unilateralmente vinculante, en cuanto el comportamiento del mediador tiene carácter potestativo, mientras que su cliente se vincula —para el caso de que el mediador lo ponga en relación con otro sujeto, con quien llegue a concluir el contrato principal— a abonarle la comisión o remuneración.*

1.a *mediación como relación* tiene marcado acento italiano.

> 1.a relación jurídica entre las partes y el mediador no surge exclusivamente, por tamo, de un negocio contractual de mediación: obligaciones y derechos nacen sólo del hecho de que el intermediario hubiera contribuido eficazmente a que las partes concluyeran el negocio.*[7]

Esta última concepción se apoya en el art. 1754 del C. c. i tal. que es el fundamento legal para que nazca la relación de mediación. Esta relación de la que derivan obligaciones para un cliente

obligado al pago si el contrato se realizase a consecuencia de la indicación o la negociación hechas por el corredor".

* Esta distinción es de Ennecerus. *Cfr.* el *Diccionario de Derecho Privado* (43), voz: contrato de corretaje. En el mismo sentido *Cfr.* Gastan (32). tomo IV. vol. II. pág. 542.

[51] Consideran que el contrato es bilateral: Broseta (29), pág. 451: Puig Peña (85). tomo IV, yol. II, pág. 4 (nota 7); Sampons (92). pág. 129 y sgtes.; Una (100), núm. 751.

* *Diccionario Jurídico Mexicano* (44), voz: contrato de mediación.

[M] Garrigues (53). tomo II. pág. 123.

* Sánchez Calero (93). pág. 464.

* Vicent Chulía (104), tomo 11. pág. 295.

* Messineo (76), tomo VI, pág. 67.

[r] Trabucchi (99). tomo II. pág. 328.

o comitente, por la mera actuación de un corredor, no se da en el Derecho mexicano. No considero que resulten aplicables, para este caso, las normas sobre la relación laboral en la que se presume una relación de subordinación (art. 21 de la LFT); ni el supuesto de enriquecimiento ilegítimo como fuente de obligaciones civiles (art. 1882 del C.c.).

7. OBLIGACIONES PRFCONTRACTUAI.ES

Las obligaciones que aquí se analizan tienen un carácter acontractual y son independientes de las que la LCORR impone a los corredores públicos como auxiliares reglamentados del comercio.

En primer termino y dado el carácter profesional de los corredores o intermediarios libres que se ocupan habitualmente de esta actividad, cabe preguntarse si les son aplicables, por analogía, las obligaciones *precontractuales* que establece el C. de c. para el contrato de comisión (arts. 275 a 278). ¿Dichas reglas son o no aplicables en virtud del carácter profesional de ambos auxiliares: comisionista y mediador?

Considero que si el corredor tiene *carácter profesional* debe rehusar expresamente el encargo, pues de lo contrario será responsable por los daños y perjuicios que pueda causar al posible oferente, en términos de los artículos 275, 277 y 278 y, supletoriamente, del 2547 del C. c. "Al corredor le es aplicable el régimen sobre rehúse del encargo que para el comisionista establece el C. de c.".[M]

8. OBLIGACIONES DEL CORREDOR

a) *Desplegar su actividad en cumplimiento del contrato.* Es esta la principal y más importante obligación del corredor y, según la naturaleza del encargo aceptado, debe ejecutarla con diligencia y con el fin de conseguir el resultado encomendado.

> La obligación principal que nace del contrato de corretaje a cargo del corredor es la de *procurar* la conclusión del negocio. Este es el trabajo del corredor. La conclusión del negocio es sólo circunstancial y depende más de la voluntad del oferente y de la del posible tercero que de la del mismo corredor.*

Es recomendable que en la redacción de esta clase de contratos se especifique claramente qué actividades constituyen la obligación del corredor, para facilitar la determinación del cumplimiento o

* Brusela (29). pág. 451.
* Sampons (92), pág. 137.

incumplimiento del contrato. Habrá ciertos acuerdos en los que claramente se señale que existe una verdadera obligación por parte del mediador y el contrato tendrá, en esc caso, carácter bilateral. "El corredor no se compromete a obtener el resultado querido por las futuras partes, esto es la conclusión del contrato, pues esta no depende de su voluntad, sino de la voluntad de los propios interesados."* **"*

> F.l deber fundament.il consiste en facilitar al comitente la información relativa a aquellas ocasiones propicias para la celebración tlel contrato que ésta desea o intervenir eficaz y definitivamente en el misino, (en) caso de que el corretaje se haya concluido para esta misma facultad.*

b) *informar al cliente.* El corredor debe *mantener informado al diente* del desarrollo de sus gestiones, con todos los detalles que "pudieran influir sobre la valoración y conveniencia del negocio".[41] En nuestro Derecho, esta obligación se asemeja a la del comisionista y a la del mandatario, y las normas de estos negocios típicos podrán auxiliar y complementar la forma en que este deber del corredor debe cumplirse.

c) *Confidenaalidad.* "El corredor tiene el deber de reserva respecto a las instrucciones que reciba de su cliente y respecto de toda otra noticia que llegue a su conocimiento en el curso de su gestión para la realización del negocio."[4]* Este deber lo impone la ley, expresamente, para los corredores públicos (arL 15 frac. V LCORR) y puede considerarse que pesa sobre cualquier clase de mediador.

d) *Cumplir personalmente.* El corredor debe cumplir personalmente los encargos encomendados, pues el contrato es *inluitu personae.* Puede delegar su actividad si está expresamente facultado para ello, por aplicación de los principios y reglas que rigen a los contratos semejantes de comisión y mandato. También el mediador puede usar dependientes, y esto resulta de especial interés en los casos en que el intermediario es una persona moral.

9. OBLIGACIONES DEL CUENTE

a) *I*rof)onionar datos al corredor.* La primera obligación del cliente es "suministrar al corredor los datos para que pueda realizar su gestión".[45] Esta obligación comprende el auxiliar al corredor en todo aquello que pueda facilitar su actuación durante el tiempo del

* Villa Vega. Enrique. El contrato de corretaje o mediación, pane de la obra Contrato* mercantiles (18 b), pjg. 197.

* Puig Peña (87). tomo IV, vol. II. pág. 416.

" Trabúcelo (99), tomo II. pág. 829.

" Garrigue» (58), tomo II. pág. 128.

** Vicent Chulía (104), tomo II. pág. 29!».

encargo. Por ejemplo entregar documentos, explicar los detalles del negocio en la forma en que desea que se realice, darle acceso a los bienes o mercancías sobre las que recae el encargo para mostrarlas al posible cocontratante.

b) *Pagar la retribución.* La principal obligación del cliente es *pagar la comisión, honorarios* o *premio* al corredor. "La obligación del cliente de retribuir al mediador está subordinada a una condición suspensiva: no hay remuneración hasta que el contrato querido se concluya por la gestión del mediador."[45bu] "Lo que está sometido a condición no es el contrato en sí, sino el corretaje (o retribución) prometido al corredor."[44]

i) En lo relativo a la *cuantía,* debe pagarse lo acordado por las partes, y a falta de pacto puede aplicarse el arancel que existe para esta actividad profesional y, en su caso, tomar en cuenta "los usos mercantiles del lugar donde fue concluido el negocio". Esto último por aplicación analógica del precepto relativo a la comisión (art. 304 del C. de c.).

ii) ¿Cuándo debe pagarse? Este es un problema que inquieta a los tribunales y a la doctrina, aunque parece que se han fijado algunos criterios.

I. "El derecho del corredor al corretaje nace con la conclusión del contrato celebrado por efectos de su intervención."[44]Aquí se entiende que el pago debe efectuarse "cuando llega a perfeccionarse el contrato objeto del corretaje";[4S] esto es, no se requiere que el contrato se cumpla.

Cuando el objeto del corretaje es la conclusión de una pluralidad de contratos con un único interés económico de las partes, es necesario que se concluyan todos para que se deba la remuneración al corredor, pues el efecto final de la conclusión de todos constituye el negocio.[4]*

II. Otra opinión dice que "el corredor tiene derecho a la remuneración convenida aun ruando el contrato celebrado por su oferente no llegase a consumarse, a no ser que se someta a esta condición".[47]

III. Las partes pueden establecer expresamente que la retribución sea cxigible al cliente cuando éste reciba el beneficio económico del contrato cumplido. En este sentido, "en la medida en que la obligación de una de las partes implique el deber de alcanzar un resultado específico, dicha parte estará obligada a obtener dicho resultado" (art 5.1.4 (I) de los Principios de UNIDROIT).

IV. En la jurisprudencia española el criterio ha sido cambiante. El Tribunal Supremo ha entendido, en ocasiones, que, salvo estipulación en contrario, es necesario no sólo el perfeccionamiento, sino la consumación del contrato principal para que el

*[4ta] Villa Vega, Enrique, (18 b), pág. 202.
[44] Villa Vega. Enrique. (18 b), pág. 200.
[44 w] Garrigues (53), tomo II, pág. 124.
" Puig Peña (85), tomo IV, vol. II. pág. 418.
* Sampons (92), pág. 145.
[47] *Cfr.* Sampons (92). pág. 147.

corredor purria rxigir el premio, pero modernamente parece predominar el criterio de la perfección contractual.[4]*

iii) La *relación de causalidad* es un importante requisito que debe existir entre la gestión del corredor y la celebración del contrato, para que el mediador tenga derecho a la contraprestación. El C.c. ¡tal. contiene una disposición en la cual se indica que "el mediador tiene derecho a la remuneración de cada parte si el negocio se ha concluido por efecto de su intervención" (art. 1755), y en donde "la prueba del nexo causal corresponde al corredor". [4]'*

Una ejecutoria de la Suprema Corte de Justicia señala que el corredor podrá reclamar su premio, solamente cuando el negocio haya sido realmente realizado *(Cfr.* la tesis judicial: *Corredor, retribución al).*

iv) Si al corredor se le encarga mediar para un contrato determinado y el oferente *celebra uno distinto*, sobre el mismo objeto, ¿tiene aquel derecho a la comisión? Por ejemplo, cuando a un corredor se le encarga celebrar una compraventa sobre un bien inmueble y el contrato que concluye finalmente el comitente es un arrendamiento. En casos como éste, estimo que el mediador, por medio de su gestión, produjo un efecto benéfico para el o los oferentes, aun cuando la naturaleza del acto difiera de lo mandado. "Cuando en lugar del contrato objeto del corretaje se perfecciona otro distinto, la comisión habrá de pagarse si a pesar de todo se alcanza el resultado económico que se había propuesto el comitente." [50] En este caso, la comisión o premio se pagará sobre la base de la parte proporcional del beneficio obtenido.

v) Existen algunos casos en los cuales se plantea la cuestión de si el mediador debe conservar la comisión pagada. Si el contrato principal está sujeto a *condición suspensixta^* el derecho a la retribución surge cuando ésta se realiza, "el estado de pendencia de ésta se comunica al derecho a la comisión".[51] Cuando la condición es *resolutoria* "el derecho a la comisión no desaparece por la verificación de la condición... la obra del mediador ha dado una utilidad inmediata a las partes".[52] Si el contrato principal es *nulo*, el corredor debe devolver el premio pagado. Si el contrato se *resánde* no pierde el intermediario su derecho a la retribución, a menos que se demuestre

" Cas tan (32), tomo IV, voJ. II, pág. 347.

** *Ihavmarw dt Demho Pavada* (43), voz; corretaje.

** Puig Peña (72). tomo IV, vol. II. pág. 411.

[51] Messinco (76). tomo VI, pág. 72. El art. 652 del Código Gvil Alemán establece que; "Si el contrato se concluyese bajo condición suspensiva, sólo podrá reclamarse el corretaje cuando la condición se realice." El Código Suizo de las Obligaciones, con una disposición similar, expresa: 'Cuando el corretaje ha sido concluido bajo condición suspensiva, la remuneración no se debe más que desde el cumplimiento de la condición" (art. 413).

* Mcssineo (76), tomo VI, pág. 72.

que conocía esa posibilidad como circunstancia que afectaba al contrato. Estos planteamientos siempre son aplicables después de un análisis particular de lo que se pactó en el contrato.

vi) ¿Quién debe pagar la prestación? En principio, esta "debe ser satisfecha por quien o quienes formularon el encargo, salvo pacto en contrario".*[5]

> No puede quedar obligado a pagar premio o comisión el tercero no cliente No obstante, el corretaje puede ser bilateral en el sentido de que un mismo corredor reciba el encargo de un mismo contrato mediante dos ofertas de contenido inverso formuladas por dos clientes suyos... el corredor tendrá derecho a percibir comisión de uno y otro.**
> En el Derecho italiano, "la remuneración se debe al mediador por ambas partes, porque ambas se han aprovechado de su actuación, aunque una sola de ellas, o ninguna, le hubiera dado el encargo de artuar".“ Pienso que esta última postura, que tiene su fundamento en la ley italiana, no puede aplicarse en nuestro derecho, en donde el deudor de la comisión es únicamente quien contrate los servicios de intermediación.

En mi opinión, la fuente de esta obligación es específicamente contractual, por lo cual no existe para quien no es parte del contrato de mediación.

c) *Reembolsar los gastos del corredor.* Esta es una obligación distinta de la de abonar el premio de la comisión. "Los usos y la doctrina son contrarios a que al corredor, y en su caso, subcorredor, se le reembolsen los gastos."[56] El corredor debe cubrir los gastos que realiza con el monto de la comisión u honorarios a que tiene derecho por el cumplimiento del contrato. Solamente tendrá derecho al reembolso de gastos para los casos en que el acto jurídico objeto de la correduría no se concluya cuando exista en el contrato una estipulación que señale éste derecho. Un principio distinto lo tiene el C.c. ital/'[7]

10. MODALIDADES

a) *El pacto de exclusivas** Esta modalidad es una cláusula que en ocasiones aparece en este tipo de contratos y que, en principio, beneficia al corredor. El *pacto de exclusiva* significa que el cliente no puede contratar a un segundo corredor a quien se le encargue

" Broseta (29). pág. 452.
[M] Vtccnt Chtilia (104). tomo II, pág. 294.
[VI] Trabucchi (99), tomo II. pig. 328.
López Vi las (70). pág. 174. *Cfr.* en igual sentido Puig Peña (85). tomo IV, vol. II. pág. 419 y Samponi (92), pág 187.
El art. 1756 establece que: "Salvo pactos o usos contrarios, el mediador tiene derecho al reembolso de los gastos frente a la persona por encargo de b cual se han llevado a cabo, aun cuando el negocio no haya sido concluido."
Para ampliar sobre este tema véase H capitulo XVI de esta obra.

su intervención para el mismo negocio objeto de la intermediación del primero. Este derecho del mediador debe quedar sujeto a un *término,* pues supone para el oferente una obligación de no contratar, especie de las obligaciones negativas, que limita su libertad. Por tanto, como requisito de validez, el pacto de exclusiva debe quedar sujeto a un término.

El incumplimiento del pacto de exclusiva por parte del comitente lo responsabiliza por los daños y pcijuicios frente al mediador. Esto tiene como fundamento legal el artículo 2280 del C. c., principio general de las obligaciones de no hacer. Sin embargo, el corredor no pierde su derecho a la prima y debe probar la relación de causalidad entre la gestión y el resultado del negocio concluido, a pesar de que exista incumplimiento de la exclusiva.

> En la práctica, cuando la mediación se establece en términos exclusivos suele acordarse que el mediador tendrá derecho a la comisión pactada, si el contrato se celebra con cualquier persona durante el término de vigencia del contrato de mediación, con lo cual se pretende eliminar la prueba de la relación causal entre la actividad del mediador y el contrato celebrado."

b) *El subcorretaje.* Otra de las modalidades que pueden pactarse en este contrato es la posibilidad de subcontratar con un tercero la totalidad o parte de la ejecución de la mediación. Como acto jurídico *intuilu ftersonae* supone que al corredor se le elige por sus cualidades personales para el desempeño de su labor.

> 1.a existencia y admisión del esquema contractual básico permitirá el nacimiento de un subcontrato de mediación o corretaje (submediación o subcorretajc); tendrá lugar cuando el mediador, a su vez, se sirva y conecte con otra persona para ampliar así las posibilidades de conseguir la conclusión del contrato del que será parte el oferente.""

Para la celebración de este contrato derivado se requiere la voluntad del cliente, por aplicación analógica de las normas de la comisión y del mandato, que prohíben al comisionista y al mandatario delegar su encargo sin autorización (arts. 280 del C. de c. y 2574 del C. c., respectivamente).

El subcorretaje, como todos los contratos dependientes, está limitado por el contrato base de corretaje del que deriva. Al submediador, por tanto, le son aplicables todas las limitaciones y normas a que está sujeto el corredor original y su remuneración sólo puede reclamarla al corredor con quien la pactó, siempre que el negocio se concluya.

" *Diccionario Jurídico Mexicano* (44), voz: contrato de mediación.
*° López Vilas (70), pág. 171.

c) *Garantía del mediador.* El C. c. ¡tal. previene que "el mediador puede prestar garantía por una de las partes" (art. 1763). Esta disposición se asemeja a la cláusula del *star del credere,* prevista por el mismo ordenamiento para el contrato de comisión (art. 1736), y aceptada por la doctrina aun en países, como México, que no consideran legislativamente esta modalidad.

¿Puede aceptarse en nuestro Derecho que el corredor garantice a alguna de las parles? Considero que los corredores sí pueden garantizar a una de las partes en el negocio objeto del contrato de mediación.[61]

> Ninguna incompatibilidad se manifiesta, respecto a la posición de mediador, toda vez que la fianza entra en el cometido, que es del mediador, de facilitar la conclusión del negocio y sigue siendo autónoma respecto del denominado contrato principal '"

Las particularidades de esta modalidad son:

i) Como en la comisión de garantía, el corredor tiene derecho a recibir un *premio adicional.*

ii) La responsabilidad del intermediario que garantiza es la de un *pudor.*

iii) Las relaciones mediador-fiador subsisten después de concluido el negocio encargado, pero sólo en su carácter de fiador, pues como corredor ya cumplió sus obligaciones.

> Cerrado el negocio entre A y C, cesan las relaciones con el intermediario B que lo ha tratado (a menos de que tenga también el encargo de ocuparse del cumplimiento del contrato celebrado) (art. 1761). No obstante responde también de ese cumplimiento: a) cuando lo haya garantizado..."

d) *La mediación-comisión.* Es claro que "son diferentes jurídicamente la comisión y la mediación, pues desde luego se advierte que en esta última no se ejercita ninguna representación", ha señalado una jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia (*Cfr*: la tesis judicial: *Comisión y mediación. Su diferencia).* Otra tesis confirma que "si sólo se confirió a una persona la facultad de gestionar un crédito hipotecario, pero no la de celebrarlo a nombre de aquélla, ...no se está en presencia de un contrato de comisión mercantil, sino de corretaje o mediación" *{Cfr.* la tesis *Corretaje o mediación en negocios mercantiles).*

"El corredor puede asumir, finalizada la actividad mediadora, la representación de una parle, con la autorización de la misma, para concluir en su nombre el negocio o contrato objeto del co- [41] * * [44]

[41] Eli H art. 69 frac. V del G de c, precepto derogado por la I.CORR. *r prohibía a los corredores públicos garantizar los contratos en que intervinieran. La vigente LCORR suprimió esta prohibición.

•* Messineo (76). tomo VI. pág. 75.

[44] Blanca (28). pág. 456.

i-retaje."[M] "Mientras normalmente hay prohibición para que se represente a las dos partes de un negocio, no lo hay para que el mediador actué por ambas."[66]

Como figura atípica que resulta de la unión de dos contratos se puede pensar en una *mediación-comisión,* como acto jurídico que para el mediador-comisionista, supone los deberes que pertenecen a estos dos tipos contractuales.[66] La actuación del mediador como representante supone la existencia de un poder por el que se le concede la representación. "El mandato *(y la comisión),* por ser un negocio por medio del cual una persona se obliga a realizar actos jurídicos concretos por cuenta de otra, es el vehículo o cauce más adecuado para la realización del poder."[67] Este contrato de *comisión representativa* sucede a las obligaciones que, derivadas del contrato de corretaje, tiene el mediador.

> En «la modalidad, "el mediador debe actuar con autonomía; en ese sentido debe entenderse la expresión corriente cuando se hable de la actividad desinteresada o imparcial del mediador; tan sólo después de la conclusión del negocio principal podrá asumir el cuidado de los intereses de una de las panes, limitándose a los actos de ejecución de los que hubiera sido encargado".**

El mediador-comisionista tiene las obligaciones propias del corredor y, una vez cumplida su función con este carácter, este corredor actúa como representante de una de las partes, con los deberes que nacen de un contrato de comisión con representación. Como el mediador cumple con obligaciones de dos contratos, en la contraprestación debe también precisarse que corresponde a la prima de corretaje, por un lado, y a los honorarios de la comisión, por el otro.[60]

11. TERMINACIÓN

El contrato de corretaje termina, usualmente, con su cumplimiento, es decir por la conclusión del negocio y pago de la prima.

[w] Sampons (92). pág. 118.

* Barrera Graf (14), pág. 40.

®* Esta modalidad está regulada, aunque no con este término, en el Ce i tal. El art. 1761 dispone que: "El mediador puede ser encargado por una de las partes de representarla en los actos relativos a la qecurión del contrato concluido con su intervención."

[‘7] Pérez Fernández del Castillo (82), págs. 25 y 26. Dice este autor que "el mandato por naturaleza y definición no es representativo, sin embargo puede suceder que simultáneamente se otorgue un mandato y un poder, en cuyo caso, se trata de un mandato con representación directa" (pág. 25).

®* Trabucchi (99). tomo II. pág. 328.

" Esta posibilidad está prohibida para los corredores públicos, quienes no pueden ser comisionistas (art. 20 frac. I de la LOORR).

Puede también concluir por mutuo disenso, por pérdida de la cosa objeto del negocio principal o porque éste se haga imposible.[70] Aquí voy a analizar sólo algunas de las causas que requieren cierta explicación.

a) *El plazo.* El contrato termina a la llegada del *plazo*, si dentro del período de vigencia el corredor no ha logrado el resultado deseado por el cliente que lo hace acreedor a su premio. Es usual que estos contratos tengan un término, sobre todo cuando contienen el pacto de exclusiva. Sin embargo, el corredor tiene derecho a su retribución, después de transcurrido el plazo, si el negocio objeto del contrato de mediación se concluye por la actividad de intermediación realizada (relación de causalidad). En estos casos el efecto perdura aun extinguida la relación contractual.

> Suele en algunos casos preverse un plazo de protección en términos tales que el contrato se considera consecuencia de la actividad del mediador si a pesar de celebrarse fuera del término de la mediación misma, se celebrare dentro del mencionado período de protección.[71]

b) Renuncia del corredor. Al igual que en el mandato, el corretaje puede terminar por *renuncia* del corredor. "El intermediario que no ha asumido compromiso preciso, puede desinteresarse impunemente del negocio; sin embargo, cuando haya empezado a ocuparse de él, debe informar a las partes en cuanto al mismo se refiera.'"[n] Considero que la renuncia, como el rehúse del contrato, debe ser clara y expresa, por aplicación de las normas supletorias de la comisión. Salvo pacto en contrario, el corredor que renuncia no tendrá derecho a que se le reembolsen los gastos efectuados.

c) *La revocación.* Otra causa de terminación del contrato es la *revocación del cliente* al mediador.

> Actúa también en este contrato la facultad de revocar por asimilación a lo dispuesto sobre el mandato. Claro que si el derecho de revocación ha sido excluido convencionalmentc, el comitente que, no obstante, concluya el contrato por otro lado, estará obligado a indemnizar al corredor si este demuestra que por su mediación se hubiera llegado a un contrato aceptable para aquél."

Si el contrato es revocado sin justificación alguna por parte del comitente, éste estará obligado a reembolsar los gastos del corredor

[70] *Cfr.* Sampons (92), págs. 194 y 195.
[71] *Ihtrumano Jurídico Mexicano* (44), voz: contrato de mediación.
[n] Branca (28), pág. 436. *Cfr.* en el mismo sentido Sampons (92), pág. 208.
[77] Puig Peña (85), tomo IV, vol. II, pág. 420.

y, en algunos casos, al pago de daños y perjuicios, salvo pacto en contrario.

1.a figura de la *mediación irrevocable* puede formularse con la aplicación de los principios del contrato de mandato que previene el C. c. y con las consideraciones que se apuntaron para el contrato de comisión.

d) *La muerte del corredor.* Por último, la *muerte* del corredor produce la extinción del contrato, aunque en determinadas circunstancias éste pueda subsistir, por ejemplo, cuando el corredor, como persona física, cuente con una organización cuyos sucesores puedan cumplir el encargo. Acerca de este punto la doctrina italiana ha empezado a considerar que aunque el contrato es *inluilu personae*, la continuidad que produce una empresa u organización (no me refiero a una persona moral) puede permitir que el contrato continúe.

Respecto a la persona moral que es mediador, esta causa no se aplica, pero se extingue la relación contractual por la inhabilitación para el ejercicio del comercio y por la liquidación de la sociedad, no se extingue por transformación[75bw] o fusión. En caso de concurso mercantil, por analogía con la comisión, solo se da por terminado si así lo determina el conciliador (art. 100 de la LCM).

"La muerte de quien confirió el encargo (el cliente) no es causa de extinción del contrato. Sus herederos adquirirán la obligación de pagar el corretaje y de reembolsar los gastos."[74] Estimo que la norma supletoria aplicable a este punto es la relacionada con el contrato de comisión y no la del mandato, pues el corretaje tiene carácter mercantil.

12. NATURALEZA CONTRACTUAL

Aunque gran parte de la doctrina actual considere que el contrato de corretaje tiene una fisonomía propia como una figura contractual *sui generis,* subsisten alguna opiniones que lo asimilan a otros contratos típicos, como la comisión, el mandato o la prestación de servicios.

En la legislación comparada, el corretaje ha sido reglamentado en el C. c. ital., en el alemán y en el suizo de las obligaciones. Considero que las particularidades del contrato han merecido en esas legislaciones una normativa propia, autónoma y distinta a la del mandato, la comisión o la prestación de servicios.

„k- *Cfr*. Villa Vega. Enrique. (18 b). pág. 226.

[71] Garrigurs (53). tomo II. pág. 125.

> El corretaje —afirma Sampons Salgado— es un contrato propiamente *atipico* en cuanto no encaja en ninguna de las figuras con específica regulación legal y, por otra parte, tampoco responde a una combinación formada a base de los elementos pertenecientes a figuras contractuales típicas."

En nuestro Derecho el contrato es *atipico*, pero sus características y la práctica comercial le conceden ya una tipicidad social, con particularidades bien definidas como figura autónoma y distinta de las legisladas como típicas.

En lo que se refiere a las *normas supletorias,*

> a falta de regulación legal en la práctica habrá que estar, especialmente en orden al contenido y efectos del contrato, a lo que establezcan los usos del comercio y las normas del contrato de comisión que puedan ser aplicadas por analogía.*

Opino que la comisión, el mandato[77] y la prestación de servicios, en este orden, resultan contratos análogos. El primero por el marcado carácter mercantil de la mediación; el mandato como género de los contratos de gestión por cuenta ajena; y la prestación de servicios por el contenido de algunas obligaciones del corredor que resultan actos materiales, no jurídicos. Hay que mencionar, además, la importancia que para este contrato tienen los usos mercantiles —en lo que debe determinarse de qué plaza son dichos usos— y, en ciertos casos, la regulación de los corredores públicos que nuestra ley contiene.

" Sampons (92). pág. 37.

* Uría (100), núm. 597 ,

:: El Código Suizo de bi Obligaciones señala; "Las reglas del mandato son, de una manera general, aplicables al corretaje" (art. 412).

BIBLIOGRAFÍA

BAUCHE: (18) *luí empresa,* págs. 415 a 422.
BRANCA: (28) *Instituciones de Derecho privado,* págs. 435 a 437.
BROSF.TA: (29) *Manual de Derecho mercantil,* págs. 425 a 428.
CASTÁN: (32) *Derecho civil español común y farol,* lomo IV, vol. II, págs. 538 a 549.
DÍAZ BRAVO: (42) *Contratos mercantiles,* págs. 384 a 387.
Diccionario de Derecho Privado (43), voz: contrato ele corretaje.
Diccionario jurídico mexicano (44), voz: contrato de mediación.
GARRICUES: (53) *Curso de Derecho mercantil*, tomo II, págs. 122 a 125.
LÓPEZ VíIAS: (70) *El subcontrato,* págs. 167 a 174.
MANTILLA: (72) *Derecho mercantil,* núms. 201 a 206.
MESSINEO: (76) *Manual de Derecho civil y comercial,* tomo VI, págs. 65 a 75.
PuiG PEÑA: (85) *Tratado de Derecho civil español,* tomo IV, vol. II, págs. 413 a 421.
SAMPONS: (92) *El contrato de corretaje.*
SÁNCHEZ CALERO: (93) *Instituciones de Derecho mercantil,* pág. 466.
TRABUCCHI: (99) *Instituciones de Derecho cixril,* tomo II, págs. 327 a 330.
URÍA: (100) *Derecho mercantil,* núm. 751.
VlCENT CIIULÍA: (104) *Compendio crítico de Derecho mercantil,* tomo II, págs. 293 a 296.
VILLA VEGA, Enrique, *El contrato de corretaje o mediación,* parte de la obr«- *Contratos mercantiles,* (18 b), págs. 186 a 227.

CAPÍTULO XIII

EL CONTRATO DE AGENCIA

SUMARIO: 1.—Agencia, agente y contrato de agencia. 2.—El agente. S.—El contrato de agencia y su regulación en otros derechos. 4.—Concepto y características. 5.—-Clasificación. 6.—Elementos. 7.–Obligaciones del agente. 8.–Obligaciones del empresario. 9.—Modalidades. 10.—Terminación. 11.—Naturaleza contracmal.

1. AGENCIA, AGENTE Y CONTRATO DE AGENCIA

Para el estudio del contrato de agencia es preciso distinguir tres conceptos: la agencia* como establecimiento, el agente y el contrato de agencia.

La voz *(agencia)* tiene, según el Diccionario de la Real Academia Española, div tintos significados que, a su vez, tienen contenido jurídico. Tanto se refiere al oficio o encargo de agente, como a su oficina o despacho; a la empresa destinada a gestionar asuntos ajenos o, en fin a la sucursal o delegación subordinada de una empresa.*

a) A la agencia como *establecimiento o empresa* hacen referencia diversas disposiciones de nuestro ordenamiento legal. Por ejemplo, el C. de c. en el artículo 75 fracción X establece que son actos de comercio: "las *empresas* de comisiones, de *agencias,* de oficinas de negocios comerciales y *establecimientos* de ventas en pública almoneda." El mismo ordenamiento considera comerciantes a "las sociedades extranjeras o las *agendas* y sucursales de éstas.." (arts. 3º C. de c. y 251 frac. III de la LSM). El Reglamento de la ley federal de turismo hace referencia a las *agencias de viajes* como la empresa que contrata o actúa como intermediadiario en beneficio del usuario de servicios turísticos (art. 2º frac. I). Para efectos fiscales, se establece que tienen el carácter de establecimiento permanente, entre otros, las sucursales, *agendas,* oficinas, fábricas, como lugar de negocios en que se desarrollan actividades empresariales (art 2® LISR). [1]

[1] *Agencia.* Oficio o encargo dr agente. 2. Oficina o despacho del agente. S. Empresa destinada a gestionar asuntos ajenos o a presur determinados servicios. 4. Sucursal o delegación subordinada de una empresa. *(Diccionario de la lengua apañóla,* 22* ed.. Espasa Calpe, Madrid, 2001).

* *Diccionario Jurídico Mexicano* (44), voz: contrato de agencia.

b) Al *agente* como persona física o moral que actúa por cuenta de otra se refieren muy distintas leyes mexicanas.' Por ejemplo:

> i) El *agente naviero* es la persona física o moral que está facultada para que en nombre del naviero u operador, bajo el carácter de mandatario o comisionista mercantil, actúe en su nombre o representación... (art. 22 LNCM).
>
> *ti)* Los *agentes de seguros* son las personas físicas o morales que intervienen en la contratación de un seguro (art. 23 de la LGISM), y que están regulados, además, por un Reglamento de agentes de seguros.
>
> *iii)* El *agente de fianzas* es la persona que interviene en la contratación de fianzas (art. 87 LIF).
>
> *iv)* El *agente aduanal* tiene como función promover por cuenta de importadores o exportadores el despacho de mercancías (art. 26 de la Ley Aduanera).
>
> *v)* Por último, la LFT regula a los *agentes de cotnerrio* (de seguros, vendedores, viajantes, propagandistas o impulsores de ventas) y los considera como *trabajadores* de la empresa cuando prestan sus servicios en forma permanente y bajo una relación de dependencia con un patrón (arts. 285 y siguientes).

Hay un denominador común en los ejemplos antes enumerados de las diversas clases de agentes y es el elemento de la actuación por cuenta ajena, independientemente de que exista o no la representación.

c) El *contrato de agencia,* en su aspecto mercantil, no está regulado como tal en nuestro Derecho mexicano y es, por tanto, un contrato atípico. Tiene naturaleza mercantil cuando se celebra entre comerciantes independientes y no hay subordinación entre el agente y el empresario, pues en este último caso la relación tiene carácter laboral y se rige por la ley respectiva. En materia fiscal, la LIVA señala que se considera prestación de servicios *independientes* al mandato, la comisión, la mediación, *la agencia,* la representación, la correduría, la consignación y la distribución (art. 14 frac. IV). 1.a LISR se refiere a los ingresos por mediaciones derivados de diversos contratos como el de *agenda* (arts. 137 y 204). *

* *Cfr.* Díaz Bravo (42). núm. 199.

2. EL AGENTE

El *agente** como una de las partes del contrato mercantil es, generalmente, un comerciante. Sin embargo, puede haber diversas clases de agentes y distintas relaciones de éstos con el empresario. En ciertas circunstancias, esta relación tiene carácter laboral.

a) *Concepto.* Se denomina *agente de comercio* al comerciante que es parte en contratos de agencia de naturaleza mercantil. Con este calificativo se distingue de otra clase de agentes.

> En sus orígenes, surge el agente como una figura compleja en la que se funden elementos de otras figuras mercantiles. De los comisionistas y de los mediadores toma el agente su carácter de comerciante independiente; de los auxiliares independientes del comerciante recibe la nota de la permanencia en la relación que une a otros comerciantes; y con unos y con otros coincide su actividad como actividad mediadora y representativa.'
>
> Agente de comercio es la persona, física o moral, que de modo independiente, se encarga de fomentar los negocios de tino o varios comerciantes*

b) *Clases.* El agente de comercio es comerciante, ya que realiza actos calificados de comerciales y, por su relación continuada o estable de su actividad y el requisito de independencia, generalmente tiene la condición de empresario.[1] * * * * * [7]

El agente de comercio puede o no tener la *representación* del empresario, pues no es inherente a su función actuar en nombre del mandante.[8] Para el Derecho mexicano, "en la mayoría de los casos el agente no tiene la facultad de representar al principar.[9] Es posible distinguir al agente de comercio que tiene representación de su mandante, de aquel que actúa sin representar al empresario. Así, se puede hablar de agente representativo y agente sin representación.

[1] *Agrnte.* 4. Persona que obra con poder de otra. 5. Persona que tiene a su cargo una agencia para gestionar asuntos ajenos o prestar determinados servicios. *(Diccionario de la Real Academia EfpaMa, op. dL).*

* Garrigues (53), tomo II. pág. 118.

• Mantilla (72), mim. 207. En la ley francesa sobre agentes comerciales se establece: *"agente comercial* es el mandatario que. a titulo de profesión habitual e independiente, sin estar ligado al contrato de arrendamiento de servicios, negocia y eventualmente concluye compras, ventas, arrendamientos o prestaciones de servicios en nombre y por cuenta de productores, industriales y comerciantes" (art. 1*).

[7] *Cfr.* I .lohregat (69), pág. 49. No se confunda el término de empresario con el de persona moral o sociedad.

• Algunos autores lo incluyen en su definición. Por ejemplo: Rodríguez (89). tomo I, pág. 227; Broseta (29), págs. 155 y 448; Garrigues (53). tomo II. págs. 118 y 119; Sánchez Calero (93). pág. 462.

* Vázquez del Mercado (91). pág. 108.

El agente de comercio puede o no ser *exclusivo*, y ello depende de cada uno de los contratos que celebre. Por esta razón puede haber un agente exclusivo y un agente sin exclusividad o no exclusivo.

> Importa, sin embargo, destacar otra clase de agentes acerca de los cuales existe cierta confusión: se habla de agentes *viajeros o viajantes* y de *agentes de ventas,* por oposición a los agentes de comercio o comerciales.
>
> Ixw *agentes de ventas* tienen "su misión circunscrita a determinada ciudad", en tanto que los *viajantes,* 'como su nombre lo indica, recorren una zona más o menos amplia e incluso todo el país".'® 1 .as funciones del agente de ventas y del viajante son más limitadas que las del agente comercial.
> Los primeros suelen reducir su actividad a visitar clientes; a fomentar sus ofertas de contrato; a recoger sus pedidos para trasladarlos al empresario mercantil al que auxilian, el cual, en este caso, debe aceptarlos; o, en escasas ocasiones, poseen poderes para concretar contratos en firme en nombre de su principal, o salvo aprobación posterior de éste. Sus facultades, e incluso su forma de retribución, suelen ser variados y dependen, frecuentemente, del ramo mercantil o de la naturaleza de la actividad que desarrollan."
> En nuestro C. de c. hay una referencia a los *dependientes viajantes* (art. 323) que tienen el carácter de agentes de comercio, representativos en tanto que "obligan al principal dentro de sus atribuciones expresadas en los documentos que los autoricen" y su relación es de naturaleza laboral, pues son "dependientes". Puede encontrarse la descripción de estos auxiliares del comerciante en la LFT que se refiere a los agentes viajantes (art. 283).

c) *Aspecto laboral* Una cuestión de gran importancia en la relación entre el agente y el principal es el determinar en qué casos se está en presencia de un contrato de agencia mercantil y en casos hay una relación de naturaleza laboral.[12]

Nuestra LFT contiene un capítulo dedicado a "los agentes de comercio y otros semejantes", y en el artículo 285 de dicho ordenamiento se establece:

> Los *agentes de comercio,* de seguros, los vendedores, viajantes, propagandistas o impulsores de ventas y otros semejantes, son *trabajadores* de la empresa o empresas a las que prestan sus servicios, cuando su actividad sea *permanente,* salvo que no ejecuten personalmente el trabajo o que únicamente intervengan en operaciones aisladas.

La jurisprudencia y la doctrina han abundado en torno de este precepto y las normas relacionadas con él. Aun cuando la LFT [10]

[10] Mantilla (72). núm. 223.

" Broscta (29). pág. 156.

.T La ley española señala que: "No se considerarán agentes los represen un tes y viajantes de comercio dependientes ni. en general, las personas que se encuentren sinculadas por una relación laboral, sea común o especial, con el empresario por cuya cuenu actúan" (art. 2*).

utilice los más amplios vocablos para describir al agente, los criterios parecen ser claros.

> El agente es titular de su propia empresa y la prestación de su trabajo no se realiza de modo subordinado. De allí que no esté ligado al empresario por un contrato *laboral,* sino por un contrato distinto: el contrato de agencia.[13]

En Derecho laboral mexicano, la disposición debe interpretarse en el sentido de que el contrato de agencia o la relación, es laboral cuando el "agente" dependa, en relación personal subordinada de la empresa a la que representa y por cuya cuenta actúa. El pleno de la Suprema Corte de Justicia ha declarado que: "el agente de comercio es trabajador y se encuentra protegido por la Ley Federal del Trabajo si se da el elemento esencial de la relación de trabajo: subordinación (*Cfr.* la tesis judicial: *Agentes de comercio, cuando son sujetos de derecho del trabajo).*

La relación jurídica es mercantil cuando el agente sea titular de su propia empresa de agencia.[14] "El criterio básico de la distinción vuelve a ser la *subordinaáón jurídica* que siempre encontramos tratándose de contratos de trabajo."[15] Por tanto, independientemente de la denominación que tenga el agente:

> —*comisionista* o *mediador,* como frecuentemente se le llama— y también sin importar la forma del pago de salario, que no sirve de criterio de distinción, estamos en presencia de una verdadera *relación laboral* en los siguientes casos. Si una persona que realiza ventas de los productos de una empresa, aunque se le pague con comisiones, tiene que trabajar durante determinado número de horas diarias, presentarse a la fábrica todos los días al comenzar o terminar la jomada de labor o en ambas ocasiones, se le prohíbe dedicarse a vender productos de otras empresas aunque no sean de la competencia y se le fijan los clientes o rumbos precisos que debe recorrer, todos ellos son indicios de que no se trata de un comisionista, sino de un *trabajador*

Una tesis judicial ha señalado que hay que tener en cuenta los términos y condiciones del contrato, no el hecho de que en ellos aparez.ca la palabra "comisionista" (*Cfr.* la resolución judicial: *Comisión: naturaleza de los contratos).*

Una interesante tesis de un Tribunal Colegiado ha señalado las características que debe tener un contrato de comisión para acreditar que no hay relación de trabajo. Dice esta ejecutoria:

[u] Uría (100). num. 752.
[M] Cervantes Ahumada (34), pág. 482.
• Guerrero (57), pág. 57.
'* Guerrero (57), pág. 58.

"para la existencia de una relación derivada de un contrato de comisión mercantil, deben acreditarse los siguientes elementos: a) Que los actos realizados fueron transitorios, aislados y que sólo accidentalmente crearon dependencia entre el comisionista y el comitente; b) Que la duración del contrato estuvo limitada al tiempo que era necesario emplear para la ejecución de los actos;
c) Que los actos verificados eran precisamente de comercio; y, d) En caso de no haber sucedido así, que las actividades contratadas no se hubieran realizado por quien alega ser trabajador, sino a través de otras personas contratadas independientemente por el comisionista. *(Ver la tesis. Contrato de comisión mercantil, requisitos que se necesitan para acreditar la existencia del, y diferencias con el contrato laboral).*

Las tesis y la jurisprudencia acerca del tema son repetidas y abundantes y en ellas se repite el concepto de subordinación y dependencia para calificar a la relación laboral, frente al contrato de agencia mercantil en donde el agente debe tener como característica su "independencia". (*Cfr.* las tesis judiciales: *Agente de comercio y de seguros.—Comisión mercantil, contrato inexistente de.—Comisión mercantil.—Trabajo, contrato de. Sus diferencias con la comisión mercantil).*

Una jurisprudencia de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia, en contradicción de tesis, señala lo siguiente: "si analizando el contrato respectivo, se advierte que el comisionista se compromete a vender y promocionar los productos, mercancías y artículos entregados por el comitente, en calidad de consignación, por sí o a través de terceros, manifestando que cuenta con recursos y personal adecuado para realizar la venta y promoción (es decir, la venta no la realiza necesariamente aquél); que podrá presentarse o ausentarse cuando así lo desee, debido a que no está obligado a cumplir personalmente la comisión; que el contrato no confiere exclusividad para ninguna de las parles, por lo cual tiene plena libertad para contratar con otros comisionistas o comitentes y que podrá realizar su actividad en forma independiente (lo que excluye la subordinación), es evidente que se está ante un contrato de comisión mercantil, aunque se establezcan diversas cláusulas relativas al depósito de las ventas, la conservación de la mercancía, a los faltantes, los cortes de caja, inventarios y auditorías, así como las atinentes a las limitaciones a contratar con otros comitentes, las cuales no son órdenes, en la forma como se entienden en una relación de trabajo, sino normas contractuales que posibilitan el

adecuado desempeño de la comisión" (*Cfr.* La jurisprudencia: *Comisión mercantil. Criterio para determinar su existencia cuando se aduce una relación de trabajo).*

3. El contrato de agencia y su regulación en otros derechos

El contrato de agencia como contrato mercantil es atípico en el Derecho mexicano, pero está regulado en leyes de otros Derechos. Por ejemplo:

- El Código de comercio alemán (1897) es el primer ordenamiento que lleva a cabo una regulación completa de este contrato.[17] *
- El Código civil italiano (1942) lo reglamenta como un conüato distinto al mandato y a la comisión.
- El Código suizo de las obligaciones define al agente y contiene normas sobre el contrato de agencia.
- En Francia, por Decreto de 29 de diciembre de 1958, se establecen disposiciones relativas a los agentes comerciales y se reglamenta al contrato de agencia.
- En España se promulga la Ley sobre el contrato de agencia (1992) con normas inspiradas en la Directiva de la Comunidad Económica Europea.
- Esta figura contractual también se contempla en el Código de comercio de Colombia y, en la legislación de Bolivia se regula con otras figuras como la comisión, la representación y la distribución."

En el Derecho de los Estados Unidos de América, el término *ageney* tiene variadas aplicaciones. En una definición muy general se puede decir que es

> una relación en la cual una persona, el agente, está autorizado para actuar por y bajo el control de otra persona, el principal, en negocios de naturaleza contractual con terceras personas.[19]

"La *ageney* es una relación fiduciaria".[w] Se aplica a la relación representativa o no representativa; a la que puede existir entre un

[17] *Cfr.* Llobrrgjt (69). págs. 27 y 28.

*" *Cfr-* Aguinis (6), págs. 33 a 39.

Cfr. Howard B. Lowell: Business Law, Banon's educacional series. Woodbury. New York. 1965. pág. 263.

patrón y un trabajador, sin facultades para obligar al patrón con terceras personas; o a un empleador o propietario y a un contratista independiente. Puede existir la agencia exclusiva o *exclusive agency,* referida al contrato de agencia.

En el ámbito *mtemaáonal* hay una tendencia a unificar las normas referentes al contrato de agencia. El UNIDROIT inició en 1935 los primeros trabajos sobre la unificación en esta materia. Existe la "Convención sobre representación en la compraventa internacional de mercaderías", adoptada en la ciudad de Ginebra, Suiza el 17 de febrero de 1983.** El Consejo de la Comunidad Económica Europea adoptó, en 1986, una Directiva relativa a la coordinación de los Derechos de los Estados miembros en lo referente a los agentes comerciales independientes.* La Cámara de Comercio Internacional ha preparado una guía sobre el contrato de agencia comercial.

4. CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS

El contrato de agencia ha sido definido por el C.c. i tal. como sigue:

"Por el *contrato de agencia* una parte asume de manera estable el encargo de promover, por cuenta de la otra, mediante retribución, la conclusión de contratos en una zona determinada" (art. 1742).

En la ley española sobre el contrato de agencia se contiene un concepto descriptivo y más elaborado:

"Por el *contrato de agencia*, una persona natural o jurídica, denominada agente, se obliga frente a otra de manera continuada y estable, a cambio de una remuneración, bien a promover actos u operaciones de comercio por cuenta ajena, o a promoverlos y concluirlos por cuenta y en nombre ajenos, como intermediadiario independiente, sin asumir, salvo pacto en contrario, el riesgo y ventura de tales operaciones" (art. 1*).

Hay que destacar que el G c. ital. incluye dentro de la definición la limitación a "una zona determinada" y que para ciertos autores el agente debe tener el carácter de empresario," entendido como una organización.

* El Decreto de promulgación de ésta Convención apareció publicado en el *Diario Oficial* del 22 de febrero de 1988.

[n] *Cfr.* Llobregat (69), págs. 32 a 38 y 283 a 293 y Díaz Bravo (38), núm. 201.

[B] Garrigucs (53), tomo II. pág. 119; Broscta (29). págs. -147 a 450.

De las definiciones legales citadas me parece que se podría proponer un concepto general en estos términos:

El *contrato de agenda* es aquel por el cual una persona llamada agente, como intermediario independiente, de forma permanente y estable, se obliga a promover y, en su caso, a concluir negocios por cuenta del empresario, mediante una contraprestación generalmente ligada a los resultados.

El contenido esencia] del contrato es la actividad de promoción continuada o estable de actos y operaciones de comercio. Y, esta obligación puede ir acompañada, en algunos casos, de la obligación adicional de concluir esas mismas operaciones en representación del empresario principal. El agente debe realizar esa actividad en forma genérica, sin esperar a recibir encargos concretos. Además, estas funciones básicas del agente pueden ir unidas a otras, tales como recibir pagos, hacer entregas, recibir reclamaciones destinadas al empresario principal, etc."

Son *características* de esta figura contractual:

a) El agente es un comerciante *independiente,* no es un trabajador del empresario. "La independencia consiste en la posibilidad de organizar la actividad profesional y el tiempo dedicado a la misma conforme a criterios propios."*[4]

b) Es un contrato de duración que generalmente se celebra por para plazos largos o por término indeterminado. Se busca una *relación permanente y estable,* pues el agente no es un colaborador ocasional.

c) El *objeto* del contrato es promover y, en su caso, concluir contratos por cuenta del principal. El contrato no se agota en actos concretos, como los contratos de comisión o corretaje.

d) El agente obra *por cuenta* del empresario y puede o no ser su representante. Hay, así, dos clases de agencia: representativa y sin representación.

e) La *remuneración* del agente depende, en prácticamente lodos los casos, de los resultados.

f) Es común que se pacte en algunos de estos contratos la *exclusiva* para determinada zona o territorio, en beneficio del agente, del principal o de ambos.

° "* Bcrcoviiz Al vare z. Raúl. *O contrato de agencia,* parte de la obra *Contratos mercantiles* (18 b). pág. 234.

" Uobregat (69), pág. 63.

5. CLASIFICACIÓN

a) Por su naturaleza, es un contrato *mercantil,* en los casos en que lo celebra una empresa (art. 75, fracción X, del C. de c.) o si las partes que en el intervienen tienen la categoría de comerciantes. Además, será mercantil cuando el lucro sea el fin que anima al agente a actuar como tal.

b) En relación a su función económica es un contrato de *colaboración,* pues el agente coopera con su actividad económica al mejor desarrollo de la otra parte.

c) Es un contrato que no requiere formalidad alguna para su celebración y, por tanto, es de forma libre o *consensuaL* Por aplicación analógica de las normas de la comisión, y sólo cuando exista representación, debe hacerse de la forma que para dicho contrato prescribe el C. de c. (art. 285 relacionado con el 2555 del C. c.). Por tratarse de un contrato de duración y que se celebra entre empresas o entidades económicas importantes, en la práctica se celebra por escrito.

d) Es un contrato *bilateral* porque produce obligaciones para las dos partes: empresario o mandante y agente.

e) Es un contrato *oneroso,* ya que la retribución es un elemento natural del contrato.

J) Casi siempre es *conmutativo* con relación a la forma y bases que se establezcan para determinar la retribución del agente.

g) Es un contrato de *gestión,* especie del género mandato.

h) Es un contrato de duración o *tracto sucesiva,* es decir, su ejecución no es instantánea sino que se prolonga en un plazo generalmente largo de tiempo.

i) Es un contrato *intuitu personal,* pues el empresario contrata con el agente por las cualidades personales y profesionales que este posee. "La confianza pasa a convertirse en uno de los elementos configuradores básicos de la causa del contrato."[20]

j) Es un contrato *prefmralorio,* como contrato que previene una situación que será antecedente de otros contratos.

k) Resulta un contrato *atípico* en nuestro Derecho, pues su contenido no está disciplinado en la legislación. En terminología de Bctti, puede aplicársele el calificativo de "típico social".

6. ELEMENTOS

Personales

Las partes que intervienen en el contrato de agencia se denominan *agente, comitente, mandatario* o *representante,* por un lado, y *empresario, principal, mandante o representado* por el otro. En el C. de c. *

* Uobregat (69). pág. 52.

se 1c llama principal a la contraparte de la relación con los factores y dependientes.

El Ce. ital. utiliza los términos de preponente o empresa y agente. En la ley francesa sobre los agentes comerciales se les llama mandante y mandatario. La ley española se refiere a las partes como agente y empresario. En la Convención sobre representación en la compraventa internacional de mercaderías se les denomina a las partes agente y *representado.* En el modelo de contrato de agencia de la Cámara de Comercio Internacional a las partes se les llama *"Mandante" y "Agente".*

F.l *mandante o principal,* que prácticamente en todos los casos es una empresa y generalmente una sociedad mercantil, debe tener capacidad general para contratar. Esta misma capacidad es la que debe tener el agente.*[6] Es importante analizar las leyes del país de la nacionalidad del agente, para determinar si no existen limitaciones para que ciertas personas tengan el carácter de agentes, por ejemplo, sociedades extranjeras o con inversión extranjera, ya sea que dicha limitación sea general o sólo para determinadas actividades económicas.

Reales

Los elementos reales de este contrato son la *actividad del agente* y *la retribución.*

a) *La actividad del agente.* "El contrato de agencia difiere del mandato únicamente en que el mandatario se compromete precisamente a celebrar los contratos, no a conseguir contratantes (clientes) a la otra parte (lo que es una actividad *material no jurídica*)"*[7] l^a actividad del agente se caracteriza por la promoción y, en su caso, la conclusión de negocios y contratos por cuenta del empresario. El contenido de la actividad por desarrollar puede ser muy amplio. Aunque normalmente los contratos que promueve y concluye el agente son los de compraventa, es claro que la materia del contrato de agencia puede ser cualquier negocio. En este sentido la ley francesa sobre agentes comerciales señala que el agente "negocia y eventualmcnte concluye compras, ventas, arrendamientos o prestaciones de servicios en nombre y por cuenta de productores, industriales y comerciantes (art 1®)".

* En contratos de agencia internacionales hay leyes en algunos países que sólo permiten a las empresas nacionales ser agentes o intermediarios comerciales. Por ejemplo, ciertos países de Centroaméríca tienen legislaciones proteccionistas de sus empresas nacionales para ser agentes comerciales (República Dominicana. Puerto Rico. Costa Rica. El Salvador. Guatemala. Honduras. Nicaragua y Panamá).

[17] Branca (28), pág. 454.

b) *La retribución.* La contraprestación que recibe el agente se denomina también comisión, premio o compensación y puede ser en dinero o en especie (por ejemplo, pago con los mismos productos que promueve). Suele fijarse mediante porcentaje de los contratos concluidos o los pedidos u órdenes de compra logrados para su mandante.

En la práctica hay que tener presente como se fijan las bases para determinar como debe calcularse el porcentaje y las comisiones que devenga el agente. Por ejemplo, el precio neto de venta que excluye los fletes, el empaque, derechos aduanales y otros que conviene señalar expresamente en el contrato.

Cuando no se acuerda el monto o la base de la retribución, debe acudirse a los usos de la plaza del agente o del lugar donde se concluye el negocio, por aplicación analógica del artículo 304 del C. de c. relativo al contrato de comisión.

Formales

Como contrato atípico, no regulado por ley alguna en nuestro derecho, no hay disposición que obligue a que el contrato revista formalidad alguna para su validez. Se aplica, por tanto, la regla general de la consensualidad contractual (art 78 del C. de c.), es decir se trata de un contrato de *forma libre.*

> Como referencia a la formalidad en otra» legislaciones el Ce. i tal. que regula a este contrato no exige formalidad alguna para su validez (art. 1350); en la ley francesa de agentes comerciales, el contrato de agencia debe hacerse por *escrito* (art. 1.2) y. conforme a la ley española el contrato puede ser consensual, pues nin-guna disposición prescribe la forma como elemento de validez. La Convención sobre representación en la compraventa internacional de mercaderías establece que el poder puede ser expreso o tácito y que la autorización no necesitará ser dada o probada por escrito ni estará sujeta a ningún otro requisito de forma (arts. 9* y 10).

La fonna escrita en el contrato de agencia es *ad frrobationem,* para probar el acuerdo entre las partes, no un elemento de validez. Sin embargo, cabe preguntarse si, por la semejanza que la figura tiene con la comisión o el mandato, no le serán aplicables las normas de éstos en materia de forma (arts. 274 del C. de c. y 2555 del C.c.). Considero que el contrato de agencia es consensual por ser diferente al de comisión y al mandato. Pero, cuando al agente se le otorga representación, y el contrato resulta en este aspecto una comisión representativa (art. 285 del C. de c.), la agencia debe

celebrarse por escrito o en escritura pública ante notario según los supuestos previstos en los artículos 285 del C. de c. y 2555 del C. c.

Por aplicación analógica de las disposiciones de la comisión y del mandato (arts. 276 del C. de c. y 2574 del C.c.), el agente puede aceptar *tácitamente* el encargo conferido mediante la realización de actos en ejecución del contrato (*Cfr.* el arL 1803 del C.c.).

7. OBLIGACIONES DEL AGENTE

a) *Promover o concluir negocios en interés del empresario.* Esto implica que:

> Esto implica que: el agente no tiene que esperar a recibir encargos concretos del empresario en cuyo nombre actúa, sino que tiene la *obligación positiva* de esforzarse en promover o concluir todos los contratos posibles en nombre y por cuenta de aquél, buscando cuantas ocasiones propicias se presenten mediante la adecuada vigilancia del mercado*

"Normalmente el agente se limita a promover los contratos que le han sido encomendados, recibiendo pedidos u ofertas de terceras personas que él se encarga de trasmitir a su principal. Y, será el principal el que concluya el contrato que el agente le propone — aceptando la oferta o pedido— o lo rechace".*[8] •** Esta obligación puede aparecer descrita con cierto detalle en los contratos respecto a las actividades que debe desarrollar el agente, los procedimientos de promoción y venta, como hacer llegar al empresario los pedidos y las órdenes de compra, la presentación de cotizaciones a los clientes y cómo concluir los negocios encomendados. "La actividad del agente viene delimitada a tareas puramente instrumentales destinadas a estimular en los terceros la voluntad de celebrar contratos a favor del empresario principal."*[9] En este sentido, "el agente no realiza actos jurídicos, sino que procura negocios, salvo el caso de que se trate de agente con representación".[30]

Puede acordarse en ciertos contratos la obligación del agente a concluir un volumen mínimo de operaciones durante un cierto lapso. En este caso se puede incluir como causa de terminación anticipada del contrato el que el agente no cumpla con la cuota de ventas señalada.

b) *Cooperar para la conclusión y cumplimiento de negocios con terceros.* "Esta obligación no tiene carácter indispensable. Su existencia dependerá de las condiciones del contrato."[31] Son ejemplo de estas

** Garrigucs (53), tomo II, pág. 120.
Bcrcovitz Alvarcz, (18 b), pág. 235.
** Llobregat (69), pág. 108.
*• Mruinro (76), tomo VI. pág. 60.
[Sl] Garriguc* (53), tomo II, pág. 120.

obligaciones adicionales: la entrega de la mercancía al cliente, la recepción del precio o la labor de cobranza que hace el agente y que debe pactarse expresamente,[52] el servicio de posventa, la recepción de reclamaciones de los clientes y otras.

c) *Seguir las instrucciones del empresario.* "Está obligado a ejecutar el encargo conferido siguiendo las instrucciones recibidas y procurando en todo momento una fiel tutela de los intereses que representa."[55] "Lo característico es que pocas veces se den instrucciones al agente, dejando ajuicio de éste decidir cómo va a realizar sus actividades."[54] Esta obligación es semejante a la del mandatario y a la del comisionista, aunque debido a la amplitud y facultades de actuación que por su función profesional tiene el agente, en razón de las instrucciones, será casi siempre *facultativa*.[55]

d) *Informar al mandante.* "El agente está obligado a proporcionar al proponente las informaciones relativas a las condiciones del mercado en la zona asignada; así como cualquier otra información útil para valorar la conveniencia de los negocios singulares."[56] También esta obligado, en todo caso, a informar sobre "la solvencia de los terceros con quienes existan operaciones pendientes de conclusión o ejecución".[57] El deber de información debe cumplirse periódicamente durante la vigencia del contrato. En la mayoría de los casos, esta obligación de informar entraña la de *rendir cuentas.* En ciertos casos, el agente debe informar cuando se lo pide el empresario.

Al término del contrato debe rendir cuentas de su gestión, pero no respecto a todos los negocios relacionados con el contrato de agencia, sino solamente con los efectuados a partir de su último informe. En síntesis, debe "facilitar a su principal los informes comerciales que puedan resultar propicios para su negociación".[58]

e) *Cumplir por sí mismo el contrato.* Para la celebración de contratos de subagencia requiere el agente de la autorización expresa del empresario. A esta obligación debe aplicarse, por analogía, el artículo 280 del C. de c., referente a la comisión. Como en él se indica, el agente puede utilizar dependientes, lo cual no lo exime de sus responsabilidades frente al empresario. *

" *Cfi.* Messineo (76). tomo IV. pág. 61.

" Una (100), núm. 752.

* Garrigues (55), tomo II. pág. 120.

" *Cfr.* la clasificación de Broseta (29) de la comisión en imperativa, indicativa y facultativa, pág. 442. y en el capítulo IX sección 8. inciso *b).* de esta obra.

* Messineo (76), tomo VI, pág. 61. El C.c. ¡tal. hace referencia a esta obligación y establece que la información debe referirse a las condiciones de mercado de la zona asignada y a otros datos que sirvan para valorar la conveniencia de algún negocio concreto (art. 1746).

'7 Esto lo señala expresamente el artículo 9, 2, *b)* de la ley española sobre el contrato de agencia.

* Uría (100). núm. 752.

8. OBLIGACIONES DEL EMPRESARIO

a) *Pagar la retribución o comisión en los términos pactados.* La cuantía a pagar debe ser acordada por las partes. "Consiste, por lo general, en un porcentaje sobre el importe de las operaciones que realice el agente."[39] Algunas veces se señalan diversos porcentajes para distintos productos, volúmenes o clientes. Puede señalarse también una cantidad fija como mínimo y un porcentaje que varía de acuerdo con los negocios conseguidos.

Cuando no se ha fijado la base para determinar la cuantía de la compensación del agente, debe acudirse a los usos mercantiles de la plaza o zona en que el agente ejecuta el contrato y tomar como base la de mercancías similares.

"El agente tendrá derecho a percibir la comisión cuando se concluya la operación como consecuencia de su intervención profesional.* *'bi* En este sentido el contrato de agencia es de *resultado*, no de medio".[40]

"La ejecución parcial del contrato impone una retribución proporcional."[41] El agente tiene derecho a su remuneración por aquellos contratos que "aun sin su intervención se realicen en la zona, o que no se concluyan por culpa imputable al mandante".[42] "Esta comisión se denomina *comisión indirecta*, por contraposición a la que se devenga cuando el pedido se cursa por mediación del propio agente."[43] Es conveniente que en los contratos sujetos al Derecho mexicano o en países donde la figura es atípica, se señalen estos dos supuestos en el propio contrato.

¿En qué momento el agente se hace acreedor a su comisión?

El contrato debe señalar básicamente alguno de estos supuestos para indicar el momento en que el agente tiene *derecho a cobrar* su comisión: cuando el empresario reciba el pedido del cliente que contactó el agente; cuando el empresario factura, hace la venta o entrega la mercancía; o, cuando el empresario recibe el pago del precio por parte del cliente o del agente.

Si en el contrato no se señala cuando se devenga la comisión. considero que pueden plantearse algunos criterios:

» Una (100). núm. 752.

•' Bcrcovitz Atara, (18 b), pág. 249.

Cfr. Llobrcgat (69). págs. 142 y sgt«. Para la disünción de «tas dos clase de *obliga ciotus de resultado y de medio Cfr.* el artículo 5.4 de los Principios de UNIDROIT que se transcribe en el capítulo X. inciso 8, letra *a).*

Aguinis (6), pág. 95.

* Branca (28), pág. 435.

« Una (100). núm. 752.

a) Si la obligación del agente se limita a conseguir pedidos, tiene derecho a su retribución en el momento en que éstos se logren.

b) Si el agente debe entregar la mercancía por cuenta del empresario, como una obligación adicional de colaboración, tiene derecho a su remuneración en el momento de la entrega.

c) Por último, si está pactado que el agente debe realizar la labor de cobranza ante el cliente —tenga o no prima adicional por esta obligación—, su comisión se devengará cuando el cliente o tercero pague.

Además de estos criterios, deben tenerse en cuenta los usos del lugar y la naturaleza del conüalo de agencia respecto a los productos, así como las leyes del territorio en que se ejecuta el contrato, que pueden llegar a ser aplicables.

Otro aspecto que debe pactarse o considerarse en el contrato es el determinar cuándo se pagan las comisiones, pues aunque el agente tenga derecho a ellas, el empresario posee generalmente un plazo para pagarlas. Es usual que se estipule que periódicamente (mensual, trimestral o semestralmente) el agente informe al principal de las operaciones concluidas y a los siguientes treinta o sesenta días el empresario pague las comisiones. "El pago de la misma (comisión) se realiza normalmente a través de liquidaciones periódicas."[44]

Conviene determinar contractualmcntc los casos de *devoluciones y cancelaciones* de clientes y el efecto de estas sobre la retribución del agente. Como el empresario se obliga a compensar sobre la base de los resultados, las devoluciones, cancelaciones o nulidad de los actos concluidos por el agente, le dan derecho al principal a repetir por las comisiones ya pagadas. "Si el tercero no cumple su prestación, decae el derecho del agente a la comisión."[4'] En la práctica, las comisiones perdidas por devoluciones o cancelaciones se compensan contra el pago de futuras retribuciones.

b) *Cuando se pacte, el reembolso de gastos al agente.* "El agente no tiene derecho al reembolso de los gastos de la agencia."[46] Sin embargo, puede pactarse expresamente lo contrario en el contrato. La razón de este principio es que el agente es un comerciante independiente que con el pago de su retribución por los negocios que lleguen a buen fin debe pagar sus propios gastos. En este aspecto, esta figura se distingue de la comisión, "quizá por la razón de que

*' Ulfa (100), núm. 752. La ley española sobre contrato de agencia señala que el empresario debe entregar al agente una relación cada trimestre natural de las comisiones devengadas y que las mismas deben pagarse a más tardar el último d(a del mes siguiente al trimestre natural (ara. 15 y 16). Estas dis|>osiciones me parecen demasiado rígidas y pueden ser inoperantes para cierta clase de contratos de agencia.

[45] Sánchez Calero (95), pág. 464.

** Messineo (76). tomo ib. pág. 62. Así lo establece expresamente el art. 1748 del C.c. i tal. y el art. 18 de la ley española sobre contrato de agencia.

en la retribución del agente se han tenido ya en cuenta los gastos habituales de la explotación de su empresa de agencia".[47]

c) *Auxiliar al agente en el desarrollo de su actividad.* Esta amplia obligación comprende actos tales como suministrar al agente catálogos, listas de precios, descuentos, asistencia para el conocimiento del producto o de técnicas de venta, los servicios de posventa, proporcionar ayuda publicitaria y dar asesoría comercialen general. El alcance de esta obligación debe ser pactado por las partes. "También existe el problema de la formación del agente, esta formación podría entenderse incluida dentro de la de dar instrucciones al agente".[47]*"

d) *Derecho del empresario y del agente a inspeccionar.* El empresario tiene facultad de inspeccionar y conocer la contabilidad y administración del agente. Esto tiene por objeto el comprobar que las comisiones que paga provienen de operaciones efectivamente concluidas y que éstas se han calculado de acuerdo con la base y el porcentaje acordado. Este derecho tiene como limitación natural el no interferir en las operaciones del agente ni en la administración. El ejercicio del derecho debe reportar algún beneficio al titular y se concede sólo para garantizar que el agente cumple con los términos contractuales. Igual derecho asiste al agente para inspeccionar la contabilidad del principal.[48]

9. MODALIDADES

a) *El contrato de agencia representativo.* El contrato de agencia puede ser, como el de comisión o el de mandato, *representativo o no representativo*.[49] En el primer caso el agente actúa por cuenta y *en nombre* del mandante o del empresario. En el segundo supuesto, el agente sólo actúa por cuenta del principal y la promoción y conclusión de operaciones está sujeta a la "aceptación de la casa".[50]

° Garrigues (53), tomo II. pág. 121.

[4TM]* Bcrcovitz Alvarrz, (18 b), pág. 251.

** El art. 15.2 de la ley española establece que: *E! agente tendrá derecho a exigir la exhibición de la contabilidad del empresario en los particulares necesarios para verificar todo lo relativo a las comisiones que le correspondan..."

[w] "La representación directa no integra la tipología contractual; depende de las condiciones particulares de la relación pactada con el proponente* (Aguinis (6). pág. 40).

" En la regulación del contrato de agencia que tienen algunas leyes de otros Estados existen estas reglas. En el C.c. ¡tal. el agente promueve por cuenta del preponente (art. 1748), pero éste puede conferirle representación (art. 1752). En la ley francesa el contrato de agencia es representativo, a nombre y por cuenta del mandante (art. 1). En la ley española el agente sólo puede concluir operaciones en nombre del empresario cuando tenga atribuida tal facultad (art. 6ª). En la Convención sobre representación en la compraventa internacional de mercaderías se contemplan los dos casos, es decir, que el agente actúe con o sin representación (arts. 1, 4), a pesar de que al mandante se le llama representado.

En el modelo de contrato de agencia de la Cámara de Comercio Internacional se señala como ejemplo de clausula: "Mientras no se estipule lo contrario, el Agente no está facultado para firmar contratos en nombre del Mandante o comprometer al mandante frente a terceros de ninguna otra forma. Se limitará a solicitar pedidos de los clientes para el mandante, quien se reserva la potestad de aceptarlos o rechazarlos."

Para el Derecho mexicano, cuando el contrato de agencia es representativo, requiere que el agente tenga la facultad expresa de representar al mandante y que esta le haya sido otorgada mediante la forma que prescribe la ley. la amplitud del apoderamiento puede ser:

i) General para toda clase de operaciones del principal.
ii) General limitado a cierta clase de operaciones en una zona determinada o con determinado tipo de clientes.
iii) Especial para una o varias operaciones concretas.

La representación otorgada al agente se rige por las nonnas del contrato de mandato (art. 285 del C. de c. que remite al C.c.) y, por tanto, las obligaciones de las partes, son las que señala el C.c. en esta materia.

b) El pacto de exclusiva.[5I] En el contrato de agencia es frecuente encontrar el *pacto de exclusiva* como un beneficio que tiene el agente, el empresario o las dos partes. Esta modalidad, en los contratos de agencia del Derecho mexicano debe ser acordada expresamente.[52]

En una tesis de la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia se reconoce la posibilidad de que se conceda exclusividad a una persona para la venta de productos. Dice esta tesis: "el contrato celebrado por una empresa con determinadas personas, concediéndoles la exclusividad para que vendan los productos en tal o cual región,... el contrato de que se trata es de naturaleza sui generis, semejándose

*' Para ampliar sobre este tema véase el capítulo XVI de esta obra.

[w] La ley francesa señala que "El agente tiene el derecho a aceptar la representación de nuevos mandantes sin tener que informar. Sin embargo, no puede aceptar la representación de una empresa concurrente de uno de su» mandantes, sin autorización de éste último" (art. 2®). La ley española establece: "Salvo pacto en contrarío, el agente puede desarrollar su actividad profesional por cuenta de varios empresarios. En todo caso, necesitará el consentimiento del empresario con quien haya celebrado un contrato de agencia para ejercer por su propia cuenta o por cuenta de otro empresario una actividad profesional relacionada con bienes y servicios que sean de igual o análoga naturaleza y concurrentes o competitivos con aquellos cuya contratación se hubiera obligado a promover" (art. 7).

al contrato de agencias..." (*Cfr. Concesiones exclusivas para la imita de productos de una empresa, naturaleza de los contratos de).*

En la regulación del C.c. ital. este pacto de exclusiva es una cláusula natural del propio contrato de agencia."[5]

Las particularidades que puede tener este pacto en el contrato de agencia pueden ser variadas. Por ejemplo,

i) La renuncia tic! comerciante a otorgar el carácter de agentes a otras personas en el *territorio* de que se trata.
ii) La renuncia a gestionar negocios sin intervención del agente, aunque reservándose la facultad de aceptar propuestas espontáneamente por personas residentes en el territorio de la exclusiva o que han de ejecutarse en él.
iii) La obligación de no tratar sin intervención del agente, o a lo menos, la de abonarle la cantidad pactada sobre todos los negocios celebrados en el territorio y que han de qecutarse en él. aunque se hubieren perfeccionado sin mediación del agente.* *[4]

El pacto de exclusiva tiene dos requisitos básicos. Está referido a una *zona geográfica* determinada o zona comercial y sujeta, además, a un *plazo.* 1.a zona suele ser la que se asigna al agente como exclusiva y la duración es, generalmente, la misma del contrato. El empresario que concede la exclusiva al agente puede reservarse para sí ciertos privilegios para promover y concluir directamente ciertos negocios con determinada categoría de clientes; por ejemplo, gobierno, industriales, mayoristas, etc.

Si el agente viola el pacto de exclusiva y concluye negocios con terceros que están fuera de su territorio o zona comercial, los contratos concluidos son válidos, pues el pacto de exclusiva no obliga a los terceros sino sólo al empresario y al agente. Sin embargo, por el incumplimiento del contrato, el empresario puede exigir al agente responsabilidad por los daños y peijuicios causados (porque la violación afecte a otro agente exclusivo del mismo empresario) y la terminación anticipada del contrato por el incumplimiento. Si es el empresario el que no respeta el pacto de exclusiva, "el agente tendrá derecho a percibir comisión *(comisión indirecta)* por todas las operaciones que se practiquen en su zona que se hagan sin su intervención",[55] siempre que así esté pactado en el contrato.

c) *La cláusula de garantía.* Es válido pactar en el contrato de agencia la obligación del agente de responder de las obligaciones

" El art. 174S del C.C.. ital. establece que: "El preponente no puede prevalerse simultáneamente de varios agentes en la misma zona y para el mismo ramo de actividad, ni el agente puede asumir el encargo de tratar en la misma zona y para el mismo ramo los negocios de vahas empresas en competencia entre sí."

[44] Mantilla (72), núm. 209.

* Rodríguez (89). tomo I, pág. 228.

contraídas por el tercero con el que promueve o concluye negocios por cuenta del mandante. "Su función principal es, por tanto, garantizar al comitente la solvencia de los terceros contratantes." [56] Esta *cláusula de garantía* debe constar expresamente en el contrato de agencia [r17] y supone para el agente una remuneración o comisión especial y adicional a la propia de la agencia. El agente puede obligarse a garantizar la totalidad del monto de la operación o sólo una parte de ella, por ejemplo, el cincuenta porciento.

Sobre la *naturaleza jurídica* de esta convención se ha dicho que se nata de una fianza, pues el agente se obliga a cumplir si el tercero no lo hace. Se le ha dado también el carácter de seguro de crédito, aunque parece que este acuerdo no involucra un siniestro. Por último, se le considera como una cláusula penal para el agente por el incumplí-miento total o parcial del comprador.[5]** 1.a tesis más aceptable es la que la asimila a la fianza y las normas de este contrato, en su caso, serán supletorias en lo que las partes no acuerden y sea compatible con la naturaleza del contrato de agencia.

d) *IM subagencia.* Es ésta una figura ampliamente reconocida en la práctica de los negocios como un instrumento de organización comercial, que se produce en el contrato de agencia a través de la *subcontratación* que realiza el agente, como empresario, con otros subagentes, se trata de un "agente del agente". "Siempre que en el subagente se den las particularidades propias del agente, en cuanto profesional que actúa con ánimo de lucro, nada hay, en principio, que impida el mecanismo de la subcontratación."[59] Es importante distinguir a los subagentes como auxiliares del comercio o comerciantes independientes de los factores, dependientes o viajantes que se ligan al agente por una relación laboral.

l-os requisitos para que se dé el segundo contrato entre el agente y uno o varios subagentes son:

i) Que el empresario del contrato base autorice expresamente, o que haya autorizado en lo general, el que el agente pueda subcontratar. Esto tiene como fundamento las normas de la comisión y el mandato (arts. 280 del C. de c. y 2574 del C.c.) que, como bases del de agencia, suponen también una relación de confianza *intuitu personae.*

** Llobregat (59), pág. 186.

[17] El origen de esta cláusula puede encontrarse en la llamada J*lar del endere* que se estudia en el capítulo X. número 12. de esta obra.

" *Cfr.* LJobrcgat (69). págs. 187 a 191.

** López Vi las (70). pág. 180.

ti) Que el subcontrato no exceda al contrato originario, regla de todo subcontrato, en las limitaciones que tiene el agente; por ejemplo: la duración, el territorio, la exclusividad, el ramo de actividad y otros aspectos. La reüibución del subagente, respecto a la que el agente tiene con el empresario, puede ser distinta.

iii) Cuando el agente designa a los subagentes debe responder de su actuación.[60]

e) *Agencia-distribución.* En algunos contratos de agencia, el agente tiene derecho a adquirir del empresario las mercancías objeto del contrato. El agente no pierde su carácter y puede, a su elección, pedir al mandante, determinadas operaciones, que se le venda la mercancía bajo ciertas condiciones de beneficio. Por ejemplo, el descuento (por lo menos) del porcentaje de comisión que como agente tiene derecho a percibir. El agente que adquiere para revender por cuenta propia, se convierte, respecto a esas operaciones, en un distribuidor del empresario y, por lo tanto, el empresario puede acordar ciertas obligaciones del *agente-distribuidor* propias de la función que desarrolla. Éstas serían el imponer al agente las condiciones de reventa de las mercancías o productos (respetar los precios, descuentos, plazos, servicios de posventa y otros).

0 *Agente-consignatario.* En términos similares a la modalidad anterior, y aun conviviendo con aquélla, el agente puede ser también un *consignatario* de la mercancía o productos del empresario.[61] Un contrato con esta modalidad debe contener algunas previsiones que, para ciertas operaciones, convierten a las partes en sujetos de la relación que produce el contrato estiinatorio. Las mercancías almacenadas en poder del agente son propiedad del empresario, quien puede reivindicarlas a voluntad; el agente, por su parte, tiene el derecho a devolver las mercancías que durante cierto plazo no enajene. Un acuerdo de esta naturaleza en un contrato de agencia debe incluir las reglas sobre las condiciones de venta de las mercancías; precio estimado, el plazo o plazos periódicos en que quedarán bajo consignación las mercancías, la retribución del agente-consignatario para las operaciones llevadas a cabo por medio de esta relación accesoria, los cargos de almacenaje y seguro, así como otras circunstancias.

" La ley española sobre contrato de agencia establece : "La actuación por medio de subagentes requerirá autorización expresa del empresario. Cuando el agente designe la persona del subagentc responderá de su gestión' (art. 5.2).

*' En la ley francesa sobre agentes comerciales se señala que el contrato de agencia puede contener 'una convención de consignación de mercancía a fin de la entrega a la clientela" (art. !•).

Caso similar al anterior es aquel en el que el agente es únicamente *depositario* de las mercancías propiedad del empresario, quien vende y trasmite la propiedad de éstas al cliente. En este caso, el agente no las adquiere en ningún momento (en la distribución o el esümatorio, sí llega a adquirirlas). El agente, respecto a estos bienes, solamente entrega "por cuenta" del empresario, en su obligación de cooperar para la conclusión de negocios.

> En el modelo de contrato de agencia de la Cámara de Comercio Internacional, se señala sobre este contrato que: "Con frecuencia ocurre que el mandante desea nombrar a su agente consignatario de un stock de mercancía (o piezas de recambio) que se hallan en el país de éste. Ello conlleva, sin embargo, un gran número de problemas especiales que deben ser tratados en un contrato separado."

10. Terminación

a) *Llegada del plazo.* El contrato de agencia, como contrato de duración que pretende una relación estable y permanente entre las partes, suele pactarse por *plazos largos* que son prorrogables. Con respecto a la duración el contrato de agencia puede ser por tiempo determinado o indeterminado.[62] Cuando el contrato tiene fijado una plazo de vigencia, la llegada del término extingue la relación contractual. "En este caso la relación cesa sin necesidad de preaviso ni derecho de ninguno de los contratantes a ser indemnizados."[63]

Si llegado el plazo las partes continúan ejecutando el contrato, es decir el agente promoviendo negocios y el empresario pagando las comisiones correspondientes, se puede considerar *tácitamente* prorrogado el contrato y su terminación se debe hacer mediante un preaviso en un plazo razonable de una parte a la otra, como en los casos de los contratos por tiempo indeterminado.

"Durante el período de *preaviso* las partes siguen sujetas al cumplimiento de sus obligaciones contractuales hasta que llegado el vencimiento del plazo de preaviso se produzca la extinción de la relación jurídica."[64] Por otro lado, aun terminado el contrato existen efectos que sobrepasan este momento o que se producen

[w] La ley francesa sobre agentes comerciales señala que: "Puede ser de duración determinada o indeterminada* (art. 1*). La ley española contiene un precepto similar: "El contrato de agencia podrá pactarse por tiempo determinado o indefinido. Si no se hubiere fijado una duración determinada, se entenderá que el contrato ha sido pactado por tiempo indefinido* (art. 23).

" Llobrcgat (69). pág. 200.

* LJobregat (69), pág. 224.

a raíz de la terminación del contrato. Por ejemplo: la rendición de cuentas, el pago de comisiones pendientes, la devolución de mercancías en poder del agente, la revocación de la representación, la obligación de guardar secreto o confidencialidad y la obligación de no competir durante cierto tiempo.

> Cuando en el contrato no se señaló un plazo de terminación, se entiende que cualquiera de las partes puede darlo por terminado unilateralmente, con un preaviso dado con una prudente antelación.[64]

Si las partes han sometido el contrato a los Principios de UNIDROIT. puede ser aplicable el arüculo que señala: "Cualquiera de las partes podrá dar por terminado un contrato de tiempo indefinido, comunicándoselo a la otra con una anticipación razonable" (art. 5.8). El comentario a los Principios aclara que: "La regla de este artículo no requiere que se trate de circunstancias especiales, salvo lo indefinido de la duración del contrato y que éste permita su extinción unilateral."

b) *La denuncia unilateral.* En principio, el empresario no puede revocar libremente el contrato de agencia y darlo por terminado unilateralmente si no se pactó este medio de terminación del contrato. En la comisión y en el mandato se señalan legislativamente, como causa de terminación, la revocación del comitente o mandante; pero esta causa no se aplica de forma tan simple al contrato de agencia.

El permitir la *revocación libre* por pane del principal, como solución es peligrosa, porque puede dar lugar a arbitrarias revocaciones en pcijuicio del agente, que habiendo cumplido fielmente sus obligaciones creando una organización de gran valor a disposición del empresario representado mediante cuantiosas inversiones, puede verse desposeído del fruto de su trabajo a consecuencia de la revocación ibérrima, y por ende posiblemente arbitraría de su mandante. Para el caso de que así ocurra, debe postularse una compensación económica en favor del agente y a cargo del empresario representado, si éste obtiene ventajas económicas del trabajo de aquél, si el agente sufre peijuicios y si el contrato de agencia se extingue por hecho no imputable al agentc.[M]

> La denuncia del contrato por voluntad de cualquiera de las partes representa la forma inás frecuente de extinción del contrato por tiempo indeterminado.[67]

"Si el contrato se revoca antes de la expiración del plazo, no mediando justa causa, el denunciante habrá de indemnizar a la otra

[w] Una tesis de la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia consideró que era aplicable por analogía las normas sobre el contrato de arrendamiento civil con plazo indeterminado a un contrato de suministro *(Cfr.* la tesis *Contrato mercantil, terminación).*

"* * Broseta (29), pág. 450.

* Llobregat (69). pág. 233.

parle por los daños y pcijuicios causados como consecuencia de la espontánea revocación."[68] Considero válido el que las parles puedan establecer contractualmente las bases para una indemnización para el caso de que una de ellas revoque o renuncie al contrato antes de la llegada del plazo establecido. En nuestro Derecho puede servir de fundamento al reclamo de indemnización del agente a quien el empresario revoca inesperadamente el principio que indica que:

"la parte que revoque o renuncie el mandato en tiempo inoportuno debe indemnizar a la otra de lo» daño» y peijuicios que le carne" (art. 2596 del C.C.).

Por analogía, también resulta aplicable el aru'culo 328 del C. de c., que señala que cuando el principal da por terminada la relación con el dependiente antes del plazo pactado, debe indemnizarlo.

c) *La renuncia del agente.* En el contrato de mandato, no en el de comisión, se establece como causa de terminación la renuncia del mandatario (art. 2595 frac. I del C.c.). En algunos contratos de agencia suele pactarse que el agente puede *renunciar* en cualquier tiempo y dar por terminado el contrato, sin obligación de indemnizar al principal por esa renuncia que puede ser inesperada o inoportuna. I,a razón de este tipo de cláusulas está en que si el agente no desea seguir realizando una actividad de promoción de negocios para el empresario (obligación positiva), está renunciado tácitamente a la relación contractual. Sin embrago, es conveniente señalar algunos requisitos para esta renuncia del agente, por ejemplo, un plazo para el preaviso, de modo que esta terminación no resulte inesperada o inoportuna.

d) *La muerte o inhabilitación del agente.* Como el contrato de agencia se produce por una relación de confianza, *intuitu personae* (similar a la comisión y al mandato), la muerte del agente es causa de terminación de la relación contractual. "En cambio, la muerte del empresario no es causa de extinción del contrato *si subsiste la empresa* a la que el agente presta sus servicios."[69] Aquí resulta aplicable, supletoriamente, el artículo 308 del C. de c., relativo a la comisión (no a la disposición del mandato, que termina por muerte de

.* Uobregat (69). pág. 206. El art- 1750 del C.c. ¡tal. establece que: "Si el contrato es por tiempo indeterminado, cada una de las partes puede separarse del contrato, dando preaviso a la otra dentro del término establecido por las normas corporativas o por los usos. El término de preaviso puede ser sustituido por el pago de una correspondiente indemnización".

" Garrigues (53). tomo II, págs. 121 y 122.

cualquiera de las partes: mandante o mandatario). También por *inhabilitación* del agente termina el contrato de agencia.

Cuando el agente es una persona moral, la transformación de la sociedad, el cambio de socios mayoritarios o el cambio de administradores no son causa de terminación, porque subsiste la personalidad moral. Para que la relación de agencia terminara por estas causas tendrían que pactarse en el propio contrato.

c) *El concurso mercantil.* A diferencia de lo que señalaba la Ley de Quiebras abrogada, de que en caso de quiebra o suspensión de pagos los contratos de gestión se daban por terminados; en la LCM, por analogía con los contratos de comisión y de mandato, como regla general, el concurso mercantil de cualquiera de las partes no es causa de terminación del contrato de agencia, salvo que lo determine el conciliador. La LCM señala que: "Ix>s contratos de depósito, de apertura de crédito, de *comisión* y *de mandato,* no quedarán resueltos por el concurso mercantil de una de las partes, salvo que el conciliador considere que deban darse por terminados (art 100).[70]

0 *Otras causas convencionales.* "La denuncia unilateral del contrato antes del vencimiento de ese plazo sólo puede hallar fundamento en alguna *causa justa."*[71] Como el contrato de agencia es atípico en el Derecho mexicano, y algunas veces se celebra entre contratantes de distinta nacionalidad los contratos tienen, por lo general, algunas causas de terminación expresas acordadas por las partes. A estos supuestos de terminación anticipada se le suelen llamar "causas justas'*.

Algunas de las más usuales que se pactan en los contratos de agencia son:

i) En el caso de concurso mercantil, si el conciliador lo considera.

ii) La violación del pacto de exclusiva.

iii) La falta de resultados en negocios promovidos, por ejemplo, no llegar a una cuota de ventas pactada.

iv) La contratación de subagentes sin autorización del empresario.

v) La fusión de la sociedad, tanto del empresario como del agente, el cambio de socios o accionistas o de administradores.

vi) La huelga por un plazo importante, el embargo de la negociación o la intervención judicial a alguna de las partes.

[M] En b ley española sobre el contrato de agencia el contrato termina por quiebra o suspensión de pagos de cualquiera de las partes, sin necesidad de preaviso (art. 26).

[71] Sánchez Calero (93), pág. 464.

g) *Indemnización por causa de rescisión.* Las partes pueden pactar en el contrato una indemnización para el agente para los casos en que se rescinde el contrato por el empresario, sin causa justa.

El modelo de contrato de agencia de la Cámara Internacional de Comercio, sugiere como una cláusula tipo la siguiente:

"El agente tendrá derecho a una indemnización en la medida en que:

i) Haya aportado clientes al mandante o haya aumentado significativamente el volumen de negocio con clientes existentes y el mandante continúe recabando beneficios sustanciales en el trato con tales clientes y

ii) El pago de esta indemnización sea justo teniendo en cuenta todas las circunstancias y, en particular, la comisión que el agente pierde sobre las operaciones realizadas con tales clientes.

El importe de la indemnización no será superior al importe de una indemnización por un año calculada a partir de la remuneración anual promedio del agente en los cinco años anteriores y, si el contrato duró más de cinco años, calculada sobre el promedio de ese periodo;

El agente perderá el derecho a la indemnización si no la reclama por escrito dentro del año siguiente a la resolución del contrato.

El agente no tendrá derecho a indemnización en los casos siguientes:

i) Cuando el mandante haya rescindido el contrato en las condiciones establecidas en la cláusula (causas de resolución anticipada).

ii) Cuando el agente haya resuelto anticipadamente el contrato, a menos que tal resolución esté justificada en las condiciones establecidas en la cláusula (causas de resolución anticipada) o por motivos de edad, enfermedad o incapacidad a consecuencia de los cuales no se le pueda exigir razonablemente que continúe sus actividades.

iii) Cuando de conformidad con la cláusula el agente ceda a otra persona sus derechos y deberes establecidos.

La indemnización de fondo de comercio prevista en este artículo sustituye a cualquier indemnización por pérdidas o daños derivados de la resolución o rescisión del contrato (exceptuando daños por el incumplimiento del contrato."

El agente "tendrá derecho a una indemnización por clientela cuando haya captado nuevos clientes o se haya producido un incremento sensible de las operaciones realizadas con clientes preexistentes. La indemnización por clientela reviste gran importancia en la práctica y, de hecho, es la más frecuentemente reclamada por el agente tras la extinción."" *

* Bcrcovitz Alvarrz, (18 b), pigs. 255 y 254.

11. NATURALEZA CONTRACTUAL

En nuestro derecho el contrato de agencia es *atipico.* Como figura jurídica posee una connotación propia que la distingue de otros contratos afines a él, como los de comisión, mandato, prestación de servicios, corretaje, suministro y distribución.

Sánchez Calero expresa que "la naturaleza jurídica del contrato (de agencia) es discutible, pero el Tribunal Supremo lo ha considerado una *subespecie de la comisión*".[n]

En mi concepto, el contrato de agencia tiene características que le dan una naturaleza contractual propia, distinta de la de los contratos mercantiles ya mencionados y dentro de los cuales no puede encuadrarse como una modalidad. Las normas de los contratos típicos que le resultan aplicables supletoriamente son, en este orden, las de la comisión, por la mercantilidad de la relación; las del mandato, como contrato de gestión de intereses ajenos y las del contrato de prestación de servicios, por la actividad de actos materiales que debe desarrollar el agente.

[n] Sánchez Calero (93). pág. 464.

BIBLIOGRAFÍA

AC'.UINIS: (6) *Contrato de agencia comercial.*
BALICHE: (15), *La empresa,* págs. 184 y 185.
BERCOVTrz ALVAREZ, Raúl, *El contrato de agencia* (18 b), parte de la obra *Contratos mercantiles,* págs. 233 y 255.
BRANCA: (28) *Instituciones de Derecho privado,* núm. 285.
BROSETA: (29) *Manual de Derecho mercantil,* págs. 447 a 450.
CERVANTES AHUMADA: (34) *Derecho mercantil,* págs. 481 y 482.
DÍAZ BRAVO: (42) *Contratos mercantiles,* nútns. 197 a 202.
Diccionario jurídico mexicano (44), voz: contrato de agenda.
GARRIC.UES: (53) *Curso de Derecho mercantil,* tomo II, págs. 118 a 122.
GUERRERO: (57) *Manual del Derecho del trabajo,* págs. 57 a 61.
LLOBREGAT HURTADO: (69) *El contrato de agencia mercantil.*
LÓPEZ VILAS: (70) *El subcontrato,* págs. 174 a 183.
MANTILLA: (72) *Derecho mercantil,* núms. 207 a 211.
MESSINEO: (76) *Manual de Derecho civil y comercial,* tomo VI, págs. 60 a 64.
SÁNCHEZ CALERO: (93) *Instituciones de Derecho mercantil,* págs. 462 a 464.
TRABUCCHI: (89) *Instituciones de Derecho civil,* tomo II, págs. 326 y 327.
URÍA: (100) *Derecho mercantil,* núm. 752.
ViCENT CHULÍA: (104) *Compendio critico de Derecho mercantil,* tomo II, págs. 288 a 293.

CAPÍTULO XIV

EL CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN

SUMARIO: 1.—El fenómeno económico de la distribución. 2.—Referencias legislativas. 3.—Terminología. 4.—Concepto y características del contrato. 5.—Figuras afines. 6.—Clasificación. 7.—Elementos. 8.—Obligaciones del distribuidor. 9.—Obligaciones del empresario. 10.—Modalidades. 11.—Terminación. 12.—Naturaleza contractual.

1. EL FENÓMENO ECONÓMICO DE LA DISTRIBUCIÓN

El contrato de *distribución o concesión mercantil* tiene por objeto regular las relaciones entre los grandes productores o fabricantes y las personas que se encargan de comercializar sus productos en los distintos mercados. Tiene como finalidad resolver un fenómeno económico de colaboración de venta entre productos y distribuidores, propio de la economía de masas. Este contrato de reciente auge, no tiene antecedentes claros anteriores al presente siglo. "El origen de este contrato se halla en Alemania, en los contratos de distribución de cerveza, tanto en su modalidad de mayorista a expendedor como de fabricante a mayorista."* [1]

El fabricante o productor de bienes utiliza a comerciantes independientes que compran sus productos para revenderlos en una plaza determinada y, como característica propia de este contrato, bajo las condiciones de reventa que el mismo productor impone. Con este contrato "busca también el fabricante una fórmula que facilite la distribución y venta de los productos en el mercado, reduciendo actividad y gastos por su parte",[2] a la vez que, al utilizar al distribuidor, consigue mejores ventas en determinada plaza.

> "La esencia del intermediario radica generalmente en su superior eficiencia en atender tareas básicas de su mercadotecnia."[5]

' Vicent Chulía (104), tomo II. pág. 173. *Cfr*. también Iglesias Prada (63), pág. 253. nota 14.

[1] Puente Muñoz (84), pág. 24.

» Kotlcr (66). pág. 453.

En el campo de la mercadotecnia se distinguen tres tipos de intermediación, es lo que se llama "grado de exposición que la compañía busca para su mercado".

La distribución puede ser:

a) *Distribución intensiva,* que consiste en colocar existencias de su producto en todos los establecimientos que le sea posible al intermediario. El factor dominante en la mercadotecnia de estos artículos es su utilidad de lugar; por ejemplo, artículos de compra rápida, cigarros, dulces, refrescos, periódicos, revistas, etcétera.
b) *Distribución cxclusrva,* en la que los productores limitan expresamente al número de intermediarios que manejan sus productos. Se concede a los establecimientos el derecho exclusivo para distribuir el producto en la zona y, generalmente, se les prohíbe que manejen artículos de los compeddores.
c) *Distribución seUrtnm,* que implica utilizar a más de un intermediario, pero no a todos los que están dispuestos a manejar el producto. Esto da al fabricante mayor control y menor costo que la distribución intensiva/

2. REFERENCIAS LEGISLATIVAS

En el *Derecho mexicano* no está regulado legislativamente el contrato de distribución. Sin embargo, algunas leyes hacen referencia a la actividad económica de la distribución para regular algunos de sus efectos.

La LFT señala que: "Se entiende por empresa la unidad económica de producción y *distribución* de bienes o servicios..." (art. 16). la LPC al definir al proveedor señala que es la persona que habitualmente, entre otras actividades, *distribuye* bienes, productos y servicios (art. 2*-II). El mismo ordenamiento se refiere a los proveedores y *distribuidores* con relación a devoluciones o reparaciones de productos por el fabricante o productor (art. 95). La LCE hace mención de la *distribución* como actividad económica (arts. 6®-II, 8º, 10-1 y VII y 12); y se refiere a los *distribuidores* en el artículo 7-II. La LFDA utiliza el término de *distribución* para referirse a las formas de divulgación de una obra y a algunas actividades del editor (arts. 16, 42,48). La LIVA considera como prestación de servicios, entre otras actividades de intermediación comercial, a la *distribución* (art. 14-IV) y en la LISR se consideran ingresos por mediaciones los pagos de comisiones por contratos de *distribución* (arts. 137 y 204).

En el Derecho comparado hay pocas leyes que regulan al contrato de distribución. La más importante es la Ley de *Bélgica* sobre el contrato de distribución de 27 de julio de 1961, que fue reformada el 13 de abril de 1971. En *Francia* existe una Ley del 14 de octubre de 1943 que se refiere a la cláusula de exclusividad y que

[4] Kotler (66), págs. 463 y 464.

limita su duración al plazo máximo de diez años. Aunque estas disposiciones no se refieren estrictamente al contrato de distribución, se les aplica por lo que hace al pacto de exclusiva que puede acompañar a la relación contractual. En Panamá, Honduras, Costa Rica, El Salvador, Guatemala y Nicaragua existen leyes proteccionistas sobre la intermediación comercial como la agencia, la representación y la distribución.

La Cámara de Comercio Internacional ha preparado un modelo de contrato de distribución aplicable, sobre todo, a los convenios internacionales de distribución.

3. TERMINOLOGÍA

El contrato ha sido denominado de *distribución o de concesión mercantil*, a pesar de que "hay incertidumbre terminológica en la práctica que, para referirse al mismo fenómeno, se sirve unas veces del término concesión y otras de los de representante, distribuidor e incluso agente".[5] En la doctrina se utilizan indistintamente los vocablos de distribución y concesión mercantil, aunque existe cierta preferencia por este último.[6]

En la terminología de las leyes mexicanas el término *concesión* tiene un significado propio dentro del Derecho administrativo, que se menciona en la propia Constitución (art. 28) y en otras leyes de carácter administrativo; por ejemplo la LOAPF (arts. 33 II, ni; 36 III, VI, IX, XII, XIX, XXIV; 43 IV). Para mí los términos de distribución y concesión comercial son sinónimos,[7] aunque me inclino por el término *distribución,* más ampliamente conocido en el campo de los negocios y de la economía, y al que se refieren nuestras leyes cuando se menciona como actividad económica.

4. CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS

Son varios los conceptos que se han formulado sobre el contrato de distribución, pues la relación contractual puede tener

[5] Iglesias Prada (63), pág. 253.

• Usan como sinónimos concesión mercantil y distribución, con preferencia del primero: Puente Muñoz e Iglesias Prada; con preferencia por el de distribución. Broseta y Cervantes Ahumada; sólo el de distribución: l/jpez Vilas; y, únicamente el de concesión mercantil: Bauche, Díaz Bravo, Sánchez Calero y Vicent Chulía.

[7] F.n la doctrina argentina se distingue entre distribución y concesión mercantil. Este úldmo contrato tiene una importante aplicación en automóviles. Un autor señala que: 'el distribuidor vende un producto cuya garantía presta el fabricante. En cambio el concesionario presta directamente la garantía al usuario como una obligación propia" *(Cfr.* Marzorati (73). pág. 154). "La responsabilidad del concesionario es más rigurosa frente al cliente, por la obligación de garantía" (Aguinis (6), pág. 11).

distintas modalidades. En una primera definición, descriptiva del contrato se dice que:

> Contrato de concesión mercantil (es) todo acuerdo de voluntades por el que un empresario —concesionario— pone el establecimiento de que es titular al servicio de otro empresario, industrial o comerciante —concédeme—, para comercializar por tiempo indefinido o limitado, en una zona geográfica determinada y bajo las directrices y supervisión del conccdentc aunque en nombre y por cuenta propios, los productos cuya exclusiva de reventa se le otorga en condiciones predeterminadas *

> La ley del contrato de distribución de Bélgica señala que: Se entiende por contrato de distribución toda convención en virtud de la cual un principal reserva en favor uno o varios distribuidores, el derecho de vender, en su propio nombre y por propia cuenta, productos que él fabrica o distribuye (art. 1®, párrafo 2®).

En las definiciones anteriores se insiste sobre el elemento de la exclusiva, que generalmente acompaña a este contrato. Sin embargo, considero que el contrato de distribución no necesariamente contiene, en todos los casos, el elemento de la exclusiva y, por lo tanto, este elemento que no es esencial, ni natural, no debe formar parte de la definición.

La definición que sugiero para este contrato es:

El *contrato de distribución* es aquel por el que el distribuidor (concesionario) se obliga a adquirir, comercializar y revender, a nombre y por cuenta propia, los productos del fabricante, productor o principal (conccdentc) en los términos y condiciones de reventa que éste señale. El empresario tendrá la facultad de imponer al distribuidor determinadas obligaciones sobre la organización del negocio para la comercialización y reventa de los productos.

Eventualmente, y siempre que las partes lo acuerden, el contrato de distribución podrá contener el *pacto de exclusiva* limitado a cierto territorio y a cierto plazo.

Las *características* de este contrato son:

a) El distribuidor es un comerciante *independiente* y entidad distinta del empresario.

b) El distribuidor adquiere los productos del fabricante y los comercializa y *revende* por cuenta y en nombre propios.

' Iglesias Prada (63), pág. 253. Esta definición está inspirada en la de Champaud que lo define como sigue: "Hay *concesión mercantil* cuando un comerciante —concesionario— pone su empresa de *distribución* —o de venta— en su caso, al servicio de otro comerciante o industrial, llamado concedente, para asegurar exclusivamente, en un territorio determinado. durante un período de tiempo limitado y bajo la vigilancia (dirección) del concedente. la distribución de sus productos, de los que le ha sido concedido el monopolio de reventa" (citada por Puente Muñoz (84), págs. 35 y 43).

c) El concedente o fabricante *impone* al distribuidor los términos y condiciones para la comercialización y reventa de los productos.

d) El fabricante tiene generalmente algunas facultades para *marcar directrices* y supervisar la labor del distribuidor.

e) El contrato de distribución puede contener el *pacto de exclusiva* en favor del distribuidor, del fabricante o de ambos, como un elemento *accesorio.*

5. FIGURAS AFINES

a) *Con el suministro.*[9] La distribución y el suministro son contratos traslativos de dominio (de obligaciones de dar), de ejecución continuada o de duración, generalmente celebrados entre comerciantes (empresas, sociedades mercantiles). En el suministro, el suministrado adquiere los bienes objeto del negocio para utilizarlos, generalmente, en un proceso de *transformación*, fabricación o manufactura. En el contrato de distribución el adquirente no transforma los bienes, sino que los adquiere *para revenderlos* a consumidores en el mismo estado en que los recibe. Esta reventa debe hacerla el distribuidor con sujeción a las condiciones de reventa que le impone el fabricante o el proveedor. Se puede afirmar que el contrato de suministro es para la industria y el de distribución para el comercio.

b) *Con la agencia.* En el contrato de agencia el *agente* actúa por cuenta del empresario y puede hacerlo a nombre de éste cuando se le concede la representación. En el contrato de distribución, el distribuidor actúa por su cuenta y en su propio nombre. El contrato de agencia es un contrato de gestión de intereses ajenos; el de distribución es un contrato traslativo de dominio en el que el distribuidor compra y adquiere los productos para revenderlos por su cuenta al consumidor, bajo las condiciones que le impone el empresario. Se asemejan en que ambos contratos son de duración, de colaboración entre empresario y agente o distribuidor y se celebran entre comerciantes independientes.

c) *La concesión administrativa.* El término concesión mercantil está inspirado en el concepto de la *concesión administrativa.* Existen algunos rasgos comunes a estas dos figuras. La situación contractual del distribuidor tiene alguna semejanza con la del concesionario de una concesión administrativa.

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 *

* Esta distinción se menciona también en el capítulo VI. inciso 3 *t)* de esta obra.

dcrtas prerrogativas públicas con determinadas obligaciones y derechos para la explotación de un servicio público, de bienes del Estado o los privilegios exclusivos que comprende la propiedad industrial.

Como características de la concesión administrativa, que tienen alguna semejanza con el contrato de distribución, pueden destacarse las siguientes:

a) La palabra concesión viene del latín *concessio,* derivada a su vez del vocablo *conceden*, que significa conceder.

b) Para el concesionario, la concesión implica el ejercicio de ciertas prerrogativas o derechos.

c) El concesionario es una persona particular que debe reunir ciertas características.

d) El concesionario debe cumplir con ciertas cargas y obligaciones que le impone el ejercicio de la concesión.

e) La concesión se concede sobre bienes del Estado, explotación de un servicio público o privilegios exclusivos de explotación industrial.

El régimen jurídico de la concesión administrativa está regulado "por disposiciones administrativas de derecho público que aseguran el interés general, el debido aprovechamiento de la riqueza pública para fines sociales, o la atención de un servicio público".[11] Estas normas "tienden a garantizar que el poder público pueda ejercer sin tropiezos el control que le corresponde sobre el objeto de la concesión".[12]

En la legislación mexicana, el termino concesión no se utiliza con mucha precisión y puede citarse, como ejemplo de áreas relacionadas con la concesión administrativa, las de minas, aguas, transportes, radio y televisión, explotación de bienes del dominio público, educación, vías aéreas, pesca y otras.[15]

6. CLASIFICACIÓN

a) Es *mercantil,* pues se celebra entre comerciantes, y la adquisición de la mercancía por parte del distribuidor se realiza con el "propósito de especulación comercial" (art. 75, fracción I del C. de c.).

'• Sena Rojas (97). pág. 223.
" Sena Rojas (97). pág. 232.
" Fraga (49). pág. 259.
Cfr. Sena Rojas (97). págs. 227 y 228.

b) Es *consensual* por oposición a los contratos de forma impuesta, ya que la compraventa de mercancías (bienes muebles) no requiere de formalidad legal alguna.

c) Es *bilateral* porque produce obligaciones recíprocas para las partes.

d) Es *oneroso* en tanto los provechos y gravámenes son para las dos partes contratantes.

e) Es, generalmente, *conmutativo* ya que el distribuidor conoce, a la celebración del contrato, el probable beneficio que le proporcionará el negocio.

J) Es un contrato *traslativo de dominio* respecto a la mercancía que el distribuidor adquiere para revender. Por olio lado, el contrato puede clasificarse también como de gestión o de trabajo, por la obligación de respetar las condiciones de reventa que tiene el distribuidor.

g) Es un contrato de *colaboración* por oposición a los contratos en los que hay intereses contrapuestos o contratos de cambio. El empresario y el distribuidor tienen como fin común vender el producto, aunque esto no lo convierte en contrato asociativo.

h) Es un contrato *principal,* pues su existencia es autónoma respecto a cualquier otra relación jurídica. Como contrato que genera una situación base para otras operaciones —la reventa— puede calificarse de *fnvparatorio.*

i) Es un contrato que se celebra con base en la confianza mutua entre las partes; es decir, es un contrato *intuitu personae.*

j) Este contrato es muchas veces de *adhesión,* pues en la organización de la red comercial del empresario o fabricante éste impone unilateralmente la forma en que operarán sus distribuidores.

k) Es, para el Derecho mexicano, un contrato *atipico* ya que no está regulado por nuestro ordenamiento jurídico, aunque "posee lipicidad social".[14 * *]

7. ELEMENTOS

Personales

A las partes que intervienen en el contrato se les denomina *con ce dente,v' fabricante, productor, proveedor,'* empresario o principal*,[17] y *concesionario o distribuidor,* respectivamente.

[M] Iglesias Piada (63), pág. 261.

Díaz Bravo (42) expresa que "concedente y concesionario son, pues, los términos adecuados para referirse a las partes en nuesuo contrato' (pág. 406).

*• Así se le denomina en el modelo de contrato de distribución de la Cámara de Comercio Internacional.

[17] En la ley de Bélgica sobre el contrato de distribución al concedente o empresario se le llama principal.

a) El *empresario o fabricante* es, por lo general, un comerciante que fabrica los productos objeto del contrato, aunque no necesariamente es el productor quien celebra el contrato, el empresario puede ser un comerciante importador de los productos para determinada plaza, o un distribuidor que celebra nuevos contratos de distribución o subdistribución.[18]

El concedente no requiere de capacidad especial alguna para contratar, pero sí debe tener la facultad de vender o disponer de los productos y de fijar las condiciones de reventa al distribuidor. Cuando se celebra por medio de un representante, éste requiere, por lo general, facultades para actos de administración, no de dominio, pues los bienes son parte del activo circulante (mercancía) del productor o mayorista.

b) El *distribuidor*, persona física o moral, tiene la calidad de comerciante, pues adquiere para revender. Es un comerciante independiente que no requiere de capacidad especial para celebrar este contrato. Cuando hay representación bastan las facultades de administración para celebrar el contrato, si no hay limitaciones estatutarias.

En algunos ramos industriales, el fabricante impone a los distribuidores determinados requisitos para que puedan ser sus concesionarios. Las características que debe poseer el distribuidor respecto a solvencia, capital, inversiones, capacidad económica y administrativa o de organización, las establecen los fabricantes o empresarios y no derivan de norma legal alguna. En ocasiones, si el distribuidor no cumple con alguno de estos requisitos durante la vigencia del contrato, el principal tiene derecho a darlo por terminado. En este último rasgo hay cierta similitud con la concesión administrativa.

Reales

Los elementos reales del contrato de distribución son el objeto, el precio y las condiciones de reventa impuestas al distribuidor.

a) El *objeto* del contrato de distribución es lo que se conoce como mercancías que suelen ser

> aquellos productos estandarizados, fabricados en serie, con posibilidad de grandes mercados... La finalidad económica de este contrato se cumple precisamente, en la venta de aquellos productos que vienen protegidos por una marca.[19]

'* *Cfr.* Puente Muñoz (84), pág. 86.
[19] Puente Muñoz (84), pág. 101.

> Como nota peculiar de esta figura se dice que "va unido al concepto de marca. Es decir, supone la venta en exclusiva de objetos, de mercaderías protegidas por una marca comercial, que avala la calidad del producto en el mercado".[10]

Por la naturaleza de este contrato, no todos los bienes muebles pueden ser objeto del mismo. Las características que deben tener los productos objeto del contrato son: ser bienes muebles, tangibles (cosas) y generalmente fungiblcs (estándar). Ix>s bienes inmuebles y los derechos[21] (bienes intangibles) no pueden ser objeto de este contrato.

b) El *precio* es el segundo elemento real del contrato, y en la práctica suele imponerlo el concedente o fabricante, como la más importante de las condiciones de reventa.

> Como una de las finalidades del concedente es proteger la uniformidad de los precios de reventa, el precio de compra por el concesionario suele ser el denominado en el argot mercantil precio de catálogo. Ahora bien, el concesionario se beneficia de una tarifa preferencia! que le permite a su vez obtener el beneficio de la reventa.**

Hay que distinguir entre el precio que el fabricante señala para la reventa o para el consumidor final *(precio de catálogo)* y el precio al que adquiere el distribuidor. Lo usual es que el precio final sirva de base al precio entre productor y distribuidor, que se fija con un descuento y, en ocasiones, una bonificación. Por ejemplo, el precio de catálogo de un producto es 100 y al distribuidor se le otorga un descuento del 30%, es decir adquiere los productos a 70.

El precio fijado por el empresario puede modificarse durante la vigencia del contrato. El principal acostumbra informar periódicamente de los nuevos precios a sus distribuidores y a entregarles listas de precios. Durante la vigencia del contrato, el precio es generalmente variable, así como el descuento otorgado al distribuidor que muchas veces varía por el volumen de compra periódica.

El precio pactado suele ser en dinero, puede ser en moneda nacional o en divisas y nada obsta para que se acuerde un pago en especie.

*° Bauchc (18), pág. 376.

*' Los derechos podrían ser malcría de este contrato, pero de forma excepcional, cuando estén incorporados a algún documento, o tengan un comprobante o elemento material que los haga tangibles y materia de entrega física. Pienso que esto puede darse con respecto al derecho a participar en un evento (-tickets"), boletos de rifa o billetes de lotería.

** Puente Muñoz. (84). pág. 103.

c) Las *condiciones de reventa* constituyen un elemento importante de este contrato. El distribuidor se obliga a revender el producto objeto del contrato con sujeción a los términos y condiciones que para estos efectos le señala el empresario.

> En el contrato de concesión, el concesionario no es libre de vender romo quiera, sino que viene sometido a una serie de condiciones de venta fijadas en el contrato por el concedente. Condiciones de lugar de venta, presentación del producto, propaganda, precio. Supone como consecuencia que el concedente conserve un poder, en ia medida de la limitación pactada, sobre las cosas objeto de la exclusiva.[n]

Estas condiciones de reventa, "imposiciones o cargas",[24] pueden ser muy variadas y dependen de la naturaleza de los productos y del acuerdo entre fabricante y distribuidor. No se incluyen en este concepto las facultades de dirección y supervisión que el empresario pueda llegar a tener respecto al distribuidor.

En algunos casos nos encontramos con productos que tienen *precio controlado* (precio máximo) y ciertas condiciones de venta al público impuestas por algún organismo del Gobierno (art. 7º LCE), las cuales no pueden ser modificadas o establecidas libremente por el proveedor.

Formales

La celebración de este contrato no requiere formalidad alguna, es un contrato *consensuai* Como figura no regulada en el Derecho mexicano, no existe norma legal que le imponga la necesidad de una forma como requisito de validez.[25] Como entre el empresario y el distribuidor se establece, fundamentalmente, una operación de compraventa de mercancías (bienes muebles), este contrato es consensuai. En la práctica los contratos "pueden pactarse y se pactan verbalmente. En otras ocasiones el contrato de concesión mercantil suele aparecer formulado por escrito... (y) en el caso de redes de concesionarios suele concebirse... a la manera de un contrato de adhesión".[26]

[u] Baliche (18). pág. S76.

* Brosrta (29). pág. 454. Díaz Bravo (42) le* * [**] llama "cargas" (pág. 408).

** En la ley belga sobre el contrato de distribución no se establece formalidad alguna para la celebración del contrato.

** Puente Muñoz (84). pág. 106.

8. OBLIGACIONES DEL DISTRIBUIDOR

"La obligación fundamental del concesionario —obligación positiva— es la comercialización de los productos. Pero no es suficiente una comercialización cualquiera. La comercialización, en efecto, se encuentra cualitativa y cuantitativamente predeterminada en el contrato."[27] Esta obligación que implica adquirir los productos del empresario para revenderlos con las condiciones de reventa que éste impone, resume la actividad del distribuidor.

a) *Adquirir los productos.* La primera obligación del distribuidor es adquirir del productor o conccdente los bienes o mercancías objeto del contrato, los cuales se obliga a comercializar. El contrato es traslativo de dominio y el distribuidor es *adquirente* y propietario de los productos que revende. "Sigue habiendo fundamentalmente una obligación de trasmisión de de dominio".[28]

El distribuidor se obliga, generalmente, a adquirir una cierta cantidad de productos, una *cuota.* "Las ventas del concesionario han de tender a alcanzar cierta cifra, por lo que tiene la obligación de adquirir, durante un período de tiempo, determinado número de productos."" Estas cuotas de ventas pueden variar durante la vigencia del contrato y "el productor puede señalar periódicamente cuotas de ventas que definan lo que se espera de la actuación de los intermediarios."[w]

En ciertos contratos la venta de los productos se hace con *reserva de dominio*, de modo que aunque la mercancía se haya entregado al distribuidor, la propiedad la conserva el proveedor hasta que reciba la totalidad del pago por parte del distribuidor, "por lo que se estima que están en depósito hasta que la compra se produzca."[31]

b) *Pagar el preño.* El distribuidor debe pagar el precio acordado en el contrato o el que aparezca en la última lista de precios del concedente o fabricante al momento de le entrega de los productos o de la venta de éstos al tercero adquirente, pues el precio puede variar durante la vigencia del contrato. El distribuidor que adquiere los bienes tiene la obligación de pagar el precio al proveedor en el lugar y tiempo pactados en el contrato. A falta de pacto, suplen las normas del contrato de compraventa mercantil en primer lugar y después de la compraventa civil. Si no se señaló [* **]

[r] Iglesias Prada (63). pág. 262.
Bauche (18). pág. 377.
** Sánchez Calero (93). pág. 464.
* KotJer (66). pág. 476.
** Sánchez Calero (93). pág. 464.

el *lugar de pago* éste es el de la entrega (art. 2294 del C.c.); y si se omitió el momento del pago, se entiende que debe hacerse contra la entrega de cada una de las prestaciones que recibe el distribuidor, es decir, *de contado* (arts. 380 del C. de c. y 2294 del C.c.).

Si el pago no se hace a tiempo, se inicia la mora para el distribuidor (arts. 85 del C. de c.) y estará obligado a pagar los intereses moratorios que señale el contrato (art. 380 del C. de c.). Si no se fijó la tasa de interés suple la del interés legal del 6% (art. 362 del C. de c.). Si el distribuidor es declarado en concurso mercantil antes de pagar el precio, el empresario puede pedir que se separen de la Masa las mercancías que no le han sido pagadas (art. 71 fracc. III de la LCM).

c) *Respetar las condiciones de reventa.* El distribuidor está sometido a una serie de condiciones de reventa fijadas en el contrato por el concedente. Esta es la obligación que, a mi entender, caracteriza al contrato de distribución y lo distingue de otras figuras afines. El principal interés del empresario es comercializar los productos por medio de un intermediario sobre el que pueda ejercer cierto control respecto a la venta de sus productos. "A través de una serie de imposiciones o cargas (en cuanto precio, forma de cobro, servicio de posventa, publicidad de marca, etc.), el concedente se asegura de que la distribución se hará en las condiciones que más prestigien a sus productos."[32]

las *condiciones de reventa* más usuales son las siguientes:
i) Imposición del precio de reventa.

La política de precios es uno de los elementos capitales de la mixtura de las relaciones comerciales. Por lo general, el productor establece una lista de precios y luego establece descuentos a diversos tipos de clientes intermedio y, posiblemente, por diversas cantidades de compra."

Esta limitación del precio de reventa es la más característica del contrato de distribución. "Para el concesionario significa jurídicamente una limitación a su libertad de contratar. Económicamente, un vínculo más de subordinación a la empresa concedente."[34] La obligación de imposición de precio de reventa es "una obligación negativa: la de no vender aquella mercadería sino al precio que le impone el fabricante o, en su caso, el distribuidor".[35]

[w] Brusela (29), pág. 454.
" Kotler (66). pág 467.
" Puente Muñoz (84). pág. 183.
* Puente Muñoz (84), pág. 185.

Es posible que, excepcionalmcntc, en algunos contratos el distribuidor tenga la facultad de fijar libremente los precios de reventa, siempre que no afecten la imagen de los productos o al empresario y a otros distribuidores.

ii) *Usar la marca en la forma pactada.* El distribuidor debe hacer *uso de la marca* en los productos objeto del contrato, en los términos que el empresario le señale. Es común que los bienes objeto del contrato estén amparados por una marca. Considero que a este contrato le es aplicable, por analogía, la prohibición que tiene el comisionista de "alterar las marcas de los efectos que hubieren comprado o vendido por cuenta ajena, ni tener efectos de una misma especie perteneciente a distintos dueños, bajo una misma marca, sin distinguirlos por una contramarca" (art. 300 del C. de c.).

Esta es una obligación muy amplia, pues el uso de una marca implica que el distribuidor no puede variar la marca, el nombre comercial o cualquier otro símbolo o imagen que la mercancía o el fabricante tiene en el mercado. Tales variaciones o modificaciones pueden afectar al fabricante y a otros distribuidores c intermediarios. Esta amplia obligación incluye la prohibición de que el distribuidor registre a su nombre marcas o nombres comerciales del fabricante. La violación a esta prohibición general sobre el uso estricto de las marcas es, generalmente, causa de terminación anticipada del contrato.

iii) *Otros compromisos.* En atención a lo que acuerden en cada caso particular las partes, el distribuidor puede quedar obligado a lo siguiente: seguir los sistemas de publicidad que le señale el fabricante,[36] contribuir a los gastos de propaganda de los productos,[37] dar las garantías y servicio de posventa a los clientes de los productos, tener en depósito mercancías o un inventario mínimo de productos —o de refacciones o repuestos— para revender.[38]

d) *Cumplir con las instrucciones sobre la organización del negocio.* Esta es una obligación distinta de la imposición de condiciones de reventa, pues no se relaciona directamente con las operaciones que realiza el distribuidor frente a los consumidores o terceros adquirentes. Este deber del concesionario puede ser muy amplio y detallarse en una serie de instmcciones o reglas para la organización del negocio. Entre otras cosas incluye lo siguiente.

> Aceptar los sistemas administrativos, contables y financieros establecidos por el concedcnte... (y) se refuerza con frecuencia mediante la obligación de enviar información contable al conccdente, al que puede reconocer incluso el derecho a una verificación más o menos amplia de la contabilidad y, mediante la aceptación por parte del concesionario de la programación financiera que le señale."

* *Cfr.* Iglesias Prada (63), pág. 262.
" *Cfr.* Cervantes Ahumada (34), pág. 482.
* *Cfr.* Puente Muñoz (84), págs. 195 a 198.
* Iglesias Prada (63). págs. 262 y 263.

Además de lo relacionado con los aspectos contables y financieros del negocio del distribuidor, el fabricante puede tener intervención, sobre todo, en la organización de las ventas. Entre otras cláusulas usuales pueden señalarse: aquellas que imponen el régimen de las instalaciones o áreas de venta, o la exhibición de los productos, la reparación y mantenimiento de los mismos, el establecimiento del servicio técnico de reparación de los productos y servicios de posventa, la participación del concesionario en el régimen de publicidad de los bienes objeto de la concesión, el establecer un régimen de ayuda financiera del concedente al concesionario y otras más.[40] Toda esta relación pone de manifiesto que el contrato de distribución es un contrato de *colaboración.*

e) *Informar al empresario.* Si así se señala en el contrato, el distribuidor debe *informar* al empresario el desarrollo de su actividad en lo referente a la comercialización de los productos. En algunos casos esta obligación complementa la relativa a la de aceptar ciertos sistemas administrativos y de organización.

f) *Respetar el pacto de exclusiva.* Cuando se pacta, el distribuidor debe respetar el *pacto de exclusiva*, no hacer competencia o adquirir productos iguales o con características similares a los que son materia del contrato de otros fabricantes o empresarios. Esta prohibición incluye el no actuar como agente, representante o de alguna forma ser intermediario, no necesariamente con el carácter específico de distribuidor.

Si los productos que pretende comercializar y revender el distribuidor no hacen competencia directa ni afectan el mercado del empresario, no hay violación al pacto de exclusiva. Sin embargo, es conveniente informar o, en su caso, pedir autorización al fabricante para desarrollar esta actividad.

9. OBLIGACIONES DEL EMPRESARIO

a) *Entregar la mercancía.* Las obligaciones del fabricante se resumen en las que son propias de un suministrador o vendedor.[41]

El empresario o fabricante debe, como principal obligación, *entregar* las mercancías al distribuidor y *trasmitir la propiedad* de las mismas, a efecto de que el distribuidor pueda revenderlas. La entrega debe hacerse en las cantidades, calidades, plazo y lugar pactados. A falta de pacto puede utilizarse la práctica común que tenga

* *Cfr.* Puenie Muñoz (84). págs. 196 a 200.
[41] *Cfr.* Iglesias Prada (63), pág. 266.

el empresario con otros distribuidores similares, o aplicarse las normas supletorias legales de la compraventa mercantil (arts. 375 y 376), de la compraventa civil o de las obligaciones comerciales.

Una tesis de la Suprema Corte considera aplicables supletoriamente estos principios. Dice esta ejecutoria que: "...si se ha pactado la entrega de las mercancías en cantidad y plazo determinados, de conformidad con lo dispuesto en los artículos S75 y 376 del mismo ordenamiento el comprador no está obligado a recibirlas fuera de ellos; pero si aceptare entregas parciales, quedará consumada la venta en lo que a éstas se refiere..." *(Cfr.* la tesis *Compraventa de distribución exclusiva, contrato mercantil de. Rescisión).*

b) *Garantizar las calidades de los productos.* El empresario debe garandzar al distribuidor la *calidad y cantidad* de la mercancía objeto de la distribución. El distribuidor, como adquirente, tiene las acciones propias por vicios ocultos que señala el C. de c. (art. 383) y completa el C.c. (arts. 2142 a 2149).

Por lo que hace a la responsabilidad frente a los terceros adquirentcs, la LPC señala que los consumidores tendrán derecho a la reposición del producto, a la bonificación, compensación o devolución de la cantidad pagada por faltas de cantidad, calidad, marca o especificaciones ofrecidas. Este derecho lo puede ejercer el consumidor ante el distribuidor o ante el fabricante (arts. 92 y 93).

c) *Otras obligaciones del empresario.* El contenido concreto de las obligaciones para el empresario que se pactan en un contrato de distribución puede ser muy variado. Entre algunas de los deberes de esta parte del contrato, a modo de ejemplo, se señalan las siguientes: respetar los descuentos pactados; colaborar en campañas de publicidad que benefician a todos los distribuidores y al mismo empresario; proporcionar ayuda técnica, administrativa y de ventas para la comercialización de los productos.

En este contrato no hay comisión, premio u honorarios para el distribuidor, pues es un contrato diferente a la comisión o a la agencia.

El concesionario cifra su posibilidad de ganancia en el margen comercial que pueda quedarle entre el precio de compra al concédeme y el de reventa a su clientela, margen que incluye un porccnuye de descuento en el precio que le hace el concedente, y no en la comisión o porcentaje que éste deba pagarle: se trata pues de un beneficio aleatorio.**

[9] Vicent Chulía (104), tomo II, pág. 173.

10. MODALIDADES

a) *El pacto de exclusiva.*[45] Los contratos de distribución pueden contener, como elemento accesorio, un *pacto de exclusiva* a favor del empresario, del distribuidor o de las dos partes. Una tesis de la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia, reconoce la existencia del "contrato mercantil de ditsribución exclusiva" (*Cfr,*: la tesis *Compraventa de distribución exclusiva, contrato mercantil de. Rescisión).*

> la ley belga se refiere a la exclusiva al determinar a qué contratos se aplica. Así, este ordenamiento señala que: "quedan sometidos a las disposiciones de la presente ley, no obstante toda cláusula en contrario: 1® Los contratos de *distribución exclusiva*2* * Los contratos de distribución en virtud de los cuales el concesionario vende, dentro del territorio concedido,.." (art. I°).
>
> Para algunos autores la exclusiva es un elemento esencial del contrato,[44] "el elemento del contrato de mayor relieve"[41] o de "relevancia fundamental".[46] Sánchez Calero afirma que "este elemento es natural al contrato, pero no esencial, pues la exclusiva puede faltar".[47]

A mi entender, el pacto de exclusiva en el contrato de distribución, o en otros contratos es, en el Derecho mexicano, un *elemento accidental* y solo se produce cuando las partes lo acuerdan expresamente.

La *esencia* de este acuerdo de exclusiva se encuentra en no recibir, en no realizar ciertas prestaciones, en no concluir determinados contratos, sino solamente con aquellas personas a quienes se les reconoce la exclusiva. El distribuidor obligado por la exclusiva no puede contratar la distribución de productos en su zona con otros empresarios, es lo que se conoce como *exclusiva de abastecimiento o aprovisionamiento.* Si el obligado por la exclusiva es el empresario, éste no puede designar a otros distribuidores en la zona o para los productos concedidos al beneficiario de la exclusiva, e incluso evitar que sus productos sean introducidos a la zona por conductos distintos a la actividad del beneficiario de la exclusiva.

El pacto de exclusiva tiene dos *requisitos básicos:* el plazo y el territorio. Estos elementos deben contemplarse en el contrato

[45] Para ampliar sobre este tema, ver el capítulo XVI de esa obra.
** *Cfr.* Puente Muñoz (84). págs. 108 y siguientes.
* Iglesias Prada (63), pág. 255.
* Vicent Chulla (104), tomo II, pág. 173.
" Sánchez Calero (93). pág. 465.

en el que se pacta la exclusiva, para que la obligación de no contratar que deriva de ésta, esté limitada en el tiempo y en el espacio.

Los *efectos* del pacto de exclusiva solamente se producen entre las partes contratantes, quienes quedan obligadas a *no contratar.* Si una parte viola el pacto de exclusiva y contrata o recibe prestaciones de un tercero, la relación con el tercero es válida y el beneficiario de la exclusiva no puede exigir la nulidad o invalidar el nuevo acto. En todo caso, el beneficiario de la exclusiva puede exigir a la otra parte que se le paguen los *daños y perjuicios* causados. Por lo general, si el incumplimiento es grave, puede ser causa de terminación de todo el contrato

b) *La LCE y el pacto de exclusiva en la distribución.* ¿El pacto de exclusiva en el contrato de distribución es válido conforme a la LCE? Esta ley prohíbe los monopolios, estancos y prácticas que disminuyan, dañen o impidan la competencia y libre concurrencia en la distribución de bienes y servicios (art. 8º) y se refiere expresamente a la *distribución exclusiva* (art. 10-1). Sin embargo, hay que analizar en cada caso concreto si el pacto de exclusiva atenta contra dicha ley.

> Se consideran *prácticas monopólicas relativas* "los actos, contratos, convenios o combinaciones cuyo objeto o efecto sea o pueda ser desplazar indebidamente a otros agentes del mercado, impedirles sustancialmente su acceso o establecer ventajas exclusivas a favor de una o varias personas" (art. 10), en los siguientes supuestos: distribución exclusiva o la imposición de la obligación de no fabricar o distribuir; la imposición de precios y condiciones a un distribuidor o proveedor y la venta sujeta a la condición de no adquirir de un tercero (art. 10, fracs. I, 11 y IV).

Para que el pacto de exclusiva o el mismo contrato de distribución se considere que está dentro del supuesto de una práctica monopólica relativa, violatoria de la ley, es necesario que se compruebe que el responsable del acuerdo "logre un poder sustancial en el mercado relevante" (arts. 10 y 11). Se considera que esto último se da cuando el agente económico puede fijar precios unilatcralmente en el mercado o tenga cierto control respecto al acceso al mercado de otros competidores (art. 13).

> El pacto de exclusiva —expresa Díaz Bravo— no atenta contra la libre concurrencia, pues no se celebra con otro fabricante para convenir en la restricción recíproca de ventas, sino con un distribuidor que, en libre competencia con los otros

> fabricantes, procurará, en beneficio propio exigir óptima calidad en la mercancía y la adopción de un precio competitivo.**

La violación a esta ley se sanciona al infractor con multa que impone la Comisión Federal de Competencia (art. 35—IV y V LCE).

Como los supuestos de la LCE son relativamente amplios y no puede juzgarse si un pacto de exclusiva en un contrato de distribución o el propio contrato puede ser violatorio de la LCE, es recomendable que, en caso de duda, se consulte a la Comisión Federal de Competencia.

c) *La subdistribuáón.* El distribuidor puede, a su vez, celebrar otros *subcontratos de distribución,* siempre que no exceda los límites del contrato base y cumpla con los requisitos que estos nuevos contratos suponen para su celebración.

> El subcontrato de distribución surge, pues, como una consecuencia natural de la esencia misma del contrato básico y es frecuentísimo en la práctica, por las posibilidades que brinda para la apertura de nuevos mercados al producto o mercadería que se trata de introducir, y es evidente que las mismas notas fundamentales de exclusividad, limitación territorial y actuación en nombre propio, han de darse en el subcontrato de distribución que surge y que se deriva de uno anterior de su misma naturaleza.*[0]

Aunque en principio el subcontrato no puede darse respecto a contratos traslativos de dominio, y en el caso de la distribución estamos frente a una clara trasmisión de propiedad, considero que el contenido de la subdistribución comprende las *condiciones de intenta* que el distribuidor impone al subdistribuidor, además de otras posibles limitaciones que pueda contener el contrato base; por ejemplo, la exclusiva o normas sobre la organización del negocio.

I)e este modo, el subdistribuidor se obliga a revender bajo el mismo cúmulo de limitaciones y condiciones de reventa que el distribuidor le impone. Si el subdistribuidor no cumple con los límites impuestos, provoca un incumplimiento para el propio distribuidor frente al fabricante o frente al primer empresario. En la práctica, en los contratos se incluye la prohibición de subcontratar sin autorización expresa y previa del fabricante; o una autorización general que obliga al distribuidor a informar al empresario sobre los subcontratos que celebre. Si se subcontrata sin autorización, este

** Díaz Bravo (42). págs. 409 y 410.
** López Vilas (70), pág. 185.

incumplimiento es, generalmente, causa de terminación del contrato de distribución.[50]

El subcontrato de distribución suele estar restringido a una zona geográfica exclusiva en donde el distribuidor tiene derecho a revender. Por medio de un subcontrato no puede el distribuidor exceder el territorio asignado en exclusiva, pues es responsable de los actos del subdistribuidor que violan el contrato con el empresario principal. El plazo del subcontrato puede ser igual o menor que el del contrato principal, pero su contenido siempre está limitado por los términos del contrato base, del cual se origina. Si el contrato de distribución es por plazo indeterminado y se concluye por un preaviso o alguna causa de incumplimiento, esta terminación es, también, causa de terminación de todos los subcontratos, por la relación de *codependenaa unilateral*

11. TERMINACIÓN

a) *Plazo.* La llegada del plazo es causa normal de terminación del contrato de distribución, aunque existen ciertos efectos que se producen precisamente a raíz de la extinción. Por ejemplo, el derecho que —si se pacta— asiste al distribuidor para devolver la mercancía y que le sea pagada por el empresario al precio que el pagó. En algunas ocasiones se previene un plazo, posterior a la terminación, durante el cual el concesionario tiene todos los derechos del distribuidor para revender la mercancía en su poder, con los beneficios de uso de marca, publicidad y los derechos que derivan de la relación contractual.

Puede establecerse en el contrato que a la llegada del plazo el contrato se *prórroga* automáticamente por períodos anuales, salvo que alguna de las partes de un preaviso a la otra para dar por terminado el contrato. Es válido pactar que el distribuidor tenga derecho a que se le *renueve o prorrogue* la relación si durante el desempeño de su encargo o actividad distribuidora cumple con ciertos resultados.

Algunos distribuidores han reclamado (principalmente en los tribunales franceses) su derecho a que el contrato se prorrogue, o a que, en caso de negativa, se les conceda una indemnización compensatoria. Los tribunales franceses han rechazado el derecho a una indemnización "con el argumento de que la no renovación

[50] En la ley belga se establece que: "Las reglas establecidas en estos artículos que preceden son aplicables a los contratos de distribución convenidos entre un distribuidor y uno o varios subdistribuidores" (art. 5*).

no constituye un abuso de derecho, sino el ejercicio de un derecho contractual".[51]

b) *Plazo indeterminado.* El contrato puede ser por *plazo indeterminado-,* es decir, que la relación entre las partes es indefinida en el tiempo. Esta hipótesis plantea dos casos.

i) Que las partes estipulen expresamente un contrato de duración indeterminada.

ii) Que "no se determine contractualmente la duración del contrato en cuyo caso esta ha de considerarse ilimitada".[5]*

Para el primer caso, las partes suelen estipular un *preaiñso,* como medio para dar por terminado el contrato. El preaviso se hace, generalmente, por escrito y se notifica fehacientemente (por correo certificado con acuse de recibo, mediante notificación notarial) en el plazo previo razonable fijado en el contrato (tres, seis, doce meses, etc.).

Si las partes no establecen el preaviso como medio de terminación y han sometido el contrato a los Principios de UNIDROIT, "cualquiera de las partes podrá dar por terminado un contrato de tiempo indefinido, comunicándoselo a la otra con una anticipación razonable" (art. 5.1.8).

Para determinar que es un plazo razonable, ya sea que se apliquen o no los principios citados, quizá sea conveniente acudir a los usos mercantiles, considerando las circunstancias propias del contrato.

En el caso de que el contrato no contenga plazo de terminación ni establezca el preaviso, la terminación puede producirse por denuncia unilateral de alguna de las parles."

c) *Denuncia unilateral.* No resulta aplicable supletoriamente al contrato de distribución el derecho que la ley otorga al comitente (art. 307 del C. de c.) de revocar la comisión al comisionista. El contrato de distribución tiene otros supuestos y no participa plenamente de las características de la comisión.

[M] Puente Muñoz (84). pág. 167.

* Iglesias Piada (63). pág 268.

[M] El art. 2º de la ley belga señala: 'Cuando un contrato de distribución sometido a la presente ley se ha pactado por un período determinado de tiempo, no puede ser rescindido. excepto en caso de falta grave de una de sus partes a sus obligaciones, salvo que medie un prcaviso razonable o una indemnización justa que será determinada por las partes al momento de denuncia del contrato."

> Las vendedores están en gran medida en libertad de escoger a sus distribuidores, pero su derecho para poner fin a los contratos de distribución está sujeto a condiciones. En general, el vendedor puede prescindir de distribuidores cuando hay causa justificada.*[4]

> *i)* Las partes pueden concederse mutuamente esta facultad de denunciar el contrato, o establecerla sólo como facultad de una de ellas.
> *ii)* Pueden también pactarse justos motivos —*causas justas*— para la denuncia unilateral del contrato "

Cuando este derecho de denuncia unilateral no se pacta, "se entiende implícito en este contrato, y por tanto puede ser ejercitado por el concedcntc, que es a quien generalmente le interesa hacerlo".[54] La denuncia unilateral debe cumplir con estos requisitos: que se haga de buena fe, en tiempo oportuno y con un plazo de preaviso.[57] Si la ruptura del contrato es consecuencia del ejercicio abusivo del derecho de denuncia, de una denuncia improcedente, el concesionario tiene derecho a ser indemnizado.[58]

> La facultad de revocar subsiste, mas si se impone antes de la expiración del plazo, sin haberse demostrado que mediase causa justa dimanente del incumplimiento de lo pactado por parte del mandatario o comisionista, entonces el comitente debe indemnizar a aquel los daños y peijuicios que con la extemporánea revocación le ocasione.*[0]

d) *Muerte e inhabilitación.* "El contrato de concesión —como sucede en otros contratos de colaboración— está basado en la confianza del concedente en el concesionario, por lo que también en este contratos un elemento caracterizador es el *intuitu personae*."[,i0]

> En principio, la muerte o inhabilitación del distribuidor es causa de terminación de la relación, sin embargo un detenido examen de la realidad de los hechos permite apreciar que el *intuitu pmonae* está siendo sustituido por lo que con evidente acierto se ha denominado *intuitu instrummti* o, si se prefiere, utilizando unos términos particularmente expresivos, un *intuitu tabernae.* Las condiciones personales de los contratantes han ido cediendo progresivamente su relevancia ante la absorbente y específica consideración de las aptitudes técnicas y productivas de la empresa. El *intuitus se* ha desplazado, en efecto, desde el comerciante o empresario al establecimiento mercantil de que es titular.*'

[M] Kotler (66), pág. 641.
" *Cfr.* Iglesias Prada (63), pág. 268.
** Puente Muñoz (84), págs. 172 y 173.
" *Cfr.* Puente Muñoz (84). pág. 173.
" *Cfr.* Puente Muñoz (84). pág. 178.
*• Iglesias Prada (84). pág. 276.
* Sánchez Calero (93), pág. 465.
" Iglesias Prada (63). pág. 277.

El contrato no se extingue con la muerte o inhabilitación del fabricante o empresario.

e) *Causas justas pactadas en el contrato.* Las partes suelen incluir diversas causas de terminación anticipada que se refieren a *incumplimientos sustanciales* de la relación contractual. las más usuales son: el concurso mercantil de alguna de las partes, que el distribuidor no adquiera la cuota mínima de las mercancías que debe comercializar, retraso en los pagos del precio de las mercancías, la no recepción de los productos, no cumplir periódicamente con las condiciones de reventa, violación al pacto de exclusiva, el contratar subdistribuidores sin la autorización del empresario, la huelga por un período importante, el embargo de activos "sustanciales" de la empresa o la intervención judicial.

En ciertos contratos puede establecerse como causas de extinción el cambio de accionistas de la sociedad distribuidora o del fabricante, el cambio de administración, la fusión o la escisión de la sociedad.

f) *Incumplimiento, terminación anticipada e indemnizaaón.* Un problema que llega a los tribunales sin un criterio claro de solución es el determinar como se indemnizan los daños y peijuicios a un distribuidor por un incumplimiento del empresario o una terminación anticipada sin causa justificada. Un criterio muy general que puede plantearse es con base en los años de duración del contrato, lo que falta para la llegada de terminación y las ventas y margen de utilidades que durante la vigencia ha obtenido el distribuidor. Por ejemplo, si el contrato es por diez años y el concedente incumple en el sexto año, faltando cuatro años para la terminación pactada, habría que determinar cuales fueron las ventas y la utilidad neta del distribuidor en los seis años de vigencia del contrato, ajustar esa ciña por inflación (o calcular a precios constantes) y determinar que el concedente debe al distribuidor por concepto de indemnización el promedio del año de utilidad multiplicado por los cuatro años que faltan para concluir el contrato. Desde luego esta solución tan general no puede aplicarse fácilmente a contratos por tiempo indeterminado.

12. NATURALEZA CONTRACTUAL

a) *Naturaleza contractual* Las teorías que se han formulado acerca de la naturaleza contractual de esta figura son variadas. Las principales opiniones de la doctrina son las siguientes:

i) Compraventa especial con imposición del precio de reventa. El concesionario ve limitado el dominio sobre la cosa adquirida al tener que venderla a un precio determinado. Una tesis de la Tercera Sala señala que: "El contrato mercantil de distribución exclusiva, por su naturaleza específica, no puede ser considerado como una compraventa lisa y llana, pero esta circunstancia no trae como consecuencia la falta de aplicación de las disposiciones relativas del Código de Comercio..." *(Cfr.* la tesis *Compraventa de distribución exclusiva, contrato mercantil de. Rescisión).*

ii) "Se trata de una unidad contractual —dice Díaz Bravo— que no puede ser otra que la inicial *comprairnta*, estipulada con una o varias *modalidades o cargas,* tantas como se impongan al concesionario adquirente de los bienes."**

iii) "La concesión supone siempre una relación duradera. Es una verdadera *venta con monopolio*; monopolio de una marca que en ocasiones es evidente, que importa una relevante entidad económica."[M]

iv) Como contrato mixto que "incorpora ingredientes del suministro con exclusiva de reventa y de la agencia, de modo que su problemática incluye la propia de estos dos contratos."*[4]

v) "Consiste este contrato en esencia en un *suministro* en el que la *cláusula de exclusiva,* generalmente recíproca, adquiere una relevancia fundamental, al que se añaden las obligaciones propias de un agente (mínimo de comercialización, servicio a compradores, etc.) salvo la de contratar a nombre del concedente, ya que el concesionario compra en fírme y revende a su clientela propia, aunque utilice la marca del concesionario."[w]

vi) Otras tesis señalan que el contrato de distribución es venta con suministro, de licencia de marca, de mandato o contrato de agencia, además de ser, por sus características un contrato normativo, preliminar y de adhesión.[4]*

En mi opinión, el contrato de distribución no puede asimilarse a alguno de los tipos contractuales de nuestra legislación mexicana vigente. Se trata de una figura atípica, *sui generis,* que "se nos presenta como un fenómeno social reiterado e individualizado bajo un *nomen juris* de general aceptación; es decir, posee *tipicidad social."*"[7] En resumen, "no cabe reducir el contrato de concesión mercantil —dice Puente Muñoz— a ninguno de los esquemas con-

** Díaz Bravo (42), pág. 409.

[w] Baliche (18), pág. 377. También sustenta esta tesis Hetnmard *(Ies contrats commeniaux),* citado por Puente Muñoz (84), págv 57 y 58.

[M] Brusela (29), pág. 454.

" Vicent Chulía (104). tomo II, pág. 173.

"* *Cfr.* Puente Muñoz (84), págs. 59 a 88.

*} Iglesias Prada (63), pág. 261.

tractuales tradicionales. El contrato de concesión mercantil es un *contrato atípico"1*[68]

la característica distintiva de este contrato frente a otros negocios afines y que a mi entender constituye un elemento esencial, es la imposición al distribuidor —por parte del empresario— de las condiciones de reventa y comercialización de los productos. Cuando contiene un pacto de exclusiva esta característica es sólo una modalidad *accesoria,*

b) *Normas supletorias.* Las *normas supletorias* de otros contratos o de las obligaciones en general que pueden ser aplicables al contrato, son las disposiciones de la compraventa mercantil (*Cfr.*; la tesis *Compraventa de distribución exclusiva, contrato mercantil de. Rescisión),* que se completan con las de la compraventa civil, con relación a la adquisición y entrega de productos. Rigen también los principios del contrato de suministro. Respecto a la imposición de condiciones de reventa que el distribuidor recibe del empresario, las normas del contrato de comisión y del mandato, pueden ser supletorias y los principios del contrato de agencia pueden auxiliar en la reglamentación de esta relación.

Cuando se pacta la exclusiva, como obligación de no contratar, son aplicables las normas sobre las obligaciones de no hacer que condene nuestra legislación civil. Como contrato mercanül que es, hay que considerar la necesidad de acudir a los *usos comerciales* aplicables, especialmente los de la plaza del distribuidor.

Puente Muñoz (84). pág. 88.

BIBLIOGRAFÍA

BAUCHF.: (18) *La empresa,* págs. 375 a 377.
BROSETA: (29) *Manual de Derecho mercantil,* págs. 454 y 455.
CERVANTES AHUMADA: (34) *Derecho mercantil,* págs. 482 y 483.
DÍAZ BRAVO: (42) *Contratos mercantiles,* págs. 405 a 411.
IGLESIAS PRADA: (63) *Notas para el estudio del contrato de concesión mercantil.*
KOTLER: (66) *Dirección de mercadotecnia. Análisis, planeación y control,* págs. 449 a 484 y 639 a 641.
LÓPEZ VIIAS: (63) *El subcontrato,* págs. 183 a 185.
MARZORATI: (73), *Sistemas de distribución comeraal,* págs. 183 a 302.
PUENTE MUÑOZ: (84), *El contrato de concesión mercantil*
SÁNCHEZ CALERO: (93) *Instituciones de Derecho mercantil,* págs. 464 a 466.
VICENT CHULÍA: (104) *Compendio critico de Derecho mercantil* tomo II, págs. 172 a 174.

CAPÍTULO XV

EL CONTRATO DE FRANQUICIA

SUMARIO: 1.—Concepto económico c importancia de la franquicia. 2.—Denominación y concepto del contrato. 3.—Características del contrato. 4.—Clases. 5.—Elementos. 6.—Obligaciones y derechos del franquiciante. 7.—Obligaciones legales y reglamentarias. 8.—Obligaciones del franquicialario. 9.—Terminación. 10.—Naturaleza contractual. 11. La franquicia en otras legislaciones.

1. CONCEPTO ECONÓMICO E IMPORTANCIA DE *IA* FRANQUICIA

El contrato de franquicia es una *cnadón reciente* del Derecho de los negocios y de la economía.[1]

Pertenece la franquicia a las figuras jurídicas que en el siglo veinte han tenido su origen en los Estados Unidos de América y que, después de una evolución y conformación más o menos definitiva, han sido adoptadas en otros países que, muchas veces, cuentan con un sistema jurídico diferente al del país de origen de dicha figura.

Por reforma a la Ley de la propiedad industrial (LPI) publicada en el D.O. de 25 de enero del 2006, se modificó el artículo 142 y se adicionaron algunas disposiciones que regulan a la franquicia respecto a ciertos derechos y obligaciones de las parles contratantes —franquiciante y franquiciatario— con lo que este contrato que era atípico para nuestro Derecho, es ahora un contrato típico.

Desde el punto de vista económico, una *franquicia* es un sistema de comercialización y distribución donde a un pequeño empresario (el franquiciatario) se le concede —a cambio de una contraprestación— el derecho a comercializar bienes y servicios de otro (el franquiciante) de acuerdo a ciertas condiciones y prácticas establecidas del franquiciante y con su asistencia.

Los datos y estadísticas más interesantes sobre las franquicias desde el punto de vista económico, revelan la importancia que esta forma de hacer negocios tiene en el mundo.

Las estadísticas de franquicias son difíciles de comparar, por las diferentes clases que se incluyen bajo el término “franquicia" en los diferentes países.*

[1] Guycnot (61), pág. 19.

* *Cuide lo inUmational tnaslcr framhue arrangemenls* (58). pág. 251.

a) A través de las franquicias se *vendí* en Estados Unidos un 35% de los productos y servicios al consumidor.

b) El número de establecimientos de franquicias ha crecido en forma significativa en los Estados Unidos en los últimos 25 años. En el año de 1994, uno de cada 12 negocios establecidos era un negocio de franquicia.

e) En Canadá para 1987 había 45,000 establecimientos a través de franquicias y el crecimiento anual fue de 20% en 1985, 25% en 1986 y se esperaban cifras mayores hasta de 40% de crecimiento. En Francia antes de 1988, el crecimiento anual fue de 15%. En el Reino Unido, en el año de 1997, el número de unidades de franquicias era de 26,800 y se emplean 264,100 personas.

d) Las franquicias están desarrollándose en los países de Europa Central y Oriental, aunque sólo se tienen algunos datos de Hungría, en donde las ventas al consumidor representaban en 1994 1% o 2% y para 1996, esta cifra subió a 3%.

e) En Latinoamérica el mercado se ha desarrollado rápidamente, con Brasil, México y Argentina como líderes. En Brasil el crecimiento anual ha sido de 35%, desde mediados de los ochentas y en 1993 representó el 10% del Producto Interno Bruto.

f) En Asia las franquicias crecen rápidamente en ciudades y países como Hong Kong, Indonesia, Japón, Corea del Sur, Malasia, Filipinas, Singapur, Tailandia y China. La expansión de las franquicias en Japón ha sido exponencial. En 1970 había 61 franquiciantes, en 1981 eran 381 y para 1995 se contaban 755, que operan 158,000 establecimientos.

g) En Nueva Zelanda las franquicias se han establecido recientemente y en el Continente Africano, con excepción de Sudáfrica, están por desarrollarse.[3]

Este nuevo sistema de hacer negocios se ha expandido a todo el mundo y el interés internacional de este contrato es manifiesto, lo que significa que se han empezado a generar normas y disposiciones jurídicas importantes, como las siguientes:

i) La Comisión de las Comunidades Europeas preparó un *REGIAMENTO (CEE) N* 4087/88** (vigente del 1* de febrero de 1989 al 31 de diciembre de 1999), relativo a la franquicia. Este documento es una excepción a la aplicación de diversas normas sobre competencia que se contienen en el Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea (1957).* De este Reglamento conviene destacar que en

* *Cfr. Cuide lo intrmational master franchise arrangrmmls* (58), págs. 251 a 255.

* El texto drl Reglamento está tomado de la obra de Chulia Vicent. Eduardo y Beltrán Alandete, Teresa: Aspectos jurídicos de los contratos atípicosl, Editorial J.M. Bosch. Barcelona, España 1994, págs. 175 a 186.

[1] El art. 85.1 del Tratado establece que están prohibidos determinados todos los acuer^ dos entre empresas que tengan por objeto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia y señala algunos casos particulares. El mismo precepto, art. 85.3 permite que se

los considerandos se determina que "Los acuerdos de franquicia son esencialmente licencias de derechos de propiedad industrial o intelectual relativos a marcas comerciales, signos distintivos o *know-how,* que pueden combinarse con obligaciones de suministro o compra de bienes." Ante la inminente expiración de este Reglamento, se ha iniciado la discusión sobre su probable renovación y posible modificación. Por otro lado, se ha preparado un "Documento Verde" (enero de 1997), relativo a la política de competencia de la Comunidad Económica Europea.[6]

ii) La Comunidad Económica Europea ha elaborado un *Código Deontológico de la Franquicia en Europa*[7] que establece algunas reglas de interés sobre el comportamiento de las partes en este contrato. Este Código establece que "la franquicia es un método de colaboración contractual entre dos partes jurídicamente independientes e iguales: de una parte, una empresa franquiciadora, y, de otra, la empresa franquiciada".

m) La Cámara Internacional de Comercio o, en inglés, *Internacional Chamber of Commerce,* ha preparado un modelo de contrato internacional de franquicia —*ICC Model Contract on Franchising*— cuyo texto no ha sido publicado, pero del que ya se anuncia su existencia. Estos modelos de contratos internacionales contienen las cláusulas más usuales en este tipo de negocios.

tv) El UNIDROIT publicó en 1998 un documento con el nombre de "*Cuide lo International Master Franchise Arrangements'*, resultado del estudio de un grupo de expertos en franquicia que se formó para ese efecto en 1993.

El número de negocios que utiliza el método de franquicia para la comercialización y distribución de bienes y servicios es muy amplio, y cada día surgen nuevas ideas de negocios que utilizan a la franquicia para expandirse. Como ejemplo de la clase de negocios que utilizan a la franquicia menciono:[8]

automóviles y artículos relacionados, construcción, servidos para negocios (contabilidad, impuestos, correo), agencias de empleo, productos para niños, computadoras y accesorios, comida rápida (cafeterías, dulces, donas, hamburguesas, helados, comida italiana, comida mexicana, pizzas, sandwiches), restaurantes, venta de comestibles. salud, productos para el hogar (muebles, alfombras, restauración), servidos de mantenimiento, personal, mascotas, fotografía, servicios de impresión, publicadones, rccreadón (centros deportivos, hoteles y moteles, agencias de viaje) produc-

pueden declarar inaplicables esas normas a determinados acuerdos entre empresas. El desarrollo de estas excepciones es el contenido del Reglamento que se comenta.

• *Cfr. Cuide to inlemational Master franchise arrangements* (58), pigs. 280 y 281.

[7] El texto del Código está tomado de Chulia Vicent y otro. *op. cit.,* págs. 172 a 175.

* Información tomada de la revista *F.ntrrprmur,* The Small Business Authority, enero 1998. que menciona a las quinientas más importantes del año de 1997.

tos de arte, tiendas de descuento, herramientas, farmacias, limpieza de oficinas, servicios |K>stales, corretaje de inmuebles, servicios de entrenamiento y capacitación, entre otras.

2. DENOMINACIÓN Y CONCEPTO DEL CONTRATO

El *término* de franquicia con que se denomina al contrato proviene de una traducción literal, quizá incorrecta, del vocablo inglés *Jranchise.* La palabra es de origen francés *(franchisage*). En el *Diccionario Jurídico* inglés-español, *Jranchise* se traduce como:

Franquicia, privilegio, patente, concesión social, derecho de votar, franquicia del voto, porcentaje mínimo de responsabilidad del asegurado; y, en materia aduanera o fiscal, impuesto de privilegio o patente sobre concesión, derecho de licencia.

La palabra *franquicia* aparece definida en el *Diccionario de la lengua española* como "concesión de derechos de explotación de un producto, actividad o nombre comercial, otorgada por una empresa a una o varias personas en una zona determinada".[9]

Las partes que celebran el contrato se denominan en inglés *franchisor* y *franchisee,* sin traducción literal aparente al español. Se les podría designar como *licenciante* y *licencialario* o *concedente* y *concesionario.* 1.a vigente LPI designa a las partes como *franquiciante* y *franqmcialario,* términos que parecen mas conformes a nuestra terminología tradicional en la regulación de los contra tos.[10]

En el *Black's Laxo Dictionary* se define al contrato como sigue:

Franchise. En su sentido más llano, una franquicia es una licencia del propietario de una marca o un nombre comercial, mediante la cual permite que otro venda un producto o un servicio bajo ese nombre o marca. En un sentido más amplio, la "franquicia" se ha convertido en un contrato elaborado al amparo del cual la persona a favor de quien se otorga *(franchisee)* se compromete a manejar un negocio o vender un producto o servicio con apego a los métodos y procedimientos que establezca el otorgante *(franchisor*), y el otorgante se compromete a dar asistencia a la persona a favor de quien se otorga la franquicia a través de publicidad. promoción y otros servicios de asesoría.[1']

El nuevo texto del artículo 142 de la LPI define al contrato como sigue:

* *Diccionario de la lengua española.* 22* cd., Etpasa Calpr. Mudiid. 2001.

'* En nuestro C. c. se utilizan los de: donante y donatario, mullíante y mutuatario; arrendador y arrendatario; comodante y comodatario: depositante y depositado; y, mandante y mandatario.

[11] *HUuk* i *lene Dictionary* (23), voz: *franchisee* (la traducción es de Francisco Arce Gurza).

Habrá franquicia, cuando con la licencia de uso de marca, otorgada por escrito, se transmitan conocimientos técnicos o se proporcione asistencia técnica, para que la persona a quien se le concede pueda producir o vender bienes o presur servicios de manera uniforme y con los métodos operativos, comerciales y administrativos esublecidos por el titular de la marca, tendientes a mantener la calidad, prestigio e imagen de los productos o servicios a los que ésu distingue.

3. CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO

a) El franquiciante concede al franquiciatario el derecho a usar una marca y a *explotar* una negociación mercantil —producir, vender bienes o prestar servicios— en uno o varios establecimientos.

b) La licencia debe incluir la autorización de uso de marca (de servicios o productos) y eventualmente la de nombres y avisos comerciales y, en su caso, la explotación de patentes. El Reglamento de la LPI se refiere a los *derechos de propiedad intelectual* (art. 65 frac. IV).

c) La franquicia tiene cierta *exclushñdad* referida a un territorio o a uno o a varios establecimientos geográficamente identificados. La LPI establece que el contrato debe contener "la zona geográfica en la cual el franquiciatario ejercerá las actividades derivadas de la materia del contrato" (art. 142 bis I).

d) El franquiciatario se obliga a cumplir con el *control de calidad* del servicio y productos en los términos y especificaciones que le señale el franquiciante.

e) La transmisión de conocimientos o tecnología, de la que gran parte pertenece al *knoio-how,* la hace el franquiciante mediante normas, manuales, guías, capacitación al personal e inspecciones periódicas.

f) La *contraprestación* que paga el franquiciatario está ligada a los resultados de la operación.

g) Generalmente es un contrato a *largo plazo.*

h) Es un contrato de *colaboración*, no de cambio, pues franquiciante y franquiciatario tienen intereses comunes.

i) La franquicia es un *modo de organización* para la explotación de cierta clase de negocios.

Una tesis de un tribunal Colegiado ha señalado que: "... los elementos que distinguen este tipo de contratos son: a) La existencia de un derecho de propiedad industrial generalmente identificado con una marca (propiedad del franquiciante), cuyo uso será transmitido al franquiciatario para que pueda vender bienes o prestar servicios; b) La transferencia del franquiciante al franquiciado

de un saber hacer (know how), es decir, aquellos conocimientos o técnicas probadas que constituyen el éxito del negocio; c) La prestación continua por parte del franquiciante al franquiciado de asistencia comercial o técnica durante la vigencia del acuerdo; y d) Una contraprestación monetaria (no necesariamente). De tal forma que para su existencia deben satisfacerse todos esos elementos....” *(Cfr. Contrato de franquiáa. Elementos que lo distinguen).*

La LPI pretende que existan condiciones de igualdad entre los contratantes de la franquicia. Así, en la reciente reforma a esta ley se adicionó una fracción al artículo 2®. para indicar: “Esta ley tiene por objeto:... VII. Establecer condiciones de seguridad jurídica entre las partes en la operación de franquicias, así como garantizar un *trato no discriminatorio* para todos los franquiciatarios del mismo franquiciante.’’

4. Clases de franquicia

Hay varias *clases* de franquicias, cada una de las cuales tiene sus propias características y áreas de negocio donde se desarrolla. Generalmente las franquicias se dividen en: franquicia industrial, franquicia de distribución y franquicia de servicios.

a) La franquicia industrial es la que se relaciona con la manufactura de bienes sobre la base de una licencia de manufactura para fabricación basada en patentes y tecnología o “know-how“, combinada con licencia de marca.
b) La franquicia de distribución es aquella en que el franquiciatario vende productos manufacturados o que son suministrados por el franquiciador bajo la marca del mismo franquiciador a cambio de un pago de una retribución y generalmente con la limitación de vender los productos del franquiciador.[1]*

También se han clasificado en:

a) *Pmduct trade mark franchising* (franquicia de producto y marca), que también puede llamarse de distribución.
b) *Business formal franchising* (franquicia para crear y explotar una negociación, que se conoce también como industrial o de producción.

La primera clase *{franquiáa de producto y marca)* abarca una relación de ventas entre un proveedor y un distribuidor en la que el distribuidor (comerciante) adquiere cierta identidad de su proveedor. Ejemplos de este tipo de franquicia son los distribuidores de

'* *Cfr. Cuide lo inlemational Masler franchise arrangements* (58). pág. 243. El Reglamento 4087/88 de la Comisión de la Comunidad Económica Europea señala estas clases de franquicia: *Se pueden distinguir varios tipos de franquicia de acuerdo con su objeto: la *franquicia industrial* se refiere a la fabricación de productos; la *franquicia de distribución* se refiere a la venta de productos; y la *franquicia de servicios* se refiere a la prestación de servicios.*

automóviles y camiones, estaciones de gasolina,[121]"' embotelladoras de refrescos y equipos de cómputo.

La franquicia para la *formación y explotación de una negociación* —también llamada *package franchising*— ha alcanzado, literalmente, a millones de personas. La relación entre franquiciantc y franquiciatario generalmente incluye un producto o un servicio y una marca, un sistema de comercialización, manuales de operación, procedimientos, programas de entrenamiento, apoyo de publicidad y asistencia y guía del franquiciante durante la operación y desarrollo del negocio.

Esta clase de franquicia están contempladas en la definición del contrato de la LPI que establece que la licencia de marca se otorga para que el franquiciatario "pueda producir o vender bienes o prestar servicios" (art. 142).

Con relación a la *exclusiva* y el espacio geográfico en que el franquiciatario ejerce su privilegio sobre la franquicia concedida, existen diversas clases de contratos.

a) *Franquicia unitaria* en la que el franquiciatario tiene el derecho de abrir y operar un solo establecimiento, usualmente en una localidad específica en un territorio designado.

b) *Área de desarrollo de franquicia (master franchise),* donde el franquiciatario tiene el derecho exclusivo de abrir un número limitado o ilimitado de establecimientos dentro de un territorio específico. El Reglamento de la LPI le denomina *franquiciante maestro* (art. 65 frac. III).

c) *Contrato de opción* en el que el franquiciatario tiene el derecho de abrir y operar un establecimiento y, por una cuota adicional, puede abrir otro establecimiento más o varios establecimientos adicionales en un plazo futuro señalado en la opción.

d) *Subfranquicia* que generalmente está ligada a la franquicia de área de desarrollo, en las que al franquiciatario/subfranquiciante se le otorga el derecho (y generalmente la obligación) de vender franquicias dentro del territorio exclusivo que se le ha concedido. La posibilidad de subfranquicias está prevista en la LPI (art. 142 bis frac. VIII).

e) *Conversión a franquicia* se trata de un programa que tiene como objetivo el "convertir" o incluir dentro de un sistema de franquicia a establecimientos independientes sobre ciertos productos o servicios que ya existen y están operando.

„M* Por ejemplo, en México, Pemex-Refinación celebra contratos de franquicia con algunas estaciones de servicio que son sus franquiciatarios.

5. ELEMENTOS

Personales

El franquiciante y el franquiciatario son, generalmente, *comerciantes.* Esta característica puede derivar de que estén constituidos bajo alguna de las formas de sociedad mercantil, de que sean personas físicas que se dediquen habitualmente a los actos previstos como comerciales (artículo 75 del C. de c.); o, que la celebración de la franquicia los convierta en comerciantes.

La *capacidad* que requieren las partes para celebrar el contrato es la capacidad general para contratar, pues no se requiere capacidad especial alguna. Cuando las partes franquiciante y franquiciatario actúan por medio de *representante*, lo cual resulta necesario para las personas morales, las facultades que requiere el representante son, en principio, las de actos de administración. Puede suceder que el franquiciante, sociedad mercantil, por estatutos, requiera autorización de la asamblea de socios o accionistas (ordinaria o extraordinaria) o del órgano de administración para celebrar contratos de franquicia.

Reales

a) *La marca.* La función primordial de una marca es una indicación de calidad. 1.a marca del producto o servicio objeto de la franquicia es un elemento esencial del contrato. La LPI establece claramente que sólo habrá franquicia para el Derecho mexicano cuando exista la licencia de uso de una marca (artículo 142). La *marca* "es el signo risible que distingue productos o servicios de otros de su misma especie o clase en el mercado" (artículo 88 LPI) que da derecho a su titular a un uso exclusivo.

b) *La tecnología.* Elemento esencial del contrato de franquicia es que el franquiciante "transmita conocimientos técnicos o proporcione asistencia técnica". 1.a transferencia de esta tecnología tiene como finalidad que el franquiciatario "pueda producir o vender bienes o prestar servicios de manera uniforme y con ios mismos métodos operativos, comerciales y administrativos establecidos por el titular de la marca, tendientes a mantener la calidad, prestigio e imagen délos productos o servicios a los que ésta distingue" (artículo 142).

i) El primer concepto de conocimientos técnicos se conoce como *know-how* (abreviatura de *knmu how to do it,* saber cómo hacerlo), comprende invenciones, procesos, fórmulas o diseños que no están patentados o no son patentables, que se evidencian a través de alguna forma física como dibujos, especificaciones o diseños; que incluyen casi invariablemente secretos comerciales y que pueden comprender experiencia técnica acumulada y habilidad práctica y que, como mejor se

comunican, o quizá en la única forma que pueden transmitirse es a través de servicios personales. El *know-how* aparecerá siempre como materia del contrato de franquicia, aunque su alcance y definición específica sea muy vago. Incluye una buena parte de experiencia generalmente secreta, y puede variar durante la vigencia del contrato y el franquiciante hará saber al franquiciatario los cambios y actualidad de los conocimientos desarrollados para el mejor modo de explotar el negocio.

ii) El segundo concepto, *asistencia técnica,* es un flujo continuo de instrucciones, directivas o consejos suministrados en la medida en que son requeridos para la conducción u operación de un proceso determinado. Generalmente se presta en forma personal por técnicos o personal del franquiciante. A la asistencia técnica se refiere la LPI (arts. 142 y 142 bis, frac. VI).

iii) I^a *asesoría, consultorio y supervisión* es complemento natural de la transferencia de conocimientos técnicos y, en ocasiones, este supuesto está ya comprendido en algunos de los anteriores como el *know-how o* la asistencia técnica.

b) *La contraprestación.* El pago de diversas cantidades que el franquiciatario hace al franquiciante está, generalmente, ligado a los resultados de la operación del negocio franquiciado. De estos pagos hay dos conceptos básicos: el pago inicial o cuota que da derecho a la franquicia *(Jranchise feé) y* las regalías (*royalties)* como pagos periódicos. 1.a contraprestación puede ser en moneda nacional o en moneda extranjera.

En la relación entre franquiciante y franquiciatiario pueden existir pagos por muy diversos conceptos, por ejemplo:

A) Pagos iniciales:
I) derecho de franquicia *(franchise fee)*\
II) desarrollo de la franquicia, franquicia de área;
III) entrenamiento;
IV) aprobación del sitio adecuado para el establecimiento del negocio;
V) diseño arquitectónico.

B) Pagos periódicos:
I) regalías (porcentaje fijo, cuota mínima, posible incremento o decremento según ventas, mixto);
II) por servicios diversos;
III) contribución de publicidad y mercadotecnia;
IV) cargos por servicios especiales como contabilidad, servicio de computación, preparación de facturas, financiamicnto, entrenamiento, comilitona, asistencia técnica especializada.

C) Pagos de renta:

I) del inmueble;
II) equipo, instalaciones, anuncios, señales.
D) Pagos por ventas de:
I) equipo, instalaciones, anuncios, señales;
II) producto terminado que vende el franquiciatario al cliente;
III) materia prima, materiales, ingredientes;
IV) servicios de distribución y comisiones a agentes vendedores;
V) material de publicidad.

E) Comisiones a terceros proveedores del franquiciatario:

F) Intereses por préstamos al franquiciatario.

c) *IM exclusividad.* En el contrato de franquicia el *espacio geográfico* puede delimitarse mediante un territorio en donde el franquiciatario podrá explotar la franquicia por medio de diversos establecimientos *master franchise* (área de desarrollo de franquicia, con posibles subfranquicias); o para un establecimiento o negociación mercantil concreto y determinado, en la que el licenciante autoriza la localización (franquicia unitaria).

Formales

La LPI señala que el contrato debe constar por escrito y señala el contenido mínimo que éste debe contener (arLs. 142 y 142 bis). Esta formalidad es un elemento de validez del contrato. Algunas de las fracciones de esta nueva disposición están tomadas del art. 165 del RLPI.

Hay que agregar que uno de los elementos mas importantes del contrato de franquicia es la autorización o licencia del *uso* de una o varias *marcas* (art. 142 LPI) o nombres comerciales. Este acto jurídico requiere que el contrato se otorgue por escrito y que se inscriba.

El contrato debe *inscribirse* en la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial para que produzca efectos en peijuicio de terceros (artículo 136 de la LPI). El medio para inscribir un contrato es que se otorgue por *escrito.*

Considero que es importante que ley señale las obligaciones principales de las partes en un contrato de esta naturaleza, pues al señalar obligaciones al franquiciante, que son derechos correlativos del franquiciatario, de cierto modo equilibra a las partes contratantes. Sin embargo, me parece criticable el hecho de que esto se reglamente como una obligación de lo que debe contener el contrato escrito y no como normas que regulan los derechos y obligaciones contractuales, pues de esta forma se limita la libertad de contratación de las partes o se introducen al contrato cuestiones que no necesariamente se aplican a todos los acuerdos de franquicia.

6. OBLIGACIONES Y DERECHOS DEL FRANQUICIANTE

Las obligaciones que nacen del contrato de franquicia para el franquiciante pueden ser muy variadas y distintas en cada contrato particular por la materia de la concesión involucrada.

Las *principales obligaciones* del franquiciante en un contrato de franquicia son:

a) *Conceder la licencia de uso de marca.* Es esta una de las obligaciones esenciales de este contrato y la que va a distinguir un contrato de suministro, de distribución o de simple transferencia de tecnología, de uno de franquicia.

b) *Autorizar el uso del nombre comercial* El nombre comercial o el aviso comercial, así como la explotación de una o varias patentes, no siempre será materia del contrato de franquicia, aunque en ciertos productos o servicios puede ser de la mayor importancia y estar ligados a las marcas autorizadas.

c) *Proveer tecnología.* Esta obligación es muy amplia para el franquiciante y debe estar referida a los *conocimientos técnicos* que se transmiten para una eficaz explotación de la negociación mercantil que es objeto de la franquicia. Esta obligación tan compleja, amplia y general es necesario detallarla en el contrato o en manuales o anexos del mismo contrato. Los medios o procedimientos para la transmisión permanente de la tecnología pueden ser muy variados (manuales, videos, diskettes, e-mail, Internet, programas de cómputo y de capacitación). Esta obligación puede cambiar durante la vigencia del contrato respecto a diversa tecnología que el franquicia tari o requiere en etapas distintas del desarrollo del negocio.

La LPI señala que el contrato debe señalar: "las características de la capacitación técnica y operativa del personal del franquiciatario, así como el método o la forma en que el franquiciante otorgará asistencia técnica" (art. 142 bis VI).

Como ejemplo de algunas *obligaciones específicas* menciono:

i) Proporcionar *información* sobre "la ubicación, dimensión mínima y características de las inversiones en infraestructura, respecto del establecimiento en el cual el franquiciatario ejercerá las actividades derivadas de la materia del contrato" (art 142 bis II de la LPI).

ii) Enviar manuales, diskettes, e-mails, programas de cómputo, guías, procedimientos de operación de la negociación; e información completa que permita la óptima explotación del negocio. "Esta documentación contenida en el manual operativo no es estática, sino que

ha de ser dinámica y constantemente actualizada y puesta al día por el franquiciante."[15]

in) Señalar "los criterios, métodos y procedimientos de supervisión, información, evaluación y calificación del desempeño, así como la calidad de los servicios a cargo del franquiciante y del franquiciatario" (art. 142 bis VII de la LPI).

tv) Prestar *asistencia técnica* y toda clase de asesoría útil y necesaria al franquiciatario para la aplicación de la tecnología. Esta obligación debe cumplirse durante la vigencia de todo el contrato.

d) *Determinar estándares de calidad.* Esta obligación del franquiciante es también complemento de su derecho a inspeccionar y supervisar periódicamente al franquiciatario. "En el *franchising* es básico para conseguir la homogeneidad del producto que el franquiciante tenga la facultad de controlar el proceso de calidad del producto o servicio para no desprestigiarse ante sus clientes."[14]

Durante toda la vigencia del contrato el franquiciante tiene un derecho para *inspeccionar, supenñsar y conocer* en detalle la operación y desarrollo de la explotación de la negociación por parte del franquiciatario.

e) Si la franquicia está referida a un negocio de naturaleza *comercial* en la que el franquiciatario requiere del producto fabricado o suministrado por el concedente para la explotación del negocio, éste tendrá las obligaciones propias de un suministrador para entregar periódicamente el producto en el volumen, cantidades, plazos y establecimiento pactados. El contrato debe establecer "las políticas de inventarios, mercadotecnia y publicidad, así como las disposiciones relativas al suministro de mercancías y contratación con proveedores" (art. 142 bis III de la LPI).

f) En contratos de franquicia en los que el concesionario es *distribuidor,* el franquiciante puede otorgar en comodato el uso del equipo o instalaciones apropiadas para la explotación de la negociación.

g) En algunos casos, realizar la publicidad necesaria para la venta o conocimiento del producto o servicio materia de la franquicia. Puede obligarse al franquiciatario a colaborar con la aportación de un porcentaje de sus ventas por ese concepto.

h) Cuando sea el caso, procesar la información contable, financiera, de producción y comercial del franquiciatario.

i) En aquellos contratos en los que el franquiciante se obliga a *financiar* al franquiciatario o por lo menos, a auxiliarlo en la obtención del financiamiento para el desarrollo de la franquicia, el

" Cardrlús (SI), pág. 64.
M Cardelús (31). pág. 72.

contrato debe contener "las políticas, procedimientos y plazos relativos a los reembolsos, financiamientos y demás contraprestaciones a cargo de las partes" (art 142 bis IV de la LPI).

7. OBLIGACIONES LEGALES Y REGLAMENTARIAS

La LPI establece que el franquiciante, "deberá proporcionar a quien se pretenda conceder, por lo menos con treinta días previos a la celebración del contrato respectivo, la información relativa sobre el estado que guarda su empresa, en los términos que establezca el reglamento de esta ley" (art. 142). Esta obligación de "suministro de información" o "documento de divulgación" no es una oferta de contrato, ni tiene carácter vinculatorio para el franquiciante antes de la celebración del contrato.

Celebrado el contrato, "la falta de veracidad en la información... dará derecho al franquiciatario, además de exigir la nulidad del contrato, a demandar el pago de los daños y peijuicios que se le hayan ocasionado por el incumplimiento" (art. 142).

Además de la sanción de nulidad y daños y peijuicios por el incumplimiento de esta obligación de información, la LPI señala una sanción administrativa. Dice la ley: "Son infracciones administrativas:... No proporcionar al franquiciatario la información, a que se refiere el artículo 142 de esta Ley, siempre y cuando haya transcurrido el plazo para ello y haya sido requerida;..." (art. 213 fracc. XXV).

En el Reglamento de la ley [15] está el contenido de esta obligación (artículo 65). Este precepto establece que:

> El titular de la franquicia deberá proporcionar a los interesados, previa celebración del convenio respectivo, por lo menos, la siguiente información técnica, económica y financiera:
>
> I. Nombre, denominación o razón social, domicilio y nacionalidad del franquiciante,
> II. Descripción de la franquicia;
> III. Antigüedad de la empresa franquiciante de origen y, en su caso, franquiciante maestro en el negocio objeto de la franquicia;
> IV. Derechos de propiedad intelectual que involucra la franquicia;
> V. Montos y conceptos de los pagos que el franquiciatiario debe cubrir al franquiciante;
> VI. Tipos de asistencia técnica y servicios que el franquiciante debe proporcional al franquiciatario;
> VII. Definición de la zona territorial de operación de la negociación que explote la franquicia;
> Vul. Derecho del franquiciatario a conceder o no subfranquicias a terceros y, en su caso, los requisitos que deba cubrir para hacerlo;

'* Promulgado en el *D.O.* de 25 de noviembre de 1994. Es probable que con la reforma a la LPI se modifique el correspondiente Reglamento para que se ajuste a las nuevas disposiciones de la ley.

> XI. Obligaciones del franquiciatario respecto a la información de tipo confidencial que le proporcione el franquiciante, y
> X. En general las obligaciones y derechos del franquiciatario que deriven del la celebración del contrato de franquicia.

Como comentarios generales a esta disposición puede decirse lo siguiente:

> *a)* las obligaciones que tiene el franquiciante y que enumera el artículo transcrito, son *obligaciones que derivan de la ley y* que complementa el Reglamento.
> *b)* La información a que se refiere la ley y el Reglamento deben proporcionarse *previamente* a la celebración del contrato.
> *c)* La información descrita es el *mínimo* que debe proporcionar el franquiciante.

8. OBLIGACIONES DEL FRANQUICIATARIO

a) *Situar el establecimiento en el lugar autorizado.* El franquiciatario debe seleccionar y determinar el lugar donde se ubicará el establecimiento para la explotación de la negociación, sujeto a la aprobación y a las especificaciones de "dimensión mínima y las características de las inversiones en infraestructura" como: construcción, instalación, decoración, publicidad, distribución del local, mobiliario, equipo, etc., de que le señale el franquiciante.

b) *Usar las marcas.* El franquiciatario no sólo tiene derecho a usar las marcas de productos o servicios que le autoriza el franquiciante, sino tiene, en ocasiones, deber u *obligación de usarlas.* La falta de uso de las marcas como "usuario autorizado" para determinado país o territorio puede originar que las marcas "caduquen" para su titular (arts. 152-V y 141 de la LPI). "El uso autorizado de una marca se equiparará al efectuado por el titular de la misma para todos aquellos efectos a que haya lugar" (art. 141 LPI).

c) *Usar los nombres comerciales y explotar las patentes.* Igual que con las marcas, el franquiciatario tiene derecho a usar los nombres comerciales —y los avisos comerciales— así como explotar las patentes. Pero, estos derechos significan también obligaciones para el franquiciatario, quien debe usar y explotar el nombre comercial, pues el derecho se pierde si no se usa en un establecimiento.

d) *Cumplir los requerimientos de uso y aplicaáón de los conocimientos técnicos.* El uso de la tecnología y su aplicación en la explotación de la negociación con todo lo que ello implica, debe hacerlo el franquiciatario de acuerdo a las reglas, normas y estándares que fija el franquiciante.

e) *Seguir las especificaáones sobre organización del negocio.* Esta obligación es muy amplia, pues supone que durante la operación de la negociación deberá ajustar su actuación en diferentes áreas de administración y organización a lo que señale el franquiciantc.

Conforme a la LPI "el franquiciantc podrá tener injerencia en la organización y funcionamiento del franquiciatario, únicamente para garantizar la observancia de los estándares de administración y de imagen de la franquicia conforme a lo establecido en el contrato'' (art. 142 bis 1).

0 *Pagar la con traftres t ación.* Conforme a lo acordado en el contrato, se debe pagar la contraprestación en los plazos previstos, en el lugar que indica el contrato y en la moneda nacional o en divisas, al tipo de cambio pactado.

g) *Adquirir un mínimo de mercancías o materia prima.* En algunos casos, el franquiciado estará obligado a "adquirir un nivel de *stock* del producto o servicio en todas las modalidades del *franchising,* a fin de que la clientela pueda obtener aquel producto sin problemas de espera o demora".[16]

h) *Informar fmiódicamente.* El franquiciatario debe *informar* al franquiciantc el desarrollo de la negociación mercantil. Este informe es básicamente económico, sobre los resultados de la negociación: ventas, costos, utilidades, productos vendidos (en unidades), etc. Generalmente se hace en formatos que proporciona el franquiciante. Esta obligación suele incluir la de enviar anualmente *estados financieros* de la negociación auditados por una firma determinada que señala el mismo franquiciante.

i) *Guardar secreto.* El franquiciatario está obligado a no divulgar a terceros ninguna información *confidenáal* sobre tecnología, la operación misma de la negociación o la propia franquicia. El artículo 84 de la I.PI establece que en contratos donde se transmitan conocimientos técnicos se podrá incluir la *cláusula de confidencialidad*

Dice la LPI "el franquiciatario deberá guardar durante la vigencia del contrato y una vez terminado éste, la *confidenáalidad* sobre la información que tenga dicho carácter o de la que haya tenido conocimiento y sean propiedad del franquiciantc, así como de las operaciones y actividades celebrados con dicho franquiciatario" (art. 142 bis 2).

j) *No vender o explotar otros productos o sentíaos.* El franquiciatario es, en principio, un usuario exclusivo de la tecnología y solamente puede utilizarla para explotar un negocio en los términos que se contrató la franquicia, con prohibición de vender u ofrecer productos distintas.

* Cirdrlm (SI), pig». 88 y 89.

k) *No ceder, traspasar o sublicendar.* Como el contrato de franquicia es *intuitu personae*, el franquiciatario no puede ceder, traspasar o celebrar contratos de subfranquicia sin autorización expresa del franquiciante. El contrato debe "establecer los términos y condiciones para subfranquiciar, en caso de que las partes así lo convengan" (art. 142 bis VIII de la LPI).

l) *Coofterar en la publicidad.* En algunos productos o servicios la publicidad que realiza el franquiciante beneficia a todos los franquiciatarios, de modo que algunas veces se impone a estos la obligación de contribuir a los gastos de publicidad. Esta cooperación puede ser para una publicidad en medios masivos (radio, televisión) y el fondo lo administra el franquiciante; o publicidad local que directamente corresponde a los concesionarios de determinado territorio.

m) *Aceptar inspecciones.* Obligación correlativa del derecho a inspeccionar y supervisar que tiene el franquiciante, está la obligación del franquiciatario de aceptar y colaborar en las inspecciones, visitas, supervisiones, auditorías, etc. que hace el franquiciante para comprobar el cumplimiento de las obligaciones del contrato, de las directrices, normas e instrucciones.

n) *A la terminación.* Cuando termina el contrato, el franquiciatario tiene obligación de descontinuar el uso de la franquicia. Esto supone dejar de usar las marcas, nombres y avisos comerciales y la explotación de patentes, así como utilizar toda la tecnología y toda la información proporcionadas por el franquiciante.

En algunos contratos conviene pactar que a la terminación, por cualquier causa, el franquiciatario debe vender al franquiciante toda la mercancía que conserva y, en algunos casos, las instalaciones del establecimiento para que no siga ostentándose como franquiciatario y cause perjuicios a la imagen del franquiciante. En justicia, el contrato debe señalar que el franquiciante pagará las mercancías al precio en que las adquirió el franquiciatario y, respecto a las instalaciones, estas deben pagarse de acuerdo a un algún avalúo o al precio de adquisición del franquiciatario con un descuento por depreciación.

I-a LPI indica, como norma supletoria para los casos en que no hay acuerdo de las partes al respecto, que el contrato debe señalar que "no existirá obligación del franquiciatario de enajenar sus activos al franquiciante o a quien éste designe al termino del contrato, *salvo pacto en contrario*" (art. 142 bis XI). Esta disposición está mal colocada en la ley, pues no debe incluirse dentro del contenido mínimo del contrato, sino como una norma diferente.

9. TERMINACIÓN

El acuerdo debe contener “las causales para la terminación del contrato de franquicia" (art 142 bis IX de la LPI).

Las causas contractuales de terminación más significativas son:

a) *Preaviso* de alguna de las partes. Este preaviso suele estar pactado en el contrato con un plazo mínimo y alguna formalidad para hacerlo saber a la contraparte. Puede establecerse que este preaviso de terminación sólo opera después de cinco o diez años de vigencia del contrato.

Dice la LPI que “el franquiciante y franquiciatario no podrán dar por terminado o rescindido unilateralmente el contrato, salvo que el mismo se haya pactado por tiempo indefinido, o bien, exista una causa justa para ello. Para que el franquiciatario o el franquiciante puedan dar por terminado anticipadamente el contrato, ya sea que esto suceda por mutuo acuerdo o por rescisión, deberán ajustarse a las causas y procedimientos convenidos en el contrato" (art 142 bis 3).

b) Terminación anticipada por *incumplimiento* de alguna de las partes, o rescisión. En esta causal suele pactarse cuáles son las *violaciones graves* al contrato que dan lugar a la terminación anticipada.

Por ejemplo, el incumplimiento de ciertas obligaciones del franquiciado como no pagar la contraprestación periódica, no guardar el secreto de los conocimientos recibidos, no respetar la exclusiva, traspasar la negociación o ceder el contrato, abrir nuevos establecimientos sin aprobación del franquiciante.

c) *Concurso mercantil* del franquiciatario o del franquiciante, causal a la que suelen agregarse otras que afectan a la operación normal del franquiciatario, como puede ser la huelga cuando se prolonga por determinados días; el embargo de toda la negociación o de ciertos activos importantes, con posibilidad de intervención en la administración por parte de la autoridad judicial; o la expropiación.

d) La llegada del *término* del contrato no requiere aviso o acto alguno de las partes. Algunas veces las partes deciden continuar con el contrato por un plazo igual al inicial. En ciertos casos se pacta la renovación automática, a menos que se dé aviso en contrario en un plazo y una forma pactada.

e) La *muerte* del franquiciatario es causa de terminación cuando el concesionario es una persona física. Puede establecerse en el contrato que la franquicia continúe vigente con los herederos o que se termine en un plazo razonable en el cual el franquiciante tiene derecho a “recomprar" la franquicia o dar alguna indemnización a los herederos. Esto, por disposición de la LPI, debe ser pactado expresamente en el contrato (art. 142 bis IX de la LPI).

Con relación a los *efectos* de la terminación de la franquicia, como se trata de un contrato de *tracto sucesivo,* la rescisión por incumplimiento o la terminación anticipada produce efectos hacia el futuro, no en forma retroactiva.

10. NATURALEZA CONTRACTUAL

Con motivo de la adición de algunas disposiciones en la LPI que regulan a la relación entre las partes franquiciante y franquiciatario, este contrato se ha convertido en un *contrato típico* para el Derecho mexicano. Sin embrago, esta novedosa figura contractual debe distinguirse de otras relaciones típicas en nuestro Derecho.

a) Relación laboral Cuando el franquiciatario es persona física, entre el franquiciante y el no existe *relación laboral* alguna, pues no hay "subordinación" en la relación que es estrictamente contractual y de naturaleza comercial.

> Una tesis de la Tercera Sala ha señalado: "El contrato celebrado por una empresa con determinadas personas, concediéndoles la exclusividad para que vendan los productos de aquéllas en tal o cual región, *no a un contrato de trabajo....*" *(Cfr. la tesis Concesiones exclusivas para la venta de productos de una empresa, naturaleza de los contratos de*)i

b) Suministro. El contrato de franquicia no es un convenio de suministro, sino que abarca una serie de elementos adicionales que lo distinguen claramente. La marca, el método franquiciado, el interés continuo en el producto final del franquiciado, son elementos totalmente ajenos al convenio de suministro.[17]

c) Comisión o representación. Esta compleja relación contractual de la franquicia no es un contrato de *comisión.* Los franquiciatarios no son representantes del franquiciante, y tampoco obran por cuenta del franquiciante ni en nombre de éste, sino que el franquiciatario obra por su propia cuenta y en su propio nombre.

d) Distribución. Aunque la franquicia puede confundirse con el contrato de distribución o concesión mercantil, especialmente la franquicia de "producto y marca", dos elementos importantes la distinguen: la *licencia de uso de marca* y la *transmisión de conocimientos técnicos.*

> *Se* le ha considerado como *~una modalidad especial de la concesión* que se produce cuando el contrato va dirigido a que el concesionario utilice los signos distintivos del concedentc y a que, bajo las instrucciones precisas de éste, colabore en la elaboración y venta de los productos o bien en la prestación de determinados servicios.

" Marzo rail (7S). pág. 204.

> El concesionario ha de cargar con los costos de organización de su negocio y con el riesgo de su empresa, a pesar del control que sobre él ejerce el concedente."

e) Contrato asociativo. Tampoco debe buscarse una analogía entre el contrato de franquicia y el derecho de sociedades o asociaciones.[19] En nuestra doctrina, Díaz Bravo ha señalado que se asemeja a la asociación en participación.[20] Me parece que en la franquicia no hay contrato asociativo, sino de colaboración, pues las partes contratantes son independientes y no corren el mismo riesgo, respecto a utilidades y pérdidas, como sucede en las figuras asociativas.

f) Licencia de marca. El contrato de franquicia es algo más que una liencia de marca, pues contiene como rasgos esenciales la obligación del franquiciante de proporcionar *knoio-how* y asistencia técnica.

> El Código Deontolígico de la Franquicia en Europa señala que "es un contrato de licencia en el que ambas partes, aceptan importantes obligaciones mutuas más allá de las que supondría una relación comercial convencional".

g) "Figura sui gemris[n]. En mi opinión, para el Derecho mexicano, la franquicia es hoy un *contrato típico, que* está regulada en su relación de derecho privado del franquiciante con el franquiciatario. Conforme a la LPI y su Reglamento, el contrato de franquicia contiene, además de otros elementos, una *licencia de uso de marca.*

11. La franquicia en otras legislaciones [21]

a) En Estados Unidos de América. La legislación específica sobre franquicias tiene dos niveles: el federal y el local. A nivel federal se tiene desde 1979 la *Federal Trade Commission 's Franchise Rule (FI'C o FI'C Rule)* que regula la información que los franquiciantes deben proporcionar a un posible franquiciatario con el fin de que tenga los elementos necesarios para evaluar la franquicia que se propone adquirir. Esto se aplica a las franquicias y a otras oportunidades de negocios. Estas reglas se aplican en los cincuenta Estados y pretende otorgar un mínimo de protección.

[u] Sánchez Calero (9S), págs. 465 y 466.
[n] *Cfr.* Guvrnot (61), pág. SO.
["] *Cfr.* Díaz Bravo (42). pág. 437.
[*'] Esta información se obtuvo de la obra *Guidt lo Inlemational Maiter hanchist Arrangements* (58), págs. 271 a 281 y ha sido actualizada con información a julio de 1999 (http://wMrw.unidroit.org).

A nivel de los Estados, la mayoría no tienen una regulación sobre franquicias. Algunos Estados han adoptado leyes para exigir que se proporcione a los posibles franquiciatarios cierta información, e incluso que esta se registre. Otros tienen una regulación sobre aspectos de la relación de franquicia, que incluye la terminación.

La *FTC Rule* requiere que los franquiciantes provean a posibles franquiciatarios con información que incluye: al franquiciante, los directivos de éste, historia de litigios y quiebras, la franquicia que se vende, los pagos, las obligaciones de compra, el financiamiento, el personal requerido, la terminación, cancelación o renovación, estadísticas sobre el número de franquicias, el entrenamiento, la selección del establecimiento y un reporte financiero auditado.

b) Canadá. Aquí solo la provincia de Albcrta tiene una regulación de la franquicia. Esta ha sido recientemente modificada. La nueva *Franchises Act* (en vigor el Iº de noviembre de 1995) suprimió el requisito de registro, pero exige una información previa a la venta. En Quebec, el Código Civil, en vigor desde 1994, regula lo referente a los contratos de adhesión, que es aplicable a las franquicias. Existe un proyecto de regulación para la provincia de Ontario que no ha sido aprobado.

c) Brasil La ley número *8,995, Disposiáones sobre el contrato de franquicia empresarial y de otras provtdenáas (15 de diciembre de 1994),* que se aplica en todo el territorio del Brasil. El ordenamiento tiene como normas más destacadas las relativas a la obligación del franquiciante de informar antes de la celebración del contrato con el franquiciante o antes de recibir algún pago de éste. Si no se cumple con esta obligación, el contrato se anula. 1.a ley establece la compensación por daños y perjuicios.

d) Franáa. En Europa, el primer país que reguló la franquicia fue Francia, mediante *la ley N* 89-1008 (31 de diciembre de 1989) relativa al desarrollo de las empresas comerciales y artesanales y el mejoramiento de su ambiente económico, jurídico y social (ordenamiento conocido como Ley Doubin).* Se trata de una ley sobre el desarrollo de la empresa que incluyó una disposición sobre franquicia. Esta ley fue modificada en 1991 y señala la obligación de informar de los franquiciantes.

e) España. Las disposiciones relativas a la franquicia se encuentran en la *Ley 7/1996, de Ordenación del Comercio Minorista (15 de enero de* 1996). Contiene una definición de franquicia, y señala que toda persona que quiera desarrollar actividades de franquiciante debe inscribirse en un registro. También se establece la obligación

del franquiciantc de informar antes de firmar contratos con posibles franquiciatarios o antes de que hagan algún pago los franquiciatarios. En 1998 se creo el Registro de Franquiciadorcs, mediante un decreto que señala con detalle la información que debe proporcionar.

f) Rumania. Existe una ley sobre el régimen jurídico de la franquicia (28 de agosto de 1997), que fue modificada en 1998. Existe una obligación general del franquiciador de informar al futuro franquiciatario. Se señala que debe protegerse la propiedad industrial e intelectual del franquiciador. Se regula lo referente a la terminación y las obligaciones del franquiciante y franquiciatario. La ley exige que el franquiciador tenga durante algunos años previos experiencia de negocios. El término del contrato debe ser por un plazo suficientemente largo que le permita al franquiciatario recuperar su inversión. El contrato debe contener una cláusula de no competencia y de confidencialidad para proteger el "know-how". 1.a marca del franquiciante es un símbolo e identidad que garantiza la calidad del producto, del servicio y la tecnología. Se previene que el franquiciante debe notificar al franquiciatario de cualquier incumplimiento y darle un plazo razonable para que lo remedie.

g) Albania. Las disposiciones en materia de franquicia se han introducido en el Código Civil. Se contiene una definición de la franquicia y la obligación del franquiciante de proteger los derechos materia de la franquicia de terceros. Se previene que en las relaciones pre-contractuales las partes deben intercambiar información en materias de interés para la franquicia, con obligación de confidencialidad. El contrato debe hacerse por escrito, contener las obligaciones de las partes y su duración, entre otros elementos sustanciales. La terminación del contrato por término indefinido o con duración mayor a diez años debe hacerse con preaviso de un año.

h) La Federación Rusa. La legislación aprobada en Rusia no prevé la información que debe dar el franquiciante, pero propone la regulación de ciertos aspectos de la relación entre las partes. I<as disposiciones se encuentran en el Código Civil Ruso (vigentes al I^{o} de marzo de 1996), pero no utilizan el término franquicia sino el de "concesiones comerciales", pero está claro que se refiere a las franquicias. En las disposiciones se define lo que es una concesión, los términos del contrato, la forma y el registro, las obligaciones de las partes, lo referente a la renovación y terminación, así como la transferencia de la franquicia.

i) Japón. Una obligación general de informar por parte del franquiciador, se tiene en el *Acta sobre las pequeña y medianas negocios*

(1973), que aplica el Ministerio de Comercio Internacional e Industria. El Acta no es específicamente para franquicias. Y solo se aplica a empresas pequeñas y medianas.

j) República Popular de China. El Ministerio de Comercio Interior promulgó las Medidas para la Administración y Operación de Franquicias (noviembre de 1997), con el objeto de estandarizar la operación de las franquicias y la protección de los derechos e intereses de franquiciantes y franquiciatarios. Se refiere a dos tipos de franquicia la directa y la subfranquicia. Se especifican los requisitos del franquiciador y del franquiciatario, los derechos y deberes de las partes y la obligación de información del franquiciador previa al contrato, así como el contenido del acuerdo de franquicia. Se requiere autorización para el uso del nombre.

k) Indonesia. El Gobierno emitió una regulación específica para las franquicias (18 de junio de 1997). Estas disposiciones requieren de la información del franquiciante al Ministerio de Industria y Comercio. El contrato debe ser por escrito y está sujeto a la ley indonesia. La duración debe ser por lo menos de cinco años.

l) República de Corea. La Comisión de Comercio Justo de Corea, por Boletín de 7 de abril de 1997 señaló el criterio de cuales actos constituyen comercio injusto en los negocios de franquicia. Este criterio proviene de la obligación general de información que tiene el franquiciante con los posibles franquiciatarios. Este ordenamiento describe una serie de actos que se consideran injustos dentro de una relación de franquicia.

m) Malasia. La *Malaysian Franchise Act* (24 de diciembre de 1998) contiene 61 artículos que incluyen la regulación del Registro de Franquicias, los requisitos de registro, el contrato de franquicia y la conducta de las partes, así como la terminación del contrato. El Acta contempla la franquicia unitaria y la maestra (*master).* Antes de que un franquiciador pueda hacer una oferta, se requiere que se inscriba en el Registro, mediante un formato prescrito por la ley con un anexo que contenga la información completa sobre el contrato, el manual de operaciones, el manual de entrenamiento y estados financieros. La información para posibles franquiciatarios (que coincide con la del Registro) se les debe proporcionar por lo menos diez días antes de la firma del contrato. Los franquiciantes deben enviar reportes anuales al Registro, con las modificaciones y actualización de su información. El Registro puede determinar que cierto franquiciador no puede vender franquicias por no cumplir con los requisitos, hasta en tanto no corrija las deficiencias. El Acta previene que término del contrato no debe ser menor de cinco

años, la información es confidencial y existe la obligación de no competir. El franquiciante no puede dar por terminado el contrato si no hay causa justa, que se regula en el Acta. El franquiciatario tiene derecho a una prórroga del contrato que debe solicitar al franquiciador. Se regula un Consejo de Asesores de Franquicia *(Franchise Advisory Boarrf)*, compuesto de 15 miembros.

n) Australia. Ante la oposición de algunos sectores, un Grupo con interés en las franquicias elaboró un Código de Prácticas de Franquicias que se aplica voluntariamente y es aplicable a franquiciadores, franquiciatarios, proveedores de servicios, asesores y otros. La publicación del reporte que sobre. Este Código hizo el Ministerio de aduanas y pequeños negocios, puso de manifiesto la importancia de regular esta materia. El Comité de Industria, ciencia y Tecnología de la Cámara de Representantes llegó a la conclusión de que la aplicación voluntaria no funciona y adaptó el Código de Conducta para Franquicia que se hizo obligatorio en julio de 1998.

BIBLIOGRAFÍA

ARCE GARCOLLO: (10) *El contrato de franquicia.*
BROSETA PONT: (29) *Manual de Derecho mercantil,* págs. 453 y 454.
CARDELUS: (31) *El contrato de franchising.*
DÍAZ BRAVO: (42) *Contratos mercantiles,* págs. 429 a 442.
Cuide to International Master Franchise Arrangemenls (58).
GUYENOT: (61) *¿Qué es el franchising? Concesiones cometciales.*
IGLESIAS PRADA: (63) *Notas para el estudio del contrato de concesión mercantil* págs. 253 y 254.
MARZORATÍ: (73) *Sistemas de distribución comercial* págs. 183 a 302.
SÁNCHEZ CALERO: (93) *Instituciones de Derecho mercantil* pág. 465.
VICENT CHULIA: (104) *Compendio crítico de Derecho mercantil* tomo II, págs. 175 y 176.

CAPÍTULO XVI

EL CONTRATO DE *JOIbTr VEN1TIRE*

SUMARIO: 1.—Ideas generales. 2.—Denominación. 3.—Utilidad. 4.—Concepto y características. 5.—Figuras añnes. 6. Clasificación del contrato. 7.—Elementos. 8.—Obligaciones. 9.—Administración. 10.—Modalidades. 11.—Incumplimiento. 12.—Subsistencia del contrato de *jomt venture* 13.—Naturaleza contractual.

1. IDEAS GENERALES

Importada del derecho anglosajón y de la práctica de negocios, especialmente de los de Estados Unidos de America, en México y otros países se utiliza la figura del *joint venture* para conjuntar intereses de dos o más partes. La expresión *joint venture* "aparece siempre como una fórmula de uso apta para ilustrar diversas formas, no precisadas de cooperación industrial".[1]

El término *joint venture*[1] se usa para referirse a varios conceptos diversos:

a) *Informal joint vnturr* es el negocio entre dos o más sociedades (o personas) para la realización de un trabajo o proyecto conjunto, que no entraña la creación de una persona inoral distinta de las partes que intervienen.
b) *Corporate joint venture,* que es una nueva entidad de negocio creada por dos o más socios. Se trata de una nueva persona moral distinta a los socios que lo celebran.[1]
c) *Joint venture agreement* es el acuerdo o contrato entre dos o más partes, que tiene por objeto realizar un trabajo o proyecto conjunto o, como resultado de ese trabajo de operación conjunta, crear una nueva sociedad *(Joint venture).* Cuando se utiliza para determinar las reglas de un trabajo conjunto se le suele llamar: *joint activity agreement o joint work agrément.*

La expresión *joint venture* es usada en el habla comercial para aludir a todo acuerdo empresario para la realización de un proyecto específico, con independencia de la forma jurídica que se adopte. Una de estas formas es la constitución de una sociedad

[1] Astolfi (13). pág. 2.

* *Joint venture es la abreviatura comercial y judicial de la expresión "joint adventure"* con que aparece registrada en los Estados Unidos en fallos desde 1808 *(Cfr.* I>e Pera (67), págs. 65 y 66 Y Astolfi (13). pág. 3).

* *Cfr.* Hancock, YVilliam A: *Exentó» Cande to Business Lam,* Me. Graw Hill, 1979, pág. 14-1.

por acciones en la cual participarán las empresas contratantes. A esta sociedad se le llama frecuentemente *joinl venture Corporation.*[4*]

2. Denominación

La expresión *joint xtenture* tanto para el contrato como para la sociedad, es una de las instituciones que no se han desligado totalmente de su denominación originaría al reconocerse y arraigarse en otros Derechos.

Del análisis literal del vocablo *joint venture* se puede concluir que la expresión no tiene fácil acomodo en nuestro vocabulario jurídico. La expresión *joint* se traduce como asociado, copartícipe, conjunto, colectivo, mancomunado; la palabra *itenture* significa riesgo, aventura, ventura. De forma unida, *joint xmiture* se entiende como riesgo colectivo, empresa colectiva, sociedad en participación, empresa común/'

En México las traducciones de los contratos de *joint venture* son variadas. Se les nombra como contratos de asociación en participación, de empresa mixta o de sociedad en participación, de empresa de capital mixto, de sociedad de inversión mixta. Sin embargo, la utilización de algunos de estos términos puede originar confusión. Por ejemplo, el término de asociación en participación es aplicable a un conuato típico mercantil regulado por la LSM (arts. 252 a 258) y que no siempre produce el resultado y la relación jurídica que usualmente buscan las partes contratantes del *joint venture.* La asociación en participación es un negocio al que con frecuencia se acude, sobre todo en relación con la inversión extranjera (como una de las varias manifestaciones del *joint venture),* inclusive como forma de agrupación de empresas para el logro de una finalidad común. La expresión empresa mixta se presta a confundirla con las sociedades en que participan conjuntamente los particulares y el Estado.[6] Las denominaciones empresa ac capital mixto y sociedad con capital o inversión mixta, que puede ser un término apropiado, resultan de uso menos frecuente a la terminología jurídica mexicana.

Barrera Graf ha estudiado la posibilidad de celebración del "contrato preliminar de sociedad" o "precontrato de sociedad",[7] que coincide, en algunos aspectos, con la especie de *joint venture* que tiene como fin dar nacimiento a una nueva sociedad.

Me parece apropiada la denominación de *contrato de coinversión* que utilizan ciertos contratos en el Derecho mexicano y que se

[4] Le Pera (67). págs. 83 y 84.

[1] Del Diccionario de términos legales (español-inglés e inglés-español) de Louis A Robb. Nueva York. John Wiley and Sons. Inc., 1955, voces: *jomt y venture.*

• *Cfr.* Barrera Graf (16). págs. 161 y 162.

[7] *Cfr.* Barrera Graf (16), págs. 18, 24, 285 y otras.

menciona en algunas disposiciones legales referido a inversiones conjuntas para ciertos proyectos.[8]

También me parece válido la denominación de *convenio o contrato de participación conjunta,* que se utiliza en la práctica de negocios mexicana para los acuerdos de algunas sociedades que se obligan a participar en un concurso de gobierno o de alguna entidad pública, para algún proyecto u obra conjunta. Para efectos de la presentación de la oferta conjunta, estos contratos suelen ratificarse ante notario.

3. UTILIDAD

a) Una aplicación importante del *joint venture* es la creación y organización de sociedades de colaboración industrial de empresas de países de economía avanzada en países en vías de desarrollo. Esto obedece a la necesidad de expansión de grandes empresas y a las limitaciones legales de países en vías de desarrollo que imponen la necesidad de que sean nacionales, al menos en una parte de la participación, quienes exploten recursos naturales o establezcan empresas en determinadas ramas de la industria.[9]

La parte extranjera, por oposición a la parte o socio local o nacional, utiliza esta figura para hacer negocios en un país distinto del de su nacionalidad. Usualmentc, la sociedad que nace de un *joint venture* se constituye en el país y bajo las leyes del socio nacional. En algunos casos lo que se pretende aprovechar son marcas, tecnología, canales de distribución, experiencias, activos o sistemas de organización de los participantes en el negocio social.

El *joint venture internacional,* como contrato entre empresas de distinta nacionalidad,[10] ya sea como contrato asociativo o que dé origen a una sociedad, puede tener como origen diversos factores que significan, en ciertos casos, *ventajas* para las dos partes contratantes.

* Por ejemplo, el termino de *coitwmión* aparece en la Ley de Aguas Nacionales donde se establece que: "Las personas físicas o morales podrán conformar una persona moral y constituir una unidad de riego que tenga por objeto:... II.- Construir obras de infraestructura de riego en *roinuenión* con recursos públicos federales, estatales y municipales y hacerse cargo de su operación, conservación y mantenimiento para presur el servicio de riego a sus miembros; (art. 59); o en otras disposisciones como: El- Esututo orgánico de caminos y puentes federales de ingresos y servicios conexos (art. 2* fracc. vii), el Reglamento interior de la Secreuria de Agricultura. Ganadería y Desarrollo rural (art. 19 fracc. XIII), el Reglamento Interior de la Secreuria de Medio Ambiente. Recursos Naturales y Pesca (art. 10 fracc. VIII) la I.ey para el Fomento del Desarrollo Económico del Distrito Federal (art. 30). el Reglamento Interior de la Administración Publica del Distrito Federal (art. 27 bis fracc. VI) y el Reglamento Interior de la Secreuria de Comercio y Fomento Industrial (art. 20 fracc. V), que se refieren a las *cmnvtntones.*

* Astolfi (13), págs. 25 y 26.

[10] *Cfr.* Astolfi (13). pág. 4.

Para la parte extranjera pueden ser las siguientes:

i) El deseo de entrar en *nuevos mercados,* para compañías que están en mercados maduros.

ii) La necesidad de ajustarse a las *medidas económicas nacionalistas* del país extraño. Las leyes locales exigen que en los nuevos negocios participen y tengan injerencia en la administración los propios nacionales.

iii) las necesidades de *materia prima* para el socio extranjero.

iv) El deseo y el interés de *compartir el riesgo* económico de los nuevos negocios y aprovechar la experiencia y conocimientos del socio local en su medio.

v) Tener una base para *exportar* en la región.

vi) Vender tecnología al *joint ventare*

Las *ventajas* que puede tener la parte o socio nacional en este clase de contratos son:

i) *Compartir el riesgo* de una nueva operación o área de negocio de la empresa.

ii) Lograr una *inversión extranjera* que incremente el capital necesario para el negocio particular o sociedad.

iii) Hacerse de una *tecnología* más eficiente.

iv) Obtener *financiamiento* y recursos con mejores condiciones que las del mercado.

v) La posibilidad de tener *nuevos negocios,* la capacitación y aprendizaje de técnicas más avanzadas en todos los campos de la empresa, la compra de materias primas y maquinaria a precios más bajos, la obtención de nuevos productos, la posibilidad de exportar.

vi) Una *desventaja* para el socio nacional puede ser la pérdida del control en el manejo del negocio.

b) El contrato de *joint ventare* se puede utilizar como un medio para resolver un problema interno de una organización, como la comercialización o distribución de productos, asociándose con una empresa que tenga experiencia en esta área de negocios; o para la adquisición o creación de una nueva línea de productos con materia prima, tecnología o sistemas de producción de otra empresa; así como para complementar procesos de producción, comercialización o financiamiento.

c) Aunque tradicionalmente el *joint venture* como contrato se utiliza para ampliarse a nuevos negocios, también ofrece alguna utilidad en la transición de una *reestructuración* o compra de una organización o empresa.

Por ejemplo, para la compra que Whirlpool hizo de Philips, la primera adquirió en un principio el 53% en un contrato de *joint venture* que obligó a las dos partes

" o Janger (64), págs. 1 a 3.

a integrarse en una sola organización durante un plazo de poco más de dos años, al final de los cuales Whirlpool compró el restante 47% del capital a un precio superior al de la oferta inicial de compra. Por medio de este mecanismo se lograron importantes ventaja para las dos partes como aumentar para Philips el precio de venta y para Whirlpool un mayor entendimiento y facilidad en el manejo de la empresa adquirida que quizá en una compra directa hubiera sido inaccesible. Un *joinl venture* de esta naturaleza concede un plazo de gracia para una más suave y gradual separación.'[1]

4. CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS

La definición del contrato de *joint venture* es muy general, como lo es el amplio contenido que puede abarcar este negocio. De las diversas definiciones que se han formulado, considero de interés, las siguientes:

a) El *joinl venture* es cualquier asociación de personas para llevar a cabo una empresa particular que produzca utilidades, para lo cual ellos combinan bienes, dinero, efectos, experiencia y conocimientos. Un *joint venturr* existe donde hay una especial combinación de dos o más personas unidas conjuntamente para lograr utilidades en alguna empresa específica sin una sociedad o denominación de sociedad."

b) Un *joinl venture* es una asociación de personas físicas o jurídicas que acuerdan participar en un proyecto común, generalmente específico *(tid hoc),* para una utilidad común, combinando sus respectivos recursos, sin formar ni crear una *corporatión* o el status de una *partnenhip* en sentido legal, el cual acuerdo también establece una comunidad de intereses y un mutuo derecho de representación dentro del ámbito del proyecto, sobre el cual cada *ventum ejercerá algún grado de control"*[14]

c) *Cuando el joint venture* se refiere a una sociedad se puede definir así: con la expresión *joint venture Corporation* se ha querido frecuentemente indicar una sociedad por acciones constituida con accionistas locales de los países receptores de la inversión y teniendo por objeto la organización de la ejecución de un subyacente contrato de *joint venture,* en el cual se han precisado las modalidades de actuación de la inversión, los aportes de los accionistas, las actividades cuya ejecución le han sido a él confiadas *pm^uota,* las cláusulas para insertar en el estatuto de la sociedad, instrumento de actuación del contrato que permite a los *co-venlurn* gozar del beneficio de la responsabilidad limitada. El esquema de la sociedad por acciones asume, pues, una función instrumental frente al preliminar y subyacente contrato de *joint venture.'**

Son *características* del contrato de *joint venture.*

a) Pueden participar *dos o más partes.*

b) El *objeto* del contrato puede ser: participar en un proyecto, trabajo o negocio conjunto, la adquisición por etapas de una organi- [11]

[11] *Cfr.* Nanda y Williamson (80). págs. 120 a 124.

" Black's Law Diclionary (23), voz: *joint venture.*

[14] La definición es de Willinston *(A tirratise of de letw of Contraéis),* citado por I* Pera (67). págs. 70 v 71.

[1i] Astolfi (13), pág. 35.

zación empresarial, crear una nueva entidad jurídica (sociedad) o participar en una ya existente.

c) Las partes que intervienen en el contrato deben tener el propósito de obtener *utilidades*, en proporción a la medida de su participación en el contrato.

d) Las partes se obligan a hacer *aportaciones* al proyecto conjunto o la sociedad producto del *joint venture.*

e) Hay un *control* que cada parte ejerce sobre el negocio conjunto o la sociedad *joint venture* al momento de celebración del contrato y en futuras etapas. Conviene determinar que control sobre el negocio o la sociedad tendrá cada parle involucrada.

f) En algunos contratos las partes se dan recíprocamente poderes o *representación* relativas al objeto o fin del *joint venture.* Hay otros contratos que expresamente excluyen el que las partes tengan representación de otro de los contratantes.

g) En algunos casos los contratos contienen *plazos* para el cumplimiento de los diversos actos jurídicos materia del contrato.

5. FIGURAS AFINES

Relacionado con el *joini venture* como contrato asociativo es común encontrar otra clase de acuerdos, declaraciones o documentos —nacidos muchos de ellos de la práctica de negocios estadounidense— que se utilizan para fines similares o conexos a este contrato.

a) *Carta de intención (letter of intent).* Este acto se produce formalmente como una carta que contiene la intención de señalar las condiciones en que debe celebrarse un contrato o contraer un deber respecto a un negocio, constituir una sociedad o asociación, confirmar el interés en adquirir algún bien (acciones, derechos, intento de pedido). Como carta, el documento se dirige generalmente a una futura contraparte y sólo contiene la firma de quien elabora el documento. Bajo esta forma se pueden llegar a acordar compromisos que firman dos o más partes, o que elabora una parte y firma de conformidad la otra. En Francia a algunos de estos documentos se les llama "protocolo de acuerdo".

Ante una figura con la posibilidad de un contenido muy amplio, resulta difícil determinar en todos los casos su validez y efectos. Estas *cartas de intención* pueden configurar verdaderos contratos cuando se asumen obligaciones en el campo de lo lícito y ambas partes firman el acuerdo. Las cartas de intención pueden ser ofertas de contrato que un proponentc hace a un posible contratante en las que se contienen las condiciones y términos de un contrato.

En ciertas circunstancias, las cartas de intención son un documento útil que puede ser prueba del "motivo determinante de la voluntad" o de la "intención evidente" de uno o de ambos contratantes (arts. 1813, 1815 y 1857 del C. c.), para la interpretación de actos jurídicos relacionados o generados a raíz de ellas.

I,a carta de intención suele subsistir y coexistir con el negocio o contrato entre las partes y es un documento que contiene, total o parcialmente, la intención de las partes. En algunos casos, en estos documentos o convenios se fijan ciertos acuerdos para un futuro contrato asociativo.

> Sude estar precedido de tratos entre los futuros socios: inclusive de una previa asociación (mercantil) entre ellos, sin personalidad jurídica y con la finalidad exclusiva o preferente de constituir la sociedad; o bien, de un contrato preliminar de sociedad en el que se fijan las bases del futuro contrato y se convienen las cláusulas esenciales de la sociedad que se planea (finalidad, socios, capital) (en la práctica estadounidense se habla de *Memorándum of undenlanding*); figuras harto interesantes un unto descuidadas en nuestra *LGSM*

b) *Pacto de caballeros (gentlemen's agreement).* El pacto de caballeros supone un acuerdo entre partes y debe considerarse dentro del concepto general del convenio que acoge nuestra legislación (arts. 1792 y 1859 del C. c.).

El *pacto de caballeros* es un acuerdo que se celebra de buena fe y sobre la base de la confianza mutua que las partes se reconocen. En este sentido estos acuerdos son *intuitu personae*, pues se celebran por las características subjetivas de los firmantes. En cuanto a los efectos y a validez es necesario hacer notar que deben tener un contenido lícito (arts. 1795, fracción III, 1830 y 2225 del C. c.), aun cuando en determinadas ocasiones las partes contratantes pretendan que el cumplimiento del pacto no sea cxigible judicialmente *(pacta sunt servando),* sino que tengan solo fuerza moral.[17]

Algunos pactos de caballeros se celebran conjuntamente con un contrato o varios contratos relacionados con un mismo negocio económico. El contenido de estos acuerdos modernos es posible

'* Barrera Graf (16). pág. 18.

[17] En este «nítido. esto* pactos se asemejan a los que se practicaron en el Derecho romano. La convención privada de formas y no concertada a base de las camas para las que se requiere formalidad, llámese en general —por lo menos en la doctrina justinianea— pacto (*paítum, (MUTío, pathm conventum), o* también, para distinguirla de las convenciones reconocidas, o sea de lo» contratos, pacto simple. El pacto simple (*nudum pactum)* no transfiere derechos, ni genera obligaciones jurídicamente perfectas, con base en ellas no hay acción. (Bonfante (20). pág. 515).

que se refieran a materias de dudosa o controvertida licitud. Por ejemplo, se conciertan acuerdos sobre precios, competencia delimitada en territorios o productos, o prohibiciones para determinadas actividades que pueden ser competitivas y afectan la libertad de comercio o a la libre concurrencia. En estos casos, los acuerdos no son válidos pues están prohibidos por la LCE. También bajo esta figura se celebran acuerdos entre accionistas que pretenden el control de una sociedad o un grupo de sociedades o empresas, o para comprometer el derecho de voto de ciertos socios *(sindicato de accionistas).'** Los pactos de caballeros pueden ser contratos exigibles judicialmente o documentos en los que consten tratos preliminares o la intención de los contratantes acerca de determinado negocio. Pueden aparecer como actos autónomos o como actos jurídicos unidos a otro contrato, a los que alteran o complementan.

c) *Opción o carta opáón.* El término opción tiene una connotación jurídica propia y su utilización en algunos documentos no es siempre la apropiada.

> Se llama *contrato de opción* al convenio por el cual una parte concede a la otra, por tiempo fijo y en determinadas condiciones, la facultad, que se deja exclusivamente a su arbitrio, de decidir con respecto a la celebración de un contrato principal.[1]*

Se trata de una variedad del *contrato de promesa* mediante el cual solamente una parte se obliga. Es una promesa unilateral que requiere: acuerdo de ambas partes, obligación de una sola parte, constar por escrito, tener contenido contractual y un plazo establecido (arts. 2242 a 2247 del C. c.).

Sin embargo, a pesar de que la opción puede encuadrarse en nuestro derecho en un convenio típico, en la práctica de los negocios no se utiliza siempre para dichos fines. Muchas veces la opción o carta opción se encuentra conformada sólo mediante una firma o declaración unilateral de voluntad, lo que constituye una oferta de un posible contrato. El contenido de estas cartas opción es variable

" *Cfr.* Arce Gargollo. Eduardo: *"¡os sindicatos de accionistas: consecuencia de una sociedad anónima en crisis'.* Este trabajo analiza brevemente los pactos de caballeros y su aplicación a esta materia (págs. 49 a 51). Tesis ras *laude* de la Escuela Libre de Derecho, México 1984.

** Gastan (32), tomo IV, vol. 11, pág. 48. En el C c. i tal. se establece: Art. 1131. *Opción.* Cuando las partes convinieren que una de ellas quede vinculada a su declaración y la otra tenga facultad de aceptarla o no. la declaración de la primera se considerará como propuesta irrevocable.

y se utiliza para compraventas, en las que el posible futuro vendedor se obliga a mantener un precio y unas condiciones por cierto tiempo, o el posible comprador a mantener una oferta de compra.

En ocasiones es costumbre, —sobre todo en las promesas unilaterales, a las que también se llama opción, principalmente si tienen, por ejemplo, una compraventa futura— que el promitente reciba del beneficiario de la promesa, una cantidad determinada de dinero al momento del otorgamiento de la promesa.'-’"

Las cartas opción no son medios por los cuales se otorga representación, así lo ha señalado la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia: “las cartas opción no constituyen un mandato para actos de dominio" (*Cfr*: la tesis judicial. *Carla opción o autoiización a intermediarios comisionistas en venta de inmuebles para que busquen comprador. No son poderes o mandatos para actos de dominio).*

6. CLASIFICACIÓN DEL CONTRATO

a) *Mercantil,* en la generalidad de los casos, pues las partes que lo celebran suelen ser comerciantes y los actos jurídicos que prometen celebrar son actos de comercio (constituir una sociedad, realizar un negocio común, vender acciones, celebrar contratos de agencia, suministro, transferencia de tecnología).

Es posible que un contrato de esta naturaleza tenga carácter *civil* por las partes que en él intervienen y por el fin que buscan, por ejemplo constituir una asociación o sociedad civil, participar en itn contrato de prestación de servicios.

b) Es un contrato *formal,* cuando es especie del contrato de promesa que establece obligaciones de celebrar contratos futuros, pues debe constar por escrito (art. 2246 del C. c.).

c) Es *bilateral o plurilateral,* pues todas las partes se obligan.

d) En la mayoría de los casos es *oneroso,* porque los provechos y gravámenes resultan pata todos los contratantes, peto no es un contrato recíproco ni de cambio.

e) Es un contrato *preparatorio* cuatrdo produce una situación jurídica preliminar para futuros actos jurídicos.

f) Es un contrato *asonativo,* pues las partes contratantes se obligan a contribuir para la obtención de un fin común (participar conjuntamente en un proyecto, negocio o sociedad) y están dispuestos a tener utilidades o pérdidas conforme al riesgo que involucra el contrato.

*" Sánchez Medal (96). núm. 61.

g) Como se trata de un negocio asociativo, el desarrollo de un alto nivel de confianza entre las partes es un ingrediente crítico, es en este sentido, *intuitu pmonae.*

h) Generalmente es un contrato de duración o de *largo plazo.*

7. ELEMENTOS

Personales

I-as partes que intervienen en este contrato pueden ser dos o más y, según el objeto del joint venture, se les puede denominar *promitentes, xtenturers*,[21] *asociados, socios y cuando son sociedades controladoras o acnonistas de una soáedad joint venture, parenls* [22] o padres.*[3]

I-as partes requieren de la *capacidad general* para contratar, aun cuando para la celebración del contrato definitivo alguna de las partes, por ejemplo el contratante extranjero, tenga limitaciones legales para ser socio o accionista por una inversión mayor al máximo permitido por la LIE para una determinada actividad económica. En otros casos, se requerirá de la Comisión de inversión extranjera la autorización correspondiente (art. 8* LIE). Debe distinguirse la capacidad para celebrar el contrato de *joint venture*, que tiene carácter de preparatorio, y la capacidad requerida para los actos jurídicos definitivos, por ejemplo la constitución de una sociedad anónima.

Reales

a) *El otfjeto.* En su origen, los contratos de *joint venture* "se habían caracterizado por el objeto limitado a la realización de un determinado negocio y a la breve duración del acuerdo (pero esto) ha perdido parte de su relevancia en la práctica comercial internacional."[24] El *objeto* del *joint venture* puede ser muy variado. En atención a la clase de joint venture el objeto puede estar relacionado con un proyecto o trabajo que ejecutarán conjuntamente las partes (explotación de recursos naturales, la construcción de una carretera), la constitución y operación de una sociedad (por ejemplo en la rama de manufacturas) o la adquisición y operación de una empresa ya creada.

*' *CJK* Astolfi (IS) y Le Pera (67). pág. 71.

" *Cfr.* Jangcr (64).

n 'Entre la sociedad cabeza del grupo y las sociedades dominadas se establece una relación de dependencia o filiación que permite dar a la primera la denominación de sociedad madre y a las segundas de sociedades hijas o filiales* (Una (100), Núm. 643).

14 Astolfi (13). págs 33 y 41.

En el contrato de *joint venture* se debe describir cuál es el trabajo o proyecto conjunto que las partes pretenden llevar a cabo y, en el caso de futuros actos jurídicos a celebrar, hay que incluir los elementos esenciales que configuran a cada acto jurídico futuro. Por ejemplo, para la obligación de constituir una sociedad mercantil, me parece esencial que el contrato de *joint venture* mencione a los socios, el objeto o fin social en términos generales y la aportación de cada parte.

> Otros elementos del contrato de sociedad que se consideran como esenciales en nuestra ley, como son la denominación, el domicilio, la cuantía del capital social o la duración, pueden acordarse con posterioridad a la celebración del contrato de *jomt venture,* o se pueden establecer las bases para determinarlos, pues el contrato de *joint venture* es un contrato de promesa, en el que no se requiere detallar cada uno de los elementos del contrato definitivo. Otro elemento importante en un *joint venture* por el que se pretende constituir una o varias futuras sociedades es el relativo a la administración de la sociedad y operación, los cuales es conveniente definirlos desde el negocio preliminar.

Si el acto futuro previsto es la participación en un negocio, empresa o sociedad existentes, deben señalarse las características del negocio y el modo en que participarán cada una de las partes. Por ejemplo, la venta de acciones o partes sociales, las nuevas aportaciones, la naturaleza de las aportaciones, que no son necesariamente para el capital social, sino para el funcionamiento y operación de la empresa.

b) *Las aportaciones.* Debe determinarse en el contrato lo que cada una de las partes contratantes aportará al *joint itenlure.* "Para que haya *joint venture* quienes en él participan deben efectuar una contribución al esfuerzo común."[67] Es evidente que en atención a la clase de *joint xtenture* que se celebre, las aportaciones de cada parte estarán relacionadas con el fin de éste contrato. Las aportaciones, en este sentido, no deben limitarse a las prestaciones de dar que conforme a nuestra legislación constituyen el pago del capital social en sociedades mercantiles capitalistas. El concepto de aportación debe entenderse en un sentido muy amplio, como tecnología, organización, asesoría, proyectos, cálculos, preparación de cotizaciones, estudios técnicos, de comercialización, de producción o de viabilidad financiera; maquinaria, equipo, obligaciones solidarias o afianzamiento para créditos, pagos de pasivos, cesiones o subrogaciones en ciertos contratos y muchos más.

(67) Le Pera. pág. 74.

c) *El plazo.* Otro elemento que se debe establecer contractualmente para cierta clase de *joiní xtenture* es el plazo, que en algunos actos jurídicos que conforman contratos de promesa, será elemento de validez (art. 2246 del C.c.).[26] En otros casos, el plazo será conveniente pactarlo para determinar cuando deben cumplirse las obligaciones que derivan del contrato. Por ejemplo, en un *joint xrenlure* por el que se adquiere en etapas una sociedad o un grupo de empresas, los distintos plazos de ejecución y cumplimiento del *joint xtenture* pueden ser definitivos para la operación.

El término está pactado en beneficio de todos los contratantes, salvo que se establezca otra cosa, pues todas las parte tienen, en cierto sentido, la calidad de deudores obligados a realizar los actos jurídicos futuros. El plazo puede ser término límite para el cumplimiento de las obligaciones o celebración de contratos y, por tanto, puede anticiparse en interés de todas las partes.

Formales

Si el *joint xtenture* configura un verdadero contrato de promesa porque las partes contratantes se obliguen a celebrar futuros contratos y señalan los elementos esenciales o características de éstos, el contrato debe constar por escrito para que sea válido (art. 2246 del C. c.). En este sentido, el *joint xtenture* resulta un contrato formal o de *forma impuesta.* No requiere de registro, de publicidad externa a las partes o de algún medio para exteriorizarse ante terceros, pues este contrato no crea una sociedad o ente moral distinto a los socios, ni transmite o grava bienes que requieran de publicidad registral, sino tan solo produce el efecto de obligar a los contratantes a celebrar uno o varios contratos futuros.

> En ocasiones, para que la voluntad de las partes de obligarse en la participación de un proyecto común tenga seriedad frente al tercero con el que se contrata (por ejemplo, participar en un concurso para la realización de una obra pública de Gobierno), se exige como formalidad adicional que el acuerdo se *ratifique notarialmente.* Esto tiene como finalidad que el tercero con quien se pretende contratar (Gobierno o entidad gubernamental), tenga un apoyo en un compromiso de participación común serio y que cada parte contratante determine claramente su responsabilidad en el cumplimiento y ejecución del contrato futuro.

** 1*1 falta de plazo afecta de *nulidad relativa* al contrato de promesa, pues los dos promitentes pueden señalar posteriormente dicho plazo, convalidando así la promesa nula por ellos celebrada con anterioridad *(Cfr.* Sánchez Medal (96) Núm. 59). Esta parece ser la opinión dominante de la doctrina mexicana.

8. OBLIGACIONES

En general, para todas las partes que intervienen en el contrato existen las mismas obligaciones: cumplir con las aportaciones para el fin conjunto y, en su caso, celebrar los actos jurídicos o contratos que se establecen en el *joinl venture.* Se trata de un contrato asociativo.

a) *La obligación de aportar.* Los contratantes en el *joinl venlure* deben cumplir con las *aportaciones* mediante las cuales participarán en un negocio conjunto o realizarán el pago del capital social de las entidades jurídicas a constituir o a las empresas ya existentes. Estas aportaciones no siempre son en numerario o en bienes;[2,] pueden ser, por ejemplo, venta de maquinaria usada a un precio ventajoso (valor en libros), proyectos y planos para construir una planta industrial, diseños de productos, listas de materiales y proveedores, cotizaciones, análisis de factibilidad, estudios de mercado, envío de técnicos para enseñar y capacitar al personal operativo de la empresa o del proyecto conjunto, información y asesoría sobre la administración del negocio, organización, programas de computación, uso de marcas o patentes, y, en general, experiencia acumulada en actividades industriales y comerciales similares, además de las señaladas con anterioridad.

b) *Constituir una sociedad.* Cuando el objeto del joint venture se refiere a la constitución de una o varias *sociedades* la obligación se cumple cuando se formaliza el contrato de sociedad y se crea una nueva persona moral en la que participan como socios o accionistas las partes contratantes del *joint venture.* De acuerdo a la legislación mexicana, el negocio jurídico por el que se constituye una sociedad mercantil tiene, según aceptables opiniones, naturaleza contractual * y, por tanto, puede ser objeto de un contrato de promesa. La *joinl venture Corporation* es una subsidiaria común de las partes.

c) *Representación reciproca.* En los contratos de *joint venlure* en los que no se crea una sociedad y en los que el objeto es realizar un proyecto o trabajo conjunto, las partes suelen obligarse a *otorgarse reciprocamente rejrresenlación* por lo que hace al negocio conjunto. Obligación que se cumple mediante el otorgamiento de un poder

[17] *Cfr.* Barrera Graf (16). págs. 45 a 67 y Rodríguez (80), tomo I. págs. 34 a 45.

* Se atribuye naturaleza contractual al negocio constitutivo poique, en efecto, el negocio social nace de un acuerdo de voluntades, no de un acto unilateral, ni de una disposición legal. En cambio, en la etapa de funcionamiento, la sociedad cxcepcionalinente conserva naturaleza contractual, a pesar de que al negocio constitutivo se le reconozca una naturaleza especial, de contrato plurílatcral. y que. para esta etapa de acrividad se hable en la doctrina de contrato (nertius *negocio)* de organización (Barrera Graf (16), pag. 14).

(o comisión representativa) que una de las partes otorga a las otras partes y que debe limitarse a los actos propios y necesarios para el cumplimiento del fin del *joint xtenture.* Por ejemplo, para presentar cotizaciones o estudios a terceras personas con las que se va a contratar, así como para contratar personal, servicios o créditos a nombre de las otras partes del *joint ventun.*

d) *Celebrar otros contratos.* Es frecuente que, además de la creación de una sociedad que derive del contrato de *joint xtenture,* las partes se obliguen a celebrar otros actos jurídicos relacionados con la *sociedad joint xtenture,* para la operación de ésta última. Estos *actos jurídicos relaáonados* están referidos a aquellos por los que los socios de la sociedad *joint ventun* (padres) mantienen relaciones jurídicas con la nueva entidad. Muchos de estos contratos son indispensables para el funcionamiento de la nueva sociedad y en ocasiones constituyen las aportaciones esenciales para la constitución. Los contratos que se acostumbra celebrar son: el de agencia, para que el nuevo ente —*joint xtenture Corporation*— promueva y venda los productos de uno de los socios (casi siempre del socio extranjero); el contrato de transferencia de tecnología, para que la sociedad *joint xtenture* adquiera conocimientos técnicos; el contrato de suministro, para que la sociedad *joint xtenture* naciente se provea de materia prima; el contrato de compraventa o de arrendamiento de activos (maquinaria, equipo); el contrato de asesoría administrativa, financiera, técnica y de comercialización; contratos por los cuales los socios se obligan solidariamente, como fiadores o garantes de créditos para la nueva sociedad que nace del *jotnt venixtre* en su respectiva proporción.

e) *Obligación de no competir.* Las partes se obligan a no competirse jen lo relativo al objeto del *joint venture.* "Si bien los *joint xtenturers* se deben entre sí la más estricta lealtad (relación fiduciaria) en cuanto al negocio para el que se han vinculado, conservan libertad para seguir compitiendo en todos los otros proyectos para los que no se han unido y, de hecho, frecuentemente lo hacen."[5•9]

Si en el contrato de *join xtenture* es aplicable el Derecho mexicano, las parles contratantes tienen un deber general de "realizar su actividad de acuerdo a los usos honestos en materia industrial o comercial" y de no realizar actos de competencia desleal, en los supuestos específicos que establece el C. de c. y otras leyes mercantiles (art. 6 bis).

*• Le Pera (67). pág. 79.

f) *Otras obligaciones.* Eventualmenlc existen para las partes otras obligaciones como: el deber de *guardar secreto* (confidencialidad); la obligación de no asociarse con otros socios que puedan ser competidores; el deber de que cada parte pague los gastos que le corresponden; o, la responsabilidad por daños y peijuicios causados por el incumplimiento de algunos de los deberes impuestos.

> Cuando el contrato *e sujeta a los Principios de UNIDROIT, le puede ser aplicable esta regla: "Si una de las panes proporciona información confidencial durante el curso de las negociaciones, la otra tiene el deber de no revelarla ni utilizarla injustificadamente en provecho propio, independientemente de que luego se celebre el contrato. Cuando fuere el caso, la responsabilidad derivada del incumplimiento de esta obligación podrá incluir una compensación proporcional al beneficio recibido por el transgresor" (art. 2.1.16).

g) *Solución de conflictos.* Aunque no se trata propiamente de una obligación contractual, es conveniente que los contratos contengan un procedimiento de *solurión de conflictos*, generalmente mediante arbitraje, por la distinta nacionalidad, en muchos casos, de las partes contratantes.

9. ADMINISTRACIÓN

Uno de los problemas a que se enfrentan las partes del contrato de *joint venture* es el relativo al *control* y a la *administración* que a cada parte le corresponde sobre el negocio conjunto o la sociedad producto del contrato asociativo. Cada una-de las partes o socios pretenderá garantizar sus derechos e intereses involucrados en el negocio o sociedad común y esto puede pactarse en el contrato de *joint venture.*

En los casos de un trabajo o proyecto conjunto las partes se otorgarán, por lo que hace al negocio común, representaciones recíprocas. En la adquisición por etapas de una organización a través de una administración compartida y cuando existe una sociedad en la que las partes son socios, mediante el reconocimiento de los derechos de los accionistas o socios en las asambleas, consejos y otros órganos de la sociedad *joint venture*, muchas veces con mayor beneficio que los mínimos de protección que nuestra LSM establece para las minorías.

Sin embargo, pese a que el contrato de *joint venture* puede prever gran parte de estas materias relacionadas con la administración conjunta del negocio o de la sociedad, una vez que ésta se constituye, las dificultades entre los socios se producen precisamente

»

en este campo de la administración. Estos problemas en la administración provienen de una causa: hay más de un padre.[30] En la operación de un *joint venture* de una nueva sociedad o una ya existente en la que como resultado de un *joint venture* participan varios socios, se pueden distinguir dos tipos de administración:

a) La del *padre dominante,* manejada por uno de los socios como si fuera totalmente su subsidiaria o filial, y en donde el padre dominante designa a los directivos y toma las decisiones estratégicas.

b) La *administración compartida,* en la que los dos o más socios manejan el negocio conjunto o la empresa y contribuyen con personal funcional. Este tipo de administración es común, por ejemplo, en empresas manufactureras en las que un socio provee tecnología y otro el conocimiento del mercado local.[51]

Estas dos formas de la administración en una sociedad *joint venture* pueden tener ventajas para diferentes negocios o etapas evolutivas del desarrollo de una sociedad o en el cumplimiento de un *joint venture.* Quizá en determinadas circunstancias sea más benéfico tener un esquema de administración y, posteriormente, cambiar el enfoque de intervención de los socios en la administración. El éxito o fracaso de un negocio compartido o de una sociedad *joint venture* depende, en mucho, de la concepción inicial que se tenga de la administración, y estos elementos y limitaciones deben estar contenidos en el contrato de *joint venture.*

Considero que este contrato, en materia de administración de la sociedad conjunta, si se trata de una sociedad anónima mexicana, debe contemplar algunos de los siguientes aspectos:

i) La forma de hacer las convocatorias a las asambleas; por ejemplo, además de la publicación, mediante el envío por correo certificado a los socios.

ti) Determinar las materias de competencia adicional a las que señala la ley que conocerá la asamblea extraordinaria de accionistas.

iii) Fijar los *quorums* y votaciones de las asambleas extraordinarias y del consejo de administración.

iv) El número de consejeros que cada socio tendrá en el consejo de administración y los derechos para designar consejeros y comisarios.

v) La necesidad de que el consejo de administración intervenga en decisiones importantes relacionadas con la marclia del negocio (nombramiento de directores y gerentes, inversiones en activos fijos, contratación

de pasivos, aprobación de presupuestos, políticas de ventas, fijación de-precios, nuevas líneas de productos, ventas de exportación).

vi) La posibilidad de crear comités, órganos consultivos o de asesoría que intervengan (directa o indirectamente) en la administración y operación de ciertas áreas del negocio. Algunos de estos comités tienen por objeto "la organización intenta de las relaciones entre los contrayentes'" o socios.

vii) Los derechos de inspección y vigilancia que se otorgan a cada socio mediante el nombramiento de comisarios y la posibilidad de pedir auditorías externas en ciertos casos.

viii) Los lincamientos para otorgar la representación de la sociedad, qué órganos, comités y funcionarios gozarán de poderes de la sociedad y el alcance de sus respectivas facultades.

Es conveniente que estos acuerdos sobre la administración o control conjunto de la sociedad se incluyan en los estatutos de la sociedad *joitU ventura* pues los pactos entre las partes que se celebran fuera de los estañaos o la escritura constitutiva solo obligan a los firmantes y, algunas veces, son pactos que no se ajustan completamente a las normas legales que rigen a la sociedad mercantil mexicana.

10. MODALIDADES

a) *Condiáón suspensiva.* El contrato de *joint venture* puede estar sujeto a una *condición susftensiifa,* como hecho que puede o no llegar a realizarse, y del que depende que produzca efectos.

El contrato puede estar sujeto, por ejemplo, a los siguientes acontecimientos: el otorgamiento de una concesión o autorización que será explotada conjuntamente por las partes del *joint itenture,* a que se conceda una autorización para constituir una institución de crédito u organización auxiliar, o para adquirir ciertos bienes; que se obtengan permisos de importación de ciertos activos o una patente o marca para ciertos productos; la autorización de la Comisión de Inversiones Extranjeras para una mayor participación de uno de los socios; la obtención de un pedido o proyecto en un concurso; así como otros hechos especialmente relevantes para la existencia y operación del negocio conjunto objeto del *joint venture.*

b) *Etapas en el joint venture.* Pueden las partes, en una etapa inicial del contrato, asociarse mediante un acuerdo de *joint activity* o *joint work agreement,* por el que se obligan a realizar determinada actividad cuyo resultado determinará las ventajas de participar con-

* Astolfi (13), pig. 60.

juntamente en un proyecto o negocio y, en su caso, constituir y operar una sociedad *joint venture.* Los contratantes pueden convenir que, en cierto plazo, cada uno de ellas trabajará en determinados proyectos o estudios para el futuro negocio conjunto.

> Por ejemplo, el socio local realiza una investigación de mercado sobre el producto a vender y fabricar, posibles clientes, precios, distribuidores, competencia, programas de comercialización; el otro socio, por su parte, investigará sobre métodos de producción, inversión necesaria, la importación de maquinaria, el determinar cual es la materia prima asequible en el país, los costos de producción, los proveedores, sistemas de organización y los medios de financiamiento. En el término señalado las partes presentan sus conclusiones y la conveniencia de la empresa conjunta y, en su caso, de la necesidad de constituir una sociedad *joint venture.*

En estos contratos debe preverse a cargo de quien corren los cargos efectuados y las responsabilidades de cada contratante. Jurídicamente, en este primer período del contrato podría sugerirse la celebración de una *asociaáón en participación,* en el que el socio principal (quizá local) sea el asociante y el extranjero y los otros socios sean los asociados. Una de las características de éste último contrato es que la relación frente a terceros corresponde, solamente, al asociante y "los terceros que contratan con éste sodo, no tienen ninguna acción jurídica en contra de los participantes", como ha dicho certeramente una tesis judicial (*Cfr.* la tesis *Asociación en participación).*

11. INCUMPLIMIENTO

En el C.c. se establece como regla general del incumplimiento de obligaciones recíprocas (o contratos bilaterales), que una de las partes puede exigir a la otra el cumplimiento forzoso de la obligación o el pago por daños y peijuirios (art 1949). El mismo ordenamiento contiene una norma especial para el incumplimiento del contrato de promesa, que autoriza al juez a otorgar —en sustitución del promitente incumplido— el contrato definitivo (art. 2247).

Cuando el *joint venture* configura un verdadero contrato de promesa para asociarse en un futuro, considero que no puede exigirse el cumplimiento forzoso, sino solo los daños y peijuicios.

Sobre el contrato de promesa de sociedad, aplicable a los contratos asociativos,

> la jurisprudencia del Tribunal §upremo (español) tiene declarado que la promesa de sociedad es un *pacto en contahcndo* cuya función esencial consiste en ligar a las

partes para la conclusión del futuro conu'ato de sociedad produciendo sólo su incumplimiento el deber de resarcir daños y perjuicio».”

Me parece lógico que el contrato de promesa de sociedad no permita una ejecución forzada de la voluntad, pues en el contrató de sociedad, “el consentimiento no es una manifestación de voluntad instantánea, sino una expresión de voluntad continua y permanente, de manera que la relación existe en cuanto subsiste tal voluntad, por lo que se habla en estos casos de la presencia del *animus socielalis o affectio societatis*." [14]

El contrato de *joint venture* incumplido por una o varias partes sólo da derecho a las contrapartes a exigir el pago por daños y peijuicios, no puede tener una ejecución forzosa, pues un socio que no tiene interés en participar en un proyecto conjunto o en una sociedad, no hará las correspondientes aportaciones. Considero que no puede obligarse a dos o más partes a permanecer asociadas contra su voluntad.

12. SUBSISTENCIA DEL *JOINT VENTURE*

El contrato de *joint venture,* cuando es un contrato preliminar de sociedad, termina por las mismas causas que la figura genérica del contrato de promesa, es decir, se extingue cuando las partes cumplen el contrato preparatorio mediante la celebración de los contratos y actos jurídicos definitivos ahí previstos. Sin embargo, el contenido del *joint venture* puede subsistir como concepción general del negocio asociativo y como síntesis de la intención de las partes expresada como un todo. “Una línea de decisiones judiciales (en los Estados Unidos) sostiene que el hecho de que se forme una *Corporation* a la cual se transfieren los activos del *joint venture* no es incompatible con la subsistencia de éste, si tal fue la intención de las partes.”[16]

Sobre los efectos y carácter con que este contrato subsiste, considero que el documento es un auxiliar para interpretar y, en algunos casos, completar la voluntad de las partes en los contratos definitivos. El contrato de *joint venture* es un instrumento adicional para determinar cuál fue la total intención de las partes respecto **

” Puig Peña (85), tomo IV, vol. II, pág. 602. *Cfr.* en el mismo sentido. Castáu (52), tomo IV, vol. I, pág. 48.

** Sánchez Medal (96). Núm. 62. *Cfr.* en sentido similar. Barrera Graf (16). págs. 5 y 31.

[14] Le Pera (67), pág. 79.

a los futuros negocios, a la participación de cada parte, a la forma de organización de la sociedad, al control y administración de la misma y a otros aspectos. Si los contratos definitivos difieren sustancialmente en algún punto previsto en el contrato preliminar, debe prevalecer la última voluntad de las partes que se contiene en el contrato definitivo y que, por tanto, modificó expresamente la intención inicial de las partes.

13. NATURALEZA CONTRACTUAL

> Lo» *jomt ventura* han »ido comparados a la» *partnmhifu* del derecho estadounidense, a las fíliales comunes, a la» sociedades de hecho, o aún a la» sociedades por acciones. mientras otros autores, con mtjor atención han advertido la naturaleza meramente contractual, evidenciando el carácter funcional para la constitución de una sociedad afiliada común,... a la sociedad ocasional, al contrato de consorcio con actividad externa, o, aún, a la asociación en participación, o a formas asociativas atípicas.*

El contrato del *joint xtenture,* a pesar de la variedad de su contenido y efectos, no debe confundirse con estas figuras:

a) En la mayoría de los casos, no es un contrato de *asociación en participación*, pues el contrato de *joint xtenture* pretende la realización de una empresa conjunta o la creación de una nueva sociedad que la asociación en participación no genera. Excepcionalmente, ciertos contratos de esta naturaleza se pueden asimilar a uno de asociación en participación, o tener éste carácter en un período contractual en el que las partes utilicen este contrato asociativo típico para ejecutar parte del negocio de *joint xtenture* e iniciar la relación asociativa.

b) No es el *contrato social* por el que se constituye una sociedad mercantil, pues el contrato de *joint xtenture* no produce como efecto la creación de una nueva entidad jurídica distinta a las partes contratantes, ni se cumplen los requisitos que la *LSM* señala para estos casos. La obligación que el contrato de *joint xtenture* produce es la de colaboración entre las partes para un proyecto común o la de celebrar contratos futuros, entre los que se puede incluir el constituir una sociedad. Parece que en la jurisprudencia de los Estados Unidos hay una tendencia a asimilarlo a las *partnership* y aplicarle al *joint xtenture* dicha disciplina jurídica."

c) No es un acto societario de *fusión de sociedades,* pues los futuros socios, cuando el *joint xtenture* pretende la creación de una sociedad, no se alteran en su personalidad, ni se extingue sociedad alguna por la creación de la nueva sociedad y la celebración de los actos jurídicos relacionados con la empresa común.

* *Cfr.* Astolfi (13). págv 4 a 6.
[17] *Cfr.* Astolfi (13). pág. 11.

d) No se asemeja a la compra de una sociedad filial o subsidiaria, pues el contrato de *joint ventun*, en alguna de sus clases, tiene por objeto la creación de una nueva entidad social o la participación en una ya existente. En la adquisición de una sociedad ya constituida, esta se produce casi siempre, por parte de una sola persona que la maneja como filial y no existe participación de, por lo menos, tíos socios que aporten recursos para la nueva sociedad. Eventualmente, cuando varias partes acuerdan la adquisición de una sociedad ya existente y determinan las participaciones y aportaciones de cada una de las partes, futuros socios, si existe un contrato de *joint ventun.*

Ante la variedad de formas y fines que puede tener un contrato de *joint \>enlure,* no es posible encuadrarlo dentro de alguna figura típica o como la unión de diversos actos jurídicos. Es un contrato asociativo por el que dos o más partes pretenden tener un negocio, proyecto o empresa común y, en este sentido, es un contrato *sui generis.*

En ciertos casos, puede asumir la forma de un contrato de *asociación en participación* y ajustarse al tipo contractual que regula la IÜM. En los casos en que las partes contratantes en un *joint xtenture* se obligan a constituir una sociedad mercantil y celebrar contratos relacionados con el negocio común, hay un *contrato de promesa* y serán supletorias las normas del C.c. que regulan a dicho contrato.

BIBLIOGRAFÍA

ASTOLFI: (13) *El contrato internacional de joint ventare;*
BARRERA GRAF: (16) *Las sociedades en Derecho mexicano,* Núms. 6 a 39;
BORJA MARTÍNEZ: (26) *El contrato preparatorio;*
JANGER: (64) *Organizativa of intemational joint ventaren,*
KILUNG: (65) *Hoto to make a global join ventare work,*
LE PERA: (67) *Joint ventare y sociedad;*
NANDA Y WILLIAMSON: (80) *Use joint ventures to ease de pain of restractaring,*
SÁNCHEZ MEDAL: (96) *De los contratos civiles,* Núms. 54 a 62.

CAPÍTULO XVII

EL PACTO DE EXCLUSIVA Y LA CLÁUSULA DE NO COMPETIR

SUMARIO: 1.—Introducción. 2.—Concepto. 3.—Accesoricdad del pacto. 4.—Requisitos. 5.—Clases. 6.—Efectos. 7.—Incumplimiento. 8.—Naturaleza jurídica. 9.—La exclusividad y la LCE. 10.—La cláusula de no competir

1. INTRODUCCIÓN

a) Exclusividad. La exclusividad es un concepto que aparece con frecuencia en las relaciones de Derecho privado derivadas de contratos mercantiles. En la práctica actual de los negocios, numerosos contratos entre empresas contienen alguna referencia a la exclusividad como elemento importante de actos jurídicos que buscan relaciones duraderas.

El *pacto de exclusiva* suele aparecer en contratos como los de: suministro, transferencia de tecnología, agencia, distribución o franquicia; e incluso en relaciones con comisionistas y mediadores. Algunas de estas figuras de reciente auge en el Derecho mercantil, no reguladas todas ellas por nuestras leyes y por tanto *atípicas,* pueden ir acompañadas de un acuerdo de exclusividad que no siempre se pacta en forma clara y que da lugar a dificultades en su interpretación y alcances.

En el Derecho mexicano existen algunas referencias a la exclusividad. Por ejemplo, la Constitución se refiere a los privilegios que se conceden a autores y artistas e inventores para la protección de sus obras y para el uso exclusivo de sus inventos (art. 28). La misma Ley fundamental señala como facultad del Presidente de la República conceder privilegios exclusivos a inventores (art. 89 frac. XV). La LCE menciona a la *distribución exclusiva* como acdvidad económica que puede ser, si se dan ciertas circunstancias, una práctica monopólica relativa (art. 10-1 LCE). En la LFPPI se reconoce el *derecho exclusivo* de explotación a los titulares (o licenciatarios) de una patente (art. 9®) y el *derecho exclusivo* al uso de una marca (art. 87), de aviso o de nombre comercial (arts. 99 y 105) a sus titulares (o usuarios autorizados). También en dicha ley se reconoce el contrato de *franquicia*

que entraña una cierta exclusividad para el franquiciatario respecto a un territorio o a uno o varios establecimientos. La Ley Federal del derecho de autor se refiere a "prerrogativas y privilegios *exclusivos*" del autor respecto a su obra (arts. 11 y 24).

Una tesis de la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia hace referencia a la exclusividad referida al contrato de agencia. Dice en lo conducente: "el contrato celebrado por una empresa con determinadas personas, *concediéndoles la exclusividad* para que vendan los productos de aquéllas en tal o cual región,... es de naturaleza *sui generis,* semejándose al conü'ato de agencias..." (*Cfr,*; la tesis *Concesiones exclusivas para la venta de productos de una empresa, naturaleza de los contratos de),*

b) Competencia desleal. El artículo 6 bis del C. de c. obliga a todos los comerciantes a "realizar su actividad de acuerdo a los usos honestos en materia industrial o comercial, por lo que se abstendrán de realizar actos de competencia desleal que:

I. Creen confusión, por cualquier medio que sea, respecto del establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial, de otro comerciante:

II. Desacrediten, mediante aseveraciones falsas, el establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial, de cualquier otro comerciante:

III. Induzcan al público a error sobre la naturaleza, el modo de fabricación, las características, la aptitud en el empleo o la cantidad de los productos, o

IV. Se encuentren previstos en otras leyes.

Las acciones civiles producto de actos de competencia desleal, sólo podrán iniciarse cuando se haya obtenido un pronunciamiento firme en la vía administrativa, si ésta es aplicable.

El texto de la disposición está tomado del arrículo 10 bis del Convenio de París para la Propiedad Industrial,[1] que se refiere a la competencia desleal. El artículo establece: "Los países de la Unión están obligados a asegurar a los nacionales de los países de la Unión una protección eficaz contra la competencia desleal. 2) Constituye acto de competencia desleal todo acto de competencia contrario a los usos honestos en materia industrial o comercial. 3) En particular deberán prohibirse: 1. Cualquier acto capaz de crear una confusión, por cualquier medio que sea, respecto del establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial

[1] EH Decreto por el que «e promulga este Convenio apareció en el D.O. del 27 de julio de 1976.

de un competidor: 2. Las aseveraciones falsas en el ejercicio del comercio, capaces de desacreditar el establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial de un competidor; 3. Las indicaciones o aseveraciones cuyo empleo, en el ejercicio del comercio, pudieren inducir al público a error sobre la naturaleza, el modo de fabricación, de las características, la aptitud en el empleo la cantidad de los productos?

Un texto muy semejante se contiene como infracción administrativa en el artículo 213 fracción I de la LPI.*

Como señala una tesis de un Tribunal Colegiado "para que un comerciante o fabricante incurra en actos de competencia desleal es suficiente que sustraiga la atención de la clientela de un competidor en su beneficio, no haciendo uso de sus propias fuerzas, recursos o inventivas, sino realizando actos de imitación respecto de las características predominantes de su competidor..." (Ver tesis: *Marcas. Ley de invenciones y marcas. Competencia desleal Que debe entenderse por).*

2. CONCEPTO

El termino *pacto de exclusiva* no es definitivo. Se conoce también como *cláusula de exclusiva o de exclusividad, derecho de exclusividad, modalidad de exclusiva y* como adjetivo que acompaña al nombre de un contrato, por ejemplo: representación exclusiva, agencia exclusiva o suministro con exclusiva. El término *pacto* a que nuestras leyes aluden en algunas disposiciones[3] debe tomarse como sinónimo de convenio (art. 1792 del C.c.), de compromiso o simplemente de acuerdo.

En el Derecho Romano el pacto fue el acuerdo que, en sus orígenes, no tenía acción. Posteriormente el pretor reconoció que los pactos podían modificar una relación jurídica y aparecen generalmente concertados en el acto mismo del contrato. Se les conoce como *pacta adyecta*, unidos a una relación principal.

La *exclusiva* en su aspecto negativo representa una *limitación a la libertad contractual* al imponer al concedente de la exclusiva la obligación de no celebrar una clase determinada de contratos con [1]

[1] Esta disposición se tomó del artículo 213 de la Ley de fomento y protección de la propiedad industrial (1994) y de su antecedente el artículo 210 de la Ley de invenciones y marcas (1976).

* Por ejemplo el pacto de retroventa (C.c. art. 2302), el pacto de preferencia (Ce. 2304 a 2308) y todos los vocablos relacionados: "lo expresamente pactado" (Ce. 1796), "puede pactarse' (Ce. 2301. 2310, 2312) o "salvo pacto en contrario' (C. de c. 304. 333. 359, 381. 384. 391, 577).

persona distinta al concesionario, o a éste la de no concluirlas con otro que no sea el concedente.[4]

En términos más amplios, y no sólo como limitación a la libertad contractual, ha sido concebido como "una obligación de no recibir de terceros una determinada prestación, bien de no realizarla en favor de terceros o bien ambas obligaciones recíprocamente".[5]

En este pacto es *esencial* la obligación de no realizar ciertas prestaciones, o de no concluir determinados contratos, sino únicamente con las personas a quienes se les reconoce la exclusiva.

Este pacto de exclusiva —que excluye a los terceros de la realización de determinados negocios— significa para el beneficiario de la exclusiva un valor en su patrimonio, un *privilegio* y, algunas veces, un monopolio. Es evidente que un contrato con pacto de exclusiva tendrá un valor económico distinto que el contrato que no tenga ese beneficio.

3. ACCESORIEDAD DEL PACTO

El pacto de exclusiva no puede acordarse en forma abstracta y general. No puede ser un acuerdo autónomo o independiente de una relación fundamental. Se habla así de un contrato de agencia o de distribución exclusiva, de un suministrador o proveedor exclusivo, de una representación exclusiva, etc. Siempre el pacto de exclusiva estará ligado a una relación principal y por ello resulta un *acuerdo accesorio*, adicional, que acompaña a algún contrato.

El contrato al que va unido el pacto de exclusiva es generalmente un contrato de ejecución continuada o diferida, es decir, que produce entre las partes una *relación duradera,* más o menos permanente. La exclusividad no se presenta en contratos de ejecución inmediata. Los casos de contratos en que frecuentemente se pacta la exclusiva (suministro, agencia, distribución, franquicia), presentan esta característica de la duración.

Se ha considerado que hay contratos que en su esencia o por su naturaleza son siempre exclusivos, de modo que el pacto de exclusiva forma parte esencial o natural de la relación contractual y no puede separarse de ésta.

El pacto de exclusiva puede ser esencial, natural o accidental [6] para algunos contratos. *

* Puente Muñoz (84). pág. 109.

* Puente Muñoz (84), pág. 111.

* Son cláusulas *aencuiia* aquellos elementos absolutamente necesarios para la existencia y validez del contrato, por ejemplo, la cota y precio en la compraventa. Son elementos

Por ejemplo una ley belga sobre el contrato de distribución, en su texto de 1961, define al distribuidor exclusivo como sigue:

> el concesionario de venta exclusiva es el comerciante que ostenta el derecho a vender a título exclusivo los artículos o productos de un fabricante concedente, en su propio nombre y en su propia cuenta.[7]
>
> También puede considerarse que la exclusiva resulta cláusula *esencial* en los contratos de intermediación (representaciones comerciales, comisiones, agencia, distribución) que regulan algunas leyes de países centroamericanos* Estas disposiciones de orden e interés público no permiten que las partes acuerden la no exclusividad del intermediario.

En otros casos, el pacto de exclusiva es un elemento *natural* del contrato al que está ligado. Esto significa que si las partes no lo acuerdan, la ley que regula al contrato lo establece.

> Por ejemplo, en el C.c. ital., que regula el contrato de agencia, prevé la exclusiva como cláusula natural de estos contratos. Si las partes no lo pactan, la ley italiana establece la exclusiva —para las dos partes— como cláusula natural. Pero, desde luego puede excluirse del contrato si los contratantes expresamente lo acuerdan.
>
> El proponente no puede valerse simultáneamente de inás agentes en la misma zona y para el mismo ramo de actividad, ni el agente puede asumir el encargo de tratar en esa zona y por el mismo ramo de negocios de más empresas que concurran con el proponente (art. 1743).

Por último, el pacto de exclusiva se produce como elemento *accidental* de la mayoría de los contratos cuando las partes así lo acuerdan. Es éste el caso más usual en la práctica.

4. REQUISITOS

El pacto de exclusiva tiene dos *requisitos básicos.* "En general se sostiene la necesidad de que la exclusiva quede sometida a límí-

ruUuraJes aquellos que. sin ser absolutamente necesarios, acompañan ordinariamente a los contratos de determinada naturaleza, de modo que si las partes no disponen lo contrario o no los excluyen expresamente entran en juego por disposición de la ley. La ley suple a ta voluntad de las partes. Son ejemplos de estos elementos: la evicción en la compraventa, la onerosidad del mandato o de la comisión. Por último, son elementos *eucidentala* aquellos que no son necesarios para la existencia y validez del contrato, ni acompañan ordinariamente al tipo contractual, pero las panes pueden adicionarlos si así lo expresan.

[7] *Cfr.* Broseta Pont (29). pág. 454 y Puente Muñoz (84). pág. 57.

* Me refiero a leyes relativas a la representación o intermediación comercial (agencia, distribución) dictadas por países como Panamá. Costa Rica, El Salvador, Guatemala. Honduras **y** Nicaragua

tes de tiempo y de espacio que habrán de ser respetados por las partes."[9]

a) Respecto al *área geográfica,* ésta puede ser muy amplia, y muchas veces se detalla en un anexo del contrato, por ejemplo: todo el mundo, o todo el mundo con excepción de México, Brasil y Argentina. Si no se ha señalado claramente la zona geográfica, "no habrá más limite que el de la *efectiva actividad económica* del beneficiario de la misma".[10] La fijación del territorio y su aplicación al pacto de exclusiva puede ser muy compleja. Hay distintas cláusulas de territorialidad con diferentes efectos en los obligados por la exclusiva. Estas se conocen como: "territorialidad simple, territorialidad reforzada, territorialidad absoluta o territorialidad con reserva". Cada uno de estos conceptos entraña una mayor o menor protección a la zona exclusiva.

b) Como el pacto de exclusiva supone una limitación a la libertad, este acuerdo debe estar sujeto a un cierto *termino.*

La duración de la obligación negativa no puede, sin embargo, ser indefinida o perpetua porque no puede serlo la limitación de la libertad individual que toda obligación supone. Tampoco será válida cuando tenga una duración excesiva."

Si el pacto de exclusiva no tiene señalado un plazo específico de duración, debe entenderse que el término es el mismo que el del contrato principal al que está unido. En una ley francesa relativa a los agentes comerciales se establece que la exclusiva no puede tener una duración mayor de diez años.[1]* •*

c) Por último, ya no como requisito, sino como materia importante que debe contener el pacto, es importante concretar a qué *prestaciones, productos o mercancías* se refiere la exclusividad. Esto resulta de gran

* Una (100). núm. 752.

•* Puente Muñoz (84), pág. 121.

" Diez Picazo, (45), pág. 458.

'* El texto de la ley del 14 de octubre de 1943. relativa a los agentes comerciales es el siguiente:

"ART. 1" Está limitada a *diez años la duración máxima de validez de toda cláusula de exclusividad* por la cual el comprador, cesionario o arrendatario de bienes muebles se obliga frente al vendedor, cedente o arrendador, a no hacer uso de objetos semejantes o complementarios provenientes de otro proveedor.

ART. 2* Cuando el contrato dentro del cual ha sido insertada esta cláusula es seguido posteriormente, entre las mismas partes, de otras obligaciones análogas sobre el mismo género de bienes, las cláusulas de exclusividad contenidas dentro de estas nuevas convenciones terminarán en la misma fecha que aquella que figure en el primer contrato.

ART. 3® La duración de validez de la cláusula de exclusividad insertada dentro de los contratos actualmente en vía de ejecución está limitada a diez años a partir de la fecha de publicación de la presente ley. Si dentro de este intervalo interviene entre las mismas partes contratos análogos sobre el mismo género de bienes, las cláusulas de exclusividad contenidas dentro de esos nuevos contratos terminarán al mismo tiempo que la cláusula de exclusividad que surge en el contrato inicial."

utilidad práctica para aquellos casos de exclusiva en donde existen productos o mercancías similares a las que por la relación contractual principal tiene el obligado a la exclusiva. En el caso de "exclusiva de aprovisionamiento" (a favor del concedente) el distribuidor, agente, franquiciatario o suministrado, se obliga a no adquirir o promover *producios análogos o concurrentes.* En la práctica puede haber problemas para definir qué se entiende por productos concurrentes o sustitutos.

5. CLASES

a) En atención a los obligados, el pacto de exclusiva puede ser de *simple o doble signo,™* o unilateral o bilateral. Es decir, un contrato puede contener el pacto de exclusiva a favor de una parte —por ejemplo del agente—, a favor del empresario, o de ambas. Para los contratos de agencia, distribución o franquicia puede pactarse de la siguiente manera. El obligado por la exclusiva, si es el agente, el distribuidor o el franquiciatario, no puede trabajar en su zona para otros empresarios u otros competidores. En los contratos de suministro, agencia y distribución, en los que el suministrado, el agente, el distribuidor o el franquicitario es el que está obligado por la exclusiva, suele llamársele a ésta: *exclusiva de abastecimiento o aprovisionamiento.* También se le ha denominado de *exclusividad en el producto*.[M]

Cuando el obligado por la exclusiva es el empresario, éste no puede designar a otros agentes, distribuidores o franquiciatarios en la zona o para los productos concedidos al beneficiario de la exclusiva; e incluso, en ciertos casos de contratación más compleja, evitar que sus productos sean introducidos a la zona por conductos distintos a la actividad del beneficiario de la exclusiva. A este pacto se le llama de *territorialidad exclusiva.™*

b) Con relación al *efecto* del pacto de exclusiva respecto al territorio, éste puede ser de *territorialidad simple*, de *territorialidad reforzada* o de *territorialidad absoluta.*

> *i)* En 'la llamada cláusula dr *territorialidad ampie...* el concedente ha reconocido mediante la misma al concesionario el privilegio de aprovisionar le en exclusiva para esta zona, y el de que el concesionario venda en exclusiva en ella. Pero no se lia obligado a protegerle contra la posible concurrencia de los demás concesionarios de otras zonas que puedan invadir la suya."'*

** Broseta Pont (29), pág. 464.
[H] *Cfr. Cuide lo International master panchise arrangements* (5), pág. 245.
[J] *Cfr. Cuide lo International master franeÁise arrangements* (5). págs. 244 y 245.
'* Puente Muñoz (84), pág. 124.

ii) La finalidad de la cláusula de *territorialidad rtfonada* es que los concesionarios adquieran el compromiso de respetar el monopolio territorial de los otros, de modo que ninguno de ellos puede adquirir un cliente no domiciliado en su territorio sin afectar una de las obligaciones del contrato donde está acordada la exclusiva.[17]

En la cláusula de *tenitoriahdad rtfonada* el concedente se obliga a imponer el respeto de la zona geográfica de eficacia de la concesión a los demás concesionarios. Esto se consigue a través del pacto de respetar las zonas geográficas de cada concesionario que aparece en los contratos individuales de concesión. Su efecto, es por tanto, impedir la concurrencia interna dentro de la red de concesión mercantil.[* 11]

ni) "La cláusula de *territorialidad absoluta* (se da) alando los concesionarios exclusivos se comprometen respecto del concedente no sólo a no revender a clientes que no están domiciliados en sus sectores, sino igualmente a imponer a sus clientes la obligación de no "exportar" la mercadería fuera del sector donde ella ha sido comercializada. Ella no puede ser practicada más que si el concesionario es un mayorista exclusivo, revendedor a minoristas que él abastece en un sector concedido." •* En esta última clase de exclusiva, el concesionario, a su vez, impone al cliente —comerciante minorista o subdistribuidor— la obligación de no revender fuera del territorio concesionado. Aquí se produce un fenómeno económico interesante, pues los productos objeto del contrato de concesión se convierten en mercancía de "no libre circulación".*"

6. EFECTOS

Es principio de todos los contratos y convenios que éstos sólo obligan a quienes interviene como partes: *res Ínter olios acta.*

El principio establece que: sólo a las partes aprovecha o perjudica el contrato, ya que únicamente para ellas dimanan los derechos o las obligaciones de dicho contrato; y por contrapartida, todos los terceros extraños a dicho contrato no se benefician ni se peijudican directamente, pues no les obliga ni les otorga derechos ese contrato.*[1]

El efecto general que el pacto de exclusiva produce entre las partes es una obligación de no hacer y más específicamente de *no contratar.* Pero este deber sólo se produce entre las partes que intervienen en el pacto de exclusiva. De este modo, si una parte incumple el pacto de exclusiva y contrata o recibe prestaciones de un tercero, esta nuera relación con el tercero es válida y el beneficiario de la exclusiva no puede exigir la nulidad o invalidar el nuevo acto, pues el tercero con quien se contrató no estaba obligado por el pacto de exclusiva. Por tanto, el contrato celebrado entre el obligado por el pacto de exclusiva y el tercero es válido.

[17] *Cfr.* Guyenot (61), pág. 96.
" Puente Muñoz (84), pág. 126.
'* Guyenot (61), pág». 101 y 102.
* *Cfr.* Puente Muñoz (84). pág. 127.
[11] Sánchez Medal (96), núm. 35.

Para el acreedor o beneficiario del pacto de exclusiva, el deudor que lo viola debe resarcir los *daños y perjuicios* causados, por aplicación del principio general del *incumplimiento* de las obligaciones negativas (art. 2028 del C.c.).

> Lo anterior lo ha confirmado una tesis de la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia, al señalar que: "La obligación de no hacer es de tracto sucesivo y su valor es del daño o peijuicio que se causa con el hacer correlativo, pues el arü'culo 2028 del Código Civil establece que el que estuviera obligado a no hacer alguna cosa, queda sujeto al pago de daños y peijuicios en caso de contravención... el valor de la obligación principal esta representado por el del peijuicio que le causó, o sea, la privación del beneficio, utilidad o lucro que le ocasionó. *(Cfr.* las tesis *Obligaciones de no hacer, naturaleza de las).*

7. INCUMPLIMIENTO

Ante el incumplimiento del pacto de exclusiva por una parte (*unilateral)* o las dos partes (*bilateral)* obligadas, las consecuencias o efectos del incumplimiento se producen únicamente entre las partes. Este incumplimiento, como el incumplimiento general de cualquier contrato bilateral, de prestaciones recíprocas, da derecho a la parte peijudicada a exigir a la otra parte el pago de *daños y perjuicios* y el cumplimiento forzoso o la rescisión del contrato (arL 1949 del C.c.).

Es frecuente, por tanto, que dada la importancia que el pacto de exclusiva tiene para algunos contratos mercantiles como el de agencia, el de distribución o el de franquicia, el incumplimiento del pacto sea causa de *terminación* general de todo el contrato.

Para el resarcimiento de los *daños y perjuicios* pueden las partes plantear contractualmente varias soluciones. El fabricante, por ejemplo, si viola el pacto de exclusiva y vende directamente o a través de un tercero en el territorio asignado, puede verse obligado a pagar la comisión al agente exclusivo y considerar para este efecto o el margen del distribuidor exclusivo al considerarse que la venta se hizo por su conducto. Puede también establecerse contractualmente una remuneración equivalente como una fracción o porcentaje de la comisión o margen que restituyan al beneficiario de la exclusiva del daño causado.

> No es raro encontrar cláusulas en que el agente (para el contrato de agencia) tendrá derecho a percibir comisión por todas las opera-

dones que se practiquen en su zona aunque se hagan sin su intervención." A esta remuneración se le ha llamado *comisión indirecta.*[**]

Con este tipo de soluciones que contractualmcnte garantizan el cumplimiento del derecho de exclusiva, puede lograrse que el contrato y el pacto, en ciertos casos que no sean graves, subsistan y que no sea necesario acudir a la terminación de la relación contractual, por la compensación parcial y concreta que recibe el beneficiario por el incumplimiento de la exclusiva.

8. NATURALEZA JURÍDICA

El pacto de exclusiva es un acuerdo accesorio que requiere de una relación básica —generalmente contractual— para su existencia. El pacto de exclusiva es una cláusula o un *acuerdo accesorio* a una relación principal de la cual depende. No puede pensarse en un pacto de exclusiva en general, abstracto.

El pacto de exclusiva, por los efectos que produce, cabe dentro del concepto general de las *obligaciones negativas* u obligaciones de no hacer, pues significa para el deudor de éste un deber de abstención: de no recibir o realizar prestaciones, de no contratar con persona distinta al beneficiario de la exclusiva. La obligación de no hacer está regulada en nuestro C.c. que dice:

> "El que estuviere obligado a no hacer alguna cosa, quedará sujeto al pago de daños y peijuicios en caso de contravención" (art. 2028).

La obligación negativa puede ser, a su vez, abstención de actos materiales o de actos jurídicos. El pacto de exclusiva, como obligación negativa, implica así, sobre todo, una abstención de actos jurídicos que se conoce como *obligación de no contratar.*

> Un negocio jurídico que ha alcanzado en los tiempos modernos una cierta tipicidad económico-social como obligación negativa, es el llamado pacto o cláusula de exclusiva (u *gr.,* suministro con exclusiva). Esta última figura aparece cuando el deudor promete que todas las prestaciones de una determinada especie las realizará sólo con la otra parte contratante y que, por consiguiente, se abstendrá de realizarlas con terceras personas. Por ejemplo: un fabricante se obliga a vender toda su producción a un comerciante y, por consiguiente, a no venderla a terceras personas. También a la inversa: un comerciante

[a] Rodríguez Rodríguez (89), lomo I. pág. 228.
*» *Cfr.* Uría (100), Núm. 752.

se compromete a adquirir las mercaderías de un determinado tipo sólo a un determinado fabricante y, por consiguiente, a no aprovisionarse de otras distintas.*[4]

El pacto de exclusiva como limitación a la libertad contractual, se produce en contratos de duración generalmente de naturaleza mercantil. Para nuestro Derecho el pacto será siempre una cláusula *accesoria o accidental* que debe ser convenida por las partes expresamente.

Cuando se pacta la exclusiva deben tenerse presentes el contenido y los limites de la misma respecto a: el obligado y el beneficiario de la exclusiva, el espacio o territorio, el plazo por el que se concede y los posibles efectos por su incumplimiento.

9. La exclusividad y la LCE

IA Ley de competencia económica (LCE) "tiene por *objeto* proteger el proceso de competencia y libre concurrencia, mediante la prevención y eliminación de monopolios, prácticas monopólicas y demás restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados de bienes y servicios" (art. 2°). La ley prohíbe las prácticas monopólicas que dañen la competencia o impidan la libre concurrencia (art. 8°) y, para estos efectos, enumera distintos supuestos de prácticas monopólicas absolutas y relativas.

Para que exista una *práctica monopólica absoluta* se requiere que el convenio o contrato por el cual se atenta contra la competencia o libre concurrencia se celebre entre agentes económicos *competidores* (art. 9º). I>os acuerdos jurídicos de esta naturaleza "no producirán efectos jurídicos" y los agentes económicos serán sancionados (art 9º). El efecto que buscan las partes que intervienen en estos acuerdos es: fijar o manipular el precio de venta, establecer obligaciones de no producir o distribuir, o segmentar el mercado.

Se considera que hay *prácticas monopólicas relativas* en aquellos acuerdos entre agentes económicos (que no sean entre competidores) en los que se pretenda como objeto o efecto, "desplazar indebidamente a otros agentes del mercado, impedirles sustancialmente su acceso o establecer ventajas *exclusivas* en favor de una o varias personas" (art. 10). Sin embargo, para que la práctica monopólica relativa se encuentre dentro de los supuestos previstos en la propia ley como sancionables (art. 10), es necesario que se compruebe que mediante esa práctica el responsable "tiene poder sustancial sobre el mercado [**]

** Diez Picazo (45), pág. 457.

relevante" (art 11). "A diferencia de las absolutas, su determinación requiere del análisis cuidadoso de las circunstancias en que se gestan y de sus efectos en la competencia y libre concurrencia."[2]'

Los supuestos de un *pacto de exclusiva* están previstos dentro del texto que describe a las prácticas monopólicas relativas.

Dice la disposición correspondiente:

> Se consideran prácticas monopólicas relativas los actos, contratos, convenios o combinaciones... en los siguientes casos: entre agentes económicos que no sean competidores entre sí, la fijación, imposición o establecimiento de la *distribución exclusixnx* de bienes o servicios, por razón de sujeto, situación geográfica o por períodos de tiempo determinados, incluidas la división, distribución o asignación de clientes o proveedores; así como la obligación de no fabricar o distribuir bienes o prestar servicios por un tiempo determinado o determinable (art. 10 frac. I).

Para que un pacto de exclusiva se encuentre dentro de los supuestos de una *práctica monopólica relativa* es necesario que se presenten las siguientes condiciones:[86]

> *a)* Que tenga como efecto desplazar indebidamente o impedir en forma sustancial el acceso al mercado a otros agentes económicos, así como establecer ventajas exclusivas a cierta persona.
> *b)* Que por medio del contrato, el responsable logre un poder sustancial en el mercado relevante.
> *c)* Que en uso del poder sustancial, el agente pueda *Jijar precios unilateralmente* en el mercado o tenga cierto control respecto al acceso al mercado de otros competidores.

10. LA CLAUSULA DE NO COMPETIR

Existe una obligación general de todo comerciante de realizar su actividad de acuerdo a los usos honestos en materia industrial *

* Comisión Federal de Competencia. Informe anual 1994-1995. pág. 53.

* En alguna consulta formulada a la *Comisión de Competencia Económica* sobre distribución exclusiva de una marca se consideró que 'esta condición tiene generalmente el objeto de garantizar al fabricante el beneficio de las imrrsiones hechas en asistencia técnica e incluso en infraestructura. Se evita de esta manera que el disribuidor utilice esos recursos en la promoción de otras marcas. En términos de eficiencia, esta medida estimula la asignación de recursos por parte de los fabricantes en la prestación de los servicios de venia y posventa relacionados con sus marcas respectivas". Sobre exclusividad territorial para el distribuidor de una marca, la *Comisión de Competencia Económica* ha sostenido que 'el monto de las inversiones en infraestructura de distribución y la escala de las operaciones justifican la asignación de territorios exclusivos' (Informe Anual de Competencia Económica 1995-1996, págs. 93 y 94).

o comercial y de no llevar a cabo actos de competencia desleal (art. 6 bis del C. de c.), sin embargo, el deber de no competir puede ser más estricto y específico cuando se pacta en un contrato.

a) *Contratos que la incluyen.* La cláusula o pacto de no competir es frecuente encontrarla en contratos de venta de una empresa (ya sea las acciones de una sociedad anónima o los activos de ésta), en contratos en que dos o más sociedades constituyen un *joint venlure* y se obligan a no competir con la actividad de la nueva sociedad, o en contratos de naturaleza laboral en los que un empleado o funcionario se compromete a no competir en la actividad de la empresa (patrón), obligación que tiene efectos especialmente cuando termina la relación laboral.

La razón de que existan estas prohibiciones de competir es que quien vende una empresa o deja de prestar sus servicios en ella, conserva la posibilidad de iniciar una nueva empresa con los conocimientos y experiencia que tiene sobre producción, contactos con proveedores y clientes, distribución, comercialización, operación de la empresa, tecnologías, etc. Aún cuando se hayan vendido las acciones y los activos de una sociedad, e incluso la tecnología y la cartera de clientes, quien los vendió conserva los conocimientos que le dan la posibilidad de volver a tener la misma actividad económica. Los pactos de no competir protegen el valor implícito de una empresa que se transmite.

> La compraventa de activos implica generalmente tanto activos tangibles como activos intangibles. En el caso de activos tangibles, la propia transferencia de los derechos de propiedad sobre los mismos le da al comprador la seguridad de que el vendedor ya no puede hacer uso de esos activos. Los activos intangibles tienen el problema de que contractualmentc no hay forma de establecer el derecho exclusivo de propiedad sobre los mismos de manera precisa e inconfundible. Esto se debe a que los bienes intangibles se transfieren al comprador, pero al mismo tiempo se quedan con el vendedor.*[7]

b) *La cláusula.* La cláusula de no competir establece un derecho exclusivo para su beneficiario de la explotación de una empresa para que, quien está obligado por dicha cláusula, no pueda llevar a cabo la misma actividad económica. Si esta cláusula no se incluye en los contratos ya señalados, probablemente la compraventa de una empresa o la constitución de un *joint venture*, no se harían.

[r] Aguilar Álvarrz (4a). pág. 92.

El vendedor debe abstenerse de fonnar o establecer empresas similares o iguales a la empresa vendida que impliquen competencia a ésta.

La obligación de no competir se considera no sólo lícita, sino también implícita en las operaciones de venta de negocios. El vendedor de una empresa al establecer una negociación similar a la transferida, que pueda atraer a la clientela de la primera, realiza un acto contrario a los usos y a la buena fe.

c) *Constitucionalidad y licitud de la cláusula.* Se ha cuestionado la constitucionalidad de esta clase de acuerdos, pues conforme al párrafo sexto del artículo 5^{Q} de la Ley fundamental:

> "Tampoco puede admitirse convenio en que la persona... renuncie temporal o permanentemente a ejercer determinada profesión, industria o comercio".

La cláusula de no competir es válida con relación a la libertad de trabajo, industria y comercio, pues esta garantía debe interpretarse en concordancia con las demás libertades, como la libertad de competencia y libre concurrencia. No existe una ley secundaria que, como desarrollo de la garanda constitucional, determine que el pacto de no competir no es válido. Tampoco se conocen declaraciones de algún tribunal federal que haya resuelto que una cláusula de no competir sea violatoria del artículo 5° constitucional. Muchos contratos entre particulares, que de algún modo restringen la libertad de las personas en acüvidades económicas, son válidos, pues se celebran en ejercicio de la libertad de comercio c industria y del derecho a la libre concurrencia y competencia.

La Comisión Federal de Competencia ha analizado contratos en los que se incluye la cláusula de no compeür y ha considerado que estas cláusulas son válidas si reúnen los requisitos de limitarse a un plazo, a un territorio y a una clase de productos. En el Informe anual de esta Comisión 1993-1994, se señala:

> *"Cláusulas de no competir.* Es común que en los contratos de compraventa de activos o de acciones las partes pacten que el vendedor quede obligado a no realizar actividades o inversiones dentro del mismo mercado relevante en el que opera la contraparte. Después del análisis de varios casos planteados a esta Comisión, se ha considerado que dichas cláusulas no necesariamente contravienen lo dispuesto por La ley de Competencia. En términos generales puede concluirse que *los acuerdos de no competir serán válidos,* desde la perspecüva de competencia, siempre y cuando estén limitados en cuanto a las perso-

ñas que queden obligadas, el ámbito espacial en que rige la disposición, los productos o servicios a los que se refiere, y el tiempo durante el que estará vigente la obligación. Estos últimos elementos se analizan caso por caso, considerando la estructura y los competidores en cada uno de los mercados. La Comisión analiza con cuidado aquellas cláusulas de no competir que contienen una duración de más de cinco años, o cuyo objetivo no es la transferencia de canales de distribución u otros elementos similares, pues este tipo de cláusulas pudieren encubrir o implicar restricciones contrarias a la competencia. La Comisión examina la justificación o eficiencia de la cláusula caso por caso." (Págs. 28 y 29).

d) *Limitaciones.* Como señala el informe de la Comisión Federal de Competencia los acuerdos de no competir serán válidos siempre y cuando:

i) la obligación esté limitada a un tiempo,
ii) tenga un ámbito espacial en que rige la disposición,
iii) se refiera a ciertos productos o servicios, y
iv) esté limitada en cuanto a las personas que queden obligadas.

i) *La duración.* No se puede imponer en forma perpetua una prohibición de competir, pues después de cierto tiempo la clientela cambia. "Es importante que la duración de la cláusula no sea excesiva, es decir, no más larga que el tiempo requerido para proteger al comprador de un uso indebido de los activos intangibles por parte del vendedor".*[8] Para determinar qué duración razonable debe tener una cláusula de esta naturaleza hay que analizar caso por caso. Sin embrago, hay algunos lincamientos en este sentido. La Comisión Federal de Competencia "analiza con cuidado aquellas cláusulas de no competir que contienen una duración de más de *cinco años*, o cuyo objetivo no es la transferencia de canales de distribución u otros elementos similares, pues este tipo de cláusulas pudieren encubrir o implicar restricciones contrarias a la competencia."

En la Unión Europea, se considera como periodo razonable un máximo de cinco años cuando la transferencia de activos incluye know-how y la reputación de la empresa. No se consideran necesarias este tipo de cláusulas cuando los contratos sólo transfieren la propiedad ríe activos físicos o tangibles.

* Aguibr Álvarez (4a). pág. 93.

ii) *La limitaáón del territorio.* La clientela de una empresa es generalmente local o "clientela efectiva". La cláusula de no competir debe referirse al espacio o territorio que sea el ámbito de influencia en el mercado de la empresa vendida, por tanto no debe referirse a un territorio general como todo el país o todo el mundo.

iii) *Producto o servicio.* La prohibición debe restringir la competencia respecto de los bienes y servicios de la empresa que ha sido vendida. Esta restricción puede estar vinculada a productos sustitutos (iguales o similares). "La cláusula de no competencia solo debe referirse a los activos sujetos a la operación de compraventa de que se trata. No debe limitar la competencia entre vendedor y comprador respecto de otros productos o mercados."*[0]

iv) *Personas obligadas.* Los obligados por la cláusula de no competir son únicamente las personas que firmaron el pacto. Sin embrago, es posible que los obligados incumplan por medio de *interpósita persona,*[x] como puede ser una sociedad en la que sean accionistas o en la que tengan interés o control; el cónyuge, los descendientes o parientes cercanos. En estos casos, la interpósita persona es un medio o instrumento que utiliza el obligado para, indirectamente, incumplir la obligación de no competir, pero la interpósita persona no está obligada por el acuerdo, pues no es parte del mismo. En estos casos el problema será probar que el verdadero obligado utilizó a una persona "interpuesta" para incumplir la prohibición.

c) *Incumplimiento,* I,a cláusula de no competir tiene por objeto que el vendedor de una empresa, directa o indirectamente, no le quite ventas o negocio al comprador de la empresa, o al beneficiario de la cláusula, dentro de un determinado mercado y que esas operaciones repercutan en un daño y perjuicio económicos, que puede ser porque disminuyan sus utilidades o se le reste su participación de mercado. El incumplimiento de la prohibición tiene como efecto un menoscabo económico del beneficiario del pacto.

Como la cláusula de no competir es una obligación de no hacer para el obligado, éste "quedará sujeto al pago de daños y peijuicios en caso de contravención" (art 2028 del C.c. Cfr. la tesis *Obligaciones de no hacer, naturaleza de las).* Esta responsabilidad civil por

** Aguilar Alvarrz (4a). pág. 95.

" *Interponía persona.* (Loe. Lat. Literalmente, persona interpuesta). Persona que. aparentando obrar por cuenta propia, interviene en un acto jurídico por encargo y en provecho de otro *(¡htnonano de ¡a Real Academia Española,* 22a. ed.. Espasa Calpe. Madrid. 2001.

incumplimiento civil "puede ser regulada por convenio de las partes" (art 2117 del C.c.).

La forma de regular el incumplimiento es por medio de una cláusula penal o pena convencional, que está prevista por la ley (arts. 88 del C. de c. y 1840 a 1847 del C.c.). Hay que tomar en cuenta en la redacción de una pena convencional de esta naturaleza, que el incumplimiento de una obligación de no competir se refiere a una obligación de tracto sucesivo o de duración y que un solo acto o varios actos aislados no deberían dar lugar a que se exija al obligado la totalidad de una indemnización fija, pues esto ¡ría en contra del artículo 1844 del C.c. que señala que si la obligación fuere incumplida en parte, el juez reducirá la pena de manera equitativa.

En este sentido, me parece recomendable que la cláusula penal establezca la posibilidad de que la indemnización sea proporcional al incumplimiento y, por tanto, al daño o pcijuicio causado al beneficiario de la prohibición de competir, es decir, a la privación de la utilidad o lucro que ocasionó el que el vendedor de la empresa vendiera o hiciera negocio en el mercado exclusivo del beneficiario. Por ejemplo, la pena convencional puede referirse al término durante el cual se probó que había incumplimiento de la cláusula y a las ventas efectivamente realizadas en contravención de la prohibición de competir.

BIBLIOGRAFÍA

AGUILAR ÁLVAREZ DE ALBA, (4a) *La libre competencia,* págs. 91 a 105.
ARCE GARGOLLO: (10) *El contrato de franquicia.*
DfEZ PICAZO: (45) *Fundamentos del Derecho civil patrimonial,* tomo I, págs. 457 y 458.
GUYENOT: (61) *¿Qué es el franchising? Concesiones comerciales,* págs. 86 a 110.
IGLESIAS PRADA: (56) *Notas para el estudio del contrato de concesión mercantil,* págs. 262 a 266.
PUENTE MUÑOZ: (84) *El contrato de concesión mercantil,* págs. 139 a 145.
URIA: (100) *Derecho mercantil,* núm. 752.

Acto de comercio, la legislación aplicable supletoriamente a los, es el Código chnl federal. Iais disposiciones del derecho común cuya aplicación supletoria a los actos de comercio permite el artículo 2* del Código de Comercio, son las del Código Ovil Federal y no las del Sustantivo Civil Local, puesto que la materia mercantil es federal, en los términos del artículo 73, fracción X, de la Constitución Federal.

Segundo Tribunal Colegiado en materia civil dd tercer Circuito. Página 599.
Amparo directo 254/86. Anadcto Guerra Tapia. 21 de septiembre de 1988. Unanimidad de votos. Ponenete: Gilda Rincón Orta.
Secretario: Enrique Gómez Mendoza.

Agentes de comercio. Cuándo son sujetos de derecho del trabajo. La expedición de la Constitución de 1917, especialmente el artículo 123, inició trascendentales reformas a la legislación vigente fundamentalmente en la legislación civil, en los capítulos relativos al servicio doméstico, al servicio por jornal, al contrato de obras a destajo o precio alzado, al contrato de aprendizaje, que se reafirmaron y ampliaron con la expedición de las leyes del trabajo en las distintas entidades y se consolidaron con la expedición de la Ley Federal del Trabajo del 18 de agosto de 1931. La transformación de los efectos de los contratos regidos por la legislación ordinaria civil y mercantil fue confirmada por las resoluciones del Pleno y de la Sala del Trabajo de la Suprema Corte, lo mismo que por la opinión de los mejores tratadistas universales del nuevo Derecho del Trabajo. La legislación y la doctrina extranjeras se encaminan con toda certeza hacia la tesis de que los agentes de comercio pueden ser sujetos de derecho del trabajo. La categoría jurídica de los agentes de comercio no es incompatible con la idea de relación de trabajo. El derecho del trabajo nació para el trabajador industrial y lentamente se fue extendiendo a otras actividades; el derecho contemporáneo se ha dado cuenta de que los agentes de comercio pueden ser sujetos de relaciones laborales y que cuando las labores de esas personas se desarrollen en relación de subordinación, tienen el carácter de trabajadores. Esto es, los auxiliares de los comerciantes pueden o no ser trabajadores, lo cual depende de las condiciones en que se presten los servicios; pueden existir, y los hay efectivamente, agente de ventas autónomos o agentes de seguros independientes, pero cuando el agente de ventas o de seguros ejerce su profesión de manera exclusiva y constante en favor de uno o más patrones y está sujeto a una remuneración, a comisión, previamente determinada y está obligado a seguir las instnicciones que se le giren, la relación jurídica es de trabajo. Nuestro

Código de Comercio reglamenta tres tipos de prestaciones de servicios: la comisión, los factores y los dependientes. Conviene dejar establecido que no existe oposición entre el carácter de mandatario y el de trabajador, así como también que no existe incompatibilidad entre la función mercantil y el derecho del trabajo. El Derecho del Trabajo crea una relación entre patrón y trabajador, el derecho mercantil entre patrón y los terceros; una persona puede ser sujeto de contrato de trabajo y estar destinada su actividad a la ejecución de actos de comercio en nombre y por cuenta de su patrón; los actos de comercio que ejecute el trabajador crean relaciones entre los terceros y el patrono del trabajador, el derecho del trabajo forma la relación entre el patrono y el trabajador en ausencia de los terceros. Los Comisionistas son personas que ofrecen sus servicios al público y en este aspecto son trabajadores libres en posición semejante a la de los profesionistas liberales. Los comisionistas como profesionistas liberales, no son trabajadores, pero como éstos, pueden también llegar a serlo. Las ejecutorias pronunciadas por la Cuarta Sala han contemplado diversos casos de agentes de comercio: vendedores de máquinas de coser, agentes de seguros, agentes de publicaciones, agentes viajeros. etc., y puede concluirse que de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte los agentes de comercio son trabajadores. El contrato de los agentes de comercio tiene modalidades especiales. Si consideramos su origen, constituye una actividad libre; está encargado de procurar o concluir negocios para una empresa, pero no tiene obligación de proporcionar un número determinado de ellos; su remuneración depende del volumen de negocios que proponga; no está sujeto a horarios de trabajo y puede trabajar para distintas empresas. Pero esta condición de actividad libre se ha vuelto ilusoria. La vida contemporánea ha ido ligando a los agentes de comercio como los profesionistas han perdido su libre actividad y su independencia económica, índices de que estamos ante una transformación de la institución que nos coloca frente al derecho del trabajo. Por otra parte, los agentes de comercio se han convertido en elementos indispensables para la venta de los productos de la empresa. El Derecho del Trabajo es el derecho común para las prestaciones de servicios. Sus normas alcanzan a proteger a los agentes de comercio que no tienen agencia establecida, ni son empresarios, ni cuentan con capital alguno. En otras palabras, el agente de comercio es trabajador y se encuentra protegido por la Ley Federal del Trabajo si se da el elemento esencial de la relación de trabajo: subordinación (dirección y dependencia) a otra persona o a una empresa.

Competencia 148/62, entre la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje de la ciudad de México. Distrito Federal, y el Juez Noveno de lo Civil de la misma ciudad, para conocer dd juicio entablado por Alfonso Arteaga Ugaldc en contra de la negociación “América", Compañía General de Seguros, sTA., fallada el 21 de septiembre de 1965, por mayoría de 15 votos de los CC Ministros: HuiU'ón, Tena Ramírez. Rivera Silva, Mercado Alarcón, Rivera Pérez Campos, Martínez Ulloa, Castro Estrada. Azuela, González Blanco (que sustituyó al Ministro González de la Vega), Padilla Ascenrio, Salmorán de Tamayo, Yáñez

Ruiz, Guerrero Martínez, Carvajal y Presidente por ministerio de la Ley Mendoza González, contra el de Ministro Rebolledo. Fue relator el Ministro Yáñez Ruiz.

Informe 1965, Pleno, Página 154.

Agente de comercio y de seguros. Relación laboral Por disposición del artículo 285 de la Ley Federal del Trabajo, los agentes de comercio y seguros son trabajadores de la empresa a la que prestan sus servicios, con las excepciones a que el propio artículo se refiere: que no ejecuten personalmente el trabajo o que únicamente intervengan en operaciones aisladas. de tal manera que, si se niega la relación laboral cuestionándose que el agente no es trabajador, la defensa sólo será válida si se demuestran la o las excepciones a que el propio artículo se refiere.

Cuarta Sala. Semanario judicial de la Federación. 7a. época. Vol. 139-144, parte quinta, Página 69.
Amparo directo 1399/80. La Latinoamericana, Seguros. S. A. 8 de septiembre de 1980. Unanimidad de 4 votos. Ponente: María Cristina Salmorán de Tamayo. Secretario: F. Javier Mijares Navarro.

Precedentes:

Amparo directo 6862/79. Luis Platas Sagardi. 25 de agosto de 1980. Unanimidad de 4 votos. Ponente: María Cristina Salmorán de Tamayo. Secretario Marco Antonio Arroyo Montero.
Amparo directo 3510/74. Banco Capitalizador e Inmobiliario de Monterrey, S. A. 21 de febrero de 1975. 5 votos. Ponente: María Cristina Salmorán de Tamayo. Secretario: Marco Antonio Arroyo Montero.

Relacionada:

Amparo directo 3225/73. Oscar Díaz Murrueta Martínez. 20 de marzo de 1974. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Ramón Cañedo Aldretc. Secretario: Julio Ibarrola.

Informe 1980. Cuarta Sala, núm. 36 Página 34.

Apertura de crédito. La certificación del contador del acreditante, vinculada al contrato, constituye titulo ejecutivo, sin necesidad de que su autor la ratifique ante la presencia judicial. El artículo 108 de la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares (al que corresponde el actual 52 de la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito) otorga carácter ejecutivo a la certificación del contador del banco acreditante, vinculada al contrato de apertura de crédito. Para que dicha certificación tenga valor probatorio, no se requiere que quien la suscribió comparezca al juicio para ratificarla, pues el referido artículo claramente establece que este documento, junto con el contrato "será título ejecutivo, 'sin necesidad de reconocimiento de firma ni de otro requisito alguno'".

Tercera Sala. Semanario Judicial de la Federación. 7a. época, vol. 217-228. parte cuarta. Página 24.

Amparo directo 2313/87. Herstal. S. A. de C. V. 1[w] de junio de 1987. Unanimidad de 5 votos. Ponente: Jorge Olivera Toro. Secretaría: Hilda Martínez González.
Precedente: Amparo directo 3783/83. Hilda Rivera Galderrama. 7 de marzo de 1984. 5 votos en los resolutivos y mayoría de 3 en los considerativos. Ponente: Mariano Azuela Gúition. Secretan o: Jaime Marroquín /.aleta

Arrendamiento. La fijación dd precio en dólares cumple con el requisito de ser cierto y determinado. Si en un contrato de arrendamiento se pacta el precio en dólares americanos debe considerarse que esa suma de dinero resulta cierta y determinada, ya que por un lado bien puede estimarse como verdadera y auténtica, y por otro es dable afirmar que se conoce e identifica, ya que en esa hipótesis la suma que como renta se conviene se designa en dólares, pero no de los del curso corriente en Canadá ni en Cuba, sino precisamente de aquéllos que tienen curso legal en Estados Unidos de América, los que aparte de todo, ostentan una paridad singular frente a sus demás congéneres usados en cada uno de los países que integran la "Comunidad Internacional" y concretamente, muestran una actitud de constante fluctuación ante el peso mexicano. Por consiguiente, de conformidad con lo establecido por los artículos 2398 y 2399 del Código Civil en relación con los artículos 8® y 9* de la Ley Monetaria sí es posible legalmente celebrar ese tipo de contratos.

Amparo dirrrto 6619/85. Inñ'atec, S. A. de G V. 27 de octubre de 1986. 5 votos. Ponente: Victoria Adato Green de Iban-a. Secretario: Luis Pérez de la Fuente. Amparo directo 11910/84. Constructora y Perforadora Tláloc, S. A 16 de febrero de 1987. 5 votos. Ponente: Jorge Olivera Toro. Secretaria: Ma. Lourdes Delgado Granados.Amparo directo 11911/84. Constructora y Perforadora Tláloc. S. A. 16 de febrero de 1987. 5 votos. Ponente: Jorge Olivera Toro. Secretaria: Ma. lanudos Delgado Granados. Amparo directo 395/86. Grutec, S. A de C V. 13 de abril de 1987. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Jorge Olivera Toro. Secretario: Agustín Urdapilleta Trueba. Ausente: Ernesto Díaz Infante.Amparo directo 8003/85. Gcoltidrológica Mexicana, S. A. 13 de abril de 1987. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Jorge Olivera Toro. Secretario: Agustín Urdapilleta Trueba. Ausente: Ernesto Díaz Infante.

Arrendamiento. Prórroga del contrato de. El derecho concedido al arrendatario para pedir que se prorrogue el arrendamiento por el término de un año, debe ejercitarse cuando todavía está en rigor el contrato, porque lo que no existe no puede prorrogarse.

(¿uinta época:

Tomo LXVII, Página 3757. Ramírez, Palemón.
Tomo LXXVII. Página 94. Castiello, Rafael.
Tomo LXXX, Página 1101. Espinosa Cliávez. Alfonso.
Tomo LXXXI, Página 4072. Vega, Josefina.
Tomo LXXXIX, Página 2442. García Vda. de Martínez, Julieta.

Apéndice 1917-1975. Página 260.
Apéndice 1917-1975, Página 264.
Apéndice 1917-1975. Página 263.

Arrendamiento. Tácita reconducción del contrato de. Ix>s artículos 2486 y 2487 del Código Civil del Distrito Federal, se refieren a los contratos de plazo fijo pues al establecer que si después de terminado el arrendamiento, continúa el arrendatario, sin oposición, en el goce y uso del predio, y éste fuere urbano, el arrendamiento continuará por tiempo indefinido, modifican el contrato en cuanto a su duración, transformándolo de plazo fijo, a indefinido. La segunda parte del artículo 2487 citado, confirma esta conclusión, al disponer que el arrendatario deberá pagar la renta que corresponda al tiempo que exceda al de contrato, con arreglo a la que pagaba. pues sólo en los contratos a plazo fijo, se puede saber qué tiempo ocupó el inquilino el local, excediéndose del plazo pactado originariamente, ya que en los arrendamientos indefinidos, no hay tiempo que exceda al del contrato, motivo por el cual no puede operar en ellos la tácita reconducción.

(¿uinta época-.

Tomo LXXII, Página 5690. Administración de los Fcrrocaniles Nacionales de México.
Tomo LXXXIV, Página 2658. Cía. de Inmuebles Tiinidad, S. A. Tomo LXXXVI, Página 685. Cía de Inmuebles Trinidad S.A.
Tomo LXXX1X, Página 1157. Ruiz Rivera. Manuel.
Tomo LXXXIX. Página 2442. García Vda. de Maitínez, Julieta.

Apéndice de Jurisprudencia de 1917 a 1965 del Semanano Judicial de la Federación, cuarta parte. Tercera Sala. Página 289.

Anendamietilo en dólares. A elección del arrendatario, d pago de la renta puede hacerse en esa moneda o en su equnxüente en moneda nacional. El arrendamiento, por ser un acto de tracto sucesivo, programa en plazos el cumplimiento de la obligación de pagar la renta, de suerte que si el arrendatario pretende extinguir el débito en forma normal, tendría que entregar el numerario de la moneda extranjera que pactó pero como el cumplimiento es un fenómeno de decisión particular del obligado, lo anterior no es óbice para que dicho deudor pueda elegir la forma legal señalada en el artículo 8^{tf} de la I>ey Monetaria y, en consecuencia, se incline por entregar el equivalente en moneda nacional al tipo de cambio que rija en el lugar y fecha en que se haga el pago.

.Amparo directo 6519/85. Infratec. S. A. de C. V. 27 de octubre de 1986. 5 votos. Ponente: Victoria Adato Green de Ibarra. Secretario: I-uis Pérez de la Fuente.
Amparo directo 11910/84. Constructora y Perforadora Tláloc, S. A. 16 de febrero de 1987. 5 votos. Ponente: Joige Olivera Toro. Secretajía: Ma. Lourdes Delgado Granados.
Amparo directo 11911/84. Constructora y Perforadora Tláloc. S. A. 16 de febrero de 1987. 5 votos. Ponente: Jorge Olivera Toro. Secretaria: Ma. Lourdes Delgado Granados.
Amparo directo 393/86. Grutee, S. A. de C. V. 13 de abril de 1987. Unanimidad de 4 sotos. Ponente: Jorge Olivera Toro. Secretario: Agustín Uidapilleta Trucba. Ausente: Ernesto Díaz Infante.

Amparo directo 8003/85. Geohidi ológica Mexicana. S. A. 13 de abril de 1987. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Jorge Olivera Toro. Secretario: Agustín Urdapilleta Tmeba. Ausente: Ernesto Díaz Infante.

Arrendamiento financiero. El articulo 33 de la ley de Organizaciones y actividades auxiliares el crédito, al prever, ante el incumplimiento del arrendatario, una medida cautelar y provisional, no es inconstitucional al no constituir un acto privativo de naturaleza definitiva. Con relación a la garantía de audiencia establecida en al artículo 14 constitucional y a efecto de establecer que actos no requieren de la observancia de la audiencia previa y cuales si, existen criterios jurisprudenciales que distinguen entre actos de molestia y actos privativos. Ahora bien, a los primeros se les ha conceptuado como aquellos actos que solamente restringen el ejercicio de algún derecho, de manera temporal, por tratarse de medidas provisionales con la finalidad cautelar respecto de ciertos bienes jurídicos que de otra manera no sería posible proteger con oportunidad, hasta en tanto se decida si procede o no la privación definitiva; en tanto que a los segundos, se les ha definido como aquellos actos que tienen por objeto la disminución, menoscabo o supresión, de manera definitiva, de derechos de los gobernados. Dentro de este contexto diferenciador de unos y otros actos, resulta que la medida que autoriza a decretar el artículo 33 de la Ley de Organizaciones y actividades auxiliares del crédito, consistente en que en los contratos de arrendamiento financiero, al ser exigibie la obligación y, ante el incumplimiento del arrendatario de las obligaciones consignadas en el mismo, la arrendadora financíela podrá pedir judicialmente la posesión de los bienes objeto del arrendamiento, no es inconstitucional, habida cuenta de que las necesidades de crédito justifican la tramitación de juicios de carácter ejecutivo, mismos que por su propia naturaleza se inician con un procedimiento de ejecución. En este orden de ideas, y toda vez que las características inherentes a la referida providencia cautelar son las que justifican su existencia, resulta ser constitucional porque se trata de una mera medida provisional que no requiere de la observancia de la garantía de previa audiencia.

Pleno de la Suprema Corte de Justicia la Nación. Novena época. Tomo III. Mayo de 1996. Tesis P./J. 20/96. Página 25.

Amparo en revisión 1038/94. Construcciones Pesadas Toro, S.A. 24 de octubre de 1995. Mayoría de diez votos. Ponente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Secretaría: Susana Alva Quinal.
Amparo en revisión 1074/94. Transpones de carga Rahe, S.A. de CV. 24 de octubre de 1995. Mayoría de diez votos. Ponente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Secretaria: Susana Alva Quinal.
Amparo en revisión 1150/94. Sergio Quintanilla Cobían. 24 de octubre de 1995 Mayoría de diez voto. Ponente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Secretaría: Susana Alva Quinal
Amparo en revisión 1961/94. José Luis Reves Carvajal 24 de octubre de 1995. Mayoría de diez votos. Ponente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Secretaria: Felisa Díaz Ordaz Vera.

Amparo en revisión 576/95. Tomás Iruegas Bucntello y otra. SO de octubre de 1995. Mayoría de nueve votos. Ponente: Juventino Castro y Castro. Secretario: Teódulo Angeles Espino.

Arrendamiento financiero. Elementos esenciales del contrato. De conformidad con lo dispuesto por el artículo 25 de la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito, las características fundamentales del arrendamiento financiero son: *a)* la concertación y detalle sobre el bien o los bienes materia del arrendamiento, esto es, la precisión del objeto de contratación; *b)* la adquisición previa, por parte de la arrendadora financiera, de los bienes objeto del arrendamiento; *c)* la concesión posterior de su uso y goce temporal, durante un plazo forzoso, a la arrendataria; *d)* como contraprestación esta última debe obligarse a cubrir una cantidad determinada, en pagos parciales, la cual se integraré con sus accesorios; *e)* al final del término del arrendamiento financiero, la arrendataria deberá adoptar alguna de las opciones terminales previstas en el aruculo 27 de la ley de la materia (compraventa, prórroga del término del arrendamiento o participación en la utilidad que se produzca con la venta de los bienes a terceros). Ahora bien, en relación con la adquisición de bienes que sean objeto del arrendamiento financiero, el articulo 24 de la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito, prevé dos situaciones complementarias de las características mencionadas con antelación, y son: 1) que la adquisición de los bienes que sean materia del arrendamiento financiero puede realizarse de un tercero; 2) o bien, pueden adquirirse del futuro arrendatario, supuesto en el que éste tendrá dos caracteres distintos, el de proveedor antes de la celebración del contrato de arrendamiento financiero, y el de arrendatario una vez celebrada la convención.

Octavo Tribunal Colegiado en material Civil del Primer Circuito.

Amparo directo 415/96. Industrias Queretanas. S.A. de C.V. 10 de octubre de 1996. Unanimidad de votos. Ponente: María del Carmen Sánchez Hidalgo. Secretaria: María Concepción Alonso Flores.

Novena Epoca:
Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito.
Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta.
Tomo: V. Enero de 1997.
Tesis: I.8o.C.82.

Ánendamiento financiero. Es un contrato de naturaleza mercantil. El arrendamiento financiero aunque es una operación compleja puesto que participa de las notas características de una operación de crédito, del arrendamiento y de la compraventa, o sea que se compone de elementos diversos, debe considerarse como un contrato mercantil, dado que es claro el propósito de lucro que persigue el arrendador quien obtiene rendimientos del capital que invierte en el financiamiento, lo que hace que tenga las características del acto mercantil a que alude el artículo 75, fracciones I, II, V,

VII y XIII del Código de Comercio; por ende, es diferente del arrendamiento civil, liso y llano o tradicional y de la compraventa en abonos; así que, no obstante las semejanzas o identidades parciales, no puede ser subsumido o absorbido por tales figuras clásicas o tradicionales.

Tercera Sala. Semanario Judicial de la Federación. 7a. época, vol. 217-228, parte cuarta. Página 29.
Amparo directo 12098/ 84. Salomón l«a Murra y Combugas. S. A. 19 de febrero de 1987. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Jorge Olivera Toro. Secretario: Waldo Guerrero Ialzcarez.

Arrendamiento financiero. Es una operación compleja que participa de notas diversas. El arrendamiento financiero es una operación compleja puesto que participa de las notas características de una operación de crédito, del arrendamiento y de la compraventa, pues requiere de una erogación del arrendador quien mediante el pago de prestaciones periódicas concede el uso temporal de los bienes que adquiere y, además se puede pactar la venta de esos bienes para cuando termine el arrendamiento. Esto quiere decir que, como la connotación de la palabra, se compone de elementos diversos, o sea que es producto de una combinación entre esos tipos de contratos con los que tiene aparente similitud y, por ello, se presta a confundirlo con tales figuras; pero es innegable que cuando se celebra con una compañía arrendadora, en el itercontraclus. hay un financiamiento del arrendador, ya sea que directamente pague el momo del precio de los bienes al proveedor, o que se lo entregue al arrendatario, para que éste a su vez haga el pago correspondiente al proveedor.

Tercera Sala. Semanario Judicial de la Federación. 7a. época, vol. 217-228, parte cuarta. Página 29.
Amparo directo 12098/84. Salomón Issa Murra y Combugas, S. A. 19 de feble ro de 1987. Unanimidad 4 votos. Ponente: Jorge Olivera Toro. Secretario: Waldo Guerrero Lázcarez.

Arrendamiento financiero. La arrendadora debe ser propietaria de los bienes para poder conceder el uso y goce de ellos a la arrendataria. De conformidad con las características esenciales del contrato de arrendamiento financiero reguladas por los artículos 24 y 25 de la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito, la adquisición de bienes objeto del arrendamiento financiero, por parte de la arrendadora financiera, debe ser previa a la concertación de aquel contrato, para que esté en aptitud de conceder el uso y goce de los bienes a la arrendataria financiera, conservando aquélla la titularidad de los bienes durante todo el plazo de duración del conttato. y hasta en unto el arrendatario no haya optado por adquirir en propiedad los mismos, como opción terminal de la convención arrendaticia.

Octavo Tribunal Colegiado en materia Civil del Primer Circuito.
Amparo directo 415/96. Industrias Queretanas, S_A. de C.V. 10 de octubie de 1996. Unanimidad de votos. Ponente: María del Carmen Sánchez Hidalgo.
Secretaria: María Concepción Alonso Flores.
Novena Epoca
Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito.
Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta.
Tomo: V, Enero de 1997.
Tesis: I.8o.C.8I C
Página: 430.

Arrendamiento financiero. La carga financiera si es susceptible de generar intereses moratorios. Del artículo 25 de la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares de Crédito se obtiene que en el arrendamiento financiero el capital o monto de la operación se integra por el valor de adquisición del bien a arrendar, las cargas financieras y los demás accesorios que convengan los contratantes; de tal manera que la carga financiera, identificada en la práctica comercial como intereses y calculada sobre el valor de adquisición del bien objeto del arrendamiento, sí es susceptible de generar intereses moratorios, sin que ello implique contravención al artículo 363 del Código de Comercio, el cual establece que los intereses vencidos y no pagados no generan intereses, en virtud a que tal concepto no constituye propiamente un interés adicional al monto de la operación sino una parte del mismo que se integra por los gastos que roga la arrendadora al constituirse como intermediaria acreditante y por la ganancia o premio que tiene derecho a percibir, dada su propia naturaleza de sociedad mercantil.

Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Semanario Judicial de la Federación. 8a. época, tomo XIV. noviembre, tesis l.lo.C.85C, Página 413.
Amparo en revisión 1571/94. Fina Reñí, S. A de C. V 4 de octubre de 1994. Unanimidad de votos Ponente: Luz María Pcidomo Juvera Secretario: Juan José Olvera López.

Arrendamiento financiero. La legitimación en la causa se funda en el contrato principal y no en los pagarés derivados o relacionados con el contrato de. Conforme al contenido de la exposición de motivos de la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito, se hace una equiparación de las operaciones de arrendamiento financiero con las operaciones de crédito, de tal forma que debe de obtenerse como conclusión que las disposiciones legales tienen similar interpretación y alcance. Así tenemos que, en relación como la denominada contrato de crédito refaccionario, existe el artículo 325 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, precepto similar al numeral 26 de la ley en primer término mencionada, que prevén la suscripción como garantía colateral del negocio financiero que les da origen, títulos que difieren de los pagarés ordinarios y que se encuentran vinculados indisolublemente al negocio causal, sin que con ello se derogue el principio general contenido

en el artículo 167 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, ya que el título no deja de tener la incorporación del crédito, ni su literalidad, y solo se encuentra relacionado con el negocio causal, de tal forma que una acción cuyo objeto sea obtener el pago del adeudo, en ambos tipos de operaciones, esto es, la de crédito refaccionario y la de arrendamiento financiero, solo puede instaurarse con la aportación conjunta del contrato, de la certificación del contador de la institución y con la exhibición del pagaré que, como se ha dicho, solamente es una garantía colateral del crédito plasmado en esencia en el contrato principal.

Tercer Tribunal Colegiado de Circuito. Semanario Judicial de la Federación, Novena época, tomo I, abril de 1995, Tesis 1. 3o. c2c, página 126.

Arrendamiento financiero. Su caracterización. El arrendamiento financiero es objeto, actualmente, de una doble regulación que permite extraer sus características y elaborar un concepto del mismo. Por un lado, están vigentes y dejarán de estarlo en poco menos de seis años, entre otros, los artículos 25 y 27 de la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito, y, por otro, han iniciado su vigencia, entre otros, los artículos 408 y 410 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, a partir del día siguiente a la publicación del decreto en el Diario Oficial de la Federación en su edición de dieciocho de julio de dos mil seis, por virtud del cual se derogaron las disposiciones primeramente citadas (artículo segundo del decreto) y se adicionaron las transcritas en segundo término (artículo primero del mismo acto legislativo), entre otras. El contrato de arrendamiento financiero, hasta antes de esa reforma, sólo podía ser celebrado por las arrendadoras financieras autorizadas por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, mientras que ahora es factible que, además de esas entidades, celebren operaciones de arrendamiento financiero quienes carezcan de la mencionada calidad y autorización. Destaca el elemento crediticio que está presente en el arrendamiento financiero, y que aunado a otros elementos, permite caracterizar a esa figura y diferenciarla de otras con las que guarda cierta relación, aunque de ningún modo identidad. Existe ese elemento crediticio en el arrendamiento financiero en tanto posibilita que el arrendador, con cargo a su patrimonio, adquiera el bien que desea usar el arrendatario, quien, por tanto, no desembolsa de inicio el precio de ese bien, sino cantidades menores por concepto de rentas, aunque podrá, eventualmente, adquirirlo en condiciones favorables, o sea, un valor inferior a aquel en que fue comprado por el arrendador y que se fijará en el contrato, o un valor menor al de mercado a la fecha de compra, en caso de falta de fijación en el contrato, pero, en todo caso, en este último habrán de darse las bases para establecer ese precio preferente. Lo anterior, revela una operación compleja, e incluso, la existencia de una relación jurídica conexa y necesaria, es decir, la establecida entre el arren-

dador y el propietario original del bien (productor, fabricante, distribuidor) para adquirirlo y poder entregarlo en arrendamiento financiero al arrendatario, quien está desligado, por lo general, de ese distinto vínculo negocial, ya que, excepcionalmente, pudiera tener alguna incidencia en él una vez celebrado el arrendamiento al requerir, por ejemplo, de tratar lo relativo a mantenimiento preventivo y correctivo del bien mueble o inmueble de que se trate.

TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA OVIL DEL PRIMER CIRCUITO. Novella época.- Semanario judicial de la Federación y su Gacela XXCII, enero 2008.- Pág. 2758. Tesis L 3*. C.653 C
Amparo directo 562/2007. Arenas y Gravas Xaltepcc, SA 11 de octubre de 2007. Unanimidad de votos. Ponente: Neófito López Ramos. Secretario: Raúl Alfaro Telpalo.

Arrendamiento de inmuebles, naturaleza civil del contrato de. No sólo el Código Civil, al regular la hipótesis del arrendamiento de locales destinados al comercio, establece de manera expresa el carácter civil del contrato, pues ese carácter también se desprende de la Fracción I, del Artículo 75, del Código de Comercio, que reputa mercantiles únicamente los alquileres verificados con propósito de especulación comercial, de mantenimientos, artículos muebles o mercaderías, sin comprender el arrendamiento de inmuebles; y la Fracción II del mismo artículo, que se refiere a inmuebles, sólo menciona las compras y ventas de esta clase de bienes, cuando se hagan con el propósito de especulación mercantil, sin incluir los aiTendamientos de fincas o bienes raíces. Por tanto, al no haber sido calificados estos últimos actos como de comercio, por la Ley Mercantil, se evidencia el propósito del legislador sobre este particular. No puede argumentarse en contra de lo expuesto, aduciendo el texto: de las fracciones XX y XXI del Artículo 75 citado, pues aunque es cierto que en principio se presumen mercantiles las operaciones entre comerciantes, expresamente se exceptúan los casos en que derivan de una causa extraña al comercio, o sea de naturaleza esencialmente civil.

Tercera Sala
Semanario Judicial de la Federación
Época: 5A
Tomo: Gil
Página: 754
Precedente: Tomo Gil. Montes Luis R. Pág. 754. 25 de enero de 1950.
Cuatro votos. Tomo XCVIII, Pág. 294.

Asociación en partiápación. La asociación en participación es un contrato celebrado entre dos o más individuos o entidades por tiempo determinado o indeterminado, para llevar a cabo uno o varios negocios a nombre propio



del socio gerente, que hace suyos los aportes de los participantes, a quienes tiene obligación de rendir cuentas de su derecho de crédito, y entregarles lo que les corresponda; y los terceros que contratan con este socio, no tienen ninguna acción jurídica en contra de los participantes.

Tercera Sala. Apéndice 1985, parte IV, tesis 79, Página 193.
Tomo XXXI, Página 770. Machín, Francisco.
Tomo XLVIII, Página 660. Tafoya, Amalia.
Tomo LII, Página 521. González William, José.
Tomo LV, Página 2705. López Longinos.
Tomo LJX, Página 591. Salineros del Sureste. A. en P.

Apéndice de Jurisprudencia de 1917 a 1965 del Semanario Judicial de la Federaaón. cuarta parte, Tercera Sala, Página 300.

Carta opción o autorización a intermediarios o comisionistas en venta de inmuebles para que busquen comprador. No son poderes o mandatos para actos de dominio. Las cartas opción y las autorizaciones privadas que los propietarios de inmuebles otorgan a intermediarios para que estos últimos ofrezcan públicamente la venta de un inmueble y busquen comprador, no constituyen mandato para actos de dominio, ni poder para que en nombre y representación del propietario concreten la venta en forma directa, porque la voluntad del titular del inmueble se refiere únicamente a conceder autorización al intermediario para que busque comprador, el cual deberá posteriormente celebrar y perfeccionar la compraventa en forma directa con el propietario, emitiéndose hasta esa época la voluntad respecto al acuerdo de las condiciones y modalidades de la enajenación.

Amparo directo 4622/74. Roberto López Moran y otro. 5 de marzo de 1975. 5 votos. Ponente: Enrique Martínez Ulloa.

Semanario Judicial de la Federación, séptima época, volumen 75, cuarta paite, marzo 1975, Tercera Sala, Página 17.

Cesión de contratos. No es lo mismo la cesión de un derecho que la cesión de un contrato. Así se pueden ceder los elementos activos de un contrato como los créditos nacidos de él y se pueden trasmitir también los elementos pasivos o una deuda, a condición de que se cumpla en uno y en otro casos con las formalidades marcadas respectivamente por los artículos 2033 y siguientes y 2051 del Código Civil, la cesión del contrato, empero, comprende la trasmisión tanto de los elementos activos como los pasivos suponiendo que se trata de un contrato bilateral aún vigente. Desde luego aparece evidente que sería indiferente en una compra-venta pagar el precio al vendedor o al cesionario de él, caso en el cual habría dos operaciones, a saber: el contrato básico o de compraventa y el conu~ato de cesión de derecho del precio; aunque es verdad que permaneciendo inalterable la recíproca dependencia entre los derechos y las obligaciones del

vendedor y del comprador, la cesión del precio tendría que correr la misma suerte que comerá el contrato mismo, de modo que en caso de incumplimiento procederían la rescisión y la excepción del contrato no cumplido que se podría enderezar contra un cesionario del precio en el caso en que el obligado en el contrato básico no cumpliera con sus obligaciones. Esta regla se deriva del principio de que no se puede ceder ni trasmitir mas que el derecho en la forma y medida en que se tiene. Es clara, pues, la diferencia entre la cesión de una relación particular y la cesión del contrato integro, porque en este último caso el cesionario del contrato sufrirá las consecuencias de sus propios actos en el cumplimiento o incumplimiento el contrato básico, mientas que, en la cesión de un solo elemento activo, el cesionario sufre las consecuencias de la conducta del cedente respecto del contrato baso. El cedido está obligado hacia el cesionario, en la cesión de la relación particular, en los términos de la misma manera que estaba obligado hacia el cedente. Si bien es cierto que el Código Civil Mexicano no ha previsto la cesión del contrato, sin embargo los principios jurídicos nos hacen descubrir esa diferencia que hay entre las cesiones particulares y la cesión en el contrato básico. Nuestra legislación señala casos en que existe cesión de contrato, como sucede en la cesión de herencia (artículo 2047), dentro de la cual puede haber contratos en vías de ejecución; la trasmisión del arrendamiento por enajenación de la Finca arrendada, en la que el adquirente se substituye en todas las relaciones del contrato arrentlaücio (artículo 2409); la misma cesión se realiza respecto de la aparcería cuando el dueño del predio lo enajenare, el comprador quedará de pleno derecho substituido en las obligaciones y derechos del enajenante (artículo 2742). De lo dicho se infiere que para que haya verdadera cesión de contrato se necesita de trasmisión al cesionario de todos los derechos y obligaciones del contrato básico y que es indispensable al consentimiento manifestado por el cedente para que se realice la figura jurídica mencionada por la interdependencia o interpenetración de las relaciones jurídicas que existen ente los contratantes."

Tercera Sala. Semanario Judicial de la Federación, Sexta época, cuarta pane; Vol. XXXIV. p. 45. A.D. 5487/58. Wulfrano Martínez. Unanimidad de 4 votos.

Códiff) de comercio. Concurrencia federal y local para ejercitar acciones mercantiles. La materia mercantil, aun cuando está contenida en Ix-yes federales, tratándose del Procedimiento judicial para ejercitar acciones entre particulares, es concurrente, o sea que se puede convencionalinente en los términos del artículo 1015 del Código de Comercio, seguir el procedimiento indistintamente ante uno y otro fuero, según se haya acordado entre las paites, o en caso contrario a la elección del actor, debiendo acatarse únicamente lo dispuesto en el Capítulo I, Título Primero, del Libro Quinto de dicho Código. Este mismo sistema de dejar que el actor, en un juicio en donde se apliquen leyes federales que sólo afecten a intereses particulares, pueda elegir el fuero, aparece

en el artículo 104 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de mil novecientos diecisiete, ratificando lo dispuesto por el Código de Comercio de expedición anterior a la propia Constitución.

Amparo en revisión 6052/74, Jorge Logan Castro Y coagraviados, fallado el 7 de septiembre de 1976 por unanimidad de 15 votos de los señores Ministros: López Aparicio, Cuevas M., Castellanos Tena, Rivera Silva, Langle Martínez. Rocha Cordero, Palacios Vargas, Serrano Robles, Cañedo Aldrelc, Saracho Alvarez. del Río, Calleja Garda, Mondragón Guerra, Agiotar Alvarez y Presidente Rebolledo. Ponente: Alfonso López Aparido. Secretario: Francisco M. Ramírez.

Informe, 1976. Pleno, Página 490.

Código de Comercio, ley sustantiva supletoria del Como de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2ª del Código de Comercio, a falta de disposiciones del mismo serán aplicables a los actos de comercio las del derecho común, siendo ésta una ley de carácter federal, es claro que se refiere el precepto en cita a la legislación Civil Federal y no a la de los Estados. Por tanto, si en un procedimiento de carácter mercantil el juzgador se niega a aplicar en beneficio de la quejosa una disposición del Código Civil de la entidad federativa en que se tramita el juicio, es claro que no viola en perjuicio de la solicitante del amparo sus garantías individuales.

Amparo en revisión 233/77. Gloria Elena Burgucte viuda de Rubiera. 25 de agosto de 1977. Unanimidad de votos.
Tribunal Colegiado del Décimo Circuito (VUlahermosa).
Tribunales Colegiados. Séptima época. Volumen semestral 103-108. Sexta parte. Página 52.
Jurisprudencia Precedentes y Tesis sobresalientes.
Tribunales Colegiados. Tomo VI Ovil. Página 407.

Comisión. Naturaleza de los contratos. Para fijar la verdadera naturaleza de un contrato celebrado por una empresa mercantil con uno de sus empleados, deben tenerse en cuenta sus términos y condiciones, ya que son éstas las que conducen a una exacta interpretación de la intención de los contratantes, sin que baste el hecho de emplearse en ellas el término "comisionista" para estimar que realmente se trate de un contrato de comisión mercantil, cuando del examen de dichas estipulaciones se llega indudablemente a la conclusión de que se trata de verdaderos contratos de trabajo.

Cuarta Sala. Semanario Judicial de la Federación. 7a. época. Vol. 109-114, parte quinta. Página 15.
Amparo directo 6071/77. Farmacéuticos Rayere, S. A. 21 de junio de 1978. , S 5 votos. Ponente: María Cristina Salmorán de Tamayo.

Comisión contrato de. Puede ser revocado unilateralmente por el comitente aunque se hubiese fijado un término de duración del mismo. El otorgamiento de la

comisión, al igual que el del mandato, descansa preferentemente en la confianza que el comisionista o mandatario inspira al otorgante de que ejecutará con fidelidad el encargo, así, la desaparición de esta confianza en el ánimo del comitente o mandante, hará posible la insubsislencia de la comisión, aun cuando el interés de aquél siguiera reclamando su cumplimiento y aun cuando no concluyera su término de duración. Por otra parte, el hecho de que se hubiese fijado un término de duración del contrato, ciertamente que demuestra la voluntad de las partes de que el mismo rigiera durante ese tiempo, pero la cláusula que contiene tal manifestación de voluntad, técnicamente no podría considerarse como cláusula que marque la pauta para afirmar la irrevocabilidad del contrato sino que, por el contrario, si bien es cierto que se fijó un término de duración del contrato, también lo es que se pactó, además, que el comitente podría dar por terminado el contrato si el comisionista incurría en un incumplimiento del mismo (Cláusula decimosexta). Esta cláusula con independencia de que por su naturaleza la comisión es revocable, y solamente por excepciones terminantes de la ley es irrevocable, reafirma que el contrato motivo de este conflicto es de carácter revocable sin que ello sea perjudicado con la circunstancia de que se hubiese señalado en el mismo, el término de diez años de duración. A mayor abundamiento, esta Sala estima que aun cuando no se hubiese pactado la citada cláusula decimosexta en el contrato, si se interpreta en estricto sentido el contenido del artículo 307 del Código de Comercio, se llega al conocimiento de que la facultad que el mismo otorga al comitente, no es arbitraria sino que lo constriñe a responder por todas las gestiones que ya hubiese realizado el comisionista de manera que, si se revoca la comisión unilateralmente, como es el caso, eso no le podría causar un perjuicio irreversible al comisionista supuesto que contaría con acción para exigir al comitente una indemnización correspondiente a las gestiones que, con motivo del contrato, realizó, como lo serían los gastos efectúales para el desempeño de la comisión y las comisiones ya devengadas.

Tercera Sala. Informe 1979, parte II, Página 14.
Amparo directo 4724/76. Casa Neira, S. A. 5 de noviembre de 1979. Unanimidad de 4 votos. Ponente: J. Ramón Palacios Vargas, secretario: Pablo Ibarra Fernández.

Comisión mercantil. Demostrado que el demandante prestaba servicios a diversa empresa, limitándose su actividad en beneficio de la compañía demandada, a contadas operaciones, tanto que sólo verificó 2, 1 y 3; en enero, febrero y marzo de 1973, y mediando la retención de cantidades, aducidas por la demandada para terminar el contrato de comisión, mismas que cubrió con cheque anexado a la demanda laboral, es notorio que las relaciones existentes entre las partes no estaban reguladas por la Ley Federal del Trabajo.

Directo 101/74. Triplay y Maderas de Durango. S. de R. L. de C V. 19 de julio de 1974, Unanimidad de votos.
Ponente: Federico Taboada Andraca.

Informe 1974. Tribunal Colegiado del Cuarto Circuito. Página 234.

Comisión mercantil Criterio para determinar su existencia cuando se aduce una relación de trabajo. Para determinar la naturaleza jurídica de un contrato no debe atenderse exclusivamente a su denominación sino a su contenido, pues, en algunos casos, contratos denominados de comisión mercantil son verdaderos contratos de trabajo, de ahí que resulte indispensable tomar en cuenta los términos y condiciones pactados, con la finalidad de concluir si el llamado comisionista está o no subordinado a las órdenes del comitente, pues no debe olvidarse que conforme al artículo 20 de la Ley Federal del Trabajo, la subordinación es el elemento característico de una relación laboral. Por tanto, si analizando el contrato respectivo, se advierte que el comisionista se compromete a vender y promocionar los productos, mercancías y artículos entregados por el comitente, en calidad de consignación, por sí o a través de terceros, manifestando que cuenta con recursos y personal adecuado para realizar la venta y promoción (es decir, la venta no la realiza necesariamente aquél); que podrá presentarse o ausentarse cuando así lo desee, debido a que no está obligado a cumplir personalmente la comisión; que el contrato no confiere exclusividad para ninguna de las partes, por lo cual tiene plena libertad para contratar con otros comisionistas o comitentes y que podrá realizar su actividad en forma independiente (lo que excluye la subordinación), es evidente que se está ante un contrato de comisión mercantil, aunque se establezcan diversas cláusulas relativas al depósito de las ventas, la conservación de la mercancía, a los faltantes, los cortes de caja, inventarios y auditorías, así como las atinentes a las limitaciones a contratar con otros comitentes, las cuales no son órdenes, en la forma, como se entienden en una relación de trabajo, sino normas contractuales que posibilitan el adecuado desempeño de la comisión.

Contradicción de tesis 246/2009. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Primero y Tercero, ambos del Vigésimo Segundo Circuito. 9 de septiembre de 2009. Cinco votos. Ponente: Genaro David Góngora Pimcntcl. Secretario: Javier Amaud Viñas.

Tesis de jurisprudencia 149/2009. Aprobada por la Segunda Sala de este Alto Tribunal, en sesión privada del treinta de septiembre de dos mil nueve.

Comisión mercantil. Contrato inexistente de. Si en un contrato de comisión mercantil al actor se le designó comisionista, pero nunca actuó como tal, ya que sus facultades consistían únicamente en buscar clientes y obtener solicitudes de éstos para los productos de la propia empresa y una vez

logradas, quien decidía en cuanto a la aceptación de la operación mercantil era la empresa, es obvio que el mencionado actor no estaba autorizado para concluir la citada operación, que en sí es el acto de comercio; por tanto, no puede considerársele comisionista puesto que en ningún momento dejó de estar subordinado directamente a la empresa.

Amparo directo 5369/73. Laboratorio» Helios, S. A. 13 de junio de 1977.
Unanimidad de 4 votos. Ponente: Alfonso López Aparicio.

Semanario Judicial de la Federación, séptima ¿poca, vols. 97-102, quinta parte, enerojunio 1977, Cuarta Sala, Página 13.

Comisión mercantil. Elementos que deben acreditarse para demostrar la existencia del contrato respectivo. De conformidad con el artículo 285 de la Ley Federal del Trabajo, es indispensable que se demuestre que quien se dijo trabajador hubiese realizado operaciones en forma transitoria y aislada o bien que no hubiere ejecutado las mismas en forma personal. Por lo tanto, el patrón que argumenta que existió una relación derivada de un contrato de Comisión Mercantil, debe acreditar los siguientes elementos: *a)* Que los actos realizados fueron transitorios y aislados, y que solo accidentalmente crearon dependencia entre el comisionista y el comitente, *b)* Que la duración del contrato estuvo limitada al tiempo que era necesario emplear para la ejecución de los actos, *c)* Que los actos verificados eran precisamente de comercio, *d)* En caso de haber sucedido, que los actos no se habían hecho o realizado en forma personal por quien se ostenta como trabajador, sino a través de personal contratado en forma independiente por éste.

Tercer Tribunal Colegiado del Sexto Circuito.
A.D. 33/89. Jesús Carcilaso Bravo. 19 de septiembre de 1989. Unanimidad de votos. Ponente: Jaime Manuel Marroqutn /aleta. José de Jesús Echegaray Cabrera.
Octava época. Tomo VI. Julio-diciembre 1989.
Tribunales Colegiados de Circuito. Segunda parte 1. Página 142.

Comisión mercantil, legislación comparada y características del contrato de, en el derecho mexicano. Dice Vicente y Celia, en su derecho mercantil comparece, que contrato de comisión es aquel por el cual una persona se encarga mediante cierta retribución, a verificar en nombre propio, pero por cuenta ajena, determinada operación de comercio. Este concepto no coincide con el que consignan algunas legislaciones. Examinando el cuadro del derecho comparado se pueden agrupar en cinco sectores las tendencias seguidas por los códigos modernos para delimitar el contrato de comisión a saber: *a)* Según un primer criterio, que el mencionado autor considera el más acertado, la comisión supone en todo caso el ejercicio de actos de comercio por cuenta ajena, pero siempre en nombre propio. Así lo prescriben los códigos de comercio italiano, portugués y argentino, y este último expresamente estatuye que la circunstancia de obrar en nombre propio es la característica diferencial que separa la comisión del mencionado comercial. *b)* Con arreglo a principios diferentes, los códigos de Colombia, y del

Perú, consignan que la comisión consiste en la realización de operaciones comerciales por cuenta de otro, ya se verifiquen o no en nombre propio por parte del comisionista, *c)* El código alemán y el federal suizo, definen al comisionista diciendo que es quien se dedica a la compra o a la venta por cuenta ajena, pero en nombre propio, de mercancías o títulos de crédito. En dichas legislaciones la comisión tiene dos caracteres: la realización de las operaciones en nombre del comisionista, y la de que tales operaciones recaigan sobre mercancía o títulos, *d)* El código de Chile, que algún tratadista coloca en el primero de los grupos anteriores, ofrece un sistema peculiarismo; para el la comisión es un mandato comercial que versa sobre operaciones individualmente determinadas. En dicho cuerpo legal, la comisión viene a adoptar un carácter esporádico frente al mandato general que envolvería un sentido de permanencia, *e)* El código español, por último, considera comisión mercantil al mandato que tenga por objeto operaciones de comercio, siempre que el comitente o el comisionista sean comerciantes o agentes mediadores del comercio. Ahora bien, el código de comercio mexicano, por el sistema que contiene en sus artículos 273, 280, 184 y 285, podría colocarse igual que el de Chile, en el grupo, *d)* De la clasificación anterior, que según Vicente y Gella es el más anticientífico. Dicho ordenamiento, considerando la comisión como un mandato aplicado a actos concretos de comercio o a operaciones individualmente determinadas la define como un mandato de carácter esporádico, frente al mandato general que envuelve un sentido de permanencia; pero esto de ninguna manera puede considerarse anticientífico, porque el sistema que sigue el código de comercio mexicano en los citados preceptos, comprende dos de los matices que caracterizan otros grupos clasificados por el mencionado autor, o sean los casos en que el comisionista puede desempeñar la comisión tratando en nombre de su comitente de todas maneras, queda perfectamente caracterizada la comisión incrcandl en el derecho mexicano, como un mandato restringido y aplicado a actos concretos e individuales, de comercio; y el hecho de que el comisionista trate en nombre propio o en nombre del comitente, no es por si solo característico de la comisión, supuesto que conforme a las reglas del mandato en general artículo 2560 del código civil, también el mandatario puede tratar en nombre propio o en nombre del mandante. El sistema que sigue al resto el código de comercio mexicano no puede reportarse anticientífico, porque es más propio de la rapidez y pronta liquidación de las operaciones mercantiles celebradas en cada caso, y evita los inconvenientes de una contabilidad complicada y rendición de cuentas que tendrían que hacerse si la comisión se extendiera a un número indefinido de operaciones celebradas durante un tiempo indeterminado; además, ese sistema facilita la documentación, la prueba y el ajuste de cada acto o comisión mercantil entre el comitente y el comisionista, lo que es más propio del espíritu comercial; y como prescribe todo concepto de generalidad similar al mandato, no puede aceptarse que una serie imprecisa de actos durante un tiempo indefinido, puede constituir el contrato de comisión mercantil.

Tercera Sala
Fuente: Semanario Judicial de la Federación
Epoca: Quinta Época
Tomo: CII
Página: 2212

Precedente: Tomo CII. Cobo Angel, Liquidación Judicial. Pág. 2212. 7 de diciembre de 1949. Tres votos

Comisión y mediación. Su diferencia. Son diferentes jurídicamente la comisión y la mediación, pues desde luego se advierte que en esta última no se ejercita ninguna representación y el contrato se realiza directamente entre las partes, en tanto que aquella se realiza en nombre del comitente, o por cuenta de él. La mediación se cumple cuando coinciden las voluntades de las partes interesadas, puestas en contacto por el mediador y el contrato queda concertado, pues con ello, la finalidad perseguida se ha conseguido y la misión 'del mediador termina con su celebración.

Sexta época. Cuarta parte. Vol. XI.III. Página 48. A.D. 6334/59. Cierre Relámpago, S. A. de C V, 5 votos.

Jurisprudencia 1917-1985. Apéndice al Semanario Judicial de la Federación. Página 548.

Compraventa. Plaza para la entrega de la mercancía al comprador. Interpretación del artículo 379 del Código de Comercio. Una interpretación racional del artículo 379 del Código de Comercio conduce a determinar que el plazo de veinticuatro horas siguientes a la celebración del contrato que prevé para que el vendedor tenga a disposición del comprador las mercancías vendidas, cuando no se pacte un plazo para ello, debe tomarse en cuenta en caso de que la operación se realice en la misma plaza en donde se vaya a efectuar la entrega del objeto de la compraventa, o siendo una distinta, sea materialmente posible de acuerdo a la mavor o menor dificultad en las comunicaciones, tenerla a disposición del comprador dentro de dicho plazo. Esto es, la exigencia contenida en el artículo que se comenta, no es lógico llevarla al extremo de que la mercancía debe quedar a disposición del comprador dentro de las veinticuatro horas siguientes a la celebración de la operación contractual, independientemente del lugar de la entrega.

Octavo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito.
Amparo directo 120/94. Servicios y Equipo para la Construcción, S. A. de C. V. 11 de marzo de 1994. Unanimidad de votos. Ponente: Guillermo Antonio Muñoz Jiménez Secretario: Alejandro Sánchez López.

Semanario Jiuitad de la Fedemnón. Octava época Tomo XIII. Mayo de 1994. Página 415.

Compraventa con reserva de dominio. Carácter de la posesión del comprador en caso de. Si bien es cierto que el artículo 2315 del Código Civil para el

Distrito Federal equipara al comprador con reserva de dominio que recibe el bien enajenado con el arrendador, también lo es, que ello no es más que una comparación que permite al juzgador aplicar las reglas del arrendamiento a los casos en los cuales se rescindió la compraventa, pero no puede tener el alcance de desvirtuar la naturaleza de propietario condicional que tiene el adquirente mientras no satisface el precio o no se rescinde la venta y darle el carácter de arrendador que no tiene, por la sencilla razón de que entre vendedor y comprador no se estipuló un contrato de arrendamiento sino una venta, cuyos pagos se aplican al precio y no a una renta o alquiler.

Tercera Sala. Semanario Judicial de la Federación. 6a. época, vol. XXXVIII, Página 69.

Amparo directo 4558/78. Margarita González Rubio. 28 de septiembre de 1979. Unanimidad de 4 votos. Ponente: J. Ramón Palacios Vargas. Secretario: Carlos González Zarate.

Compraventa de distribución exclusiva, contrato mercantil de rescisión. El contrato de mercantil de distribución exclusiva, por su naturaleza específica, no puede ser considerado como una compraventa lisa y llana, pero esta circunstancia no trae como consecuencia la falta de aplicación de las disposiciones relativas del Código de Comercio; de manera que si no se ha pactado la entrega de las mercancías en cantidad y plazo determinados, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 375 y 376 del mismo ordenamiento el comprador no está obligado a recibirlas fuera de ellos; pero si aceptare entregas parciales, quedará consumada la venta en lo que a estas se refiere. Por otra parte, en la compraventas mercantiles, una vez perfeccionado el contrato, el contratante que cumpliere tendrá derecho a exigir del que no cumpliere la rescisión o cumplimiento del contrato y la indemnización, además, de los daños y peijuicios; en consecuencia, si el comprador acepta la entrega de las mercancías fuera del plazo y no se rehúsa recibirlas, está obligado a pagar el precio de las mismas y, por lo tanto, el vendedor si está legitimado para exigir el cumplimiento del contrato, así como el pago del precio de la mercancía entregada.

A.D. 7569/80 Química Hoechtt de México. S.A 25 de septiembre de 1981
Mayoría de 3 votos Disidentes: Gloria León Orantes y Jorge Olivera Toro.
3* Sala. Séptima época. Volumen Semestral 151-156. Cuarta parte, Página 75.

Compraventa de suministro, variación del precio en la. Como la función del contrato de suministro consiste en satisfacer las periódicas y continua necesidades del suministrado, sin que éste tenga que estipular tantos contratos como períodos de necesidad se presenten dándole seguridad en la percepción de las cosas, las cuales obtendrá en forma constante, y aún cuando los contratantes estén vinculados en una unidad formal, el objeto total de la prestación se fracciona en partes independientes y autóno-

mas, y formando cada una materialmente una operación distinta, es de justicia considerar que el vendedor pueda variar el precio a partir de cualquiera de ellas antes de la entrega de la mercancía, dando aviso prerio al comprador, como lo podría hacer en la compraventa de una prestación única antes de su perfeccionamiento, quedando el comprador en condiciones de aceptar la modificación o dejar de adquirir los objetos, conforme a su propia estimación o particular conveniencia, pero si los acepta y recibe, está expresando su conformidad con el nuevo precio.

Tercera Sala. Séptima época. Volumen semestral 151-156. Cuarta parte. Página 295. A.D. 1647/79. Distribuidora de Hielo. S.C. 17 de julio de 1987. Mayoría de 3 votos. Disidentes: Gloria León Orantes y J. Alfonso Abitia Arzapalo.

Compraventa en abonos. Efecto de la rescisión. Las disposiciones legales que reglamentan la rescisión del contrato de compraventa en abonos, en cuanto a las restituciones recíprocas de las prestaciones que se hubieren hecho las partes, son de orden público, irren un dables, por lo que las cláusulas contractuales que impongan al comprador obligaciones más onerosas que las expresadas por la Ley, son nulas, y la sentencia respectiva al declarar la rescisión, debe ordenar que las restituciones se hagan en términos de la Ley.

Quinta época:

Tomo C. Página 1061. Luis Ramón. 5 votos.
Sexta época, cuarta parte:

Vol. VII, Página 22 A. D. 169/57. José Gutiérrez Alvarez. Unanimidad de 4 votos.
Vol XXI. Página 63. A. D. 7401/57. Ignacio Navarro Padilla. Unanimidad de 4 votos.
Vol. XLV, Página 14. A. D. 485/59. Cooperativa de Autotransportes Díaz Ordaz. S. C. L. 5 votos.
Vol. XC, Página 44. A. D. 6843/60. Técnica Automotriz, S. A. 5 votos.

Apéndice de Jurisprudencia de 1917 a 1965 del Semanario Judicial de la Federación, cuarta parte. Tercera Sala. Página 356.

Compraventa en abonos, rescisión del contrato de. Efectos respecto al pago de una nenia. Si al comprador le es entregada por el vendedor la posesión del inmueble motivo de la operación, como el uso no es una prestación que se pueda restituir, la ley tradujo esa restitución en el pago de una renta, pero no en atención a una simple apreciación subjetiva o presuncional de las parte contratantes, sino al valor efectivo de la prestación recibida; por eso la exigencia de que el monto de la renta que deba pagar el comprador se ha fijado por peritos y no arbitrariamente por las partes. En tales circunstancias, no puede ser condenado el comprador al pago de la renta fijada de antemano por los contratantes, ya que el comprador tiene derecho irrenunciable a que su monto se fije por peritos.

Amparo directo 446/74. María del Carmen Garrido de Castellanos. 29 de cneio de 1976. Unanimidad de 4 votos. Ponente: J. Ramón Palacios Vargas.

Semanario Judicial de la Federación, séptima época, volumen 85. cuarta parte, enero 1976, Tercera Sala. Página 15.

Compraventa mercantil; la forma del contrato no es elemento constitutivo para su validez, si se reconoció su existencia en una carta enviada por. Resulta irrelevante que las partes que pretendan concertar una compraventa de carácter mercantil, no lo hagan formalmente en un contrato por escrito, en el que ambas se comprometan a prestaciones recíprocas, porque la forma no es elemento constitutivo de la compraventa, por lo que si éstas a través de actos mercantiles convienen en la conccrtación de una compraventa de mercancía, al formular una oferta de compra en una carta enviada por fax, y aceptarse la misma por el comprador, debe considerarse que el acto es válido por contener la oferta los elementos característicos del contrato definitivo en términos de lo dispuesto en los artículos 2246 y 2249 del Código Civil, estándose entonces frente a una verdadera compraventa aunque de carácter informal, por convenir las partes en la cosa, el precio y la forma de pago en la carta fax, conforme al artículo 2249 del Código Civil, de aplicación supletoria en materia mercantil; de tal manera que si en los contratos mercantiles cada uno se obliga de la manera y términos en que aparece que quiso obligarse, la carta fax, adminiculada con la confesional del comprador, adquiere el valor de prueba plena en términos del artículo 1296 del Código de Comercio, dado que para la validez de dicho acto, no se requieren formalidades especiales.

Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito
Tesis: I.5o.C.124C
Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Caceta
F.dición: 9a. Época. Tomo V
Fecha: enero 1997
Página: 442

Precedente: Amparo directo 7280/96. Provenza Internacional, S*A.* de C.V. 28 de noviembre de 1996. Unanimidad de votos. Ponente: José Luis García Vasco. Secretario: Miguel Angel Castañeda Niebla.

Concesiones exclusivas para la venta de productos de una empresa, naturaleza de los contratos de. El contrato celebrado por una empresa con determinadas personas, concediéndoles la exclusividad para que vendan los productos de aquéllas en tal o cual región, no es un contrato de trabajo, si no existe la dirección técnica, la dependencia de los concesionarios con una empresa, por lo que hace a la distribución, al manejo, a la propaganda, a la contratación de personal, sino que antes bien, se les reconoce autonomía en dichos manejos, por lo que el contrato de que se trata es de naturaleza sui generis, semejándose al contrato de agencias de que habla la fracción X del artículo 75 del Código de Comercio.

Amparo directo 5057/58 Luz Barat Pérez de Jiménez y Coag. 4 de junio de 1959 Mayoría de 3 votos Disidentes: Mariano Ramírez Vázquez y José Castro Estrada. Sexta Época. Volunten XXIV Página 122.

Contrato de comisión mercantil, requisitos que se necesitan para acreditar la existencia del, y diferencias con el contrato laboral. Para la existencia de una relación derivada de un contrato de comisión mercantil, deben acreditarse los siguientes elementos: a).- Que los actos realizados fueron transitorios, aislados y que sólo accidentalmente crearon dependencia entre el comisionista y el comitente: b).- Que la duración del contrato estuvo limitada al tiempo que era necesario emplear para la ejecución de los actos; c).- Que los actos verificados eran precisamente de comercio; y, d).- En caso de no haber sucedido así, que las actividades contratadas no se hubieran realizado por quien alega ser trabajador, sino a través de otras personas contratadas independientemente por el comisionista. Por tanto, si el demandado no demostró la actualización de los elementos antes transcritos, no puede decirse que haya dado cabal cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 285 de la Ley Federal del Trabajo y, en esas condiciones, es evidente que estamos en presencia de una relación laboral.

TRIBUNAL COLEGIADO DEL VIGESIMO CIRCUITO.
Novena Epoca Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo: IV, Diciembre de 1996 Tesis: XX.64 L Página: 381 Materia: Laboral

Amparo directo 157/96. José Cossio Castillo. 3 de octubre de 1996. Unanimidad de votos. Ponente: Francisco A Velasco Santiago. Secretario: Walberto Gordillo Solís.

Contrato de factoraje, por regla general no requiere de ratificación ante fedatario público. El contrato de factoraje, por regla general, no requiere para su eficacia o validez, de su ratificación ante fedatario público, según se colige con claridad de la lectura íntegra del capítulo III bis, del título segundo, de la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito, que trata, «De las empresas de factoraje financiero»; dado que, en ninguna de las disposiciones que lo integran -artículos del 45-A al 45-T de la ley en comento-, se establece dicho requisito. No es óbice para arribar a la conclusión anterior, que en el apartado 3, de la decimotercera de las «Reglas Básicas para la Operación de Empresas de Factoraje Financiero», publicadas en el Diario Oficial de la Federación del dieciséis de enero de mil novecientos noventa y uno, se establezca la obligación de documentar ante fedatario público, los contratos regulados en dicho precepto; pues no debe perderse de vista que, la regla aludida, se refiere concretamente a la hipótesis en la cual, las empresas de factoraje deleguen a terceros la administración y cobranza de los deiechos de crédito provenientes de los contratos de factoraje financiero que tengan celebrados; único caso en el que, por disposición expresa de la regla en cuestión, el contrato o «relación jurídica» de las empresas de factoraje financiero, con las personas que realicen la administración y cobranza relativas, debe documentarse ante fedatario público.

SECUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL TERCER CIRCUITO.
Novena Epoca Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo: VIII. Julio de 1998 Tesis: lII.2o.G8 C Página: 350 Materia: Civil

Amparo directo 252/98. Factoraje Bancrecer, S.A. de GV., Organización Auxiliar de Crédito, Grupo Financiero Bancrecer. 5 de junio de 1998. Unanimidad de votos. Ponente: Gerardo Domínguez. Secretario: Federico Rodríguez Celis.

Contrato de franquicia. Elementos que lo distinguen. "De conformidad con lo dispuesto por el artículo 142 de la Ley de la Propiedad Industrial, que establece que existirá franquicia cuando con la licencia de uso de una marca se transmitan conocimientos técnicos o se proporcione asistencia técnica para que la persona a quien se le concede pueda producir o vender bienes, o prestar servicios de manera uniforme y con los métodos operativos, comerciales y administrativos establecidos por el titular de la marca, tendentes a mantener la calidad, prestigio e imagen de los productos o servicios a los que ésta distingue, y tomando en cuenta las acepciones que de esa figura han adoptado la doctrina y el derecho comunitario europeo, donde ha sido ampliamente regulada, los elementos que distinguen este tipo de contratos son: a) La existencia de un derecho de propiedad industrial generalmente identificado con una marca (propiedad del franquiciante), cuyo uso será transmitido al franquiciatario para que pueda vender bienes o prestar servicios; b) La transferencia del franquiciante al franquiciado de un saber hacer (know how), es decir, aquellos conocimientos o técnicas probadas que constituyen el éxito del negocio; c) La prestación continua por parte del franquiciante al franquiciado de asistencia comercial o técnica durante la vigencia del acuerdo; y d) Una contraprestación monetaria (no necesariamente). De tal forma que para su existencia deben satisfacerse todos esos elementos."

Al tratar el contrato de franquicia a la luz de la Ley de la Propiedad Industrial (y novedosamente tomando en cuenta las acepciones que de esa figura han adoptado la doctrina y el derecho comunitario europeo), el anterior precedente señala que los elementos de dicho contrato, son: a) La existencia de un derecho de propiedad industrial generalmente identificado con una marca (propiedad del franquiciante), cuyo uso será transmitido al franquiciatario para que pueda vender bienes o prestar servicios; b) La transferencia del franquiciante al franquiciado de un saber hacer (know how), es decir, aquellos conocimientos o técnicas probadas que constituyen el éxito del negocio; c) La prestación continua por parte del franquiciante al franquiciado de asistencia comercial o técnica durante la vigencia del acuerdo; y d) Una contraprestación monetaria (no necesariamente).

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO.

Novena Epoca Instancia: Tribunales Colegiados de Circuilo Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo: XX, Agosto de 2004 Tesis: I.lo.A.122 A Página: 1577 Materia: Administrativa Tesis aislada.

Amparo en revisión 284/2003. Comisionados Integrantes del Pleno y Secretario Ejecutivo, todos de la Comisión Federal de Competencia. 30 de septiembre de 2003. Unanimidad de votos. Ponente: Julio Humberto Hernández Fonseca. Secretario: Alejandro Manuel González García.

Contrato de suministro. Característicos. El suministro constituye un tipo especial del contrato de compraventa mercantil, cuya función consiste en satisfacer las periódicas necesidades del suministrado, sin que éste tenga que estipular untos contratos de compraventa como periodos de necesidad se le presenten, dándole seguridad en la percepción de las cosas objeto del contrato, las cuales obtendrá en forma consume según sus necesidades, pudiendo incluso existir variación en el precio inicial a partir de cualquiera de las entregas, previa su notificación al suministrado y aceptación por parte de éste. Por lo que no se puede pretender que el suministro y la compravenu sean dos contratos distintos, sino que aquél es una especie de éste y, por ello, le son aplicables las disposiciones normativas que regulan la compravenu mercantil.

Octavo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito.
Amparo directo 775/96. Guantes Vitex, SA. de CV. 12 de diciembre de 1996. Unanimidad de votos. Ponente: María del Carmen Sánchez Hidalgo. Secretaria: María Concepción Alonso Flores.
Novena Época.
Insuncia: Tribunales Colegiados de Circuito.
Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su GaceU.
Tomo: V, Abril de 1997.
Tesis: ! 8o.C.121 C.
Página: 226

Contrato o póliza en que se hagan constar créditos otorgados por instituciones bancarias. No se requiere demostrar que el contador que suscribió el certificado contable lo era de la institución. Es infundado el argumento de que la actora debiera acrediur que el contador que suscribe el certificado conuble referido es el de la institución, pues ese requisito no lo exige la ley. Al efecto, el último párrafo del artículo 52 de la Ley ReglamenUria del Servicio Público de Banca y Crédito dispone: "El contrato o póliza en que se hagan constar los créditos que otorguen las instituciones de crédito, junto con la certificación del conudor a que se refiere este artículo, será título ejecutivo, sin necesidad de reconocimiento de firma ni de otro requisito". Del precepto se desuca, "...ni de otro requisito", esto aclara que la disposición exime la parte actora de acrediur que el contador que suscribe, desempeñe ese cargo en la institución, ya que la finalidad de la certificación no es otra que la fijación del saldo resulunte a cargo del acrediudo y hace fe al respecto, salvo prueba en contrario que corresponde a la demanda. Es oportuno señalar que con base en el precepto en ciu, el título ejecutivo tiene valor probatorio sin necesidad de complemen-

tarlo con reconocimiento, cotejo, autentiñcación o acreditación; mediante él se prueba la existencia, en contra de la demanda, de una obligación patrimonial líquida y exigióle en el momento en que se instauró el juicio; de lo que se concluye que es suficiente la certificación contable vinculada al contrato para que tenga carácter ejecutivo.

Amparo directo 2313/87. Herstal, S. A. de C. V. 1* de junio de 1987. 5 votos.
Ponente: Jorge Olivera Toro.
Secretaria: Hilda Martínez González.

Contratos. Para determinar la naturaleza de todo contrato, debe atenderse primeramente a la voluntad expresa de las partes, y sólo cuando ésta no se revele de una manera clara, habrá que recurrir a las reglas de interpretación.

Pleno. Semanario Judicial de la Feeración. 5a época voL XVI, Página 1207.
Tomo XIV. Página 584. Acosta, Ignacio.
Tomo XVI, Página 1207. Estrada. Roque.
Tomo XVII. Página 1388. González, Eusebio.
Tomo XVII, Página 9. Garza, José María de la.
Tomo XXIV, Página 622. Díaz, Ramón.
Apéndice de la Jurisprudenáa de 1917 a 1965 del Semanario Judicial de la Federación, cuarta parte. Tercera Sala, Página 383.

Contratos. Interpretación de los. La naturaleza de los contratos depende, no de la designación que la hayan dado las partes, que puede ser errónea, sino de los hechos y actos consentidos por las mismas, en relación con las disposiciones legales aplicables atenta la regla de interpretación del Código Civil vigente: "si las palabras parecieren contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquéllas".

Segunda Sala. Semanario Judicial de la Federación. 7a. época. Vol. 103-108, parte tercera, Página 67. Página 166.
Sexta época cuarta parte:
Vol. II, Página 103. A. D. 4279/55. María Carmen Huerta Vda. de Ruiz. 5 *votos.* Vol. XXIX, Página 52. A. D. 2348/57. María Cristina Milchorena. 5 votos.
Vol. XLJI Página 23. A. D. 5484/59. María de la Cruz Consuelo Flores de Hoyos. 5 votos.
Apéndice de jurisprudencia de 1917 a 1965 del Semanario Judicial de la Federación, cuarta piarte. Tercera Sala, Página 385.

Contratos. Pacto comisorio tácito. Legislación del Distrito Federal. El pacto comisorio es la condición resolutiva que siempre va implícita en los contratos bilaterales, para el caso de que uno de los contrauntes no cumpla con su obligación, como lo esublece o se desprende del artículo 1949 del Código Ovil para el Distrito Federal y por ésu razón la doctrina le denomina "tácito", en virtud que la condición resolutiva va implícita y se sobrentiende en los contratos sinalagmáticos o bilaterales, puesto que si una de las parles no cumple con su obligación, la otra no debe quedar obligada y puede pedir la resolución del contrato.

Amparo directo 2792/77. José Tame Shear. 12 de abril de 1977. 5 votos.
Ponenete: Raúl Lozano Ramírez. Secretario: Carlos Alfredo Soto Villaseñor.
Informe 1978. Tercera Sala. Núm. 34.

Contratos, cláusula penal en los. Eficacia. La cláusula penal que se pacta en un contrato , para hacerla efectiva en el caso de incumplimiento, constituye una parte accesoria del mismo contrato y es inescindible de éste, salvo las excepciones establecidas en los párrafos segundo y tercero del artículo 1841 del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales. Tan es así, que el precepto dispone que la nulidad del contrato importa la de la cláusula penal, pero la nulidad de éste no acarrea la de aquél.

Amparo Directo 5855/68. Clarencc Sirven Ragsdalc. 16 de abril de 1969. 5 votos. Ponente: Ernesto Solís López.
Séptima época. Volumen 4, Cuarta parte. Página 24.
Suprema Corte de Justicia de la Nación. Compilación precedentes de la Tercera Sala 1969-1986. Página 315.

Contratos coaligados, rescisión de los. La doctrina jurídica contemporánea ha definido con precisión la figura de los llamados contratos coaligados. Los negocios coaligados como actos jurídicos interdependientes tienen una conexión económica objetiva entre sí y una unidad que deriva de la voluntad de las partes. De los elementos objetivo y subjetivo que les atribuye la doctrina, es el segundo el que en nuestro derecho mercantil tiene más trascendencia, pues de acuerdo con el artículo 78 del Código de Comercio: "en las convenciones mercantiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse". Ahora bien, de los tres tipos de vinculación que reconoce la doctrina, la que es verdaderamente importante es la vinculación por dependencia unilateral o bilateral, cuando dos o más negocios, cada uno constituyendo una figura, son deseados como un todo. F.n la vinculación unilateral, un negocio predomina y los demás le están subordinados; en la bilateral, los dos o más negocios son totalmente interdependientes, en el sentido de que la voluntad existe sobre todos ellos en un plano de igualdad. Una consecuencia que se desprende de la existencia de contratos vinculados, es que el cumplimiento de un contrato se refleja en los demás y el incumplimiento de uno también tiene que tener relevancia respecto de los demás contratos. La nulidad de uno de los actos jurídicos produce también la de los demás contratos vinculados. La situación en dependencia permite concluir que si se viola un contrato, la contraparte puede pedir la rescisión no únicamente del mismo sino también la de los demás que estén vinculados. Así ocurre en el caso en que en los contratos guardan una situación bilateral o de mutua dependencia o bien cuando la violación se efectúa en un contrato principal al que los demás contratos están subordinados por una relación lógica de dependencia que deriva de la voluntad de las partes.

Tercera Sala. Semanario Judicial de la Federación. Sexta época. Vol. II. cuarta parte, Página 75. A. D. 4341/56. Hidroeléctrica de Amacuzac, S. A. Mayoría de 4 votos.

Contratos innominados. Si bien es cierto que cuando no existe ley exactamente aplicable al caso, debe absolverse la cuestión de acuerdo con los principios generales de derecho, y que el principio de analogía es uno de los fundamentales, también lo es que las disposiciones excepcionales no pueden extenderse a casos no comprendidos en ellas de modo expreso. Fundamentalmente, en nuestra legislación, los contratos son consensúales y no necesitan formalidades para su existencia, sino en los casos en que la ley lo previene expresamente, y a las disposiciones excepcionales no debe dárseles una amplitud tal, que se comprenda en ellas a los casos a que no se refieran; así, aun suponiendo que el contrato innominado, que ha dado en llamarse contrato de piso, tuviera una grande analogía con el contrato de arrendamiento, no hay razón para exigir que aquel contrato tuviera los mismos requisitos de formalidad que el último de los enunciados; pues como se ha dicho ya, las disposiciones de carácter excepcional, no pueden aplicarse sino en los casos expresamente señalados.

Quinta Época. Instancia: Tercera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Tomo: XVII. Página: 500. Tomo XXVII. Frías José. Pág. 500 sep. 18-29.

Contratos mercantiles, cláusula penal por incumplimiento de los. Clasificación de daños y perjuicios. El aruculo 88 del Código de Comercio dispone que en el contrato mercantil en que se fijare pena de indemnización contra el que no lo cumpliere, la parte peijudicada podrá exigir el cumplimiento del contrato o la pena prescrita, pero utilizando una de estas dos acciones quedará extinguida la otra. Se refiere a la pena que se hubiere convenido para el caso de incumplimiento del contrato; esto es, representativa de los daños y peijuicios estimados en forma anticipada. Ahora bien, dichos daños y peijuicios pueden ser compensatorios y monitorios; los primeros tienen por objeto reparar las consecuencias peijudiciales derivadas de la inejecución de la obligación y los monitorios, los peijuicios ocasionados por el retardo en el cumplimiento de una obligación. Sobre este particular son aplicables supletoriamente, en los términos del aruculo 2® del Código de Comercio, los artículos 1840 y 1846 del Código Civil del Distrito Federal.

Quinta Época. Instancia*. Tercera SaVa Fuente*. Semanario judiciaV de Va Federación Tomo: CXXX Página: 755.
Amparo directo 2913/56. Proveedora Agrícola lagunera, S. A de G V. y coags.
7 de diciembre de 1956. Mayoría de tres votos. Ponente: Mariano Ramírez Vázquez.

Contratos mercantiles por tiempo indeterminado, conclusión de los (suministro de mercancías). Si bien por regla general, para dar por terminado un con-

trato de duración indefinida, es necesario el consentimiento mutuo de las partes, atenta esta circunstancia, cuando se trata de un contrato no expresamente reglamentado en el Código de Comercio, serán aplicables a los actos mercantiles las disposiciones del derecho civil acerca de las causas que invalidan o rescinden los contratos, conforme a las cuales son aplicables, en lo que fueren omisas las partes, las disposiciones de mas analogía, y en el caso de un contrato de suministro de determinada mercancía, son las disposiciones que previenen que concluirán a voluntad de cualquiera de las partes, previo aviso dado a la otra parte en forma indubitable, los contratos de arrendamiento que no se hayan celebrado por tiempo expresamente determinado.

Amparo civil directo 5080/54. Rivera Mier Sucesores, S.A. 27 de abril de 1955. Mayoría de cuatro votos. Disidente: Gabriel García Rojas. Ponente: Mariano Ramírez Vázquez.
Quinta Época
Instancia: Tercera Sala
Fuente: Semanario Judicial de la Federación.
Tomo: CXXIV.
Página 463.

Contratos mercantiles celebrados por correspondencia. Su perfeccionamiento. Los contratos mercantiles celebrados por correspondencia, sólo se perfeccionan a partir del momento en que se contesta aceptando la propuesta y las condiciones de la proposición inicial, o bien las modificaciones a la propuesta que sugiera la otra parte contratante. Por lo tanto, si las pruebas allegadas al juicio demuestran que la correspondencia cruzada entre los comerciantes no implica una absoluta aceptación de la propuesta y condiciones iniciales, ni tampoco de las modificaciones apuntadas sobre aquella propuesta, es obvio que el contrato debe considerarse como no perfeccionado, en atención a lo dispuesto por el artículo 80 del Código de Comercio.

Boletín. Año I. Marzo 1974, núm. 3, Tercera Sala. Página 58.
Amparo directo 4405/68. Industrias Químicas Básicas de México. S. A. 4 de marzo de 1974. 5 votos. Ponente: Enrique Martínez Ulloa. Secretario: José Joaquín Herrera.

Corredor, retribución al. Adhiriéndose a un antiguo proverbio jurídico que expresa que la molestia del corredor es frecuentemente en vano", se establece que el corredor podrá reclamar su premio, solamente cuando el negocio haya sido realmente realizado.

Amparo directo 6334/59 Cierre relámpago, SA de GV. 12 de enero de 1961. 5 votos. Ponente Mariano Ramírez Vázquez. Sexta época. Volumen XLIII, Página 49.

Correduría pública e intermediación simple. Son instituciones diferentes. En nuestro sistema, originariamente el corredor sólo tenía facultades de

mediador, pero después le fueron otorgadas funciones de perito mercantil y fedatario, por tanto, existen corredores privados o simples mediadores, y corredores públicos, en la inteligencia de que "los primeros pueden, sin traba alguna, desempeñar las fundones de mediación; los últimos considerados como peritos mercantiles y depositarios de la fe publica en materia de comercio, sólo podrán ejercer sus funciones después de comprobar ante las autoridades competentes que reúnen los mismos requisitos de ciencia y moralidad". Es a estos últimos a los que se refiere el artículo 51 del Código de Comercio, cuando dice: "corredor es el agente auxiliar de comercio, con cuya intervención se proponen y ajustan los actos, contratos y convenios y se certifican los hechos mercantiles. Tienen fe pública cuando expresamente lo faculte este Código y otras leyes, y pueden actuar como peritos en asuntos de tráfico mercantil"; así el artículo 53 del mismo Código de Comercio, establece que los actos y contratos mercantiles celebrados sin intervención de corredor se comprobarán conforme a su naturaleza, sin atribuir a los intermediarios función alguna de correduría.

Tercera Sala. Semanario Judicial de la Fcderacón. 7a. época, vol. 139-144, parle cuarta, Página 32.Amparo directo 3803/78. Rafael Riebeling Ochoa y otros. 30 de julio de 1980. 5 votos. Ponente: Raúl Lozano Ramírez. Secretario: Pedro Reyes Colín.

Precedentes:

Amparo directo 9074/38. Manuel Camponella. 11 de octubre de 1939. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Agustín Aguirre Garza. Secretario: Mario G. Escalante.
Amparo directo 6334/59. Cierres Relámpago, S. A. de G V.

(Corretaje o mediación en negocios mercantiles. (Comisión mercantil). De acuerdo con el artículo 273 del Código de Comercio, se reputa comisión mercantil, el mandato aplicado a actos concretos de comercio; pero atento a lo dispuesto por los artículos 283, 284 y 285 del mismo Código, cuando hay comisión mercantil, el comisionista en un mandatario con facultades para celebrar el contrato a nombre propio o en el de su comitente. Ahora bien, si una sociedad solo confirió a una persona la facultad de gestionar u préstamo hipotecario, pero no la de celebrarlo a nombre de aquella, sino que le atribuyó el carácter de agente auxiliar, con cuya intervención se celebraría el contrato mercantil entre las partes interesadas, no se está en presencia de un contrato mercantil sino de corretaje o mediación en negocios mercantiles (artículos 51 y 52, fracción I, parte final, del Código citado).

Sociedad en nombre colectivo, "Schomelz Hermanos'. Página 551, tomo XCI1. Quinta época. 1947.

Deudas en moneda extranjera. El articulo 8 de la Ley Monetaria concilio la voluntad contractual y el orden público.* El primer párrafo del mencionado

precepto consta de dos partes, la una que es prohibitiva o taxativa al ordenar que la moneda extranjera no tendrá curso legal en la República, y la otra que es permisiva al dar cabida que se contraigan obligaciones en moneda extranjera y señalar una forma de solventación. Esto significa que la voluntad contractual y el orden público, incitó en la Ley Monetaria ltjos de constituirse en antípodas, se vinculan y complementan armónicamente para brindar al deudor una alternativa en el cumplimiento de la obligación contraída, dejando a su elección el pagar la renta en dólares, como describió bajo su consenso, o haciéndolo en el equivalente en moneda nacional del curso legal vigente al tiempo de efectuar el pago. La legislación en comento previo el supuesto, y por tanto permitió, que la voluntad contracutal, como elemento subjetivo generador de derechos y obligaciones, incidiera en dar vida a deudas en moneda extranjera, y ante esa previsión otorgó al obligado el derecho de inclinarse por cualquiera de las dos fórmulas de pago: acatando la reseñada en el clausulado del contrato; o adpotando la solución de la legislación monetaria. Como se aprecia, no hay contradicción entre las figuras de la voluntad contractual y el orden público de la ley; hay coexistencia compatible entre ambas que se traduce en la amplitud de la libertad del deudor para responder en cualquiera de esas dos formas a la obligación adquirida y en la restricción del acreedor para aceptar o al menos, discutir la forma de pago electa por su contraparte.

Tercera Sala. Informe 1987, parte II, Página 10.
Amparo directo 11910/84. Constructora y Perforadora Tláloc, S. A. 16 de febrero de 1987. 5 votos. Ponente: Jorge Olivera Toro. Secreteria: Ma. Lourdes Delgado Granados.
Amparo directo 11911/84. Constructora y Perforadora Tláloc, S. A. 16 de febrero de 1987. 5 votos. Ponente: Jorge Olivera Toro. Secretaria: Ma. Lourdes Delgado Granados.
Amparo directo 6519/85. Infratec, S. A. de C V. 27 de octubre de 1986. 5 votos. Ponente: Victoria Adato Creen de Ibarra. Secretario: Luis Pérez de la Fuente.

Dinero. Comprende toda unidad monetaria en curso legal dentro del sistema pecuniario de una nación. El concepto dinero utilizado por el legislador no debe entenderse en el sentido restringido de "moneda nacional" sino en la amplia significación que comprende toda unidad monetaria en curso legal dentro del sistema pecuniario de una nación, con calidades de metal, ley, peso, cuño, diámetro, etcétera, que le asignan a un valor definido, de suerte que si el dólar cumple con esas características, será una especie del genero dinero.

Tercera Sala. Semanario Judicial de la Federación. 7a. época, vol. 217-228. parte ruana. Página 373.
Amparo directo 11910/84. Constnictora y Perforadora Tláloc, S. A. 16 dr febrero de 1987. 5 votos. Ponenete: Jorge Olivera Toro. Secretaria: Ma. Lourdes

Delgado Granados. Amparo directo 11911/84. Constructora y Perforadora Tláloc. S. A. 16 de febrero de 1987. 5 votos. Ponente: Jorge Olivera Toro. Secretaria: Ma. Lourdes Delgado Cranados.
Amparo directo 6519/85. Infratec. S. A. de C. V. 27 de octubre de 1986 5 votos. Ponente: Victoria Adato Creen de Ibarra. Secretario: Luis Pérez de la Fuente.
Amparo directo 393/86. Grutec. S. A. de G V. 13 de abril de 1987. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Jorge Olivera Toro. Secretario: Agustín Urdapilleta Trueba. Ausente: Ernesto Díaz Infante.
Amparo directo 8003/85. Geohidrológica Mexicana. S. A. 13 de abril de 1987. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Jorge Olivera Toro. Secretario: Agustín Urdapilleta Trueba. Ausente: Ernesto Díaz Infante.

Documentos. Si no están firmados por su autor, carecen de valor aunque admita haberlos confeccionado. Un documento carece de valor aunque su autor reconozca haberlo confeccionado, si no contiene la firma, huella digital o sello de la persona física o moral a cuya orden se hizo, toda vez que aquellos signos, son los que plasman la manifestación de la voluntad de su autor en comprometerse con su contenido.

Noveno Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Primer Circuito
Octava Época
Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito
Fuente: Semanario Judicial de la Federación
Tomo: XIII, mayo.
Página: 444
Amparo directo 1929/94. Secretario de Gobernación. 16 de marzo de 1994. Unanimidad de votos. Ponente: Jorge Rafael Olivera Toro y Alonso. Secretaria: Rebeca Gabriela Pizaña Nila.

Documentos recibidos vía fax, valor probatorio de los. Tienen eficacia probatoria los documentos recibidos vía fax, si éstos son certificados por el funcionario competente.

Tribunal Colegiado del Vigésimo Grcuito
Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito
Fuente: Semanario Judicial de la Federación
Octava Época
Tomo: XI, abril
Página: 245
Precedente: Ampaio en revisión 68/93. Martín Aguirre Martín. 11 de febrero de 1993. Unanimidad de votos. Ponente: Angel Suárez Torres. Secretario: Ramiro Joel Ramírez Sánchez.

Estado de cuenta bancaria, no lo constituye la sola especificación del saldo. La certificación del contador general de una institución bancaria en la que únicamente se precisa el saldo a cargo del acreditado, sin contener desglose de las operaciones que lo generaron, no hace fe, ni constituye u'tulo ejecutivo, en términos del artículo 68 de la Ley de Instituciones de Crédito, por no contener un estado de cuenta, el cual debe comprender

una relación de los cargos y abonos correspondientes que dieron como resultado aquel saldo, pues en caso contrario el demandado queda en estado de indefensión frente a las reclamaciones del Banco acreedor, al no estar en posibilidad de preparar adecuadamente su defensa, ante el desconocimiento de los elementos que originaron aquel saldo, y la sentencia reclamada que estimó lo contrario, es violatoria de garantías.

Segundo Tribunal Colegiado del Quinto Circuito. Semanario Judicial de la Federación. 8a. época. Tomo XIII, junio. Página 571.
Amparo directo 76/94 Francisco Rodolfo León Iberri 17 de marzo de 1994. Unanimidad de votos. Ponente: Alicia Rodríguez Cruz. Secretario: Arturo Ortegón Garza.
Semanario Judicial de la Federación. Octava Época Tomo XIII, junio de 1994. Pág 571.

Estados de cuenta bancarias. Requisitos para que constituyan títulos ejecutivos. Conforme a una recta interpretación del artículo 68 de la Ley de Instituciones de Crédito, debe concluirse que además de exhibirse el contrato o la póliza en los que, en su caso, se hagan constar los créditos que otorguen las instituciones bancarias, para que los estados de cuenta expedidos unilateralmente por los contadores facultados por dichas instituciones constituyan títulos qecutivos y hagan fe, salvo prueba en contrario, en los juicios respectivos, éstos deben contener un desglose de los movimientos que originaron el saldo cuyo cobro se pretende, teniendo en cuenta que el propio precepto alude a los términos “saldo" y “estado de cuenta" como conceptos diversos, al establecer que dichos estados de cuenta servirán para determinar el saldo a cargo de los acreditados, y en observancia del principio de igualdad de las panes en el procedimiento que impide obstaculizar la defensa del demandado.

Conuadicción de tesis 58/93. Entre las sustentadas por el Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Segundo Circuito y el Primer Tribunal Colegiado del Décimo Primer Circuito. 16 de mayo de 1994. Cinco votos. Ponente: Irma Cué Sarquis. Secretario: Arturo García Torres.
Tesis de Jurisprudencia 15/94. Aprobada por la Tercera Sala de este alto Tribunal, en sesión de dieciséis de mayo de mil novecientos noventa y cuatro, por cinco votos de los señores Ministros Presidente Carlos Serapé Minviclle. Mariano Azuela Güitrón, Sergio Hugo Chapita! Gutiérrez, Irma Cué Sarquis y Luis Gutiérrez Vidal, designados los dos últimos por el H. Pleno de este alto Tribunal, para cubrir las vacantes existentes.
Gaceta del Semanario Judicial de la Federación N^{B} 78 Junio de 1994. Página 28.

Factoraje financiero. Pagarés relacionados con contrato de. Por sí solos, son ineficaces para fundar la acción ejecutiva mercantil La Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares de Crédito en su artículo 45-G prevé la suscripción de pagarés como garanda colateral del negocio financiero que les da origen, los cuales difieren de los pagarés ordinarios y se encuentran vinculados indisolublemente al negocio causal, sin que ello implique la derogación del principio general contenido en el numeral 167 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, ya que el título

no deja de tener la incorporación del crédito, ni su literalidad, y sólo se encuentra relacionado con el negocio causal, de tal forma que una acción cuyo objetivo sea obtener el pago del adeudo, sólo puede instaurarse con la aportación conjunta del contrato, el certificado del contador de la institución y los pagarés, pues éstos únicamente constituyen como se dijo, una garanua colateral del crédito plasmado en el contrato principal que les dio origen, y siendo similar el referido artículo 45-G de la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares de Crédito al 325 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, que regula, entre otros, los contratos de crédito refaccionario, las consideraciones vertidas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en las tesis publicadas en el volumen 59 del Semanario Judicial de la Federación, Séptima Epoca, Cuarta Parte, páginas 27 y 47, bajo los rubros: "CRÉDITO REFACCIONARIO. LA LEGITIMACION EN CAUSA SE FUNDA EN EL CONTRATO PRINCIPAL Y NO EN LOS PAGARÉS DERIVADOS O RELACIONADOS CON EL CONTRATO DE APERTURA DE" y "CRÉDITO REFACCIONARIO, PAGARÉS DERIVADOS O REIACIONADOS CON EL CONTRATO DE APERTURA DE", en relación con el dispositivo citado en último ténnino, deben aplicarse también en relación con el contrato de factoraje financiero, al que alude el primero de los mencionados preceptos, por lo que es dable concluir que el título ejecutivo lo constituye tanto el contrato de factoraje financiero, como el certificado del contador de la institución y, en su caso, los pagarés que se hubiesen suscrito, pero de ninguna manera estos últimos pueden, por sí solos, fundar la acción ejecutiva mercantil.

Quinto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito.
Precedente:
Amparo directo 345/96. José Luis Rodríguez Grayeb. 22 de febrero de 1996. Mayoría de votos. Ponente: José Rojas Aja. Disidente: José Nabor González Ruiz. Secretario: Amulfo Moreno Flores.

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito
Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
Época: Novena Época
Tesis: I.5o.C.S8 C
Tomo: III, Marzo de 1996
Página: 939

Facturas. Siendo la factura un documento privado, solamente hace pnteba plena en contra de la parte que la ha extendido, pero no en contra de terceros de quienes no procede.

Segundo Tribunal Colegiado del Quinto Circuito.
Octava Época: Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Tomo: Xü-Agosto, Página 436.

Amparo en revisión 120/92. Juan Pedro Barrera González. 10 de junio de 1992. Unanimidad de votos. Ponente: José Nabor González Ruiz. Secretario: Rafael Agular Hernández.

Véase: Apéndice al Semanario judicial de la Federación 1917- 1988. tesis de Jurisprudencia 839. Página 1392.

Facturas como prueba. Si bien la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia reiteradamente ha limitado el valor probatorio de las facturas, dado su carácter de documentos privados, tal limitación ha obedecido, principalmente, a los casos en que con facturas se ha tratado de probar la posesión, sobre todo en juicios de amparo, por lo que desde otro punto de vista, debe sustentarse que, si se allega como medio de prueba una factura en la que aparece que una persona compró un bien, adminiculada de otras presunciones que hagan suponer la certeza de los hechos asentados en la factura, debe estimarse como comprobada la propiedad del objeto de dicho documento.

Tribunal Colegiado del Décimo Tercer Circuito.
Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Tomo: 157-162 Sexta parte, página 81.
Amparo en revisión 530/81. García Jiménez Distribuidores S. A. de C. V. 26 de febrero de 1982. Unanimidad de votos. Ponente: Efraín Ochoa Ochoa.

Facturas, endoso de. La factura es un documento mercantil para consignar la operación llevada a cabo por un comerciante trasmitiendo la propiedad de un bien; empero, los "endosos" posteriores, de particular a particular, son simples cesiones de derechos que no participan de la naturaleza mercantil. La factura no se puede equiparar a un título de crédito, porque no está destinada a circular, ni es un documento en donde esté incorporado el derecho que consigna. Para declarar procedente la tercena excluyeme de dominio, el actor debe probar plenamente ser titular del derecho de propiedad y la simple factura de un vehículo no es suficiente para ello, independientemente de que sea objetado su valor probatorio por la contraparte del oferente, ya que es al órgano judicial al que le corresponde decidir si el actor prueba los hechos constitutivos de su acción, estando obligado en el juicio el que afirma, a probar su aserto.

Amparo directo 415/77. Andrés Hernández Aguas. 29 de septiembre de 1978. Unanimidad de votos. Ponente: Mario Gómez Mercado. Secretario: José Luis González Marañón.

Informe 1978. Tribunal Colegiado del Sexto Circuito, núm. 15, Página 348.

Intereses moratorios. Es aplicable analógicamente el articulo 362 del Código de Comercio para el cálculo de su monto tratándose de la reclamación de daños y perjuicios. En tratándose del pago de intereses moratorios sobra la cantidad que resulte del pago de daños y peijuicios, para el cálculo de tales intereses es aplicable el artículo 362 del Código de Comercio, que si bien se encuentra establecido en el capítulo de préstamo mercantil y regula expresamente los intereses a pagar en el caso de demora en el pago de

una deuda de esa naturaleza; también lo es, que dicho precepto debe aplicarse en forma analógica cuando se reclame el pago de intereses moratorios a partir de la fecha de causación de los daños y peijuicios. conforme a la Usa legal, porque el precepto que nos ocupa es el que establece la usa de interés legal aplicable a todos los supuestos en que proceda la condena al pago de intereses moratorios.

Novena época. Tomo III. mayo de 1996. Tesis 1.8*. G44 C, Página 647. Octavo Tribunal Colegiado en materia civil del Primer Circuito. Amparo directo 777/95. Texall, SA. de CV. 51 de enero de 1996. Unanimidad de voto*. Ponente: María del Carmen Sánchez Hidalgo. Secretaria: María Concepción Alonso Flores.

Marcas. ley de invenciones y marcas. Competencia desleal, que debe entenderse por. El artículo 210, inciso b, fracción X, de la Ley de Invenciones y Marcas. dispone: «Son infracciones administrativas: a)... b) La realización de actos relacionados con la materia que esu Ley regula, contrarios a los buenos usos y costumbres en la industria, comercio y servicios que implique competencia desleal. De manera enunciativa se consideran infracciones administrativas las siguientes: 1. Intenur o lograr el propósito de desacreditar los productos, los servicios o el establecimiento de otro». Por su parte el Convenio de París para la Propiedad Industrial, adoptado en Estocolmo el 14 de julio de 1967 y publicado en el Diario Oficial de la Federación el 27 de julio de 1976, al referirse a la competencia desleal en su artículo 10 bis esublece textualmente lo siguiente: «Los países de la unión están obligados a asegurar a los nacionales de los países de la unión una protección eficaz contra la competencia desleal. 2) Constituye acto de competencia desleal todo acto de competencia contrario a los usos honestos en materia industrial o comercial. 3) En particular deberán prohibirse: 1. Cualquier acto capaz de crear una confusión, por cualquier medio que sea, respecto del establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial de un competidor: 2. Las aseveraciones falsas en el ejercicio del comercio, capaces de desacreditar el establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial de un competidor, 3. Las indicaciones o aseveraciones cuyo empleo, en el ejercicio del comercio, pudieren inducir al público a error sobre la naturaleza, el modo de fabricación, de las características, la aptitud en el empleo la cantidad de los productos». Ahora bien, para que un comerciante o fabricante incurra en actos de competencia desleal es suficiente que sustraiga la atención de la clientela de un competidor en su beneficio, no haciendo uso de sus propias fuerzas, recursos o inventivas, sino realizando actos de imitación respecto de las características predominantes de su competidor. Consecuentemente, si una sociedad pretende basar el éxito de su producto, si no exclusivamente, sí de manera primordial y destacada, en el hecho o circunstancia de sustraer en su provecho la clientela ajena, sin empeñar a cambio sus propios recursos, inventivas o su propia fuerza económica incurre en competencia desleal, porque con su conducta lleva la intención de sustraer la

clientela del fabricante o comerciante competidor, atrayéndola para sí mismo, recibiendo indebidamente los beneficios de que disfruta su rival.

CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO
Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito
Fuente: Semanario Judicial de la Federación
Pane : X-Agosto
Tesis:
Página: 583
Amparo en revisión 244/92. Panam de México, S. A. de C V. 9 de abril de 1992. Unanimidad de votos. Ponente: David Delgadillo Guerrero. Secretario: José Luis Fuentes Reyes.

Afora, *para incurrir en, no es indispensable el requerimiento en obligaciones de dar cuando se ha fijado fecha para cumplirla y se conoce el domicilio del acreedor.* El requerimiento previo sólo es indispensable cuando se fija tiempo para efectuar el pago, ya que el artículo 2080 del Código Civil previene: Si no se ha fijado el tiempo en que debe hacerse el pago y se trata de obligaciones de dar, no podrá el acreedor exigirlo sino después de los treinta días siguientes a la interpelación que se haga, ya judicialmente, ya en lo extrajudicial, ante un notario o ante dos testigos". De manera que si se trata de una obligación de dar, para cuyo cumplimiento se ha fijado fecha, y si el deudor, además, conoce el domicilio de la persona a quien debe efectuar el pago, por haberse consignado en el documento relativo a la operación, no existe impedimento para que efectúe el pago en la fecha indicada y en el domicilio señalado o, en su defecto, para que promueva las diligencias de ofrecimiento de pago o de consignación.

Instancia: Tercera Sala
Fuente: Semanario Judicial de la Federación
Epoca: 7A
Volumen: 217-228
Paite cuarta
Página: 199

Precedente:

Amparo directo 8188/85. Compañía Distribuidora de Regalos, S. A. 2 de julio de 1987. Unanimidad de 4 votos. Ponente:
Ernesto Díaz Infante.
Séptima Época, Cuarta parte:
Volumen 78, página 38. Amparo directo 2672/74. Aurora González de Treviño. 27 de junio de 1975. Unanimidad de 4 votos.
Ponente: Rafael Rojina Villegas.* Volumen 61. página 37. Amparo directo 2272/72. Pablo Nieto Rivera. 10 de enero de 1974. Unanimidad de 4 votos. Ponente: J. Ramón Palacios Vargas.* NOTA (1):
1.a prelación de precedentes ha sido corregida.

* En estas publicaciones apareció con el rubro “PAGO, REQUERIMIENTO".

A*lo es aplicable supletoriamente en materia mercantil, la obligación consignada en el articulo 404.* El artículo 404 del Código de Procedimientos Civiles,

dispone que la confesión judicial expresa que afecta a toda la demanda, engendra el efecto de obligar al juez a otorgar en la sentencia un plazo de gracia al deudor después de efectuado el secuestro y a reducir costas, lo que es contraria a la naturaleza de los juicios ejecutivos mercantiles, que por disposición de los artículos 1392 y 1396 del Código de Comercio, comienzan por el requerimiento de pago seguido del embargo de bienes suficientes para cubrir el adeudo y las costas, en caso de que el deudor no satisfaga ese requerimiento; y como el artículo 1404 del Código de Comercio establece que al no verificar el deudor el pago de las prestaciones reclamadas dentro de tres días después de hecha la traba, ni oponer excepción contra la ejecución, a pedimento del actor y previa citación de las partes se pronunciará sentencia de remate, mandando proceder a la venta de los bienes embargadas, es legalmente imposible que se conceda el término de gracia y la reducción de las costas de que trata el citado articulo 404 del Código de Procedimientos Civiles.

Tercera Sala. Semanario Judicial de la Federación. 6a. época, vol. CXXIX, Página 61.

Obligaciones de dar. Si no se fija plazo son exigióles treinta días después de la interpelación (Estado de Baja California). Si no se fija plazo para el cumplimiento de una obligación de dar, la misma se hace exigible, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1955 del Código Civil de ese Estado, después de treinta días siguientes a la interpelación judicial o extrajudicial que se haga, por lo que si en relación a un contrato de compraventa en que el comprador no cumplió con una obligación de dar se demuestra que se practicaron diversas interpelaciones en forma notarial por la parte vendedora con anterioridad a los treinta días de presentada una demanda de rescisión, y no aparece que se hubiera cumplido la obligación, debe considerarse que se acreditó la acción deducida.

Tercera Sala. Semanario Judicial de la Federación. 7a. época, vol. 217-228, parte cuarta. Página 211.Amparo directo 1213/87. Francisco Araujo Alatriste. 1# de junio de 1987. Unanimidad de 5 votos. Ponente: Jorge Olivera Toro. Secretaria: Hilda Martínez González.

Obligaciones de no hacer, naturaleza de las. La obligación de no hacer es de tracto sucesivo y su valor es del daño o peijuicio que se causa con el hacer correlativo, pues el artículo 2028 del Código Civil establece que el que estuviera obligado a no hacer alguna cosa, quedará sujeto al pago de daños y peijuicios en caso de contravención, y si hubiera obra material, podrá exigir el acreedor que sea destruida a costa del obligado; por tanto, el valor de la obligación principal, está representado por el del peijuicio que le causó, o sea, la privación del beneficio, utilidad o lucro que le ocasionó. Consiguientemente, no es exacto que en las obligaciones de no hacer no exista obligación principal.

Tercera Sala
Sexta Época
Fuente: Semanario Judicial de la Federación
Tomo: XXVIII, Cuarta Parte
Página: 224
Amparo directo 6764/58. Juan Bringas Zamora. 14 de octubre de 1959. 5 votos. Ponente: Mariano Ramírez Vázquez.

Obligaciones en moneda extranjera. La segunda parte del primer párrafo del articulo 8º de la Ley Monetaria contiene una disposición permisiva. El primer párrafo del artículo 8º de la Ley Monetaria contiene dos disposiciones, la una que es prohibitiva o taxativa al ordenar que la moneda extranjera no tendrá curso legal en la República, y la otra que es permisiva y supletiva al dar cabida a que se contraigan obligaciones en moneda extranjera y señalar una forma de solventación. En efecto, puede suceder, siempre en el mundo de la autonomía de la voluntad, que en la concertación de un acto jurídico, los contratantes hayan omitido manifestar expresamente como habrán de regularse determinadas peculiaridades del contrato que han celebrado como, cuando arrendador y arrendatario desatienden la hipótesis de que llegado el momento de cumplir la obligación, el segundo pueda pagar no sólo en moneda extranjera, según lo acordado, sino también en su equivalente en moneda nacional al tipo de cambio que rija en el lugar y fecha en que se haga el pago. A ello obedece que los ordenamientos jurídicos contemplen en su contenido a los llamados preceptos supletivos que, como su nombre lo indica, suplen los olvidos de los contratantes.

Tercera Sala. Semanario Judicial de la Federación. 7a. época, vol. 205-216, parte cuarta, página 119.
Amparo directo 6519/85. Infratec. S_A de CV. 27 de octubre de 1986. 5 votos. Ponente: Victoria Adato Creen de Ibarra. Secretario Luis Pérez de la Fuente.
Amparo directo 11910/84. Constructora y Perforadora Tlaloc, S.A. 16 de febrero de 1987. 5 votos. Ponente Jorge Olivera Toro. Secretaria Ma. Lourdes Delgado Granados.
Amparo directo 11911/84. Constructora y Perforadora Tlaloc, S.A. 16 de febrero de 1987. 5 votos. Ponente Jorge Olivera Toro. Secretaria Ma. Lourdes Delgado Granados.
Amparo directo 395/86. Grutec, SA de CV. 13 de abril de 1987. Unanimidad de 4 votos. Ponente Jorge Olivera Toro. Secretario: Agusun Urdapilleta. Ausente: Ernesto Díaz Infante. Amparo directo 8003/85. Geohkirológica Mexicana, SA 13 de abril de 1987. Unanimidad de 4 votos. Ponente Jorge Olivera Toro. Secretario: Agustín Urdapilleta. Ausente: Ernesto Díaz Infante. Informe rendido a la Suprema Corte de justicia de la Nación 1987. Segunda parte, página 14.

Obligaciones en moneda extranjera Su cumplimiento tratándose de arrendamiento financiero. Tratándose del arrendamiento financiero, como esta operación supone necesariamente un financiamiento o erogación por parte del arrendador, cuando se demuestra que esa erogación para la adquisición de los bienes materia del arrendamiento o el pago del precio de los mismos se hizo en moneda nacional, es de estimarse que las obligaciones derivadas

de ese pacto, originalmente fueron contraídas en tal moneda, no obstante que el contrato o los títulos de crédito respectivos se hayan firmado en dólares de los Estados Unidos de Norteamérica en cuyo caso, el arrendatario deudor, debe solventar dichas obligaciones en moneda nacional, al tipio de cambio que se haya tomado en cuenta o que haya estado vigente al celebrarse la operación correspondiente.

Tercera Sala. Semanario Judicial de la Federación. 7a. época, vol. 217-228, parte cuarta, página 224.
Amparo directo 12098/84. Salomón Issa Murra y Combugas, S. A. 19 de febrero de 1987. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Jorge Olivera Toro. Secretario: Waldo Guerrero Lázcarez.

Precedente:

Amparo directo 1149/82. Kcnworth Mexicana S. A. de C. V. 22 de noviembre de 1982. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Gloria León Orantes. Secretario: Marco Antonio Rivera Corella.

Operaciones mercantiles. No existe prohibición legal para celebrarlas en moneda extranjera. De una correcta interpretación de lo que ordena el artículo 635 del Código de Comercio, cabe concluir que este precepto no prohíbe que una operación mercantil se efectúe en moneda extranjera, sino que únicamente impone la modalidad de que los actos de comercio celebrados bajo condiciones en que se toma en cuenta al peso mexicano, éste sirva como base para lograr su realización definitiva.

Tercera Sala. Semanario Judicial de la Federación. 7a. época, vol. 205-216, Cuarta parte, página 123.
Amparo directo 9247/84. "Inmobiliaria Villa de los Arcos", S. A. de C. V. y otro. 8 de octubre de 1986. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Victoria Adato Creen de Ibarra. Secretario: Virgilio Adolfo Solorio Campos.

Pacto comisorio, tácito y expreso, debe entenderse aplicable para ambos el artículo 1949 del Código civil del Distrito Federal, dado que el concepto y efectos de uno y otro son los mismos. Aunque el artículo 1949 del Código civil del Distrito Federal, se refiere solo al pacto comisorio tácito, el supuesto que contempla dicho numeral, debe también entenderse aplicable al pacto comisorio expreso, si se toma en consideración que el concepto de uno y otro, son los mismos, con la salvedad de que mientras el invocado precepto que habla de las partes, sobrentiende la existencia del primero, en los contratos sinalagmáticos, el segundo, se encuentra previsto y regulado expresamente en el acuerdo de voluntades; sostener lo contrario, sería admitir que el cumplimiento de la obligación, queda al arbitrio de cada uno de los contratantes, lo que pugna con lo dispuesto por el artículo 1797 del ordenamiento legal invocado.

Sexto Tribunal Colegiado en materia civil del Primer Circuito. Novena época. Tomo III, mayo de 1996. Tesis 1.6°. C 54 G, página 669.

Amparo directo 1906/96. Sucesión de José de Jesús Núñez y Núñez. 25 de abtil de 1996. Unanimidad de votos. Ponenete: Ana María. Ulloa de Rebollo. Secretario: Cuauhtémoc González Álvarez.

Pacto comisorio expreso. Efectos dd, en los contratos civiles. De conformidad a lo establecido en el artículo 1949, del Código Civil del Estado de Guerrero, que estuvo en vigor hasta el dos de marzo de mil novecientos noventa y Des, 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, por esta razón, a dicha facultad resolutoria la doctrina le denomina pacto comisorio tácito, en virtud de que va implícita y se sobrentiende en los contratos bilaterales. Sin embargo, también existe el pacto comisorio expreso, esto es, cuando los contratantes establecen dicha facultad en alguna de las cláusulas del acuerdo de voluntades, y el mismo es legítimo, porque, en términos de los artículos 1832 y 1839 de la mencionada ley chil, en materia de contratos la voluntad de las partes es ley suprema, ya que éstas pueden incluir las cláusulas que estimen convenientes, además que, en los contratos chiles, cada uno se obliga en la forma y términos que aparezcan que quiso obligarse. En ese orden de ideas, contrario a lo que acontece con el pacto comisorio tácito, a virtud de expresa cláusula resolutiva, el contrato se resuelve, o se da por terminado, automáticamente, por el sólo hecho del incumplimiento de una de las partes a lo que se obligó; es decir, por el hecho de que en la realidad se actualicen algunas de las causas convenidas como motivo de rescisión, sin la intervención de los tribunales para ese efecto; dicho de otra manera, por efecto del pacto comisorio expreso, las partes contratantes adquieren la facultad de rescindir por sí y ante sí el contrato, tan sólo por el hecho de que su contratante haya dejado de cumplir con las obligaciones que el propio contrato le impuso.

Segundo Tribunal Colegiado del Vigésimo Primer Circuito.
Amparo en revisión 324/93. Alfa Castillo Castañón, Rossana, Alejandra y Alfa Lidia Guillén Castillo. 20 de enero de 1994. Unanimidad de votos. Ponente: Martiniano Bautista Espinosa. Secretario: Javier Cardoso Chávez.
Semanario Judicial de la Federación. Octava época Tomo XIII. Marzo de 1994. Página 413.

Pagaré con vencimientos sucesivos. Plazo de presentación para su pago. El artículo 79 de la *Ijcy* General de Títulos y Operaciones de Crédito, dispone que las letras de cambio con vencimientos sucesivos se entenderán siempre pagaderas a la vista por la totalidad de la suma que expresen; y el 174 de esa misma Ley dispone que son aplicables al pagaré, en lo conducente, entre otros artículos, el mencionado 79, o sea la regla de que los pagarés al igual que las leuas de cambio con vencimientos sucesivos, se entenderán pagaderos a la vista; ahora bien, si el pagaré fundatorio de la acción ejercida contiene vencimientos sucesivos, consiguientemente, con estricta sujeción a las disposiciones de los preceptos referidos, debe en-

tenderse que dicho pagaré es a la vista, y que el plazo de presentación para su pago es el de seis meses contados a partir de la fecha de su expedición, según lo establecen los artículos 93 y 128 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito para los documentos a la vista, y no el de tres años contados a partir de la fecha del último vencimiento señalado en el pagaré.

Tercera Sala. Semanario Judicial de la Federación. 7a. época, vol. 217-228. pane cuarta, página 227.
Amparo directo 4172/73. Banco Nacional de Crédito Agrícola. S. A. 14 de agosto de 1974. Unanimidad de 4 votos. Ponente: David Franco Rodríguez. Secretario: Salvador Tejeda Cerda.
Boletín, Año 1, agosto 1974, núm. 8, Tercera Sala, página 58.

Pago de renta en dólares. Es licito si asi lo establecieron las partes. El axioma *Pacta Sunt Servando* determina que la voluntad de los contratantes es la ley suprema en el acto jurídico que realizan, y si a ello se suma que en la interpretación de los contratos, según lo prescribe el numeral 1851 del Código Civil para el Distrito Federal, debe estarse al sentido literal de sus cláusulas cuando sus términos son claros y no dejan duda sobre la intención de las partes, lógicamente es dable inferir que la arrendataria cumplirá debidamente su obligación entregando la suma pactada en dinero extranjero.

Amparo directo 6519/85. Infratec, S. A. de C V. 27 de octubre de 1986. 5 votos. Ponente: Victoria Adato Creen de Ibarra. Secretario: Luis Pérez de la Fuente.
Amparo directo 11910/84. Constructora y Perforadora Tláloc, S. A. 16 de febrero de 1987. 5 votos. Ponente: Jorge Olivera Toro. Secretaria: Ma. Lourdes Delgado Granados.
.Amparo directo 11911/84. Constructora y Perforadora Tláloc, S. A. 16 de febrero de 1987. 5 votos. Ponente: Jorge Olivera Toro. Serrrtaria: Ma. Lourdes Delgado Granados.
Amparo directo 393/86. Grutec, S. A. de G V. 13 de abril de 1987. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Jorge Olivera Toro. Secretario: Agustín Urdapilleta Trueba. Ausente: Ernesto Díaz Infante.
Amparo directo 8003/85. Geohidrológica Mexicana S. A. 13 de abril de 1987. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Jorge Olivera Toro. Secretario: Agustín Urdapilleta Trueba. Ausente: Ernesto Díaz Infante.

Pena convencional, cuál es la obligación principal en la. La interpretación auténtica, lógica y sistemática de las disposiciones legales rectoras de la cláusula penal, en relación con su objeto y naturaleza jurídica, conduce a determinar necesariamente que el concepto "obligación principal", utilizado en el artículo 1843 del Código Civil para el Distrito Federal, se refiere a cada obligación concreta por cuyo posible incumplimiento se pacta la pena convencional, y en modo alguno a la obligación que se estime de mayor importancia, económica o de cualquier otra índole, entre todas las contraídas en un contrato, Iais razones específicas que conducen a dicho criterio son las siguientes: 1. De lo dispuesto en el artícu-

lo 1840 del citado ordenamiento sustantivo, se advierte que la pena convencional es una prestación pactada para el caso de que cierta obligación no se cumpla, o no se cumpla de la manera convenida. Su objeto esencial, según lo explican magistralmente los autores del Código Civil para el Distrito Federal de 1870, en la parte expositiva, consiste en indemnizar al acreedor de los daños y perjuicios que se le sigan con la falta de cumplimiento de la obligación, y por esto se fija como límite máximo el valor de la obligación principal, porque si pudiera exceder de éste, se halagaría con un incentivo poderoso al acreedor, para obstaculizar el cumplimiento o ser moroso al exigirlo, por lo menos, con el ánimo de obtener el importe de la pena, que implicaría no sólo una justa indemnización, sino también una considerable ganancia, o bien resultaría un pacto estéril, si no se cumple, o un gravamen realmente insoportable. En dicha parte expositiva se ve que invariablemente se identificó a la obligación principal con la obligación incumplida. Por otra parte, el objeto descrito de la cláusula penal ha continuado hasta nuestros días, sin variación en la legislación vigente, y esto lleva a la situación siguiente: si no se identificara a la obligación principal con la que por incumplimiento da lugar a la pena convencional, se desvirtuaría absolutamente la finalidad de ésta, porque admitiría la posibilidad de que una pena convencional excediera en valor o cuantía a la obligación cuyo incumplimiento la generó, contrariando así el fin perseguido con la institución. Verbigracia, si un arrendatario incumpliera con el deber adquirido de sustituir el calentador de agua por uno nuevo, cuyo precio no excediera de mil nuevos pesos, y por eso estuviera fijada una pena de tres mil nuevos pesos, siendo la prestación contractual de mayor importancia, el pago de la renta mensual de cuatro mil nuevos pesos, con el criterio que no se admite por este tribunal, sería válida esa estipulación y, consecuentemente, contravendría el objeto explicado, al proporcionar al acreedor, no sólo lo máximo que pudiera obtener con el cumplimiento de la obligación, sino una jugosa ganancia, ajena totalmente a los propósitos de la institución; en cambio, si como obligación principal se entiende la sustitución del calentador, lo convenido al respecto sería nulo, en lo que excediera al valor de este mueble más la mano de obra y materiales para su instalación, logrando así inobjetablemente que el arrendador fuera compensado por lo que perdió con el incumplimiento, sin propiciar una injusta ganancia. 2. Del contenido del artículo 1841 del Código Ovil, se desprende el carácter accesorio de la pena convencional, y por tanto, que su existencia, validez y subsistencia siguen la suerte de la obligación con la que se le vincula. Por esto, el precepto dice que la nulidad del contrato importa "la de la cláusula penal, pero la nulidad de ésta no acarrea la de aquél", con la sola aclaración de que en este texto, la palabra contrato está usada como sinónimo de la obligación que sirve de base a la cláusula penal, siguiendo con esto una antigua costumbre de los legisladores y los autores. Este carácter accesorio acogido en la ley, permite explicar con claridad que en una disposición inmediata posterior se use el concepto “obligación prin-

cipal", entendiéndose éste en oposición al de "obligación accesoria" dado a la pena, en seguimiento de una de las clasificaciones tradicionales de las obligaciones, que distingue entre principal y accesoria. 3. En todos los artículos relativos a la cláusula en comento, se regula únicamente la relación existente entre la obligación incumplida y la de pagar la prestación convencional por el incumplimiento, sin involucrar para nada alguna situación distinta. Por ejemplo, en el artículo 1840, donde se establece la posibilidad de pactar esa modalidad; en los artículo 1844 y 1845, referentes a la modificación de la pena por incumplimiento parcial de la obligación; o en el 1846, donde se dispone que no se puede exigir el cumplimiento de la obligación (incumplida) y el pago de la pena, sino una sola de estas prestaciones, por regla general. Esta constante haría ilógico que cuando a la palabra "obligación" se le agrega la voz "principal", se le diera un significado diferente al de la obligación incumplida, porque con ello se rompería la uniformidad, sin ninguna explicación ni necesidad, e inclusive se alteraría la armonía de las normas y el objeto de la institución regulada, como ya se vio.

Cuarto Tribunal Colegiado en materia Civil del Primer Circuito.
Octava Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Fuente: Semanario Judicial de la Federación Tomo: V Segunda Parte-1, página: 350
Amparo directo 4974/93. Equipos Básicos, S. A. de C V. 21 de octubre de 1993. Unanimidad de votos. Ponente: Leonel Castillo González. Secretario: Ricardo Romero Vázquez. Amparo directo 2434/94. Adán Gutiérrez y González. 19 de mayo de 1994. Unanimidad de votos. Ponente: Mauro Miguel Reyes Zapata. Secretario: Luis Arellano Hobelsberger. Amparo directo 4374/94. Impceco, S. A. de C. V. y otras. 8 de septiembre de 1994. Unanimidad de votos. Ponente: Gilda Rincón Orta. Secretaria: Marcela Hernández Ruiz. Amparo directo 4574/94. Ignacio Rocha González. 22 de septiembre de 1994. Unanimidad de votos. Ponente: Mauro Miguel Reyes Zapata. Secretario: Luis Arellano Hobelsberger. Amparo directo 5334/94. Mar¡a Esthcr Villalobos Herrera. 27 de octubre de 1994. Unanimidad de votos. Ponente: José Juan Bracamontes Cuevas, en funciones de Magistrado por Ministerio de Ley. Secretario: Carlos Arteaga Alvarrz.

Pena convencional Sus elementos. Conforme al artículo 1840 del Código Civil para el Distrito Federal, los contratantes pueden estipular cierta prestación como pena, para el caso de que la obligación no se cumpla o no se cumpla de la manera convenida. Agrega el precepto que si tal estipulación se hace no podrán reclamarse, además, daños y peijuicios. El artículo 1847 del propio ordenamiento previene, que no podrá hacerse efectiva la pena, cuando el obligado a ella no haya podido cumplir el contrato por hecho del acreedor, caso fortuito o fuerza insuperable. De estos artículos se desprende que la pena convencional se integra con los siguientes elementos: *a)* acuerdo de voluntades de los contratantes, accesorio a una convención principal; *b)* sobre la imposición de una pena, en sustitución del resarcimiento de posibles daños y peijuicios; *c)* para el caso de incumplimiento culpable, total o parcial, de la obligación objeto de la

convención principal, y *d)* pena consistente, en el otorgamiento de alguna prestación a favor del acreedor. Los pactos que contengan los anteriores elementos constituirán la pena convencional, a la cual en ocasiones los contratantes la designan expresamente como tal en sus convenciones o con algún término equivalente, como "cláusula penal"; pero a veces le dan otras denominaciones distintas, como por ejemplo, renta, compensación, interés moralorio, aumento en el porcentaje de réditos, prestación adicional, etcétera. Sin embargo, siempre que se surtan los elementos indicados, debe considerarse que existe una pena convencional, con independencia de la denominación que se le dé.

Cuarto Tribunal Colegiado en materia Civil del Primer Circuito.
Ocura Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Caceta del *Semanario Judicial de la Federación* Tomo: 79, julio de 1994 Tesis: I.4o.C. J/60 Página: *So.*
Amparo directo 1937/92. Rogelio Resma y Compañía. S. A. de C V. 30 de abril de 1992. Unanimidad de votos. Ponente: Nía uro Miguel Reyes Zapata. Secretaria: Aurora Rojas Bonilla. Amparo directo 3253/92. Cryoinfra, S. A. de C V. 8 de octubre de 1992. Unanimidad de votos. Ponente: Leonel Castillo González Secretario: J. Jesús Contrcras Coria. Amparo directo 1540/94. Unión Ciento Ochenu y Siete, S. A. 14 de abril de 1994. Unanimidad de votos. Ponente: Leonel Castillo González. Sccreurio: José Juan Bracamontes Cuevas. Amparo directo 1734/94. Ralph y Asociados. S. C 14 de abril de 1994. Unanimidad de votos. Ponente: Mauro Miguel Reyes Zapau. Sccreurio: Luis Arcllano Hobelsbergcr. Amparo dil ecto 2434/94. Adán Gutiérrez y González. 19 de mayo de 1994. Unanimidad de votos. Ponente: Mauro Miguel Reyes Zapau. Secrcurio: Luis Arcllano Hobelsbergcr.

Pena convencional, Jinalidad de la. (Legislación del Estado de Jalisco). De lo prevenido por el artículo 1757 del Código Civil del Estado de Jalisco, se concluye que la cláusula penal tiene como función evaluar anticipadamente los daños y peijuicios que pudieran causarse por el incumplimiento contractual, y fungir como substituta de los daños y peijuicios; dicho en otras palabras, la pena convencional no es sino la determinación previa del monto de los daños y peijuicios, fijados de antemano con el objeto de superar las dificultades de prueba que puedan existir para puntualizar la cuantía de éstos, condicionada, desde luego, al incumplimiento o cumplimiento defectuoso de las obligaciones contractuales.

Primer Tribunal Colegiado en materia Civil del Tercer Circuito.
Octava Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Fuente: Semanario Judicial de la Federación Tomo: V Segunda partc-1 página: 330.

Amparo directo 867/89. Rubén Valdenegro Cobos. 26 de enero de 1990. Unanimidad de votos. Ponente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Sccreurio: Sergio Mena Aguilar.

Pena convencional en materia mercantil. Aplicación supletoria del Derecho CÁvil. Tratándose de la pena convencional, las disposiciones del derecho civil son supletorias del Código de Comercio. El artículo 88 de este códi-

go establece que en el contrato mercantil en que se fijare pena de indemnización contra el que no lo cumpliere, la parte peijudicada podrá exigir el cumplimiento del contrato o la pena prescrita, pero utilizando una de las dos acciones quedará extinguida la otra. Ahora bien, ni dicho artículo ni algún otro del Código de Comercio reglamenta lo concerniente a la pena convencional, ni dice como debe procederse cuando se cumple en parle la obligación principal, por lo que se impone admitir que a los actos mercantiles tienen que ser supletoriamente aplicables las disposiciones del derecho civil, de acuerdo con el artículo 81 del Código de Comercio.

Segundo Tribuna) Colegiado del Quinto Circuito.
Amparo directo 356/92. Mano Martin Martínez Bojórquez y otros. 7 de octubre de 1992. Unanimidad de votos. Ponente: David Guerrero Espiriú. Secretaria: Edna Martín Navarro García.

Plazo de gracia, es improcedente en materia mercantil. El artículo 84 del Código de Comercio dispone que en los contratos mercantiles no se reconocerán términos de gracia o cortesía, y de su texto no se desprende ninguna limitación por la que deban ser excluidos los casos en que el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los contratos mercantiles sea consecuencia de una sentencia, sino que comprende todos los casos en general; en esa situación, carece de fundamento la pretensión relativa a que, cuando se trata de un pago que se efectúa con motivo de una sentencia, se debe estar supletoriamente a lo dispuesto por el artículo 404 del Código de Procedimientos Civiles y no a lo establecido por el mencionado artículo 84 del Código de Comercio. Tanto más que, en principio, la naturaleza del juicio mercantil, en el que se impone la condena al pago de las costas, pugna con las características del juicio civil, en que el demandado confiesa la demanda y pide al juez que le de un plazo mayor para pagar y que no lo condene en costas o le rebaje tales costas, porque en materia mercantil, lodo es más estricto. Si en un juicio mercantil el demandado confiesa la demanda y pide un termino prudente para pagar un documento mercantil ya vencido o pide que no se le condene en costas, plantearía una situación inadmisible, ya que si el referido artículo 84 del Código de Comercio dispone que en los contratos mercantiles no se reconocen términos de gracia y cortesía, con mayor razón no deben reconocerse cuando el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los contratos mercantiles sea consecuencia de una sentencia, porque si en lo voluntario no hay esa clase de términos, en lo impuesto por una condena judicial, menos los hay.

Séptima Época
Instancia: Tercera Sala
Fuente: Semanario Judicial de la Federación
Torno: 7 Cuarta parte
Pagina: 42
Amparo directo 8191/68. Isla de Mueres, *S. A. y c*oag. 31 de julio de 1969. 5 votos. Ponente: Mariano Ramírez Vázquez.

Ratificación. Por ratificación debe entenderse la confirmación o aprobación de lo que hemos dicho o hecho, o de lo que otra persona ha hecho en nuestro nombre, y la ratificación puede hacerse o bien expresamente, con términos positivos, o bien tácitamente, con hechos. El reconocimiento que se haga de la existencia de un contrato, al absolver posiciones, no significa la aceptación del mismo contrato, ya que puede reconocerse la existencia de un contrato, y a la vez invocar la nulidad del mismo.

Tercera Sala. Semanario Judicial de la Federación. 5a. época, vol. XXXIII. Página 370.
A. D. N* 2522 de 1930, Sec. 3*. Peraza A. Domingo. 23 de mayo de 1931. 5* Época. Tomo XXXII.

Ratificación. La ratificación tiene por efecto el retrotraer las cosas a la época en que se verificó el acto que se ratifica.

Pleno. Semanario Judicial de la Federación. 5a. época. Tomo VIII, Página 876A R. Aspuru Bernardino de. 3 de mayo de 1921.

Representación indirecta. La representación indirecta es aquella conforme a la cual el representante obra en nombre propio, salvo siempre el contrato que tenga celebrado con su representado.

Primera Sala. Semanario Judicial de la Federación. 5a. época, vol. XXXIII, página 2588.
A. R. N* 1591 de 1930, Sec. 3*. Estrada Juan D. 25 de noviembre de 1931. 5* Época. Tomo XXXIII.

Rescisión. Consecuencia de la misma. Cuando se decreta la rescisión de un contrato, aunque las partes no lo pidan, o independientemente de lo que las partes pidan, el juzgador debe precisar, de acuerdo con la ley y las estipulaciones válidas de los contratantes, las consecuencias de la rescisión.

Tercera Sala. Semanario Judicial de la Federación. 7a. época, vol. 217*228, cuarta parte. Página 285.
Amparo directo 1213/87. Francisco Araujo Alatriste. 1* de junio de 1987. 5 votos. Ponente: Jorge Olivera Toro. Secretaria: Hilda Martínez González.

Precedente:

Sexta Época. Cuarta parte: Vol. XLV, Página 88. Amparo directo 485/59. Cooperativa de Autotransportes "Díaz Ordaz", S . C L 5 votos.

Réditos legales. Las prevenciones del artículo 362 del Código de Comercio, no obstante que este precepto se encuentra el Capítulo Primero, Título Quinto del libro Segundo de dicho Código, que solamente se ocupa del préstamo mercantil, no es aplicable únicamente cuando se trata de él, no tiene como otros códigos, un capítulo o varios en que se contengan disposiciones generales que regulen las obligaciones, por lo que

el precepto invocado debe reputarse como general, y es aplicable por lo mismo, no solamente al préstamo, sino a todos los contratos de carácter mercantil, por los que haya de pagarse interés por causa de mora.

Zardafn Hermanos. Página 158. Tomo XXXIII. 5* Época. 1951.

Solidaridad. No se presume. Resulta por disposición legal o del acuerdo expreso de los contratantes. La solidaridad, en términos del artículo 1987 del Código Civil para el Distrito Federal, surge cuando hay pluralidad de acreedores, deudores o de ambos, en una obligación, y cada acreedor puede exigir el cumplimiento del total de la obligación, y cada deudor debe cumplir en su totalidad la prestación debida; solidaridad que no se presume, sino que debe ser expresamente pactada o resultar por disposición legal, según el numeral 1988 del Código en cita, la cual, cuando se origina en la ley, solo es pasiva, es decir, surge pluralidad de deudores y un solo acreedor, como sucede en las hipótesis de gestoría, de daño común, de diversidad de comodatarios y de pluralidad de solicitantes de un servicio profesional, en términos de los artículos 1901, 1917, 2510 y 2611 del ordenamiento citado.

Quinto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito.
Amparo Directo 2741A Heriinda López Careta y otro. 7 de noviembre de 1991.
Unanimidad de votos. Ponenete: José Luis Caballero Cárdenas. Secretario:
Alejandro Javier Piraña Nila.
Semanario Judicial de la Federación Octava Época Tomo IX. Febrero de 1992.
Página 270.

Supletoriedad en materia mercantil. Siendo de naturaleza federal el Código de Comercio, debe aplicarse, supletoriamente, en el aspecto substantivo, el Código Civil para el Distrito y Territorios Federales como derecho común.

Séptima Época. Cuarta parte. Vol. 49, Página 51. A.D. 1109/77. Miguel Peña
Fonscca. Unanimidad de 4 votos.
Jurisprudencia 1917-1985. Apéndice al *Semanario Judicial de la Federación.*
Página 539.

Titulo ejecutixto mercantil, notificación de los contratos o documentos en que se hagan constar los créditos, arrendamientos financieros o factoraje financiero otorgados por las organizaciones auxiliares del crédito. Atento lo dispuesto por el artículo 48 de la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito, el contrato o documento en que se hagan constar los créditos, arrendamientos financieros o factoraje financiero, que otorguen las organizaciones auxiliares del crédito, así como los documentos que demuestren los derechos de crédito transmitidos a empresas de factoraje financiero, deben notificarse previa e individualmente al deudor, junto con la certificación del estado de cuenta verificado por el contador de la or-

ganización auxiliar del crédito acreedora de que se trate, para que pueda considerarse título ejecutivo mercantil sin necesidad de reconocimiento de firma ni de cualquier otro requisito; de ahí que es legal la notificación realizada al deudor ante la presencia de dos testigos, por la vía judicial o bien por cualquier otro medio idóneo, para que de esa manera quede enterado plenamente de la obligación contraída.

Segundo Tribunal Colegiado del Decimonoveno Circuito.
Precedente: Amparo directo 59/96.—Arrendadora Bancomer, SA. de C.V Organización Auxiliar de Crédito.—19 de noviembre de 1996.—Unanimidad de votos.—Ponente: Roberto Terrazas Salgado.—Secretario: Sergio Arturo López Servín.
Tesis: XIX.2o.23 C. Fuente: Semanario judicial de la Federación y su Gaceta Edición: 9* Época, Tomo V. Fecha: abnl 1997. Página: 294.

Trabajo. Contrato de sus diferencias con la comisión mercantil La comisión mercantil tiene una marcada diferencia con el contrato de trabajo, pues en tanto que aquélla se manifiesta por un acto o una serie de actos, que sólo accidentalmente crean dependencia entre comisionistas y comitente, que duran sólo el tiempo necesario para la ejecución de esos actos, en el contrato de trabajo esa dependencia es permanente, su duración es indefinida o por tiempo determinado, pero independientemente del necesario para realizar el acto materia del contrato, siendo la característica esencial de este último contrato la dependencia económica que existe entre la empresa y el trabajador. De modo que si el comisionista sólo puede ocuparse de los asuntos de comitente, sin poder prácticamente ocuparse de otros, se encuentra en sujeción y dependencia que dan a su contrato las características de un contrato de trabajo.

Cuarta Sala. Semanario Judicial de la Federación. 5a. época. Tomo XLIII, Página 1914.
Quinta época:
Tomo XVII. Página 1191. Sánchez, Severino.
Tomo XXXII, Página 600. Ceballos, Cayetano.
Tomo XXXIII, Página 501. Cía. Mexicana Molinera de Nixtamal. S. A.
Tomo XLIII, Página 1914. Vcana, Jesús.
Tomo LI, Página 3071. Monsalve, Ricardo.
Apéndice de Jurisprudencia de 1917 a 1965 del Semanario Judicial de la Federación, quinta parte, Cuarta Sala, Página 191.

Via ejecutiva mercantil. La circunstancia de que no se haya ejercitado la acción cambiaría directa, de manera alguna implica que necesariamente sea improcedente la vía ejecutiva mercantil, pues ésta tiene lugar no solamente cuando la demanda se funda en títulos de crédito, sino también cuando se funda en los demás documentos que traigan aparejada ejecución, los cuales enumera enunciativamente el artículo 1391 del Código de Comercio según el cual, "El procedimiento ejecutivo tiene lugar cuando la demanda se funda en documento que traiga aparejada ejecución. Traen aparejada ejecución: I. La sentencia ejecutoriada o pasada en autoridad de

cosa juzgada y la arbitral que sea inapelable, conforme al artículo 1346, observándose lo dispuesto en el 1348; II. Los instrumentos públicos; III. La confesión judicial del deudor, según el artículo 1288; IV. Las letras de cambio, libranzas, vales, pagarés y demás efectos de comercio en los términos que disponen los artículos relativos de este Código, observándose lo que ordena el artículo 534 respecto a la firma del aceptante; V. Las pólizas de seguros, conforme al artículo 441; VI. La decisión de los peritos designados en los seguros para fijar el importe del siniestro, observándose lo prescrito en el artículo 420; VII. Las facturas, cuentas corrientes y cualesquiera otros contratos de comercio firmados y reconocidos judicialmente por el deudor".

Tercera Sala. Semanario Judicial de la Federación. 7a. época, vol. 203-216, cuarta parte, página 183. Amparo directo 1955/85. Constructora El Crisol. S. A. y otros. 26 de junio de 1986. 5 votos. Ponente: Ernesto Díaz Infante. Secretario: Guillermo A. Hernández Segura.

BIBLIOGRAFÍA

1. ABASCAL ZAMORA. José María, DÍEZ PICAZO, Luis y otros, *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas.* Fundación BBV y Editorial Civitas, S. A., Madrid, 1996.
2. ABASCAL ZAMORA, José María, *Los principios sobre los contratos comerciales internacionales de UNIDROIT,* serie de artículos publicados en el periódico *El Financiero,* México, a partir del 8 de enero de 1997 y que se enumeran como I, II, etcétera.
3. ACQUARONE, María T., *El leasing. Su instrumentación y encuadre en la actual financiación empresarial.* Editorial Ábaco de Rodolfo de Palma, Buenos Aires, Argentina, 1996.

3b. ADAME GARDUÑO, Roberto, *El factoraje como alternativa financiera.* Editorial Monte Alto, México, 1998.

4. ADAME GODDARD, Jorge, *La compraventa internacional.* Editorial McGraw-Hill, México, 1994.

4b. AGUILAR ALVAREZ DE ALBA, Javier, *La libre competencia,* Oxford University Press, México, 2001.

5. AGUILAR CARBAJAL, Leopoldo, *Contratos civiles,* Hagtam, México, 1964.
6. AGUINIS, Ana María de, *Contrato de agencia comercial.* Editorial Astrca, Buenos Aires, Argentina, 1991.
7. ANDREOLI, M., *La cesión del contrato,* traducción de Francisco Javier Osset, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1956.

7b. ARCE GARGOLLO, Javier, *Arbitraje y función notarial.* Breviario No. 37 del Colegio de notarios del Distrito Federal, Editorial Porrúa, México 2007.

8. ARCE GARGOLLO, Javier, *La cesión del contrato.* Revista de Investigaciones Jurídicas número 8, Escuela Libre de Derecho, México, 1984.
9. ARCE GARGOLLO, Javier, "El contrato por persona a designar", artículo que forma parte de la obra *Homenaje a Manuel Borja Martínez,* Editorial Porrúa, México, 1992, págs. 1 a 20.
10. ARCE GARGOLLO, Javier, *El contrato de franquicia,* quinta edición, Editorial Themis, México, 2009.
11. ARCE Y CERVANTES, José, *De las sucesiones,* novena edición, Editorial Porrúa, México, 2009.

12. ARCE Y CERVANTES, José, *De los bienes,* séptima edición, Editorial Porrúa, México, 2009.
13. ASTOLFI, Andrea, *El contrato internacional de joint venture,* traducción de Guillermo A. Moglia Claps, separata de la Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones, número 83, Ediciones De Palma, Buenos Aires, Argentina, 1986.
14. BARRERA GRAF, Jorge, *La representaáón voluntaria en Derecho privado: representación de sociedades,* UNAM, México, 1967.
15. BARRERA GRAF, Jorge, *La ley de protección al consumidor.* Revista "Jurídica" número 8, México, 1976.
16. BARRERA GRAF, Jorge, *Las sociedades en Derecho mexicano,* UNAM, México, 1983.
17. BARRERA GRAF, Jorge, *Instituciones de Derecho mercantil.* Editorial Porrúa, México, 1989.
18. BALICHE GAROADIEGO, Mario, *La empresa.* Editorial Porrúa, México, 1977.
18b. BAUCHE GARCIADIEGO, Mario, *Operaciones boticarias, activas, pasivas y complementarias,* quinta edición, Editorial Porrúa, México, 1985.
18c. BERKOVITZ RODRÍGUEZ CANO, Alberto (director de la obra) y otros, *Contratos mercantiles,* Editorial Aranzadi, Navarra 2001.
19. BELTRÁN SÁNCHEZ, Emilio, *La unificación del Derecho privado,* Colegios Notariales de España, Madrid, 1995.
20. BÉRGAMO LLABRES, Alejandro, *Instituciones de Derecho mercantil,* tomo I, Instituto Editorial Rcus, Madrid, 1951.
21. BETTI, Emilio, *Teoría general del negocio jurídico,* traducción de Martín Pérez, segunda edición, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959.
22. BETTI, Emilio, *Teoría general de las obligaciones,* traducción de José Luis de los Mozos, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1970.
23. *Black's Laxo Dictionary,* Fifth edition, West Publishing, Co. St. Paul Minn, 1979.
24. BONFANTE, Pedro, *Instituáones de Derecho Romano,* traducción de Luis Bacci y Andrés Larrosa, Instituto Editoral Rcus, Madrid, 1965.
25. BORJA MARTÍNEZ, Manuel, *El contrato atipico. Su concepto, clasificación y disciplina jurídica.* Revista "El Foro", quinta época número 19, julio-septiembre, México, 1970.
26. BORJA MARTÍNEZ, Manuel. *El contrato preparatorio.* Revista "Jurídica", número 1, México, 1969.
27. BORJA SORIANO, Manuel, *Teoría general de las obligaciones*, octava edición, Editorial Porrúa, México, 1982.

28. BRANCA, Giussepe, *Instituciones de Derecho privado,* traducción de Pablo Macedo, Editorial Porrúa, México, 1978.
29. BROSETA PONT, Manuel, *Manual de Derecho mercantil,* séptima edición. Editorial Tecnos, Madrid, 1987.
30. BUGEDA LANZA. Jesús, *La sociedad arrendadora financiera como organización auxiliar de crédito.* Revista "Jurídica" número 13, México, 1984.
30b. CALVO CARAYACA, Alfonso L. y FERNANDEZ DE LA GÁNDARA (directores de la obra) y Blanco-Morales Limón Pilar (coordinadora). *Contratos inemacionales,* Editorial Tecnos, Madrid 1997.
31. CARDELUS I. Gassiot, Lluis, *El contrato de franchising,* PPU, Barcelona, España, 1988.
32. CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho tiltil español, común y foral,* décima edición, Editorial Rcus, Madrid, 1977.
33. CASTÁN TOBEÑAS, José, *Crisis mundial y crisis del Derecho,* Editorial Reus, Madrid, 1976.
33b. CASTRILLÓN Y LUNA, Víctor Manuel, *Contratos mercantiles.* Editorial Porrúa, México 2002.
34. CERVANTES AHUMADA, Raúl, *Derecho mercantil.* Editorial Herrero, México, 1975.
34a. CERVANTES AHUMADA, Raúl, *Títulos y operaciones de crédito.* Decimocuarta edición, Editorial Herrero, México, 1988.
35. COGORNO, Eduardo Guillermo, *Teoría y técnica de los nuevos contratos comerciales.* Editorial Mcm, Buenos Aires, Argentina, 1979.
36. DE BUEN LOZANO, Néstor, *IM decadencia del contrato,* UNAM, México, 1983.
37. DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *El negocio jurídico.* Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid. 1967.
38. DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes.* Editorial Civitas, Madrid, 1987.
39. DE LA PEZA MUÑOZ CANO, José Luis, *De las obligaciones.* Editorial McGraw-Hill, México, 1997.
40. DE PINA VARA, Rafael. *Elementos de Derecho mercantil mexicano,* décimo segunda edición, Editorial Porrúa, México, 1979.
41. DE PINA, Rafael, *Elementos de Derecho civil mexicano,* Volumen III, quinta edición, Editorial Porrúa, México, 1980.
42. DÍAZ BRAVO, Arturo, *Contratos mercantiles,* Octava edición, Lurc Editores, México, 2004.
43. *Diccionario de Derecho privado.* Editorial Labor, México, 1951.

44. *Diccionario jurídico mexicano,* segunda edición. Editorial Porrúa-UNAM. México, 1988.
45. DÍEZ PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial,* segunda edición, Editorial Tccnos, Madrid, 1983.
46. DIEZ PICAZO, Luis, *La representación en el Derecho privado.* Editorial Civitas, Madrid, 1992.
46b. ESCUCHE, Joaquín, *Diccionario razonado de legislación civil, penal, comercial y forense,* con citas del Derecho, notas y adiciones por el licenciado Juan Rodríguez de San Miguel, Edición y estudio introductorio de María del Refugio González, Miguel Ángel Porrúa-UNAM, México, 1998.
47. FONTAJNE, Marccl, *Droit des Controls intemationaux, Analyse et redaction de clauses,* Foundation pour l'Etudc de Droit et des Usagcs du Comcrce International, Paris, pág. 127.
48. FLORIS MARGADANT, Guillermo, *El Derecho privado romano,* quinta edición, Editorial Esfinge, México, 1979.
49. FRAGA, GABINO, *Derecho administratwo,* decimocuarta edición. Editorial Porrúa, México, 1971.
50. FRISCH PHILIP, Walter y GUTIÉRREZ CARDONA, Carlos, *El arrendamiento financiero.* Revista "El Foro", quinta época, número 16, enero-marzo 1979, México.
51. GARCÍA AMIGO, Manuel, *Las condiciones generales de los contratos.* Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid. 1969.
52. GARCÍA AMIGO, Manuel, *La cesión de contratos en el Derecho español* Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1964.
52b. GARCÍA DE ENTERRÍA, Javier, *Contrato de factoring y cesión de créditos,* segunda edición, Editorial Civitas, Madrid,. 1996.
53. GARRIGUES, Joaquín, *Curso de Derecho mercantil,* séptima edición española, primera en Editorial Porrúa, México, 1979.
54. GARRIGUES, Joaquín, *lemas de Derecho vixto,* Editorial Tecnos, Madrid, 1973.
55. GÓMEZ CALERO, Juan, *Contratos mercantiles con cláusula penal* Editorial Civitas, Madrid, 1980.
56. *Gran Enciclopedia Rialp,* segunda edición, Editorial Rialp, Madrid, 1978.
57. GUERRERO, Euquerio, *Manual de Derecho del trabajo,* décima edición, Editorial Porrúa, México, 1979.
58. *Guide to intemational master franchise agreements (UNIDROrr),* Rome, 1998.

59. *Guide to penalty and liquidated damages clauses,* publicación número 478 de la International Chamber of Commerce (ICC), París, 1990.
60. GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, *Derecho de las obligaciones,* quinta edición, Editorial Cajica, Puebla, México, 1974.
61. GÜYENOT, Jean, *¿Que es el franchising? Concesiones comerciales.* Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, Argentina, 1977.
62. HUNT, Pcarson y otro, *Financiación básica de los negocios,* traducción de Manuel J. Fernández Capero, UTEHA, México, 1972.
63. IGLESIAS PRADA, José Luis, "Notas para el estudio del contrato de concesión mercantil", en *Estudios en homenaje a Rodrigo Uria,* Editorial Civitas, Madrid, 1978.
64. JANGER, Alien R., *Organization of intemational joinl ventures,* Informe de investigación número 787, The Conference Board Inc., New York, 1980.
65. KJLUNG, Peter, *How to make a global joint venture zoork,* Harvard Business Review, mayo-junio 1982, Harvard, Massachusetts.
66. KOTLER, Philip, *Dirección de mercadotecnia. Análisis, planeanón y control,* traducción de Ramón Palazón Bertrand, Editorial Diana, México, 1973.
66b. LANGLE Y RUBIO, Emilio, *El contrato de compraventa mercantil,* Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1958.
66c. LÁZARO SÁNCHEZ, Emilio J., *El contrato esttmatorw (depósito en comisión de venta, venta condicional...)..* Colección jurisprudencia práctica (Núm. 126), Editorial Tecnos, Madrid 1997.
67. LE PERA, Sergio, *Joint venture y sociedad,* primera reimpresión, Editorial Astrca, Buenos Aires, Argentina, 1989.
68. LEÓN TOVAR, Soyla, *El arrendamiento financiero (leasing). Una opción para el desarrollo,* UNAM, México, 1989.
68b. LEÓN TOVAR, Soyla, *Contratos mercantiles,* Oxford University Press, México 2004.
69. LLOBREGAT HURTADO, María Luisa, *El contrato de agencia mercantil,* J. M. Bosch Editor, Barcelona, España, 1994.
70. LÓPEZ VILAS, Ramón, *El subcontrato.* Editorial Tecnos, Madrid, 1973.
71. LOZANO NORIEGA, Francisco, *Cuarto curso de Derecho civil (contratos).* Asociación Nacional del Notariado Mexicano, México, 1970.
72. MANTILLA MOLINA, Roberto, *Derecho mercantil,* vigésimo octava edición, Editorial Porrúa, México, 1992.

73. MARZORATI, Osvaldo J., *Sistemas de distribución comercial. Agencia. Distribución. Concesión. Franquicia Comercial,* primera reimpresión, Editorial Astrca, Buenos Aires, Argentina, 1992.
74. MERRYMAN, John Henry, *La tradición jurídica romano-canónica,* traducción de Carlos Sierra, Fondo de Cultura Económica, México, 1979.
75. MESSINEO, Francesco, *II contrato m genere,* Giuffrc Editores, Milán, 1973.
76. MESSINEO, Francesco, *Manual de Derecho civil y comercial,* traducción de Santiago Sentis Melendo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, Argentina, 1979.
77. MESSINEO, Francesco, *Doctrina general del contrato,* traducción de Santiago Sentis Melendo y otros. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, Argentina, 1986.
78. MORENO NAVARRETE, Miguel Ángel, *Contratos electrónicos,* Editorial Marcial Pons, Madrid, 1999.
78a. MOTILLA MARTÍNEZ, Jesús, *El factoring dentro del marco tradicional del crédito en México,* Jurídica No. 13, México, 1981.
79. MUÑOZ PIAÑAS, José María, *El contrato estimatorio,* Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963.
80. NANDA, Ashish y Williamson, Pctcr, *Use joint x>entures to ease de pain of restnicturing,* Harvard Business Revicw, November-December 1995, págs. 119 a 128
81. PACHECO, Alberto, "La contratación por medios electrónicos", parte de la obra *Homenaje a Manuel Borja Martínez,* Editorial Pomía, México, 1991.
82. PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo, *Refnesentación, poder y mandato,* octava edición, Editorial Porrúa, México, 1994.
82b. PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, José Luis, *Contratos atipicos en el ámbito mercantil,* trabajo que forma parte de la Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados (Derecho Privado), coordinador Dr. Jorge Adame Goddard, Universidad Nacional Autónoma de México, México 2005, págs. 277 a 316.
83. *Principios sobre los contratos comerciales internacionales (UNIDROrr),* editado por el Instituto para la Unificación del Derecho Privado, traducción al español de la versión en inglés de Alejandro M. Garro y otros, Roma, 1995. *UN1DROIT Principies of internacional comercial contracts* 2204, Published by The Internacional Institute for the Unification of Prívate Law, Rome 2004.

83b. *Principios UNIDROTT sobre los contratos comerciales inlemaáonales 2004* publicada en México por el Instituto de Investigaciones Jurídicas, Centro Mexicano de Derecho Uniforme, de de la Universidad Nacional Autónoma de México (2007) y fue traducida bajo la dirección del profesor Alejandro M. Garro en colaboración con Hernany Veytia Palomino (México) y juristas provenientes de diversos países de lengua española.

84. PUENTE MUÑOZ, Teresa, *El contrato de concesión mercantil.* Editorial Montecorvo, Madrid, 1976.

85. PuiG PEÑA, Federico, *Tratado de Derecho civil español,* segunda edición, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1974.

86. RIVERA FARBER, Octavio, *La contratación electrónica.* Revista de Derecho Notarial, número 110, abril 1997, México.

87. ROBLES FARÍAS, Diego, *La validez de los contratos celebrados por medios electrónicos.* Revista de Derecho Privado Núm. 18, septiembre-diciembre 1995, México.

87b. ROCA GUILLAMÓN, Juan, *El contrato de factormg y su regulación por el Derecho Español,* Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1976.

88. ROCCO, Alfredo, *Principios de Derecho mercantil.* Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1931.

89. RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Joaquín, *Curso de Derecho mercantil,* decimocuarta edición, Editorial Porrúa, México, 1977.

90. RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Joaquín, *Tratado de sociedades mercantiles,* quinta edición, Editorial Porrúa, México, 1970.

91. ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Compendio de Derecho civil,* tomo IV, cuarta edición, Editorial Porrúa, México, 1970.

92. SAMPONS SALGADO, Manuel, *El contrato de corretaje.* Editorial Montecoro, Madrid, 1965.

93. SÁNCHEZ CALERO, Fernando, *Instituciones de Derecho mercantil,* decimoquinta edición. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1991.

94. SÁNCHEZ CORDERO DÁVILA, Jorge, "La protección del consumidor en el Derecho de mercado", parte de la obra *Libro del cincuentenario del Código civil,* UNAM, México, 1978.

95. SÁNCHEZ LORENZO, Sixto, *Garantías reales en el comercio internacional (reserva de dominio, venta en garantía y leasing),* Editorial Civitas, Madrid, 1993.

96. SÁNCHEZ MEDAL, Ramón, *De los contratos cixñiles,* novena edición, Editorial Porrúa, México, 1988.

97. SERRA ROJAS, Andrés, *Derecho administrativo,* oclava edición, Editorial Porrúa, México, 1977.
98. TENA, Felipe de J., *Derecho mercantil mexicano,* tercera edición, Editorial Porrúa, México, 1944.
99. TRABUCCHI, Alberto, *Instituciones de Derecho civil,* traducción de Luis Martínez Calcerrada, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1967.
100. URÍA, Rodrigo, *Derecho mercantil,* duodécima edición, Madrid, 1982.
101. VÁZQUEZ DEL MERCADO, Óscar, *Contratos mercantiles,* tercera edición, Editorial Porrúa, México, 1989.
102. VÁZQUEZ PANDO, Femando, *En tomo al arrendamiento financiero,* en Revista de Investigaciones Jurídicas número 4, México, 1980.
103. VÁSQUEZ PANDO, Femando, *Reflexiones en tomo al arrendamiento financiero,* en Revista "Jurídica" número 16, México, 1984.
104. VICENT CHULÍA, Francisco, *Compendio crítico de Derecho mercantil,* segunda edición, Editorial Bosch, Barcelona, España, 1986.
104b. VIVANTE, César, *Derecho Mercantil,* traducción de Francisco Blanco Constans, Edición del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México 2002-2003.
105. ZAMORA Y VALENCIA, Miguel Angel, *Contratos civiles,* décimo segunda edición, Editorial Porrúa, México, 2009.

ÍNDICE GENERAL

ADVERTENCIA A ESTA EDICIÓN..... vn

PRÓLOGO A *IA* TERCERA EDICIÓN..... ix

PRÓLOGO A LA PRIMERA EDICIÓN..... xi

ABREVIATURAS..... XIII

PRIMERA PARTE

CAPÍTULO I. Las obligaciones mercantiles..... 3

1.—El Derecho mercantil mexicano actual. 2.—Tendencias del Derecho mercantil doméstico. 3.—El Derecho mercantil internacional. 4.—La unificación del Derecho privado. 5.—Las obligaciones mercantiles. 6.—El plazo. 7.—El cumplimiento de las obligaciones. 8.—El interés. 9.—La solidaridad. 10.—Prescripción. 11.—Normas procesales mercantiles. 12.—El derecho común supletorio.

CAPÍTULO II. El contrato mercantil..... 35

1.—Normativa general. 2.—Criterios de distinción. 3.—La forma. 4.—Disposiciones legales relativas a medios electrónicos y procesamiento de datos. 5.—La contratación por medios electrónicos. 6.—La representación mercantil. 7.—Clasificación de los contratos mercantiles. 8.—Los contratos de duración. 9.—Principios de UNIDROIT.

CAPÍTULO III. Algunas estipulaciones y formas de contratación 69

1.—Contrato entre ausentes, por fax y con intervención de corredor. 2.—La cláusula penal. 3.—El contrato de adhesión. 4.—Las

condiciones generales del contrato. 5.—La cesión del contrato. 6.—El contrato por persona a designar. 7.—La factura.

CAPÍTULO IV. Limitaciones legales a la libertad de contratación La Ley de Protección al Consumidor.....

1.—Generalidades. 2.—La economía moderna y la Ley de Protección al Consumidor. 3.—Características de la LPC y ámbito de aplicación 4.—Estructura de la LPC y principios generales. 5. —Disposiciones que imponen obligaciones a los proveedores. 6. —Normas de Derecho privado relativas a la contratación. 7. —Normas administrativas. 8.—Normas procesales. 9.—Efectividad de la LPC.

CAPÍTULO V. El contrato atípico.....

1.—Concepto. 2.—Evolución. 3.—Tipicidad y atipicidad. 4.—1.a expansión de los contratos atípicos. 5.—Conversión de figuras atípicas en típicas. 6.—Clasificación 7.—Problemática básica de los contratos atípicos. 8.—Interpretación de los contratos atípicos. 9.—Nuestra legislación. 10.—Algunas sugerencias. 11.—Los contratos coaligados. 12.—El subcontrato.

SEGUNDA PARTE

CAPÍTULO VI. El contrato de suministro.....

I. —Introducción. 2.—Concepto y características. 3.—Contratos afines. 4.—Gasificación. 5.—Elementos. 6.—Limitaciones de la LCE. 7.—Obligaciones del suministrador. 8.—Obligaciones del suministrado. 9.—Modalidades. 10.—Terminación del suministro. II. —Naturaleza contractual.

CAPÍTULO VII. El contrato de consignación o *estimatorio*.....

1.—Origen. 2.—Utilidad del contrato. 3.—Denominación. 4.—Concepto y características. 5.—Gasificación. 6.—Elementos. 7.—Obligaciones del consignante *(tradens*JL 8.—Obligaciones del consignatario *(acctpims*> 9.—Modalidades. 10.—Terminación. 11.—Naturaleza contractual.

CAPÍTULO VIII. El contrato de arrendamiento financiero..... 205

1.—Origen c importancia. 2.—Denominación y concepto. 3.—Características. 4.—Clasificación. 5.—Clases. 6.—Otros aspectos del arrendamiento financiero. 7.—Elementos. 8.—Obligaciones de la arrendadora financiera. 9.—Obligaciones de la arrendataria. 10.—Cesión de derechos contra el vendedor. 11.—La opción. 12.—Modalidades. 13.—Incumplimiento. 14.—Naturaleza contractual.

CAPÍTULO IX. EL CONTRATO DE FACTORAJE..... 251

1.—El factoraje como operación financiera. 2.—Antecedentes. 3.—Denominación. 4.—Concepto. 5.—Características. 6.—Clasificación. 7.—Clases. 8.—Las partes. 9.—Objeto del contrato. 10.—La forma. 11.—Obligaciones del contrato. 12.—Obligaciones del cliente en el factoraje. 13.—Obligaciones de la empresa de factoraje. 14.—La notificación al deudor. 15.—Naturaleza contractual

CAPÍTULO X. Generalidades sobre los contratos de intermediación comercial..... 279

1.—La intermediación comercial. 2.—Características comunes. 3. —Principales diferencias. 4.—Cuadro resumen.

CAPÍTULO XI. El contrato de comisión 285

1.—Antecedentes e importancia. 2.—Concepto. 3.—Características. 4.—Clasificación. 5.—Comisión y mandato mercantil. 6. —Elementos. 7.—Obligaciones precontractuales. 8.—Obligaciones del comisionista. 9.—Obligaciones del comitente. 10.—Prohibiciones. 11.—Privilegios del comisionista. 12.—Algunas formas de ser de la comisión. 13.—Terminación.

CAPÍTULO XII. El contrato de corretaje o mediación..... 311

1.—Origen. 2.—Denominación. 3.—Concepto y características. 4. —Clasificación. 5.—Elementos. 6.—La relación de mediación. 7. —Obligaciones precontractuales. 8.—Obligaciones del corredor. 9.—Obligaciones del cliente. 10.—Modalidades. 11.—Terminación. 12.—Naturaleza contractual.

CAPÍTULO XIII. El contrato de agencia.....

1.—Agencia, agente y contrato de agencia. 2.—El agente.
3. —El contrato de agencia y su regulación en otros Derechos.
4. —Concepto y características. 5.—Clasificación. 6.—Elementos. 7.—Obligaciones del agente. 8.—Obligaciones del empresario. 9.—Modalidades. 10.—Terminación. 11.—Naturaleza contractual.

CAPÍTULO XIV. El contrato de distribución.....

1.—El fenómeno económico de la distribución. 2.—Referencias legislativas 3.—Terminología. 4.—Concepto y características del contrato. 5.—Figuras afines. 6.—Clasificación. 7.—Elementos.
8.—Obligaciones del distribuidor. 9.—Obligaciones del empresalio. 10.—Modalidades. 11.—Terminación. 12.—Naturaleza contractual.

CAPÍTULO XV. El contrato de franquicia.....

1.—Concepto económico e importancia de la franquicia. 2.—Denominación y concepto del contrato. 3.—Características del contrato. 4.—Gases de franquicia. 5.—Elementos. 6.—Obligaciones y derechos del franquiciante. 7.—Obligaciones legales y reglamentarias. 8.—Obligaciones del franquiciatario. 9.—Terminación. 10.—Naturaleza contractual. 11.—La franquicia en otras legislaciones.

CAPÍTULO XVI. El contrato de *joiní vmture*.....

1.—Ideas generales. 2.—Denominación. 3.—Utilidad. 4.—Concepto y características. 5.—Figuras afines. 6.—Gasificación del contrato. 7.—Elementos. 8.—Obligaciones. 9.—Administración. 10.—Modalidades. 11.—Incumplimiento. 12.—Subsistencia del *joint ventun.* 13.—Naturaleza contractual.

CAPÍTULO XVII. El pacto de exclusiva y la cláusula de no competir..... 433

1.—Introducción. 2.—Concepto. 3.—Accesoricdad del pacto. 4.—Requisitos. 5.—Clases. 6.—Efectos. 7.—Incumplimiento. 8.—Naturaleza jurídica. 9.—La exclusividad y la LCE. 10.—La cláusula de no competir.

APÉNDICE. JURISPRUDENCIA Y RESOLUCIONES JUDICIALES..... 451

BIBLIOGRAFÍA..... 501

SE TERMINÓ ESTA OBRA EL DÍA 12 DE NOVIEMBRE DE 2010 EN

CASA ALDO MANUZIO

Tenne&see núm. 6, Col. Ñapóles - 03810 México, D. F.