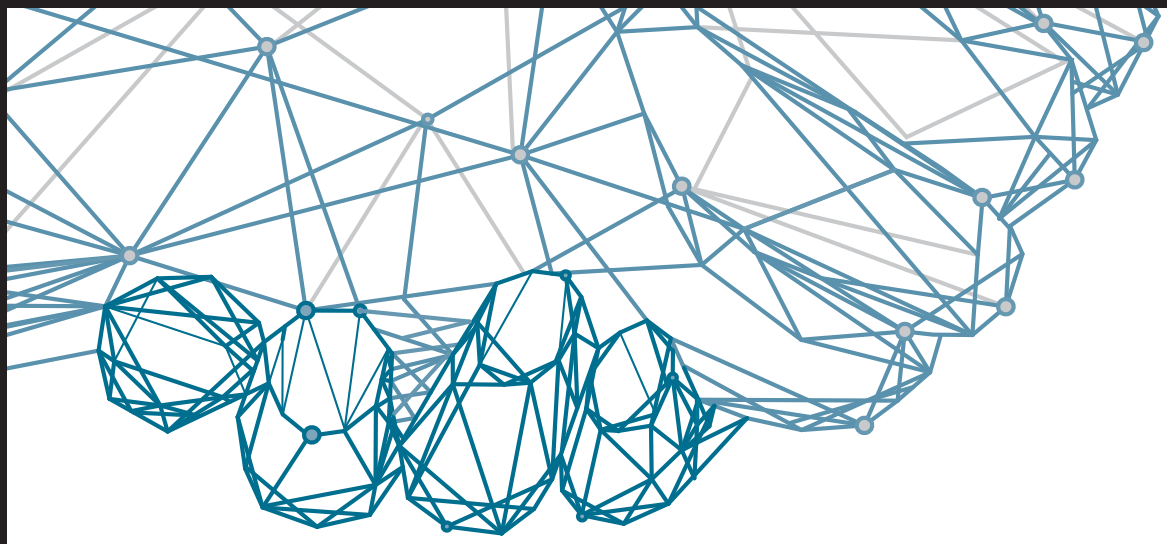
los contratos civiles

Mario de la Madrid Andrade



los contratos civiles



OXFORD

OXFORD

Mario de la Madrid Andrade



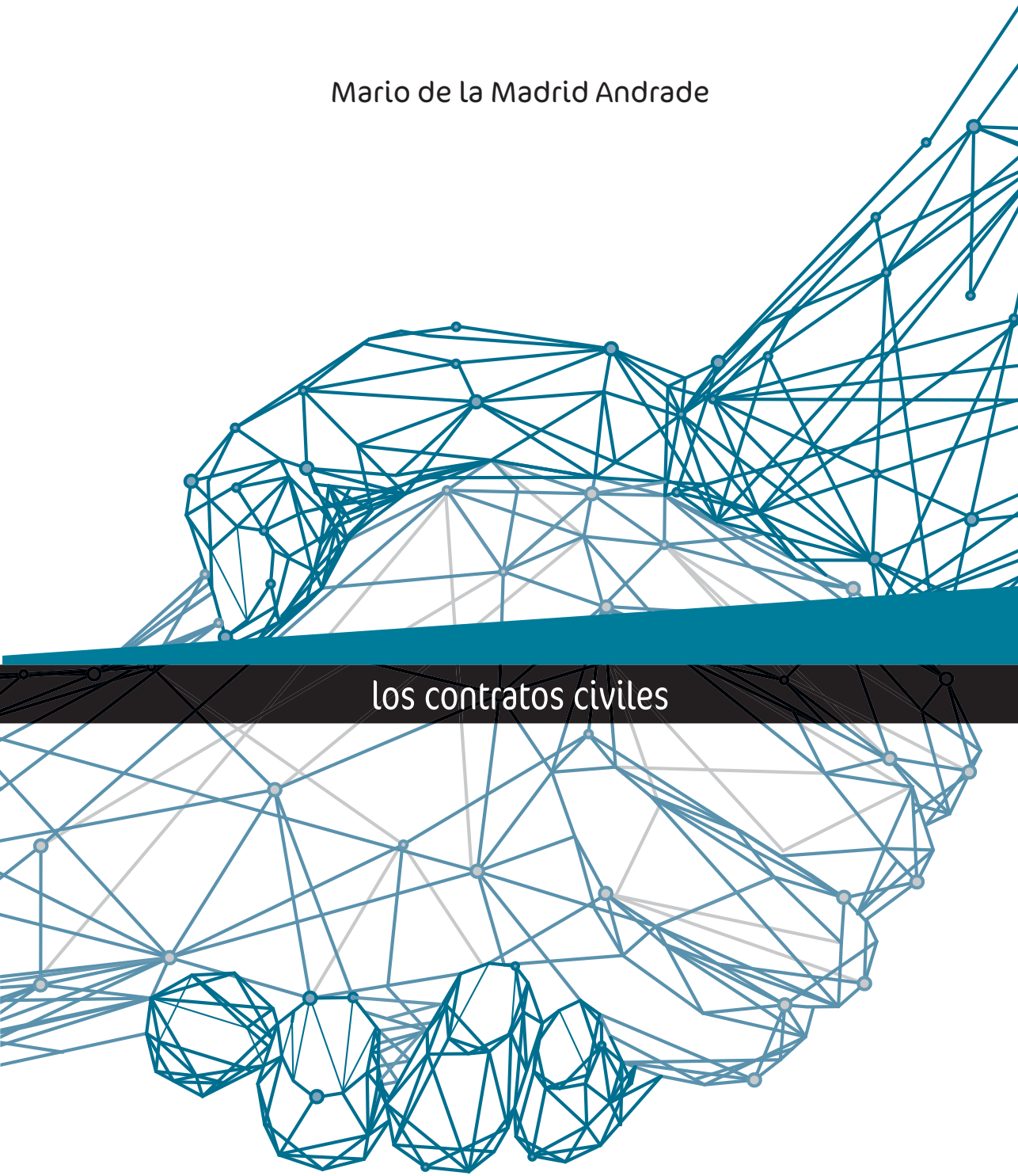
Licenciado en Derecho por la Facultad de Derecho de la Universidad de Colima y doctor en Derecho por la Universidad Panamericana, con mención honorífica. Diplomado en Derecho notarial por la UNAM, tiene una especialidad en Derecho de amparo por la Facultad de Derecho de la Universidad de Colima, y especialidades en Derecho corporativo y económico, Derecho contractual, Derecho de las sociedades mercantiles, Derecho procesal civil y mercantil, y Derecho administrativo, todas en la Universidad Panamericana, sede Guadalajara.

Ha fungido como profesor en diversas universidades del país y del extranjero, entre ellas la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana, la Universidad de Guadalajara y el Doctorado Interinstitucional en Derecho de la Región Centro Occidente de la ANUIES. Es autor de seis libros, todos en materia jurídica, entre los que destacan *El joint venture. Los negocios jurídicos relacionados* y *Contratos atípicos y conexidad contractual*. Además, es autor de varios capítulos de libro y de artículos en revistas nacionales e internacionales.

También ha sido asociado de número de la Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado, de la que fue presidente; presidente y asociado de número (fundador) de la Academia Colimense de Derecho; y presidente de la Federación de Colegios, Barras y Asociaciones de Abogados del Estado de Colima. Participó con la delegación mexicana en la CIDIP VI, que se celebró en Washington en febrero de 2002.

Es notario público adscrito a la Notaría número 09 en la ciudad de Colima y abogado litigante en materias civil, mercantil y administrativa. Es director de la Facultad de Derecho de la Universidad de Colima, cargo que había ocupado con anterioridad (1997-2001), en la que también es profesor.

Mario de la Madrid Andrade



los contratos civiles

OXFORD
UNIVERSITY PRESS

Oxford University Press es un departamento de la Universidad de Oxford, el cual promueve los objetivos de excelencia en la investigación, el aprendizaje y la educación, mediante publicaciones en todo el mundo.
Oxford es una marca registrada de Oxford University Press en el Reino Unido, México y otros países.
D.R. © Oxford University Press México, S.A. de C.V., 2015
Av. Insurgentes Sur 1602, int. 11-1101, Col. Crédito Constructor, Benito Juárez, Ciudad de México, C.P. 03940
www.oup.com.mx

LOS CONTRATOS CIVILES
Primera edición: junio de 2016
ISBN 978-607-426-554-5

Autor: Mario de la Madrid Andrade
Gerente de derecho y ciencias sociales: Karina Salgado Peña
Gerente de operaciones: Miguel Castro N.
Coordinadora editorial: Lilia Guadalupe Aguilar Iriarte
Edición: Rutilo Olvera Argüello
Portada: César Caballero Arango
Diseño y formación: Estudio César Caballero

Ninguna parte de esta publicación puede ser reproducida en ningún sistema electrónico o por cualquier medio, sin la autorización previa por escrito de Oxford University Press México, S.A. de C.V. El editor no se responsabiliza de los contenidos de las páginas web enlazadas o referenciadas en esta publicación.

Se terminó de imprimir en los talleres de
Editorial Progreso, S.A. de C.V.,
Naranjo Núm. 248, Colonia Santa María la Ribera,
Cuauhtémoc, C.P. 06400, Ciudad de México.
En su composición se emplearon las familias tipográficas
CoconOT, Cronos Pro, Miso, Myriad Pro,
sobre papel Bond Kromos blanco Alta Opacidad de 75 g.
Impreso en México

A Coty, mi esposa

A mis hijos Coty, Marian y Mario

Índice de contenido

Prólogo xxiii

PARTE 1. LOS CONTRATOS PRELIMINARES 1

Capítulo 1. La promesa de contratar 1

1.1 Concepto 1

1.2 Clasificación 2

1.3 Diferencias con figuras afines 2
a) Las negociaciones y la carta de intención 2
b) La oferta o policitación 4
c) El contrato de opción 4
d) El contrato normativo o contrato-marco 6
e) El contrato de prelación o de preferencia 7
f) La compraventa, la preventa y la promesa de compraventa 8
g) El contrato por persona a designar 9

1.4 Naturaleza jurídica de la promesa 10

1.5 Tipos de promesa 11

1.6 Las partes contratantes en la promesa 13

1.7 El objeto de la promesa 14

1.8 La forma en la promesa 15

1.9 Contenido obligacional 15
a) Obligación de hacer 15
b) El plazo 16
c) Los elementos característicos del contrato definitivo 16
d) Obligaciones en dinero en la promesa 16

1.10 Los efectos del incumplimiento de la promesa 18

1.11 Terminación de la promesa 19
a) Terminación por caducidad 19
b) Nulidad de la promesa 19
c) Resolución de la promesa 19
d) Muerte de uno de los promitentes en los contratos *intuitu personae* 20

PARTE 2. LOS CONTRATOS TRASLATIVOS DE DOMINIO 22

Capítulo 2. Compraventa 22

2.1 Concepto 22

2.2 Clasificación 22

2.3 Antecedentes 23

2.4 Diferencias con figuras afines 23
2.4.1 La enajenación de bienes 23
2.4.2 Diferencia con la permuta 24
2.4.3 Diferencia entre la venta de cosa futura y el contrato de obra a precio alzado 24
2.4.4 Diferencia entre la compraventa con entregas periódicas y el suministro 27

2.5 Clases de compraventa 28
a) Compraventa civil y compraventa mercantil 28
b) Compraventa pública y compraventa privada 29
c) Compraventa judicial y compraventa extrajudicial 29
d) Compraventa voluntaria y compraventa necesaria 29

2.6 Las partes contratantes en la compraventa 29
a) Bienes de la sociedad conyugal 29
b) Compraventa entre cónyuges 30
c) Bienes de menores sujetos a patria potestad 30
d) Bienes de personas sujetas a tutela 31
e) Bienes de personas con discapacidad, en copropiedad 31
f) Bienes de menores emancipados 31
g) Restricciones a la libertad para enajenar o para adquirir bienes 32
h) Adquisición de bienes inmuebles por extranjeros 34
i) Adquisición de bienes inmuebles por asociaciones religiosas 35

2.7 El objeto en la compraventa 35
2.7.1 El bien 35
a) Que el bien exista o pueda llegar a existir 35
b) La compraventa de cosas futuras 36
c) Que el bien sea susceptible de ser vendido 39
d) La venta de bienes o derechos litigiosos 39
e) Que el bien sea determinado o determinable en cuanto a su especie y a su cuantía 40
f) Que el vendedor esté legitimado para enajenar el bien 40
2.7.2 El precio 40
a) El precio ha de ser cierto 40
b) El precio debe ser en dinero 41
c) Precio justo 41
d) Precio real 41

2.8 La forma en la compraventa 42

2.9 Contenido obligacional 43
2.9.1 Obligaciones del vendedor 43
2.9.1.1 Conservar el bien hasta el momento de su entrega material 44
2.9.1.2 Entregar el bien al comprador 45
2.9.1.3 Transmitir la propiedad del bien al comprador 46

a) La transmisión de la propiedad en la compraventa 46
b) La transmisión de los riesgos en la compraventa 48
c) La teoría de los riesgos en la compraventa 48
d) La venta de un bien ajeno 49
2.9.1.4 Garantía del hecho personal 50
2.9.1.5 Responder por los vicios ocultos de la cosa 51
2.9.1.6 Garantizar la evicción 52
2.9.2 Obligaciones del comprador 54
2.9.2.1 Pagar el precio 54
2.9.2.2 Recibir la cosa 57

2.10 La resolución del contrato de compraventa por incumplimiento 57

2.11 Modalidades de la compraventa 59
2.11.1 Compraventa con reserva de dominio 59
2.11.2 Compraventa con reserva de posesión 62
2.11.3 Compraventa a plazos con cláusula rescisoria 62
2.11.4 Compraventa con pacto de preferencia 63
2.11.5 Compraventa con pacto de no vender a determinada persona 64
2.11.6 Compraventa con pacto de retroventa 65
2.11.7 Modalidades de la compraventa en atención a la manera como se manifiesta el consentimiento 66
a) Venta sobre muestras o mercancías conocidas 66
b) Venta a vistas 66
c) Ventas a ensayo o a prueba 67
d) Venta al gusto (*ad gustum*) 67
e) Venta por cuenta, peso o medida 68
f) Venta por acervo o a precio alzado 69
g) Venta de un inmueble *ad mensuram* y *ad corpus* 69
h) Ventas a domicilio 69

2.12 Casos específicos de compraventa sobre inmuebles 70
a) Compraventa de la fracción de un terreno 70
b) Compraventa de predios ubicados en áreas de reserva para el crecimiento urbano 70
c) Compraventa de bienes inmuebles sujetos al régimen de propiedad y condominio 71
d) Compraventa en caso de derecho del tanto 71
e) Compraventa de bienes inmuebles arrendados 73
f) Compraventa de parcelas ejidales 73
g) Compraventa de solares urbanos propiedad de ejidatarios 74
h) Compraventa de inmuebles declarados monumentos históricos o artísticos 74
i) Compraventa de terrenos forestales 75

Capítulo 3. Permuta 79

3.1 Concepto 79

3.2 Clasificación 80

3.3 Las partes contratantes en la permuta 80

3.4 El objeto en la permuta 80

3.5 La forma en la permuta 81

3.6 Contenido obligacional 81

Capítulo 4. Donación 84
4.1 Concepto 84
4.2 Figuras afines 84
4.3 Clasificación 85
4.4 Tipos de donación 86
4.5 Las partes contratantes en la donación 88
4.6 El objeto en la donación 91
4.7 La forma en la donación 94
4.8 Contenido obligacional 96
4.8.1 Obligaciones del donante 96
4.8.2 Obligaciones del donatario 98
4.9 Terminación de la donación 100
4.9.1 La revocación 100
4.9.1.1 Revocación por superveniencia de hijos 101
4.9.1.2 Revocación por ingratitud del donatario 102
4.9.1.3 Efectos de la revocación 103
4.9.2 La resolución de las donaciones 104
4.9.3 La reducción de las donaciones 105
4.9.4 La muerte del donante 106
Capítulo 5. Mutuo 108
5.1 Concepto 108
5.2 Clasificación 109
5.3 Naturaleza jurídica del mutuo 109
5.4 Tipos de mutuo 110
a) Mutuo simple y mutuo con interés 110
b) Mutuo civil y mutuo mercantil 110
5.5 Diferencias con figuras afines 110
a) Diferencia con el comodato 110
b) Diferencia con el depósito bancario de dinero 110
c) Diferencia entre el mutuo y la apertura de crédito 111
5.6 Las partes contratantes en el mutuo 111
5.7 El objeto en el mutuo 113
5.8 La forma en el mutuo 114
5.9 Contenido obligacional 115
5.9.1 Obligaciones del mutuante 115
a) Obligación de entregar el bien 115
b) Obligación de transmitir la propiedad del bien 116
c) Obligación de responder por los vicios ocultos 116
d) Obligación de garantizar la evicción 117
5.9.2 Obligaciones del mutuatario 117
a) Devolver otro tanto de los bienes mutuados 117
b) Responder por vicios ocultos 118
c) Responder por la evicción 119

d) Pagar réditos en el mutuo con interés 119
5.9.3 Defensas del mutuatario en materia de intereses convencionales 120
5.10 Terminación del mutuo 123
PARTE 3. LOS CONTRATOS TRASLATIVOS DE USO 125
Capítulo 6. Arrendamiento 125
6.1 Concepto 125
6.2 Clasificación 126
6.3 Tipos de arrendamiento 126
a) Arrendamiento civil o mercantil 126
b) Arrendamiento administrativo 127
c) Arrendamiento de bienes muebles o inmuebles 127
6.4 Diferencias con figuras afines 128
6.4.1 Diferencia con la compraventa de frutos o productos de bienes 128
6.4.2 Diferencia con el arrendamiento financiero y con el arrendamiento puro 128
6.4.3 Diferencia con el contrato de garaje o de estacionamiento 130
6.4.4 Diferencia con el contrato de cajas de seguridad 130
6.4.5 Diferencia con el usufructo, el uso y la habitación 131
6.4.6 El arrendamiento de inmuebles en centros comerciales 132
6.4.7 Diferencia con el contrato de exposición 133
6.4.8 Diferencia con el contrato de portería 133
6.5 Las partes contratantes en el arrendamiento 133
6.6 El objeto en el arrendamiento 137
6.6.1 El bien arrendado 137
a) Arrendamiento de bienes inmuebles federales 138
b) Arrendamiento de bienes inmuebles por las dependencias federales, la Procuraduría General de la República o las unidades administrativas de la Presidencia de la República 139
6.6.2 La renta 139
6.7 La duración del arrendamiento 142
6.8 La forma en el arrendamiento 143
6.9 Contenido obligacional 144
6.9.1 Obligaciones del arrendador 144
6.9.1.1 Transmitir el uso o goce de un determinado bien 144
6.9.1.2 Entregar el bien arrendado 145
6.9.1.3 Conservar el bien arrendado. El deber de realizar reparaciones en el bien arrendado 146
6.9.1.4 Garantizar el uso de la cosa arrendada 149
a) La garantía del hecho personal 149
b) La garantía del uso o goce pacífico 149
c) El deber de responder por los vicios ocultos 152
d) El deber de asumir la pérdida del bien arrendado por caso fortuito o fuerza mayor 153
6.9.1.5 Obligación de reembolsar mejoras 153
6.9.1.6 Obligación de preferir al arrendatario, en caso de venta y de arrendamiento 154
6.9.2 Obligaciones del arrendatario 155

6.9.2.1 Pagar la renta ... 155
6.9.2.2 Usar debidamente el bien arrendado ... 158
6.9.2.3 Conservar el bien arrendado ... 158
6.9.2.4 Avisar al arrendador de las reparaciones necesarias y las novedades dañosas ... 161
6.9.2.5 Permitir que el arrendador realice determinados actos en el bien arrendado ... 161
6.9.2.6 Devolver el bien arrendado al concluir el arrendamiento ... 162

6.10 El subarriendo y la cesión del arrendamiento ... 163

6.11 Modos de terminación del arrendamiento ... 165
1. La nulidad del arrendamiento ... 165
2. El vencimiento del plazo ... 166
3. La terminación del arrendamiento por tiempo indefinido ... 166
4. La prórroga del arrendamiento ... 167
5. La rescisión del arrendamiento ... 168
a) El incumplimiento del arrendador ... 168
b) El incumplimiento del arrendatario ... 169
6. Otras causas de terminación ... 169
7. La muerte del arrendador o del arrendatario. La subrogación del arrendatario ... 170
8. La enajenación del inmueble arrendado ... 171
9. El concurso mercantil del arrendador o del arrendatario ... 171
10. La huelga de los trabajadores del patrón arrendatario ... 172

Capítulo 7. Comodato ... 175

7.1 Concepto ... 175

7.2 Clasificación ... 175

7.3 Diferencias con figuras afines ... 177
a) Diferencia con el mutuo ... 177
b) Diferencia con el contrato de precario ... 177
c) Diferencia con la compraventa a vistas ... 179

7.4 Las partes contratantes en el comodato ... 179

7.5 El objeto en el comodato ... 180

7.6 La forma en el comodato ... 181

7.7 Contenido obligacional ... 182
7.7.1 Obligaciones del comodante ... 182
a) Entregar y conceder el uso gratuito del bien al comodatario ... 182
b) Realizar los gastos extraordinarios para la conservación del bien. En su caso, reembolsar tales gastos al comodatario ... 182
c) Indemnizar los daños causados por los defectos del bien ... 183
7.7.2 Obligaciones del comodatario ... 183
a) Conservar la cosa ... 183
b) Destinar el bien al uso que corresponda ... 184
c) Devolver el bien individualmente ... 185

7.8 Terminación del comodato ... 187

PARTE 4. LOS CONTRATOS DE CUSTODIA 190

Capítulo 8. Depósito 190

8.1 Concepto 190

8.2 Clasificación 190

8.3 Tipos de depósito 191
a) Depósito civil y depósito mercantil 191
b) Depósito regular y depósito irregular 192
c) Depósito en garantía 193
d) Contrato de secuestro 193

8.4 Diferencias con figuras afines 194

8.5 Las partes contratantes en el depósito 195

8.6 El objeto del depósito 195

8.7 La forma en el contrato de depósito 196

8.8 Contenido obligacional 196
8.8.1 Las obligaciones del depositario 196
a) Recibir los bienes en depósito 196
b) Cuidar o conservar los bienes 196
c) Abstenerse de usar los bienes depositados 197
d) Restituir los bienes en el estado en que los recibió 197
8.8.2 Las obligaciones del depositante 199
a) Retribuir al depositario 199
b) Indemnizar al depositario por los gastos necesarios 199

8.9 Modos de terminación del depósito 200

PARTE 5. LOS CONTRATOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS 202

Capítulo 9. Mandato 202

9.1 Concepto 202

9.2 Clasificación 202

9.3 Poder, mandato y representación 204

9.4 Tipos de mandato 208
a) Mandato civil y mandato mercantil 208
b) Mandato con representación y mandato sin representación 208
c) Mandato general, mandato limitado y mandato especial 210
d) Mandato judicial 217
e) Mandato expreso, mandato tácito y mandato aparente 218
f) Mandato con garantía y mandato sin garantía 222

9.5 Diferencias con figuras afines 222
a) Diferencia con la comisión mercantil. El mandato mercantil 222
b) Diferencia con el contrato de agencia 223
c) Diferencia con el contrato de intermediación bursátil 224
d) Diferencia con el contrato de expedición 225
e) Diferencia con el contrato de prestación de servicios profesionales 226

9.6 Las partes contratantes en el mandato 226

9.7 El objeto en el mandato ... 228
9.8 La duración del mandato ... 229
9.9 La forma en el mandato ... 230
9.10 Contenido obligacional ... 233
9.10.1 Obligaciones del mandatario ... 233
a) Ejecutar el mandato ... 233
b) Rendir cuentas ... 240
9.10.2 Obligaciones del mandante ... 241
a) Pagar la retribución convenida ... 241
b) Reembolsar los gastos erogados ... 242
c) Indemnizar al mandatario por los daños y perjuicios ... 242
d) Cumplir las obligaciones contraídas por el mandatario en nombre del mandante ... 243
9.10.3 Obligaciones del procurador en el mandato judicial ... 243
9.11 Terminación del mandato ... 244
9.11.1 Causas de terminación del mandato que son comunes a todos los contratos ... 244
9.11.2 Causas de terminación especial o propia del mandato ... 244
a) Por revocación del mandante ... 244
b) El mandato irrevocable ... 246
c) Por renuncia del mandatario ... 253
d) Por muerte del mandante o del mandatario ... 254
e) Por interdicción del mandante o d el mandatario ... 255
f) Causa especial de terminación del mandato ... 255
g) Terminación del mandato judicial ... 255

Capítulo 10. Contrato de obra ... 259

10.1 Concepto ... 259
10.2 Clasificación ... 261
10.3 Diferencias con figuras afines ... 262
a) Distinción con la venta de cosa futura ... 262
b) Distinción con el contrato de servicios ... 263
c) Diferencia con el mandato ... 264
d) Diferencia con el contrato de construcción ... 264
10.4 Las partes en el contrato de obra ... 265
a) Capacidad ... 265
b) Legitimación ... 265
10.5 El objeto en el contrato de obra ... 265
10.5.1 La obra ... 266
10.5.2 El precio de la obra ... 267
a) Sistemas de determinación del precio ... 267
b) Variaciones en el precio de la obra ... 268
c) Exigibilidad del precio. Anticipos a cuenta del precio ... 268
10.6 La forma del contrato de obra ... 269
10.7 Tipos de contrato de obra ... 269
10.7.1 En atención a la determinación del precio de la obra ... 269
a) El contrato de obra a precio alzado (o por ajuste cerrado) ... 269

b) Contrato de obra a precios unitarios (o por unidad o medida) 272
c) Contrato de obra a destajo 273
d) Contrato de obra por administración (o por costos y beneficios) 274
10.7.2 En atención a la determinación del objeto de la obra 276
a) Contrato "llave en mano" 276
b) Contrato "producto en mano" 276
c) Contrato "mercado en mano" 277

10.8 Contenido obligacional 277
10.8.1 Obligaciones del empresario 277
1. Dirigir y ejecutar la obra 277
a) Calidad de los materiales 278
b) Modificaciones a la obra 278
c) El cobro del proyecto de la obra 279
2. Entregar la obra 280
a) Momento de la entrega 280
b) Entrega por partes 280
c) Riesgos por pérdida o deterioro de la obra 280
3. Garantizar los defectos posteriores de la obra 281
4. Observar las disposiciones legales en materia de desarrollo urbano y construcción. El derecho de buena vecindad 282
10.8.2 Obligaciones del propietario de la obra 284
1. Recibir la obra 284
2. Pagar el precio 285
a) Derecho de retención 286
b) Acción directa inversa 287
c) Gastos directos e indirectos 287

10.9 Terminación del contrato de obra 288
a) El desistimiento del comitente o propietario de la obra 288
b) La muerte del empresario 289
c) La rescisión por incumplimiento 289

PARTE 6. CONTRATOS ASOCIATIVOS 291

Capítulo 11. Los contratos asociativos 291

11.1 Consideraciones preliminares 291

11.2 El derecho de asociación 291

11.3 Los contratos asociativos: asociación y sociedad 292

11.4 Tipos de contratos asociativos 293
11.4.1 Los contratos asociativos de naturaleza civil y mercantil 293
a) Diferencia entre la asociación civil y la sociedad civil 294
b) Diferencia entre la sociedad civil y las sociedades mercantiles 294
11.4.2 Las sociedades de personas, las sociedades de capital y las sociedades mixtas 295
11.4.3 La teoría contractual, institucional y funcional de las sociedades mercantiles 296

11.5 Tipicidad y atipicidad de los contratos asociativos 297

11.6 Los contratos asociativos y la personalidad jurídica 297

11.7 La sociedad como contrato y como persona jurídica. Las relaciones internas y externas ... 299
11.8 La naturaleza jurídica de los contratos asociativos ... 300

Capítulo 12. Sociedad civil ... 306
12.1 Concepto ... 306
12.2 Antecedentes ... 307
12.3 Clasificación ... 307
12.4 La sociedad como contrato ... 308
12.4.1 El contrato social y los estatutos ... 308
12.4.2. Las partes contratantes en la sociedad ... 309
12.4.3 El objeto del contrato de sociedad ... 310
12.4.4 La forma del contrato de sociedad ... 311
12.4.5 La sociedad irregular ... 313
12.4.6 El contenido del contrato de sociedad ... 314
12.4.6.1 Obligaciones de los socios ... 314
12.4.6.2 Derechos de los socios ... 315
12.5 La sociedad como persona jurídica ... 317
12.5.1 Los atributos de la personalidad jurídica de la sociedad ... 317
a) Nombre ... 317
b) Domicilio ... 318
c) Duración ... 318
12.5.2 La finalidad común de la sociedad ... 318
12.5.3 El patrimonio y el capital social de la sociedad ... 319
12.5.4 Los órganos de la sociedad. El funcionamiento de la sociedad ... 319
12.5.4.1 La asamblea de socios ... 320
12.5.4.2 Los negocios (o acuerdos) parasociales ... 322
12.5.4.3 El administrador ... 323
12.5.4.4 El órgano de vigilancia ... 324
12.6 Modos de terminación. La disolución y liquidación de la sociedad ... 324

Capítulo 13. Asociación civil ... 329
13.1 Concepto ... 329
13.2 Diferencias con figuras afines ... 330
a) Diferencia con la sociedad civil ... 330
b) Distinción con la asociación en participación ... 331
c) Distinción con las instituciones de asistencia privada ... 331
13.3 La asociación como contrato ... 332
13.3.1 Las partes contratantes en la asociación ... 332
13.3.2 El objeto del contrato de asociación ... 333
13.3.3 La forma del contrato de asociación ... 333
13.3.4 El contenido del contrato de asociación ... 334
13.3.4.1 Obligaciones de los asociados ... 334
13.3.4.2 Derechos de los asociados ... 334
13.4 La asociación como persona jurídica ... 335
13.4.1 Los atributos de la personalidad jurídica de la asociación ... 335

13.4.2 La finalidad común de la asociación ... 336
13.4.3 Los órganos de la asociación. El funcionamiento de la asociación ... 336
13.4.3.1 La asamblea de asociados ... 336
13.4.3.2 El director o el consejo directivo (o los directores) ... 337
13.5 Modos de terminación. La disolución y liquidación de la asociación ... 337
13.6 Las asociaciones civiles autorizadas para recibir donativos deducibles ... 338
13.7 Las asociaciones civiles como organizaciones de la sociedad civil ... 339
Capítulo 14. Negocios jurídicos parciarios. La aparcería ... 341
14.1 Los negocios jurídicos parciarios ... 341
14.2 Concepto ... 342
14.3 Tipos de aparcería ... 343
14.4 Clasificación ... 343
14.5 Diferencias con figuras afines ... 344
a) Diferencia con la sociedad ... 344
b) Diferencia con el arrendamiento ... 345
c) Diferencia con el usufructo ... 345
14.6 Las partes contratantes en la aparcería ... 346
14.7 El objeto en la aparcería ... 346
14.8 La forma en la aparcería ... 347
14.9 La duración de la aparcería ... 347
14.10 Contenido obligacional de la aparcería agrícola ... 347
14.10.1 Obligaciones del propietario en la aparcería agrícola ... 348
a) Entregar el predio rústico susceptible de ser laborable o cultivable al aparcero ... 348
b) Garantizar el uso útil y pacífico del predio al aparcero ... 348
c) Abstenerse de levantar por sí solo la cosecha ... 348
14.10.2 Obligaciones del aparcero o mediero en la aparcería agrícola ... 349
a) Cultivar el predio rústico ... 349
b) Abstenerse de levantar por sí mismo la cosecha ... 349
c) Entregar al propietario la cosecha ... 349
d) Devolver el predio a la terminación del contrato ... 350
14.11 Contenido obligacional de la aparcería ganadera ... 350
14.11.1 Obligaciones del propietario en la aparcería ganadera ... 350
a) Garantizar la posesión y el uso de los animales ... 350
b) Abstenerse de obtener ciertos productos de los animales por sí mismo ... 350
14.11.2 Obligaciones del aparcero en la aparcería ganadera o pecuaria ... 351
14.12 Terminación de la aparcería ... 352
PARTE 7. LOS CONTRATOS DE GARANTÍA ... 355
Capítulo 15. Fianza ... 355
15.1 Concepto ... 355
15.2 Clasificación ... 355

15.3 Diferencias con figuras afines ... 356
a) Diferencia con el aval ... 356
b) Diferencia con la obligación solidaria ... 357
c) Diferencia con las obligaciones concurrentes ... 359
d) Diferencia con el mandato de crédito ... 361
e) Diferencia con el seguro de crédito ... 361
f) Diferencia con la promesa de *porte-fort* ... 362
g) Diferencia con la modificación de la relación obligatoria por sustitución del deudor ... 362
h) Diferencia con las cartas de recomendación ... 363
i) Diferencia con las garantías independientes ... 363

15.4 Tipos de fianza ... 365
a) Fianza convencional, fianza legal y fianza judicial ... 365
b) Fianza gratuita y fianza onerosa ... 367
c) Fianza civil y fianza mercantil ... 367
d) Fianza simple y fianza solidaria ... 367
e) Subfianza, fianza de la fianza o reafianzamiento ... 368
f) Cofianza o coafianzamiento ... 369
g) La retrofianza, fianza de regreso o contrafianza ... 370
h) Promesa de fianza ... 370

15.5 Las partes contratantes en la fianza ... 370

15.6 El objeto en la fianza ... 371

15.7 La forma en la fianza ... 376

15.8 Los efectos de la fianza ... 376
15.8.1 La relación entre el fiador y el acreedor ... 377
1. La acción pauliana contra el fiador ... 378
2. Las excepciones oponibles por el fiador frente al acreedor ... 378
3. Los beneficios del fiador ... 379
a) El beneficio de orden ... 380
b) El beneficio de excusión (*beneficium excussionis*) ... 381
15.8.2 La relación entre el fiador y el deudor principal ... 383
15.8.2.1 Acciones del fiador antes del pago ... 383
a) Acciones de relevación y cobertura ... 383
b) Acción pauliana contra el deudor ... 385
15.8.2.2 Acciones del fiador después del pago ... 385
a) La acción de reembolso o de regreso ... 385
b) La subrogación del fiador en los derechos del acreedor ... 389
15.8.3 La relación entre el fiador que paga y los demás cofiadores ... 390
a) El beneficio de división ... 390
b) Derecho de repetición del fiador contra los cofiadores ... 393

15.9 La extinción de la fianza ... 394

Capítulo 16. Prenda ... 399

16.1 Concepto ... 399

16.2 Clasificación ... 399

16.3 Tipos de prenda ... 400
a) Prenda voluntaria y prenda necesaria o legal ... 400
b) Prenda tácita ... 401

c) Prenda civil y prenda mercantil 401
d) Promesa de prenda 402

16.4 Las partes contratantes en la prenda 402

16.5 El objeto en la prenda 403
a) Los bienes pignorados 403
b) El crédito garantizado 405

16.6 La constitución de la prenda: su formalidad 406

16.7 El principio de indivisibilidad de la prenda 408

16.8 Contenido obligacional 409
16.8.1 Obligaciones esenciales 409
a) Proveer a la conservación de la cosa como si fuera propia 409
b) Abstenerse de usar el bien pignorado 410
c) Restituir la cosa al constituyente de la prenda 411
16.8.2 Obligaciones eventuales 411

16.9 Derecho real de prenda 411
a) El derecho a la posesión (*jus possidendi*) y el derecho de persecución (*jus persequendi*) 411
b) El derecho de venta (*jus distrahendi*) 413
c) El derecho de preferencia 415
d) El derecho de retención de la prenda 415

16.10 Extinción de la prenda 415

Capítulo 17. Hipoteca 419

17.1 Concepto 419

17.2 Antecedentes 420

17.3 Clasificación 420

17.4 Diferencias con figuras afines 421
a) Diferencia entre la prenda y la hipoteca 421
b) Diferencia con la hipoteca de cédula y con la deuda inmobiliaria o deuda territorial del derecho alemán 422

17.5 Tipos de hipoteca. La hipoteca voluntaria y la necesaria 424

17.6 Las partes contratantes en la hipoteca 425

17.7 El objeto de la hipoteca 427
17.7.1 Los bienes hipotecables 428
17.7.1.1 Hipoteca de inmueble sujeto a propiedad condicional 431
17.7.1.2 Hipoteca de inmueble en copropiedad 431
17.7.1.3 Hipoteca de bienes litigiosos 432
17.7.1.4 Hipoteca de derechos reales sobre inmuebles 432
a) Hipoteca de inmueble en usufructo 432
b) Hipoteca sobre construcción. El derecho de superficie 434
c) Hipoteca de servidumbres 436
d) Hipoteca de la posesión 436
e) Hipoteca de la hipoteca (subhipoteca) 437
f) Hipoteca de la anticresis y de la enfiteusis 437
17.7.1.5 Hipoteca de concesiones 438
17.7.1.6 Hipoteca marítima 438

17.7.1.7 Hipoteca de empresa ... 439
a) La garantía específica de los créditos refaccionarios ... 440
b) La hipoteca sobre empresas que explotan vías generales de comunicación ... 441
17.7.2 El crédito garantizado con hipoteca ... 442
a) Hipoteca de seguridad ... 442
b) Hipoteca de propietario ... 444
c) Hipoteca inversa ... 445
17.8 La forma de la hipoteca ... 446
17.9 La duración de la hipoteca. Su prórroga ... 447
17.10 Los principios de la hipoteca ... 448
a) Principio de especialidad ... 448
b) Principio de publicidad ... 449
c) Principio de indivisibilidad ... 450
17.11 El derecho real de hipoteca ... 452
a) Derecho a la posesión del bien hipotecado ... 452
b) Derecho de persecución ... 454
c) Derecho a la enajenación del bien hipotecado ... 454
d) Derecho de preferencia en el pago ... 456
e) Otros efectos de la hipoteca ... 458
17.12 La transmisión de la hipoteca ... 458
17.12.1 La cesión del crédito garantizado con hipoteca ... 458
17.12.2 La subrogación del crédito garantizado con hipoteca ... 459
17.12.3 La subrogación del crédito garantizado con hipoteca, otorgado por entidades financieras para la adquisición, construcción, remodelación o refinanciamiento relativo a bienes inmuebles ... 460
17.13 Extinción de la hipoteca ... 462
17.13.1 Extinción directa ... 462
a) Remisión de la hipoteca ... 462
b) Perecimiento o destrucción del bien hipotecado ... 462
c) El caso del bien inmueble asegurado ... 462
d) Prescripción ... 463
e) Extinción del derecho real objeto del gravamen ... 463
f) Consolidación por confusión ... 464
g) Expropiación ... 464
h) Venta judicial ... 465
17.13.2 Extinción indirecta o por vía de consecuencia ... 465
PARTE 8. LOS CONTRATOS DE AFIRMACIÓN DE DERECHOS ... 468
Capítulo 18. Contrato de transacción ... 468
18.1 Concepto ... 468
18.2 Clasificación ... 469
18.3 Tipos de transacción ... 470
a) Transacción judicial y transacción extrajudicial ... 470
b) Transacción pura (o particional) y transacción compleja ... 470
18.4 Diferencias con figuras afines ... 470
1. Actuaciones procesales que ponen fin al litigio ... 470

2. El contrato de decisión por suerte 471
3. Los acuerdos para solucionar controversias por medios alternos. Los convenios relativos 471
a) El acuerdo de mediación o conciliación 472
b) El acuerdo de arbitraje 473
4. El convenio de división de la cosa común 473

18.5 Las partes contratantes en la transacción 473

18.6 El objeto en la transacción 474
1. La situación jurídica controvertida 475
a) La teoría de la *res dubia* 475
b) La teoría de la *res litigiosa* 476
c) La teoría mixta 476
2. Las concesiones recíprocas 478

18.7 La forma en la transacción 481

18.8 Contenido obligacional 481
a) El reconocimiento y la renuncia de los derechos controvertidos 482
b) La transmisión de bienes o la prestación de servicios 482
c) Los vicios ocultos y la evicción 482
d) La garantía de la existencia y de la legitimidad de derechos 483
e) La interpretación del contrato de transacción 483
f) La indivisibilidad del contenido 483

18.9 Los efectos jurídicos de la transacción 484
a) Eficacia de cosa juzgada 485
b) Ejecución en la vía de apremio 486
c) Efectos respecto de obligados solidarios y garantes 487

18.10 Terminación de la transacción 488
a) La nulidad de la transacción 488
b) La resolución de la transacción 489

Bibliografía 491

Índice analítico 497

Prólogo

Nunca resulta fácil prologar un libro y más cuando se trata de uno escrito por un buen amigo cuya capacidad y conocimientos en la materia superan con mucho los del *prologador*. Conocí al Dr. Mario de la Madrid Andrade hace muchos años –quizá más de veinte– cuando coincidimos como condiscípulos en algún posgrado de derecho impartido en la Universidad Panamericana de Guadalajara. De inmediato trabamos una amistad basada en intereses compartidos, sobre todo en el ámbito de la academia, que se ha conservado hasta la fecha, con muchas publicaciones, conversaciones de derecho, cursos, posgrados, conferencias y doctorado de por medio.

Los intereses comunes a que me he referido permiten que me haya honrado con la oportunidad de escribir el prólogo de su libro sobre contratos civiles. El autor ha sido profesor del curso de contratos civiles en la Universidad de Colima desde hace muchos años, lo que le otorga los méritos necesarios para emprender la tarea de escribir sobre su materia. Tampoco es un novato en cuanto a la publicación. Es autor de otros muchos libros en materia de contratos, entre los que destacan *El Joint Venture. Los negocios jurídicos relacionados* y *Contratos atípicos y conexidad contractual*, ambos publicados por Porrúa.

Es innegable la importancia que ha adquirido el derecho contractual en el mundo moderno. Como es sabido, los contratos constituyen la principal fuente de obligaciones a nivel mundial, por lo que en el entorno globalizado en el que vivimos, han adquirido una relevancia internacional inusitada. Lo anterior se constata con el número, cada vez más abultado, de instrumentos internacionales que intentan armonizar el derecho contractual en el mundo.



Para nadie es un misterio que el principal obstáculo para el comercio mundial lo constituyen los distintos regímenes jurídicos a los que indistintamente pertenecen los países que conforman la comunidad internacional. Como el comercio es el principal motor de la economía mundial, un derecho armonizado en materia de contratos se vuelve indispensable. Así han surgido distintos ordenamientos internacionales en materia de contratos, como los Principios Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales, los Principios del Derecho Europeo de los Contratos, el Código Europeo de Contratos y el *Draft Common Frame of Reference*. Lo anterior confirma la importancia que ha tomado la materia contractual a nivel internacional.

Por otro lado, el concepto mismo de *contrato* se ha convertido en lo que Díez Picazo ha denominado un *super-concepto*. Y es así porque las distintas legislaciones del mundo –y la nuestra no es una excepción– utilizan esa figura para regular de manera supletoria todos los negocios jurídicos que requieren un acuerdo de voluntades –como el matrimonio, entre otros–, así como las demás fuentes de obligaciones extracontractuales, como la declaración unilateral de la voluntad, las que nacen de los hechos ilícitos, del riesgo creado, del enriquecimiento sin causa, de la gestión de negocios, etc. Además se utiliza la regulación del contrato para establecer normas básicas que sirven a todo el ordenamiento jurídico, como aquellas relacionadas con la manifestación de la voluntad, con el perfeccionamiento de actos y negocios jurídicos, con su validez o nulidad, su eficacia e ineficacia, con los conceptos de plazo, término y condición, con el cumplimiento e incumplimiento y con otras que sería imposible enumerar en este espacio.

Por todo ello, nunca está de más un nuevo libro de contratos y especialmente si se trata de uno de cuño moderno, completo y de excelente redacción. El libro del Dr. De la Madrid destaca por su claridad, sin sacrificar por ello un estilo serio, técnico y omnicomprensivo de la materia. Se fundamenta en los grandes contractualistas mexicanos, como Sánchez Medal, Rojina Villegas, Domínguez Martínez y Zamora Valencia, entre otros, pero también hace referencias continuas a maestros extranjeros como los Mazeaud, Enneccerus, Díez Picazo, Alterini y muchos otros.

El libro *Los contratos civiles* está dividido en ocho títulos que corresponden a una clasificación clásica de los contratos: Contratos preliminares, Traslativos de dominio, Traslativos de uso, Custodia, Prestación de servicios, Asociativos, de Garantía y de Afirmación de derechos.

Dentro de esos ocho títulos el autor desarrolla de manera desenvuelta, clara, bien documentada, los 17 principales contratos que componen la gama de los civiles: Promesa de contratar, Compraventa, Permuta, Donación, Mutuo, Arrendamiento, Comodato, Depósito, Mandato, Obra, Sociedad Civil, Asociación civil, Aparcería, Fianza, Prenda, Hipoteca y Transacción.

Es preciso destacar algo que enriquece indudablemente la obra que se prologa. Me refiero a las continuas referencias a la Jurisprudencia mexicana relacionada con los distintos temas tratados. Ello constituye un ingrediente que otorga al libro una calidad extraordinaria, pues gracias a la profunda investigación del autor en esta materia, nos permite conocer los criterios más actuales de nuestro máximo tribunal.

Estoy seguro que el libro del Dr. De la Madrid rápidamente se convertirá en libro de texto para el curso de contratos civiles en las principales universidades del país. No dudo tampoco que con el tiempo adquirirá el estatus de esos libros que pasan a formar parte de los *clásicos* de una materia.

DIEGO ROBLES FARÍAS

Guadalajara, febrero de 2016

PARTE 1: LOS CONTRATOS PRELIMINARES

La promesa de contratar

capítulo 1

Propósitos

Al finalizar el capítulo, el alumno identificará con precisión los rasgos que caracterizan la *promesa de contratar*, sus diferencias con figuras afines, las modalidades que presenta en la práctica, el contenido obligacional del contrato, los efectos jurídicos que produce y la manera como termina.

1.1 Concepto

La promesa de contratar es un contrato por virtud del cual una o las dos partes se obligan a celebrar, dentro de un determinado plazo, un contrato futuro, de conformidad con los elementos esenciales que al efecto precisan.

A este contrato también se le denomina *antecontrato, precontrato, contrato preparatorio, contrato preliminar, promesa de contrato* y *pactum de contrahendo*. No obstante, la expresión *contrato preliminar* ha adquirido generalidad para referirse más bien a un grupo de contratos, entre los que se incluyen la propia *promesa de contratar*, el *contrato de opción*, el *contrato normativo* (o *contrato marco*) y el *contrato de prelación* (o *de preferencia*).

La función económica de este contrato es asegurar la celebración posterior de un determinado contrato cuando las circunstancias de la eventual operación impiden que tal contrato se realice de momento, por ejemplo, porque sea necesaria alguna autorización administrativa o judicial previa, porque se carezca de la documentación necesaria, porque no haya notario disponible, simplemente por falta de tiempo, etcétera.

En el derecho romano no se conoció el contrato de promesa en general, sino solo dos especies de esta: la *promesa de venta* y la *promesa de mutuo*. En el Código de Napoleón tampoco se reguló la promesa en sentido amplio, pero sí la promesa de venta, la cual se consideró como una venta cuando se determinaban la cosa y el precio.

En los códigos civiles de 1870 y 1884 solo se contempló la promesa de venta que previó la posibilidad de pactar *arras penales*: en caso de que incumpliera la promesa, el promitente comprador perdería las arras que hubiera entregado; pero si quien incumplía era el promitente vendedor, este tendría que devolver las arras recibidas y quedaba obligado a entregar otro tanto.



1.2 Clasificación

La promesa de contratar es un contrato *preparatorio*, pues crea una relación jurídica *preliminar* para celebrar un contrato futuro. Es un contrato *principal* porque produce efectos por sí mismo sin depender de otro contrato, como ocurre con los contratos accesorios.[1] Es un contrato de *garantía* porque su función económica es asegurar la realización del contrato definitivo.

Asimismo, la promesa de contratar puede ser unilateral o bilateral. Es *unilateral* cuando solo una de las partes queda obligada a celebrar el contrato futuro, y *bilateral* cuando las dos partes se obligan a realizar el contrato futuro (art. 2244, CCDF). La promesa unilateral es, además, un contrato *gratuito*, en tanto que la promesa bilateral se considera un contrato *oneroso*.[2]

El contrato de promesa es un contrato *formal* porque debe constar por escrito (art. 2246, CCDF).

1.3 Diferencias con figuras afines

a) Las negociaciones y la carta de intención. La etapa previa a la celebración de un contrato se conoce como *etapa precontractual*. Esta comienza con las *negociaciones* o tratos preliminares, durante las cuales las partes intentan alcanzar un acuerdo respecto de la operación económica que les interesa concretar. El inicio de las negociaciones marca también el principio del *iter contractual*, esto es, del proceso seguido para contratar, que transita desde el comienzo de las negociaciones hasta la eventual realización del contrato pretendido.

Las partes que negocian la celebración de un contrato pueden dejar constancia del inicio de las negociaciones en una *carta de intención*, la cual tiene efectos obligatorios en razón de que las vincula para *negociar de buena fe y lealtad negocial*, con la finalidad real de alcanzar un acuerdo sobre el contrato definitivo.

La carta de intención manifiesta la voluntad de una o más partes respecto de su intención para iniciar o proseguir, en su caso, las negociaciones para celebrar un determinado contrato durante el tiempo que establezcan, sin que queden obligadas a celebrarlo. Ese instrumento puede ser unilateral, bilateral o plurilateral, de acuerdo con el número de personas que lo emitan.[3]

En este instrumento, en especial cuando las negociaciones han comenzado y se ha alcanzado algún acuerdo sobre ciertos aspectos del contrato definitivo, las partes "hacen constar el

[1] Sánchez Medal considera que la promesa es un contrato accesorio en la medida en que siempre depende de un contrato futuro (Ramón Sánchez Medal, *De los contratos civiles*, 25ª ed., Porrúa, México, 2013, *op. cit.*, p. 141).

[2] De acuerdo con Sánchez Medal, el contrato de promesa no es en sí mismo *ni oneroso ni gratuito*, ya que este carácter solo corresponde al contrato futuro. La promesa no implica por sí misma ningún desplazamiento de riqueza o bienes económicos y, por ello, su función es netamente jurídica (Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 141).

[3] *Cfr.* Mario de la Madrid Andrade, *El Joint Venture. Los negocios jurídicos relacionados*, Porrúa, México, 2005, p. 145.

estado que guardan las pláticas o discusiones previas y los puntos o condiciones en que se han puesto de acuerdo como parte de ese posible contrato".[4]

Cualquiera de las partes puede terminar las negociaciones, pero en caso de que concluyan de manera intempestiva o que se desprenda de las circunstancias que tales negociaciones se condujeron de mala fe, sin la verdadera intención de alcanzar un acuerdo, la persona afectada podrá reclamar la *responsabilidad civil precontractual* por *culpa in contrahendo*, esto es, por culpa en el curso de las negociaciones contractuales, en particular cuando tales negociaciones habían alcanzado un nivel tal que se daría a entender que el contrato podría concertarse.

Esa clase de responsabilidad comprende el denominado *interés negativo*,[5] es decir, la satisfacción de los daños (*daño emergente*) y perjuicios (*lucro cesante*) que podrían consistir, en términos generales, en los gastos que se habrían erogado durante las negociaciones e, incluso, las operaciones que dejaron de realizarse o que se perdieron.

De acuerdo con Ramón Sánchez Medal, la responsabilidad civil precontractual estaría regulada en México en la responsabilidad civil subjetiva: la obligación de resarcir los daños y perjuicios cuando se obra de manera ilícita o contra las buenas costumbres (art. 1910, CCDF).[6]

El contrato puede experimentar una formación progresiva, por cuanto a que durante las negociaciones podría irse alcanzando el acuerdo sobre ciertos aspectos de la relación, de los cuales se deja constancia en una minuta o borrador. Este documento carece de eficacia vinculatoria en razón de que su contenido se considera provisional, dado que el contrato se entenderá formado hasta que se alcance un acuerdo sobre la totalidad de los puntos –incluso los secundarios– que constituyen el contenido del contrato.[7]

Las negociaciones podrían derivar en una oferta inicial y una serie de contraofertas por ambas partes, hasta que estas alcancen finalmente un acuerdo y celebren el contrato que estaban negociando. Durante esta etapa, la responsabilidad civil de las partes se rige por las reglas relativas a la obligación de mantener la oferta por el plazo estipulado o, en su defecto, el previsto por la ley.

No obstante, las negociaciones también podrían desembocar en la celebración de una promesa de contratar que contendría los elementos esenciales del contrato prometido. En este supuesto, la responsabilidad civil se regula por las normas relativas al incumplimiento del contrato de promesa. Dicha responsabilidad tiene carácter contractual.

Como puede observarse, tanto las negociaciones como la carta de intención, la formación progresiva del contrato, la oferta y la promesa de contratar (esta respecto del contrato definitivo) pueden ocurrir durante el *iter contractual*, esto es, en la etapa precontractual.

[4] Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 143.

[5] El *interés positivo* consiste en el *interés en el cumplimiento* del contrato.

[6] *Cfr.* Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 143.

[7] *Cfr.* Jorge Alfredo Domínguez Martínez, *Derecho civil. Contratos*, 4ª ed., Porrúa, México, 2011, p. 169, con referencia a Messineo.



La "carta de intención" está prevista en los arts. 1845 a 1849 del *Código Civil del Estado de Jalisco*.

b) La oferta o policitación. La *promesa de contrato* es un contrato que obliga a una sola de las partes, o bien a ambas, a celebrar el contrato futuro; en tanto que la *oferta o policitación* es una declaración unilateral de voluntad que solo obliga al oferente a mantener la oferta por el plazo establecido al realizarla o, en su defecto, por el plazo de tres días que al respecto señala la ley, tratándose de una oferta entre ausentes (art. 1806, CCDF).

La oferta es, en esencia, una etapa del proceso de contratación, pues la celebración de cualquier contrato comienza precisamente con la oferta. En ese sentido, basta la mera aceptación de la oferta para perfeccionar el contrato. En cambio, para perfeccionar el contrato futuro objeto de la promesa de contrato es menester que ocurra un nuevo acuerdo entre las partes.

c) El contrato de opción. En México, la *promesa unilateral de contratar* ha sido identificada con el *contrato de opción*.[8] En realidad se trata de dos contratos distintos.

El contrato de opción es el negocio jurídico por virtud del cual una parte, denominada *concedente*, otorga de manera irrevocable a la otra, llamada *optante*, la facultad exclusiva de decidir a su arbitrio entre celebrar o no un contrato principal, dentro de un cierto plazo y de acuerdo con determinadas condiciones.

La *facultad de optar* consiste en la "libre elección de una concreta situación jurídica previamente determinada por las partes".[9]

En materia de sociedades se suelen utilizar las cláusulas denominadas *call option* (opción de compra) y *put option* (opción de venta) para la transmisión de acciones o de partes sociales.

Entre las notas características de este contrato pueden citarse las siguientes:

- Se concede al optante o beneficiario la facultad o el derecho a decidir unilateralmente la realización de otro contrato principal.[10]
- La concesión de esa facultad tiene carácter irrevocable, con independencia de que tal irrevocabilidad se precise o no al celebrarse la opción.
- En la opción se deben determinar las condiciones a las que quedará sujeto el contrato principal.
- Se fija un plazo dentro del cual habrá de ejercerse la opción, de lo contrario esta caduca.

[8] *Cfr.* Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 150.

[9] Javier Talma Charles, *El contrato de opción*, Bosch, Barcelona, 1996, p. 16.

[10] Ángeles Cuenca García, *Régimen jurídico de las opciones sobre acciones en el mercado español de opciones y futuros*, Comares, Granada, 1999, p. 41.

El contrato de opción es unilateral desde la perspectiva de la obligación de realizar el contrato definitivo, puesto que solo el concedente queda obligado y al optante únicamente le corresponde la facultad de optar.

Asimismo, el contrato de opción puede ser oneroso o gratuito. Es *oneroso* cuando se pacta una prima o contraprestación por el mero otorgamiento de la facultad de optar; por consiguiente, la prima debe satisfacerse aun cuando el contrato proyectado no llegue a realizarse. En cambio, el contrato es *gratuito* cuando la opción se concede sin ningún tipo de prima.

En este sentido, en atención a la prima, el contrato de opción será bilateral si se ha pactado la prima (onerosidad) y unilateral cuando no se haya establecido prima alguna (gratuidad).

Es preciso mencionar que la prima podría quedar comprendida en la contraprestación pactada respecto del contrato definitivo, si este llegara a realizarse, o bien, podría operar con independencia de tal contraprestación; esto es, como retribución por la concesión de la opción.[11]

La facultad de optar podrá transmitirse a terceros cuando se haya estipulado esa posibilidad en el contrato o la misma sea admitida por los usos que resultaran aplicables.[12]

Las diferencias entre la promesa de contratar y la opción son las siguientes:[13]

- La esencia de la promesa es obligar a una o ambas partes a celebrar el contrato definitivo; mientras, la opción crea en favor del optante o beneficiario la facultad de optar entre aceptar o rechazar la oferta irrevocable objeto del contrato.
- La promesa es un negocio incompleto desde la perspectiva del contrato definitivo, puesto que si bien las partes establecen en la promesa los elementos esenciales que el contrato definitivo habrá de contener, nada obsta que al celebrarse este último las partes complementen su contenido. La opción, por lo contrario, se considera un negocio completo por cuanto a que su "contenido ha quedado ya determinado de forma completa y exhaustiva".[14]
- La promesa es un negocio autónomo respecto del contrato definitivo, con el cual mantiene un nexo instrumental; en cambio, la opción es un contrato definitivo en formación por ser la opción, como oferta irrevocable, parte de la estructura de dicho contrato.
- La formación del contrato definitivo en la promesa de contratar requiere la expresión de un nuevo consentimiento por ambas partes; en tanto, en la opción basta que el beneficiario de la misma acepte de manera unilateral la oferta irrevocable dentro del plazo que al efecto se estableció para perfeccionar el contrato. El ejercicio de la

[11] *Idem*.

[12] *Cfr.* Atilio Aníbal Alterini, *Contratos. Teoría general*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 338.

[13] *Cfr.* Javier Talma, *op. cit.*, pp. 16, 20, 72-76.

[14] *Ibidem*, p. 72.

opción por parte del beneficiario se rige por las reglas de la aceptación de la oferta y tiene los mismos efectos que esta.[15]

- La promesa de contratar puede ser unilateral o bilateral; mientras, la opción es siempre unilateral en relación con la obligación de celebrar el contrato definitivo.
- Ambos contratos pueden celebrarse con prima; esto es, el precio que como contraprestación se pacta por la mera promesa de celebrar el contrato futuro o por la sola concesión de la opción.
- En la promesa de contratar, el promitente no limita su poder de disposición respecto de los bienes objeto de la promesa. En la opción, el concedente está obligado a no disponer de los bienes ofrecidos al optante, mientras trascurre el plazo establecido para ejercer la opción.

Ejemplo: El propietario de un inmueble celebra un contrato de arrendamiento sobre este y concede una opción de compra al arrendatario para adquirir el referido bien dentro del plazo y en el precio que al efecto se establece en el contrato. Durante todo ese tiempo, el arrendador estará impedido para disponer del referido bien inmueble por enajenación o gravamen de cualquier naturaleza.

El contrato de opción está regulado en los arts. 1839 al 1844 del *Código Civil del Estado de Jalisco*.

d) El contrato normativo o contrato-marco. En el *contrato normativo* –también conocido como *contrato-marco*–, las partes determinan las reglas que habrán de regir los *negocios de aplicación* o *de ejecución* que en lo sucesivo llegaran a celebrar entre ellos. La función económica de esta clase de contratos se satisface por la sola precisión del contenido normativo al que estarán sujetos los referidos negocios de aplicación. Desde este enfoque, el contrato normativo es una especie de los *contratos preliminares*, entendidos como el género.

Algunos autores consideran que un rasgo característico de los contratos normativos es que ninguno de los contratantes queda obligado a celebrar los negocios de aplicación,[16] por lo cual el régimen normativo de tales negocios solo se establece para el caso de que llegaran a celebrar esas ulteriores operaciones contractuales. De conformidad con esta opinión, ese sería el carácter fundamental que permitiría diferenciar el contrato normativo del de promesa: si alguna de las partes o ambas estuvieran obligadas a celebrar los contratos subsecuentes, se estaría ante una promesa de contratar, unilateral o bilateral.

No obstante, otros autores han resaltado el hecho de que el contrato normativo, en ciertas circunstancias, también podría obligar a celebrar los negocios de aplicación,[17] como

[15] *Cfr.* Atilio Aníbal Alterini, *op. cit.*, p. 338.

[16] *Cfr.* Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, pp. 143 y 144.

[17] *Cfr.* Atilio Aníbal Alterini, *op. cit.*, p. 340.

ocurre –por ejemplo– en un contrato normativo de franquicia, el cual fija las condiciones bajo las cuales el franquiciatario adquirirá mercancía del franquiciante, pero también le obliga a adquirirla de este. En tal sentido, el objeto del contrato normativo estaría configurado por la determinación, de cierta manera exhaustiva, del marco normativo que regirá los negocios de aplicación, con independencia de que obligue o no a las partes a concertarlos con posterioridad.

Según Aníbal Alterini, en la hipótesis de que exista contradicción entre las disposiciones establecidas en el contrato normativo respecto de las de los negocios de aplicación, estas habrán de ceder frente a aquellas, salvo estipulación en contrario.[18] Por nuestra parte, creemos que las estipulaciones del negocio de aplicación prevalecen sobre las del contrato normativo, pero solo para esa particular operación, sin que dichas estipulaciones adquieran carácter de generalidad o, incluso, efectos modificatorios sobre operaciones antecedentes o subsecuentes.

El contrato normativo tiene como finalidad la *affectio modulus*; esto es, la voluntad de celebrar sucesivos negocios de aplicación o de ejecución bajo un régimen predeterminado.[19] Desde nuestra perspectiva, estos negocios de aplicación no son negocios absolutamente distintos ni están desvinculados del contrato normativo; por lo contrario, presentan rasgos de complementariedad con este. Incluso, podría decirse que tales negocios de ejecución amplían el objeto y la función económica del contrato normativo.

e) El contrato de prelación o de preferencia. El *contrato de prelación* (o *de preferencia*) es aquel por virtud del cual una de las partes, denominada *otorgante* o *promitente*, se obliga frente a la otra, llamada *beneficiario*, para el caso de que se decidiera a celebrar con posterioridad un determinado contrato, a preferir a este respecto de otras personas eventualmente interesadas en realizar ese mismo contrato.

La prelación otorga al titular de la preferencia un derecho condicionado a un evento futuro e incierto que consiste, precisamente, en la decisión del promitente de celebrar el contrato futuro.[20]

El promitente no queda obligado a celebrar el contrato futuro, sino que goza de la libertad de decidir si lo concluye o no. Solo en el supuesto de que decida realizar el contrato estará obligado a otorgar previamente la preferencia al beneficiario de la misma, en igualdad de condiciones que las ofrecidas por el tercero interesado.[21] Para tal efecto, el promitente habrá de comunicarle al beneficiario de la prelación su decisión de celebrar el contrato, la cual debe reunir los requisitos de la oferta. El contrato quedará concluido con la aceptación del beneficiario, si esta se produce dentro del plazo que al respecto se haya establecido.[22]

[18] *Ibidem*, pp. 340 y 341.

[19] Gatsi, citado por Atilio Aníbal Alterini, *op. cit.*, p. 340.

[20] *Cfr.* Gabriel P. Zapa, "Contratos previos a otros futuros o definitivos", en Rubén S. Stiglitz, *Contratos. Teoría general*, vol. II, Depalma, Buenos Aires, 1993, p. 136.

[21] *Cfr.* Gabriel P. Zapa, *op. cit.*, p. 136.

[22] *Cfr.* Atilio Aníbal Alterini, *op. cit.*, p. 338.

Ejemplo: *B* está interesado en adquirir un determinado inmueble si el propietario del mismo, *A*, desea venderlo. Sin embargo, *B* no quiere quedar obligado a celebrar el contrato futuro. Por su parte, *A* no ha decidido vender el inmueble, razón por la cual tampoco quiere quedar obligado a celebrar ese contrato. Entonces *A* le otorga preferencia a *B* para que adquiera el inmueble en cuestión sobre los terceros que estuvieren interesados en adquirirlo, siempre que sea en las mismas condiciones que estos pudieran ofrecer.

f) La compraventa, la preventa y la promesa de compraventa. En México, la promesa de contratar que más se observa en la práctica es la de compraventa. Sin embargo, esta tiene una problemática particular, en razón de que se le confunde con el propio contrato de compraventa.

Por una parte, la compraventa sobre bienes determinados "es perfecta y obligatoria para las partes cuando se ha convenido sobre la cosa y su precio, aunque la primera no haya sido entregada ni el segundo satisfecho" (art. 2249, CCDF). En opinión de Sánchez Medal, la "correcta interpretación de tal precepto sería solo para hacer resaltar que la compraventa no es un contrato real, sino consensual, porque no requiere de la entrega de la cosa ni para perfeccionarse, ni para transmitir la propiedad de la cosa (2014)".[23]

Por otra parte, la promesa de compraventa requiere, para su eficacia, el acuerdo sobre los elementos esenciales del contrato de compraventa; esto es, sobre la cosa y el precio. De este modo, en ambos contratos existe acuerdo entre las partes sobre la cosa y el precio.

La diferencia entre la promesa de compraventa y la compraventa misma estriba en que la primera tiene por objeto la *celebración posterior* del contrato de compraventa respecto de un cierto bien a un determinado precio, mientras que la compraventa recae, desde el instante mismo de su realización, sobre un bien a cambio de un precio.

La Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) ha señalado que en las *promesas de venta* en las que "no se contiene exclusivamente una obligación de hacer sino una de dar, o se entrega la cosa y se paga el precio en su totalidad o en parte, satisfacen los elementos necesarios para la existencia de la compraventa", con independencia de la denominación que se le otorgue al contrato.[24]

De este modo, se está en presencia de un *contrato informal de compraventa* cuando las partes convienen en la cosa y el precio y, además, se entregan ambos o solo alguno de ellos.[25]

[23] Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 142.

[24] COMPRAVENTA BAJO ASPECTO DE PROMESA DE VENTA. Quinta época. Registro: 1012647. Tercera Sala. Jurisprudencia. Fuente: Apéndice 1917, septiembre 2011. Tomo V. Civil. Primera Parte – SCJN. Primera Sección – Civil. Subsección 1 – Sustantivo. Materia(s): Civil. Tesis: 48. Página: 49.

[25] PROMESA DE VENTA. Séptima época. Registro: 913977. Tercera Sala. Tesis aislada. Fuente: Apéndice 2000. Tomo IV, Civil, P.R. SCJN. Materia(s): Civil. Tesis: 369. Página: 252.

En este sentido, para que haya promesa de compraventa y no compraventa, el contrato debe contener una obligación de hacer; esto es, la celebración del futuro contrato de compraventa. Asimismo, el contrato no debe contener ninguna obligación de dar, sea que se trate de la entrega del bien o del pago del precio. En todo caso, la entrega del bien y el pago de cierta cantidad habrán de tener una causa distinta de la propia compraventa, según se expone más adelante.

Por último, la *preventa* es una expresión que suele emplearse en el comercio de lotes de terreno que están siendo urbanizados, o bien de departamentos, viviendas o locales cuya edificación todavía no ha sido concluida. Esta clase de operaciones son, en realidad, *ventas previas*, es decir, *ventas de bienes futuros*.

Para que la referida *preventa* se realice antes de concluir las obras de urbanización y, por tanto, antes de obtener la incorporación municipal, se debe obtener la autorización expresa de la dependencia municipal correspondiente (arts. 22, fracc. XVI, y 308, *Ley de Asentamientos Humanos del Estado de Colima*, LAHEC).[26] Esto significa que para realizar la *preventa* se debe contar con el Programa Parcial de Urbanización (PPU) y con el Proyecto Ejecutivo de Urbanización (PEU), aprobados (art. 261, LAHEC).

g) El contrato por persona a designar. El *contrato por persona a designar* (*pro amico eligendo*) es una estipulación prevista en un contrato definitivo o en un contrato de promesa, por virtud de la cual el estipulante se reserva el derecho de nombrar, dentro de un determinado plazo, a una tercera persona, que será quien adquirirá los derechos y deberes derivados del contrato, de manera retroactiva desde la fecha en que este se celebró.

De esta manera, la relación contractual se entiende establecida, en definitiva, entre el promitente y el tercero a partir de la designación o nombramiento del tercero, pero con efectos *ex tunc*, esto es, *desde entonces*: a partir de la celebración del contrato.

Es indispensable que el contrato en el cual se establece esa estipulación no haya comenzado a cumplirse por las partes contratantes, pues de lo contrario la designación del tercero no surtirá efectos como contrato por persona a designar, pero podría producirlos como *cesión de contrato* si así lo pactaran las partes, solo que en este caso con eficacia *ex nunc*, es decir, *desde luego* (o *desde ahora*): a partir de la cesión.

En la estructura del contrato por persona a designar no existe una promesa de contrato y un contrato definitivo posterior, sino que se trata de un solo contrato "con sujeto alternativo

[26] El art. 308 de la LAHEC señala: "Cuando el urbanizador pretenda iniciar la promoción de venta de lotes o fincas antes de concluir las obras y obtener la incorporación municipal, deberá obtener la autorización expresa de la Dependencia Municipal, cumpliendo con los siguientes requisitos. I.- Copia de la autorización del Programa Parcial en que se ubiquen, debidamente publicado y registrado; II.- Relación de los lotes o fincas que pretenda promocionar, y III.- Garantía por el cincuenta por ciento del valor de los lotes o fincas que pretenda promocionar, mediante una fianza expedida por una compañía autorizada, por el tiempo necesario para ejecutar las obras, la urbanización y su integración municipal. Si la Dependencia Municipal se niega a expedir la autorización a que se alude en el presente artículo, el promovente podrá recurrir ante la Comisión Estatal, quien previo análisis del caso hará saber su opinión al presidente municipal para que en base a ella, éste resuelva en definitiva."



y con efecto alternativo",[27] cuya eficacia está supeditada a la elección (*electio*) por parte del estipulante.

Esta cláusula es muy común en los contratos de promesa, donde suele quedar establecida, por lo general, con la simple referencia de que se promete celebrar el contrato definitivo "con el promitente o con la persona que este designe".

La cláusula *pro amico eligendo* es útil en el contexto de la ejecución de un contrato de *mediación o corretaje*. Este es un contrato de prestación de servicios por virtud del cual el mediador o corredor se obliga a indicar al *principal* la oportunidad de concluir un negocio jurídico o, en su caso, a servirle de intermediario en su conclusión a cambio de una retribución (*comisión* o *premio*).

El contrato de mediación o corretaje suelen celebrarlo los corredores inmobiliarios con aquellas personas interesadas en adquirir algún inmueble. Los corredores podrían realizar el contrato de promesa de compraventa con el carácter de promitentes compradores y establecer la cláusula *pro amico eligendo* para reservarse el derecho de designar al tercero que a la postre celebrará el contrato definitivo de compraventa.

1.4 Naturaleza jurídica de la promesa

La promesa de contratar es, como quedó señalado, una especie de los contratos preliminares, entre los que se halla el contrato de opción, el contrato normativo (o contrato-marco) y el contrato de prelación.

Este tipo de contratos producen *obligaciones de hacer*, que consisten en celebrar un determinado contrato definitivo en un momento posterior. Por esa razón, es menester que la promesa de contratar comprenda los elementos característicos del contrato definitivo y se establezca un plazo para otorgar dicho contrato; de lo contrario, la promesa será nula (art. 2246, CCDF).

En este sentido, la celebración del contrato definitivo requiere un nuevo acuerdo entre las partes, sea que se trate de una promesa unilateral o de una promesa bilateral. Y es que la finalidad de la promesa de contratar consiste en realizar el contrato definitivo; en cambio, la finalidad del contrato definitivo sería de diversa índole, puesto que podría referirse a la satisfacción de obligaciones de dar, de hacer o de no hacer.

La promesa de contratar es un contrato distinto e independiente del contrato definitivo. Sin embargo, algunos autores consideran que ambos contratos integran una relación contractual compleja, un "complejo contractual".[28]

[27] *Cfr.* Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 144.

[28] *Cfr.* Jorge Alfredo Domínguez, *op. cit.*, pp. 202 y 206.

1.5 Tipos de promesa

1. Como ha quedado establecido, la promesa de contratar puede ser bilateral o unilateral. Es *bilateral* cuando las dos partes contratantes se obligan a celebrar el contrato futuro y es *unilateral* cuando solo una queda obligada a realizarlo.

2. Los *esponsales o promesa bilateral de matrimonio* son una especie del contrato de promesa que ha quedado derogado del *Código Civil para el Distrito Federal* (CCDF),[29] pero que todavía está regulado en algunos estados, como Colima.[30] Por ello, le dedicaremos un espacio en este apartado a las disposiciones que están vigentes en algunas entidades federativas, como el *Código Civil para el Estado de Colima* (CCEC).

   Para que los esponsales sean eficaces, es un requisito indispensable que se realicen por escrito y sean aceptados (art. 139, CCEC), pero no producen la obligación de contraer matrimonio (art. 141, CCEC).

   El incumplimiento de los esponsales por culpa de uno de los prometidos solo origina la obligación de cubrir los daños causados, que consisten en los gastos erogados con motivo del matrimonio ofrecido (art. 142, primer párrafo, CCEC). Asimismo, habrá de indemnizarse el daño moral sufrido por el prometido afectado, "cuando por la duración del noviazgo, la intimidad establecida entre los prometidos, la publicidad de las relaciones, la proximidad del matrimonio [y] otras causas semejantes, el rompimiento de los esponsales cause un grave daño a la reputación del prometido" (art. 142, tercer párrafo, CCEC). El juez fija de manera prudente la indemnización, considerando los recursos del prometido culpable y la gravedad del perjuicio causado al prometido afectado (art. 142, último párrafo, CCEC). En esa virtud, la estipulación en los esponsales de alguna pena por incumplimiento resulta ineficaz (art. 141, CCEC).

   Se entiende que ha habido culpa por parte del prometido: *a)* cuando este rehúsa, sin causa grave, celebrar el matrimonio; *b)* cuando difiere indefinidamente la realización del matrimonio, y *c)* cuando ha dado motivo grave para el rompimiento de los esponsales (art. 141, CCEC).

   La acción para reclamar la responsabilidad civil prescribe en el plazo de un año contado desde la fecha en que se negó la celebración del matrimonio (art. 143, CCEC).

   Otra consecuencia del incumplimiento de los esponsales es la revocación de las *donaciones antenupciales*; esto es, los prometidos tienen derecho a la devolución de los bienes que se hubieren donado con motivo del matrimonio concertado. El referido

[29] Por decreto publicado en la *Gaceta Oficial del Distrito Federal* del 25 de mayo de 2000. El decreto por el que se derogan los artículos relativos a los esponsales del *Código Civil Federal* se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* del 24 de diciembre de 2013.

[30] En la Ciudad de México, Coahuila, Chiapas, Chihuahua, Guanajuato, Hidalgo, Michoacán, Jalisco, México, Oaxaca, Puebla, Querétaro, Quintana Roo, San Luis Potosí, Sonora, Yucatán y Zacatecas ha sido derogada la institución de los esponsales de los códigos civiles. En el caso de Nuevo León, se determinó mantener la figura de los esponsales.



derecho también debe ejercerse dentro del plazo de un año desde la ruptura de los esponsales (art. 144, CCEC).

3. La *promesa de sociedad* es un negocio jurídico por el cual las partes acuerdan celebrar con posterioridad un contrato de sociedad; para ello fijan, por lo menos, el contenido mínimo que habrá de tener el referido contrato.

   En este sentido, se trata de "una figura intermedia entre los simples tratos para formar el contrato de sociedad, y la perfección de este, que equivale a la constitución de la sociedad".[31]

   De hecho, según Jorge Barrera Graf, la transformación o el paso del contrato preliminar al definitivo puede ocurrir porque alguna de las partes se ostente como representante de la sociedad y la haga figurar al exterior, como si fuera una sociedad ya constituida, con lo cual surgiría una sociedad irregular.[32]

   El incumplimiento de la *promesa de sociedad*, sin embargo, solo daría lugar a la satisfacción de los daños y perjuicios que se causaran al interesado en la concreción del contrato definitivo. Y es que la viabilidad económica del negocio social requiere la colaboración de todos los partícipes, que debe manifestarse durante todo el tiempo que subsista el vínculo societario, lo cual resulta imposible lograr de manera coactiva. El hecho de obligar a realizar el contrato de sociedad implicaría que este careciera, desde su inicio, de la *affectio societatis* respecto del socio que fuera incorporado de manera forzada a la sociedad.[33]

4. La *promesa de factoraje financiero*. El contrato de *factoraje financiero* es aquel por virtud del cual, una persona denominada *factorante* conviene con otra llamada *factorado*, en adquirir derechos de crédito que este último tenga a su favor, por un precio determinado o determinable, en moneda nacional o extranjera.

   El factoraje puede ser *a) sin recurso*, esto es, que el factorado no quede obligado a responder por el pago de los derechos de crédito transmitidos al factorante, o bien, *b) con recurso*, es decir, que el factorado quede obligado solidariamente con el deudor a responder del pago puntual y oportuno de los derechos de crédito transmitidos al factorante (art. 419, LGTOC).

   En relación con este contrato, el eventual factorante puede celebrar, previo a la concreción del factoraje, dos clases de *contratos preliminares*:

   a) Una *promesa de factoraje*, donde puede convenirse la entrega de anticipos al promitente factorado; en tal caso, este quedará obligado a pagar una cantidad de dinero determinada o determinable al promitente factorante que cubra, según lo

[31] Jorge Barrera Graf, *Instituciones de derecho mercantil*, Porrúa, México, 1989, p. 319.

[32] *Idem*.

[33] *Cfr.* Guillermo Cabanellas de las Cuevas, *Derecho societario. Parte general. El contrato de sociedad*, vol. 2, Heliasta, Buenos Aires, 1994, p. 45.

estipulado, el valor de las cargas financieras y demás accesorios de los anticipos hasta en tanto se transmiten los derechos de crédito al celebrarse el contrato de factoraje financiero definitivo. En este supuesto, debe convenirse el plazo de los anticipos después del cual habrá de otorgarse el contrato prometido (art. 420, segundo párrafo, LGTOC).

b) Un contrato con los deudores de derechos de crédito constituidos en favor de los proveedores de bienes o servicios, por el cual el eventual factorante se compromete a adquirir dichos derechos de crédito para el caso de que los propios proveedores acepten (art. 420, primer párrafo, LGTOC).

En esta última modalidad de la promesa de factoraje, el contrato preliminar se celebra entre personas distintas de aquellas que serán parte del contrato definitivo. Además, en el caso de que la promesa de factoraje se refiriera a *créditos futuros*, uno de los elementos esenciales del contrato definitivo (el objeto) estaría ausente.

1.6 Las partes contratantes en la promesa

Las partes en la *promesa unilateral* son el *promitente* (quien se obliga a celebrar el contrato futuro) y el *beneficiario* o *promisario*, que es la persona que podrá exigir del promitente la realización del contrato definitivo, si así lo decidiere, dentro del plazo que al efecto se estableció en el contrato de promesa.

En cambio, en la *promesa bilateral* ambas partes reciben la denominación de *promitentes*. En realidad, cada promitente tiene el carácter de beneficiario o promisario respecto de la promesa que el otro promitente formula en la promesa bilateral.

Por lo general, la expresión *promitente* va seguida del nombre que recibe cada parte en el contrato que han prometido celebrar: por ejemplo, en la promesa de compraventa, a las partes se les identifica como *promitente vendedor* y *promitente comprador*; en la promesa de arrendamiento, las partes serían el *promitente arrendador* y el *promitente arrendatario*, y así en los demás casos.

En el caso de que para otorgar el contrato definitivo fuera indispensable obtener de manera previa alguna *autorización judicial* o *administrativa*, ese requisito no sería un impedimento para celebrar el contrato de promesa, puesto que la realización del contrato definitivo podría supeditarse precisamente a la satisfacción del requisito en cuestión.

Lo mismo puede señalarse respecto de operaciones en las que un tercero goce del *derecho del tanto* (como ocurre en la copropiedad), el cual debe concederse de manera previa a la celebración del contrato definitivo, aspecto que ha de quedar contemplado en la promesa de contratar.

1.7 El objeto de la promesa

El *objeto* de la promesa de contratar es el *contrato definitivo*. La promesa genera una *obligación de hacer* (art. 2245, CCDF), que consiste en *celebrar un contrato definitivo* de acuerdo con los datos característicos y demás particularidades que las partes han determinado en la promesa misma. En tal virtud, la obligación de hacer en la promesa de contrato se refiere a la realización de un *negocio jurídico*.

No obstante, Jorge Alfredo Domínguez ha puesto de manifiesto que realizar el contrato de promesa "es el primer paso para alcanzar los efectos deseados del contrato prometido".[34] El interés de las partes en celebrar el contrato definitivo comprende, sin duda alguna, los elementos materiales objeto de ese contrato.

Todos los contratos pueden ser objeto de un contrato de promesa, con excepción *a)* de la *promesa de contratar*, esto es, un contrato de promesa no puede ser objeto, a su vez, de otra promesa, y *b)* de la *promesa de venta de un bien que ha sido objeto de una compraventa anterior* celebrada por los mismos contratantes, la cual está prohibida de manera expresa (art. 2302, CCDF).

Sánchez Medal considera que tampoco pueden ser objeto de promesa los contratos de mutuo, de depósito ni de comodato, cuya esencia requiere que una de las partes ejecute la obligación a su cargo, antes de que la otra parte pueda cumplir la obligación que le corresponde.[35] La razón es que, aun cuando tales contratos son considerados definitivos, en teoría serían promesas de mutuo (art. 2384, CCDF), de depósito (art. 2516, CCDF) o de comodato (art. 2497, CCDF).

Nosotros creemos que nada obsta para que esa clase de contratos sea materia de la promesa de contratar, pues en la actualidad tales negocios jurídicos han dejado de tener carácter real; es decir, se perfeccionan por el simple consentimiento de los contratantes, sin que sea necesaria la entrega de los bienes objeto del mutuo, del depósito o del comodato.

Esos contratos tienen carácter *consensual* en oposición a *real*; esto es, la entrega de los bienes no produce el perfeccionamiento del contrato, sino que se trata más bien de la ejecución o el cumplimiento de una obligación contraída.

La *donación de bienes futuros* tampoco puede ser objeto de una promesa de contrato, en virtud de que se produciría un *fraude a la ley*, la cual exige que la donación recaiga sobre bienes presentes (arts. 2332 y 2333, CCDF) con la finalidad de proteger a la familia del donante y evitar que este done los bienes que pudiera adquirir en el futuro de manera irreflexiva o precipitada.

[34] Jorge Alfredo Domínguez, *op. cit.*, p. 192.

[35] Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 147.

1.8 La forma en la promesa

La promesa de contratar debe constar por escrito; de lo contrario, será nula (art. 2246, CCDF). Por lo general, esta clase de contratos no están sujetos a inscripción en el Registro Público de la Propiedad, aun cuando tengan por objeto contratos traslativos de la propiedad respecto de bienes inmuebles, pues producen derechos personales.

No obstante, cuando se reclama ante la autoridad judicial el otorgamiento de un contrato cuya finalidad es la transmisión de la propiedad sobre bienes inmuebles o la constitución de derechos reales sobre inmuebles, la demanda respectiva puede inscribirse de manera preventiva en el Registro Público de la Propiedad (art. 3043, fracc. III, CCDF).

En algunas entidades federativas de México, como Chihuahua, Jalisco, Nuevo León y Yucatán, la promesa de venta es susceptible de inscripción en el Registro Público de la Propiedad. Y es que en el referido registro también se anota cierta clase de contratos que producen *derechos personales* y no derechos reales, como sucede con el *arrendamiento* (art. 3042, fracc. III, CCDF) y la *fianza* (arts. 2852 y 2854, CCDF).

Además, la promesa se anota en forma preventiva para preparar el registro definitivo del contrato de compraventa una vez otorgado.

Contrario a lo que afirma Sánchez Medal, la anotación preventiva de la promesa de venta de ninguna manera significa que "se tiene por nacido el derecho real '*pro nato habetur*' en forma retroactiva a partir del momento en que se hizo tal inscripción preventiva",[36] en razón de que la promesa de contratar solo origina obligaciones de hacer y no de dar, como sería la transmisión de la propiedad.

El efecto de la aludida anotación preventiva es, por analogía de lo que ocurre en la fianza, que el adquirente del bien en el que se efectuó dicha anotación habrá de ser considerado de mala fe y, por consiguiente, el negocio jurídico de adquisición podría nulificarse.

Por último, los contratos de promesa para transmitir concesiones mineras (o los derechos que de ellas derivan) deben ser inscritos en el Registro Público de Minería (art. 46, fracc. VI, *Ley Minera*).

1.9 Contenido obligacional

a) Obligación de hacer. Como ha quedado referido con anterioridad, el contrato de promesa contiene disposiciones normativas que obligan a una de las partes (promesa unilateral) o a ambas (promesa bilateral) a celebrar el contrato definitivo, de conformidad con los datos esenciales y demás particularidades que al efecto precisaron en el contrato. Se trata, pues, de una obligación de hacer.

[36] *Ibidem*, p. 149.



b) El plazo. El contrato de promesa debe contener el *plazo* para celebrar el contrato futuro; de lo contrario, la falta de plazo causa la *nulidad relativa* de la promesa.[37] En ese sentido, el plazo es un requisito sustancial en la promesa de contratar, que podría adicionarse con posterioridad a la celebración de la promesa por medio de un *convenio modificatorio*, lo cual subsanaría la omisión y haría desaparecer la razón de nulidad.

A falta de plazo, resulta inaplicable para satisfacer la omisión la norma que regula las obligaciones de hacer que carecen de plazo fijado por las partes (art. 2080, CCDF). Por consiguiente, como lo ha puesto de relieve Sánchez Medal, la promesa exige un *plazo esencial constitutivo*, que es distinto del *plazo esencial solutorio.*[38]

El plazo puede estar ligado a una condición, como cuando se establece en la promesa que el contrato definitivo de compraventa se celebrará en el plazo de 15 días hábiles siguientes a la fecha en que se realice la incorporación municipal del inmueble que será objeto de ese contrato. Dicho plazo se exige de manera ineludible en razón de que solo con él se reviste de seriedad y precisión la obligación del promitente; de lo contrario, la obligación asumida sería vaga y carente de respeto.

En opinión de Sánchez Medal, cuando expira el plazo sin que ninguna de las partes haya realizado actos tendentes a celebrar el contrato futuro, *caduca* el derecho de estas para exigir la celebración del contrato prometido.[39]

c) Los elementos característicos del contrato definitivo. La promesa de contratar debe contener los *elementos característicos* del contrato definitivo. Se entiende por tales aquellos datos que corresponden a la esencia del contrato definitivo y permiten diferenciarlo de otros contratos, incluso de su misma especie: en la compraventa –por ejemplo– son determinantes la cosa y el precio.

No obstante, también habrán de considerarse todas las particularidades del contrato definitivo, como podrían ser, en la misma compraventa: la reserva de dominio; el pacto de preferencia; el precio en abonos; las obligaciones solidarias o mancomunadas; las obligaciones condicionales; las obligaciones conjuntivas, alternativas o facultativas, etcétera.

Todos estos aspectos representan caracteres específicos del contrato definitivo que habrán de precisarse en la promesa de contratar.

d) Obligaciones en dinero en la promesa. En el contrato de promesa –por lo general, una promesa de compraventa– es común que se establezca la obligación del beneficiario de entregar

[37] Rojina Villegas considera que se trata de "un nuevo motivo de nulidad" que no se encuentra en los demás contratos. En su opinión, la omisión del plazo en la promesa no implica en realidad un vicio interno del contrato; que solo por medio de un razonamiento extremo se podría considerar que, cuando no se señala un término, sería ilícito obligar al promitente a sostener su oferta de manera permanente, lo cual comporta una restricción indebida a su capacidad de ejercicio (Rafael Rojina Villegas, *Derecho civil mexicano*, t. VI, *Contratos*, vol. I, 9ª ed., Porrúa, México, 2010, p. 106).

[38] *Cfr.* Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 148.

[39] *Idem.*

determinada cantidad de dinero al promitente, al momento de celebrar la promesa. La entrega de tales cantidades de dinero puede tener diversos conceptos:

1. En el caso de la *promesa de compraventa*, el dinero suele entregarse como *anticipo* o *abono a cuenta del precio*, supuesto en el que en realidad no existe promesa de contratar, sino la compraventa misma por haber comenzado a cumplir una de las partes –o ambas, si además se ha hecho entrega del bien– las obligaciones propias de esa clase de contratos.

2. El dinero podría entregarse en concepto de *arras*. Las arras consisten en que una de las partes contratantes entrega, en favor de la otra, una cierta suma de dinero o algún bien mueble[40] al momento de celebrar el contrato, con cualquiera de las siguientes finalidades:

   a) Permitir que la persona que las entrega se *desista unilateralmente* o se *arrepienta* de celebrar el contrato sin ninguna consecuencia adicional para ella (*arras penitenciales*);[41] o bien,

   b) *Asegurar* el cumplimiento del contrato, de tal manera que, en caso de incumplimiento, quien las reciba pueda optar por resolver el contrato y quedarse con las arras; pero si este es quien incumple, estará obligado a devolver las arras recibidas más otro tanto, si la otra parte decide resolver el contrato (*arras penales*).

   Ambas clases de arras suelen ser aplicadas al precio al cumplirse el contrato (*arras a cuenta del precio*).[42]

   El art. 381 del *Código de Comercio* (CCom) establece que "las cantidades que con el carácter de arras se entreguen en las ventas mercantiles, se reputarán dadas a cuenta de precio", salvo pacto en contrario.

3. El dinero también podría entregarse en calidad de *depósito en garantía*, con la finalidad de asegurar el cumplimiento de la promesa.

4. Por último, el dinero podría entregarse *en firme* como simple *contraprestación* a cambio de la promesa de contratar que realiza la otra parte, en especial, cuando se trata de una *promesa unilateral*.

En los últimos tres casos, las estipulaciones respectivas gozarían del carácter de *cláusulas accidentales* que de ninguna manera afectarían la naturaleza jurídica del contrato de promesa.

[40] Algunos autores consideran que también es posible entregar bienes inmuebles en concepto de arras, lo cual es, sin embargo, discutible (*cfr.* Fernando J. López de Zavalía, *Teoría de los contratos. Parte general*, t. I, 3ª ed., Zavalía, Buenos Aires, 1984, p. 428).

[41] Esta clase de arras son una excepción al principio de la fuerza obligatoria del contrato, pues permiten que una de las partes o ambas se desistan o arrepientan del contrato, antes de que haya comenzado a cumplirse.

[42] *Cfr.* Enrique Urdaneta Fontiveros, *Las arras en la contratación*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2011, pp. 43, 44, 48, 52.



1.10 Los efectos del incumplimiento de la promesa

En la hipótesis de que el promitente incumpla la obligación de celebrar el contrato definitivo, el beneficiario puede reclamar el otorgamiento del contrato ante la autoridad judicial. El juez está autorizado para otorgar y firmar el contrato definitivo en rebeldía del promitente (arts. 2247, CCDF, y 517, fracc. III, CPCDF), con el carácter de *sustituto* del promitente, pero de ninguna manera como *representante* de este (con excepción de la promesa de matrimonio y sociedad).

La promesa queda sin efecto si el bien que sería transmitido en propiedad al beneficiario por virtud del contrato definitivo ha sido enajenado a título oneroso a un tercero de buena fe. En tal supuesto, el promitente habrá de resarcir los daños y perjuicios causados al beneficiario de la promesa (art. 2247, CCDF). La misma solución se ha encontrado cuando se ha constituido algún gravamen sobre el bien objeto del contrato definitivo.[43]

No obstante, si la enajenación se hizo a un tercero de mala fe o a título gratuito, el beneficiario podrá reclamar al tercero la nulidad de la referida enajenación al exigir al promitente que otorgue el contrato definitivo, pues la transmisión así realizada queda sin efecto[44] frente al beneficiario. El tercero es un adquirente de mala fe –por ejemplo– si tiene conocimiento de la promesa y aun así adquiere el bien.

La causa de nulidad de la enajenación está en la ilicitud en el fin de la operación, por cuanto que impide la realización de un derecho adquirido por el beneficiario: celebrar el contrato concertado; por consiguiente, se trata de una *nulidad absoluta*. De hecho, Rojina Villegas estima que en la especie "existe un fraude en perjuicio del beneficiario", que debe ser tratado conforme a las disposiciones que rigen los actos celebrados en fraude de acreedores, aplicadas con ciertos matices.[45]

En opinión de Sánchez Medal, el beneficiario no podrá obtener el otorgamiento del contrato definitivo por el juez, en rebeldía del promitente, "cuando la prestación personal objeto del contrato definitivo, sea una prestación insustituiblemente personal del obligado, como por ejemplo, la ejecución de un programa musical en público por un artista".[46]

Por nuestra parte, consideramos que sí es posible que el beneficiario logre el otorgamiento del contrato definitivo cuando la prestación que es materia de este solo pueda ser cumplida por el promitente, pues la eventual insatisfacción de esa prestación es una cuestión que atañe al incumplimiento del contrato definitivo que da lugar, en su caso, a la responsabilidad civil; ese es un asunto ajeno a la promesa de contratar.

[43] *Cfr.* Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 151.

[44] *Idem.*

[45] *Cfr.* Rafael Rojina Villegas, *op. cit.*, pp. 117 y 118.

[46] Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, pp. 151 y 152.

1.11 Terminación de la promesa

La promesa de contratar termina al otorgarse el contrato prometido, que es la forma natural como la promesa concluye: por su cumplimiento. Además, la promesa puede terminar *a)* por caducidad, *b)* por nulidad, *c)* por resolución y *d)* en ciertos casos, por muerte del promitente.

a) Terminación por caducidad. La promesa de contratar termina por *caducidad* cuando ninguna de las partes ha realizado acto alguno que tienda al otorgamiento del contrato definitivo, una vez vencido el plazo establecido para tal efecto, con conocimiento de la otra parte (art. 1946, CCDF).[47]

En ese sentido, Sánchez Medal ha recomendado que para evitar la caducidad, el beneficiario o promisario debe

> requerir al promitente antes o en la misma fecha límite del plazo pactado en la promesa, para que en esa fecha celebre el contrato prometido, o debe el promisario realizar dentro de ese plazo actos positivos con conocimiento del promitente (por ejemplo, entregar los antecedentes de propiedad, las boletas de contribuciones, las instrucciones relativas a un Notario Público, etcétera) que revelen la decisión del mismo promisario de celebrar en tiempo el contrato prometido.[48]

La inactividad de ambas partes dentro del plazo establecido para celebrar el contrato definitivo provoca la caducidad de la promesa. Para Sánchez Medal, rechazar la caducidad comporta "suprimir todo sentido jurídico a la inserción de un plazo esencial al celebrar la promesa".[49]

b) Nulidad de la promesa. La promesa es nula en los siguientes casos: *a)* por falta de forma escrita;[50] *b)* por haberse omitido establecer el plazo para celebrar el contrato definitivo o *c)* los elementos esenciales del referido contrato definitivo; *d)* porque la promesa contenga un objeto imposible, esto es, el otorgamiento de un contrato que no sea susceptible de promesa, y *e)* porque el contrato definitivo recaiga sobre un objeto ilícito. En los primeros tres casos, estaríamos ante una *nulidad relativa*; en los dos últimos, frente a una *nulidad absoluta*.

c) Resolución de la promesa. La resolución de la promesa de contratar opera en la promesa bilateral y en la unilateral.

En la promesa *bilateral*, ambas partes están obligadas a celebrar el contrato definitivo. Por tanto, cualquiera de los promitentes puede requerir al otro, dentro del plazo establecido al efecto, que otorgue el contrato definitivo. En caso de incumplimiento de la referida obligación, la promesa de contratar podría resolverse, lo que daría lugar, además, al pago de daños y perjuicios (art. 1949, CCDF).

[47] La obligación contraída bajo la condición de que un acontecimiento suceda en un tiempo fijo caduca si pasa el término sin realizarse, o desde que sea indudable que la condición no puede cumplirse (art. 1946, CCDF).

[48] Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 152.

[49] *Idem*.

[50] Según Sánchez Medal, la promesa no sería nula por falta de forma si se promueve la acción *pro forma* (Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 152).



En la promesa *unilateral* solo una de las partes (promitente) está obligada a realizar el contrato definitivo con la otra parte (beneficiario o promisario). Para que la promesa de contratar se resuelva por incumplimiento de la obligación de formar el contrato definitivo, es menester que el beneficiario o promisario haya aceptado, de manera previa y dentro del plazo fijado, la promesa unilateral realizada por el promitente. Podría decirse que la promesa unilateral se convierte en bilateral por virtud de la aceptación del beneficiario o promisario. En ese sentido, el incumplimiento de la referida obligación por cualquiera de las partes autoriza la resolución de la promesa.

La promesa de contratar también podría resolverse por incumplimiento de la obligación asumida de entregar una determinada cantidad en concepto de arras o depósito en garantía, o bien, por la falta de pago de la contraprestación por otorgar la promesa.

d) Muerte de uno de los promitentes en los contratos intuitu personae. La promesa de contratar termina con la muerte del promitente, cuando el contrato definitivo concertado tiene carácter *intuitu personae*, pues dicho contrato no sería susceptible de cumplirse por los herederos o por terceros, al haberse prometido su celebración atendiendo las cualidades personales del promitente.

> ***Ejemplo:*** El promitente contratista fallece antes de celebrarse el contrato de obra a precio alzado que ha sido objeto de la promesa de contratar.

Autoevaluación

1. ¿Cuáles son los contratos que se conocen como *contratos preliminares*?
2. ¿Cuál es la diferencia entre la promesa de contratar y la carta de intención?
3. ¿En qué consiste la formación progresiva del contrato?
4. ¿Cuál es la diferencia entre la promesa de contratar y la oferta o policitación?
5. ¿En qué consiste el contrato de opción?
6. Señale tres diferencias entre la promesa de contratar y el contrato de opción.
7. ¿En qué consiste el contrato normativo?
8. ¿Cuál es la diferencia entre la promesa de contratar y el contrato normativo?
9. ¿En qué consiste el contrato de prelación?
10. ¿En qué casos se considera que la promesa de compraventa es, en realidad, el contrato definitivo de compraventa?
11. ¿En qué consiste el contrato por persona a designar?
12. ¿Cuál es el objeto de la promesa de contratar?
13. ¿Por qué se dice que la promesa de contratar produce obligaciones de hacer?
14. ¿Qué tipo de contratos no pueden ser objeto de la promesa de contratar?
15. ¿En qué consisten las arras en la promesa de contratar?
16. Explique en qué casos termina la promesa de contratar por caducidad.

2 capítulo

PARTE 2: LOS CONTRATOS TRASLATIVOS DE DOMINIO

Compraventa

Propósitos

Al finalizar el capítulo, el alumno identificará con precisión los rasgos que caracterizan el contrato de *compraventa*, sus diferencias con figuras afines, las modalidades que presenta en la práctica, el contenido obligacional del contrato, los efectos jurídicos que produce y la manera como termina.

2.1 Concepto

La compraventa es el contrato por virtud del cual una de las partes, denominada *vendedor*, se obliga a transmitir la propiedad de un determinado *bien* a otra, llamada *comprador*, quien se obliga a pagar por este un precio cierto y en dinero.

En el concepto de *bien* quedan comprendidos los *derechos*, que también pueden ser objeto de la compraventa. De hecho, en la definición legal de este contrato se hace especial referencia a la transmisión de la propiedad "de una cosa o de un derecho" (art. 2248, CCDF).

La definición de compraventa no abarca la *obligación del comprador de recibir el bien*, dado que en algunos casos la recepción de este queda excluida de la relación contractual, como cuando recae sobre derechos, cuando el bien adquirido está en poder del comprador o cuando dicho bien lo seguirá poseyendo el vendedor pero con carácter distinto al de propietario (por ejemplo, de arrendatario).

2.2 Clasificación

La compraventa es un contrato *principal*, *sinalagmático*, *oneroso*, *conmutativo*, excepto en el caso de la *compra de esperanza* que es *aleatorio*; de *ejecución instantánea*, pero también en ocasiones de *ejecución diferida*; *consensual*, tratándose de muebles, y *formal* respecto de inmuebles.

En el derecho mexicano, la compraventa tiene, por lo general, una *eficacia real* por cuanto que la propiedad se transmite por efecto mismo del contrato, cuando la venta se refiere a

bienes específicamente determinados; sin embargo, también podría tener el carácter de una compraventa *obligatoria*, que es aquella en que la transmisión de la propiedad se difiere para un momento posterior a la celebración del contrato, como ocurre en la venta de bienes fungibles o de géneros, entre otras.

El contrato de compraventa ha sido considerado un *contrato-tipo*, en virtud de que las disposiciones legales que lo rigen han servido como referente para establecer principios aplicables a los contratos sinalagmáticos, onerosos y conmutativos.

2.3 Antecedentes

La compraventa tuvo como antecedente la permuta y surgió cuando apareció la moneda como medio de pago.

En Roma, la venta solo tenía efectos obligatorios, pues el vendedor quedaba obligado a entregar al comprador la cosa vendida. La entrega confería al comprador la posesión pacífica de la cosa (*habere licere*). El vendedor estaba obligado a un *facere*, que consistía en procurar que el comprador resultara favorecido en el juicio posesorio que, en su caso, un tercero llegara a promover en su contra.[1]

En el derecho justinianeo, cuando se trataba de una *res nec mancipi*, la *traditio* hacía adquirir al comprador el dominio sobre la cosa, siempre que el vendedor fuera el propietario de ella.[2]

La *usucapio* se concedió en el derecho romano para evitar los inconvenientes que la venta representaba para el comprador, quien adquiría el *dominium* de la cosa vendida al poseerla por uno o dos años con base en un título *pro emptore*. Si la cosa le había sido entregada, el pretor concedía al comprador la *actio publiciana*, en tanto se completaba el plazo para usucapir.[3]

2.4 Diferencias con figuras afines

2.4.1 La enajenación de bienes

La compraventa es una de las especies de contratos que permiten la enajenación de bienes, concepto que tiene un sentido genérico. Enajenar un bien significa transmitir la propiedad del mismo. En ese sentido, la enajenación de bienes se produce por una diversidad de contratos como la *compraventa*, la *permuta*, la *donación*, el *mutuo*, la *dación en pago*, etc. En particular, la compraventa se confunde a menudo con otras formas de enajenación que gozan de naturaleza jurídica distinta, entre las que es posible mencionar la *aportación de bienes*

[1] *Cfr.* Ramón Sánchez Medal, *De los contratos civiles,* 25ª ed., Porrúa, México, 2013, p. 157.

[2] *Idem.*

[3] *Idem.*

en una relación societaria o asociativa, o bien, la *transmisión de la propiedad en ejecución de fideicomiso*, por citar algunas.

En una *asociación en participación*, por ejemplo, el asociante (dueño del negocio) le concede al asociado (socio oculto), a cambio de la aportación de bienes o servicios, una participación en las utilidades y las pérdidas de una negociación mercantil o de ciertas operaciones de comercio.

La citada aportación de bienes puede ser en propiedad y, de hecho, respecto de terceros, los bienes aportados pertenecen en propiedad al asociante, a menos que por la naturaleza de la aportación fuere necesaria alguna otra formalidad o que se estipule lo contrario y se inscriba la cláusula relativa en el Registro Público de Comercio (art. 257, LGSM).[4]

El *Código Fiscal de la Federación* (CFF; art. 14) parte del concepto genérico de *enajenación de bienes* para atribuir consecuencias fiscales a una variedad de operaciones, entre las cuales se encuentran: *a)* toda transmisión de propiedad, aun aquella en la que el enajenante se reserve el dominio del bien enajenado (fracc. I); *b)* las adjudicaciones, aunque se realicen en favor del acreedor (fracc. II); *c)* la aportación a una sociedad o asociación (fracc. III); *d)* la que se realiza mediante el arrendamiento financiero (fracc. IV); *e)* la que se efectúa mediante el fideicomiso en algunos supuestos (fracc. V); *f)* la cesión de los derechos que se tengan sobre los bienes afectos al fideicomiso (fracc. VI); *g)* la transmisión de dominio de un bien tangible o del derecho para adquirirlo que se efectúe por medio de la enajenación de títulos de crédito, o de la cesión de derechos que los representen (fracc. VII); *h)* la transmisión de derechos de crédito por medio de un contrato de factoraje financiero (fracc. VIII), e ***i)*** la que se realice mediante fusión o escisión de sociedades (fracc. IX).

2.4.2 Diferencia con la permuta

La *compraventa* se distingue de la *permuta* en diversos aspectos, los cuales se presentan en el cuadro 2.1.

2.4.3 Diferencia entre la venta de cosa futura y el contrato de obra a precio alzado

La *venta de cosa futura* se distingue del *contrato de obra a precio alzado* en los aspectos que se mencionan en el cuadro 2.2.

[4] El Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito ha precisado que la diferencia entre la compraventa y la asociación en participación estriba en que la primera "tiene por objeto transmitir el dominio de una cosa o de un derecho a cambio de un precio cierto y en dinero", mientras que la segunda "se reduce a la voluntad del asociado de otorgar dinero, bienes o servicios para la realización de un negocio mercantil a cambio de que se le participe de las utilidades y pérdidas de éste". CONTRATO DE ASOCIACIÓN EN PARTICIPACIÓN Y COMPRAVENTA. SU DISTINCIÓN. Novena época. Registro: 166991. Tribunales Colegiados de Circuito. Tesis aislada. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Tomo XXX, julio de 2009. Materia(s): Civil. Tesis: I.3o.C.740 C. Página: 1905.

Cuadro 2.1 Diferencias entre compraventa y permuta.

Compraventa	Permuta
La totalidad o la mitad del precio se paga en dinero.	La totalidad o la mayor parte del valor de la cosa se cubre con otra cosa.
Cuando el comprador a plazo o con espera del precio fuere perturbado en su posesión o derecho, o tuviere justo temor de serlo, podrá suspender el pago si todavía no lo ha hecho, mientras el vendedor le asegure la posesión o le dé fianza, salvo si hay convenio en contrario (art. 2299, CCDF).	Si uno de los contratantes ha recibido la cosa que se le da en permuta, y acredita que no era propia del que la dio, no puede ser obligado a entregar la que él ofreció en cambio y cumple con devolver la que recibió (art. 2328, CCDF).
Cuando el comprador sufre la evicción de la cosa, el vendedor debe pagarle daños y perjuicios solo si hubiere procedido de mala fe (art. 2127, fracc. III, CCDF).	El permutante que sufra evicción de la cosa que recibió en cambio, podrá reivindicar la que dio si se halla aún en poder del otro permutante, o exigir su valor o el valor de la cosa que se le hubiere dado a cambio, con el pago de daños y perjuicios (art. 2329, CCDF).

Cuadro 2.2 Diferencias entre venta de cosa futura y contrato de obra a precio alzado.

Compraventa de cosa futura	Obra a precio alzado
Criterio de distinción mixto:	
Cuando la cosa que se obliga a entregar una persona a otra es una cosa que existirá en el futuro por un fenómeno natural o por el trabajo de un tercero (Planiol).	Cuando la cosa futura que se obliga a entregar una de las partes va a producirse por el trabajo de esta, aunque con la colaboración de otras personas y aunque dicha persona proporcione los materiales, con tal de que estos sean lo accesorio o tengan secundaria importancia (Colin y Capitant).
Criterio de distinción subjetivo: (Atiende a la voluntad e intención de las partes)	

☛

Compraventa de cosa futura	Obra a precio alzado
Si únicamente se tuvo en cuenta que debía entregarse un determinado objeto dentro de cierto plazo, sin considerar para nada el trabajo que costaría realizarlo (Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 159).	Si se tuvo en cuenta principalmente el trabajo que se necesitaría para ajustar la obra a un diseño o modelo.
Criterio de distinción legal:	
	En el contrato de obra a precio alzado, el empresario es quien dirige la obra y pone los materiales que se emplearán (art. 2616, CCDF).
No es posible el desistimiento unilateral del contrato.	Es posible el desistimiento unilateral del contrato (arts. 2635 y 2637, CCDF).
El vendedor tiene el deber de responder por los vicios ocultos de la cosa vendida (art. 2143, CCDF), responsabilidad que está sujeta a un breve plazo de prescripción de seis meses (art. 2149, CCDF).	El empresario es responsable de los defectos que aparezcan después de ejecutada la obra y que procedan de vicios en su construcción y hechura, mala calidad de los materiales empleados o vicios del suelo en que se fabricó (art. 2634, CCDF), responsabilidad que prescribe en un plazo más amplio de 10 años (art. 1159, CCDF).

En ocasiones, los contratantes celebran un contrato de obra a precio alzado en lugar de una venta de cosa futura, con la finalidad de pagar menos impuestos. De este modo, una empresa desarrolladora efectúa la venta de un lote de terreno a uno de sus clientes y, a la vez, concreta con este la construcción de una casa sobre dicho terreno, de acuerdo con ciertas especificaciones. La edificación es realizada por la misma empresa desarrolladora o una persona jurídica distinta que depende de ella. El mismo terreno vendido funge como garantía del costo de la construcción.

El Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Segundo Circuito se ocupó de la controversia surgida con motivo de la naturaleza jurídica de un contrato por el que una de las partes elaboraría banderolas de publicidad con materiales propiedad de la otra parte (amparo directo 48/98). Al respecto, sostuvo que:

> Cuando en un convenio con obligaciones de hacer se toma en cuenta principalmente que el trabajo se ajuste a un diseño o modelo determinado, proporcionado por la otra parte, se está en presencia de un contrato de obra a precio alzado, cuyo acuerdo de voluntades tiene como fin un trabajo a efectuar, pero no de una compraventa, pues en este contrato se transmite la propiedad de un bien mediante un precio cierto y en dinero.[5]

[5] CONTRATO DE OBRA A PRECIO ALZADO Y NO COMPRAVENTA. SE CONSTITUYE POR EL ACUERDO DE LAS PARTES, SI UNA REALIZA UN TRABAJO CON MATERIAL DE LA OTRA. Novena época. Registro: 195508. Tribunales Colegiados de Circuito. Tesis aislada. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Tomo VIII, septiembre de 1998. Materia(s): Civil. Tesis: II.2o.C.117 C. Página: 1154.

Por su parte, el Tercer Tribunal Colegiado del Sexto Circuito, al resolver el amparo en revisión 113/96, consideró que lo fundamental en un contrato de obra a precio alzado "es la obra y el trabajo que costará realizarla, y lo secundario los materiales que se emplearán; en cambio, en la compraventa lo principal son los objetos y lo secundario el trabajo para adaptarlos o instalarlos".[6]

Se trató de un asunto en el que lo principal que se tomó en cuenta al contratar fueron los materiales que se utilizarían para instalar el objeto materia del contrato, pues solo se hizo una relación de muebles y accesorios, y se estableció el precio total de los mismos, sin hacer alusión a la mano de obra, lo que revela que quedó en un plano secundario el trabajo que se necesitaría para adaptar aquellos. Por ello, el referido tribunal entendió que las partes habían celebrado un contrato de compraventa y no un contrato de obra a precio alzado.

2.4.4 Diferencia entre la compraventa con entregas periódicas y el suministro

La compraventa ha sido distinguida del suministro por los aspectos que se mencionan en el cuadro 2.3.

Cuadro 2.3 Diferencia entre compraventa con entregas periódicas y suministro.

Compraventa con entregas periódicas	Suministro
En la compraventa con entregas periódicas hay una sola y única prestación, aunque fraccionada en el tiempo.	En el suministro hay una pluralidad de prestaciones, porque cada entrega periódica es autónoma respecto de las demás.[5]
La compraventa requiere que la cosa esté determinada en su cuantía y en su precio.	En el suministro, la cuantía de las cosas que serán suministradas atiende a la necesidad del suministrado y a la posibilidad que tiene el suministrante para proveerlas. El precio puede quedar sujeto a variaciones.

Sánchez Medal considera que:

> en el suministro se produce una exigencia similar a la que se da en el contrato de renta vitalicia, también de prestaciones periódicas, donde la sola falta de pago de una o varias pensiones no autoriza a pedir la rescisión, sino sólo el pago de tales pensiones vencidas y el aseguramiento de las futuras (2782 y 2783), ya que únicamente la negativa o falta de tal aseguramiento permite recurrir a la rescisión del contrato,

[6] COMPRAVENTA EN QUE SE CONVIENE LA INSTALACIÓN O ADAPTACIÓN DEL OBJETO DE LA MISMA. SU DIFERENCIA CON EL CONTRATO DE OBRA A PRECIO ALZADO. Novena época. Registro: 202029. Tribunales Colegiados de Circuito. Tesis aislada. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Tomo III, junio de 1996. Materia(s): Civil. Tesis: VI.3o.31 C. Página: 801.

precisamente también porque en ese caso desaparece la confianza en que las pensiones futuras van a ser pagadas.[7]

Este criterio nos parece incorrecto, puesto que la rescisión del suministro puede darse por el incumplimiento de las partes, sin que sea admisible reconocer la rescisión solo ante la hipótesis de que se omitiera otorgar garantía de pago de las futuras pensiones. El contrato se asemeja a una compraventa con entregas periódicas.

2.5 Clases de compraventa

a) Compraventa civil y compraventa mercantil. La compraventa puede tener carácter mercantil en tres situaciones: *a)* por los sujetos, cuando alguno de los contratantes es comerciante (art. 75, fracc. XXI, CCom); *b)* por el objeto, cuando la operación se refiere a cosas calificadas como mercantiles, como los títulos valor (art. 75, fracc. III, CCom), las empresas o negociaciones mercantiles (art. 75, fraccs. VI a XI, CCom), los buques (arts. 75, fracc. XV, CCom, y 110, 114, *Ley de Navegación y Comercio Marítimos*, LNCM), los bienes de la propiedad industrial, como marcas y nombres comerciales (art. 75, fraccs. I y XXV, CCom), etc.; *c)* por la finalidad económica, cuando se celebra "con el objeto directo y preferente de traficar" (arts. 75, fraccs. I y II, y 371, CCom).

El contrato de compraventa mixto o unilateralmente mercantil, es decir, aquel en que para uno de los contratantes la operación económica es de naturaleza mercantil y para el otro es de carácter civil, se rige por las disposiciones mercantiles.[8]

La compraventa mercantil, por razón de la finalidad económica, atiende al propósito de *especulación comercial* que está en la base de la operación, al menos para una de las partes que, por lo general, es el comprador. Para determinar lo que debe entenderse por especulación comercial no basta referirse a la ganancia que el comprador está en aptitud de obtener por la venta del bien que adquirió, pues también las operaciones de compraventa civil podrían tener una finalidad lucrativa si se considera la diferencia entre el precio de compra y el precio de venta. La especulación comercial está referida, más bien, al *tráfico comercial*, es decir, al hecho de que se adquiera un bien con el propósito directo de transmitir la propiedad del mismo a un tercero con posterioridad –*comprar para revender*– y, de este modo, obtener una ganancia.[9] En este sentido, también tiene carácter mercantil la compraventa (reventa) subsecuente.

El propósito de comprar para revender se presume en quien es comerciante, por lo que debe estimarse como una compraventa mercantil aquella que se efectúa por un comerciante o

[7] Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, pp. 161 y 162.

[8] COMPRAVENTA. LOS CONTRATOS MIXTOS O UNILATERALMENTE MERCANTILES SE RIGEN POR LAS NORMAS DE CARÁCTER MERCANTIL, AUNQUE PARA UNA DE LAS PARTES SEAN ACTOS CIVILES. Novena época. Registro: 186332. Tribunales Colegiados de Circuito. Tesis aislada. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Tomo XVI, agosto de 2002. Materia(s): Civil. Tesis: I.3o.C.347 C. Página: 1256.

[9] ESPECULACIÓN COMERCIAL. EN QUÉ CONSISTE, TRATÁNDOSE DE COMPRAVENTAS MERCANTILES. Novena época. Registro: 174725. Tribunales Colegiados de Circuito. Tesis aislada. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Tomo XXIV, julio de 2006. Materia(s): Civil. Tesis: III.2o.C.120 C. Página: 1207.

entre comerciantes. El señalado propósito debe probarse, en cambio, respecto de aquellas personas que no reúnan el carácter de comerciantes.[10]

La compraventa mercantil no está sujeta a nulidad por causa de lesión (art. 385, CCom), debido, precisamente, al propósito de especulación comercial, expreso o tácito, que persiguen las partes. Además, los plazos para reclamar la *falta de conformidad* de la mercancía son muy breves (art. 383, CCom), lo que encuentra justificación en la mayor celeridad y seguridad jurídica que exigen las transacciones comerciales.

b) Compraventa pública y compraventa privada. La compraventa *pública* es aquella que se realiza por medio de subasta o almoneda pública, a la que concurren diversas personas interesadas en adquirir el bien objeto de la subasta. El comprador se determina con base en la persona que ofrezca el mejor precio por el bien, por lo cual se establece un precio base desde el cual se parte.

Por su parte, el vendedor realiza la compraventa *privada* con la persona que elige.

c) Compraventa judicial y compraventa extrajudicial. La compraventa *judicial* es aquella que realiza la autoridad judicial, por lo que, en cierto sentido, coincide con la compraventa pública, con la salvedad de que esta no es necesariamente judicial. En cambio, en la compraventa *extrajudicial* no interviene la autoridad judicial.

d) Compraventa voluntaria y compraventa necesaria. La compraventa *voluntaria* es aquella que realiza el vendedor sin estar obligado a celebrar dicha operación. En cambio, la compraventa *necesaria* es aquella que celebra el propietario de ciertos bienes a quien la ley o, en su caso, la autoridad judicial, le impone la obligación de enajenarlos, como ocurre en los casos de *expropiación*, la venta de *bienes en copropiedad* (arts. 939, 940 y 1772, CCDF), la venta por *remate judicial* (art. 2323, CCDF), la venta de los bienes de la persona sujeta a *concurso mercantil*, la venta en cumplimiento de la *promesa de venta* (arts. 2243 y 2245, CCDF).

2.6 Las partes contratantes en la compraventa

Las partes en el contrato de compraventa reciben el nombre de *vendedor* (quien transmite la propiedad del bien a cambio de un precio) y *comprador* (quien paga el precio a cambio de la adquisición de la propiedad del bien).

a) Bienes de la sociedad conyugal. Cuando el vendedor ha contraído matrimonio bajo el régimen de sociedad conyugal y el bien objeto de la venta forma parte de la referida sociedad conyugal, se requerirá el consentimiento del cónyuge para efectuar la venta. Por lo general, los bienes adquiridos durante el matrimonio pertenecen a la sociedad conyugal (arts. 183, 182 ter, CCDF).

[10] *Cfr.* la tesis: COMPRAVENTA. LOS CONTRATOS MIXTOS O UNILATERALMENTE MERCANTILES SE RIGEN POR LAS NORMAS DE CARÁCTER MERCANTIL, AUNQUE PARA UNA DE LAS PARTES SEAN ACTOS CIVILES (véase la nota 11).



Ahora bien, en la Ciudad de México son propios de cada cónyuge, salvo pacto en contrario que conste en las capitulaciones matrimoniales, entre otros: *a)* los bienes y derechos que le pertenezcan al tiempo de celebrarse el matrimonio; *b)* los que posea antes de este, aunque no fuera dueño de ellos, si los adquiere por prescripción durante el matrimonio; *c)* los bienes que adquiera después de contraído el matrimonio, por herencia, legado, donación o don de la fortuna; *d)* los bienes adquiridos por cualquier título propio que sea anterior al matrimonio, aunque la adjudicación se haya hecho después de celebrarlo, siempre que todas las erogaciones que se generen para hacerlo efectivo corran a cargo del dueño; *e)* los bienes que se adquieran con el producto de la venta o permuta de bienes propios (art. 182 quintus, fraccs. I a IV, CCDF).

En los estados que conservan la regulación del régimen patrimonial de bienes del matrimonio similar al que rigió en el Distrito Federal hasta el 31 de mayo del 2000, como Colima, para determinar si *a)* los bienes adquiridos por alguno de los cónyuges antes de contraer matrimonio y *b)* los bienes adquiridos por herencia, legado, donación o don de la fortuna durante el matrimonio están excluidos de la sociedad conyugal, será preciso consultar las capitulaciones matrimoniales.

En este sentido, los bienes en cuestión quedarán excluidos de la sociedad conyugal si los cónyuges omitieron celebrar capitulaciones matrimoniales, o bien, si habiéndolas celebrado, en estas se desprende que tales bienes están fuera del referido régimen. De hecho, para que los bienes adquiridos antes del matrimonio entren a la sociedad conyugal se requiere acuerdo expreso.

En cambio, si los cónyuges pactaron que la sociedad conyugal comprendería todos los bienes adquiridos durante el matrimonio, entonces se consideran incluidos los bienes adquiridos por herencia, legado, donación y don de la fortuna.[11]

En el caso de que los cónyuges hayan omitido precisar el régimen patrimonial al que estaría sujeto su matrimonio, se entiende que el referido régimen es de separación de bienes.[12]

b) Compraventa entre cónyuges. La compraventa solo puede celebrarse entre los cónyuges cuando el matrimonio esté sujeto al régimen de separación de bienes (art. 176, CCDF).

c) Bienes de menores sujetos a patria potestad. La venta de *bienes inmuebles* y de *bienes muebles preciosos* que pertenezcan a un *menor sujeto a patria potestad* puede realizarse por los padres siempre que obtengan, de manera previa a la venta, la autorización judicial para

[11] SOCIEDAD CONYUGAL, DEBEN CONSIDERARSE INCLUIDOS EN ELLA LOS BIENES ADQUIRIDOS POR HERENCIA POR UNO DE LOS CÓNYUGES, SI EN LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES SE PACTÓ QUE AQUÉLLA COMPRENDERÍA TODOS LOS QUE ADQUIRIERAN ÉSTOS DURANTE SU VIDA MATRIMONIAL. Octava época. Registro: 206568. Tercera Sala. Jurisprudencia. Fuente: *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. 83, noviembre de 1994. Materia(s): Civil. Tesis: 3a./J. 31/94. Página: 22.

[12] MATRIMONIO. RÉGIMEN PATRIMONIAL DEL, ANTE LA AUSENCIA DE MANIFESTACIÓN EXPRESA DE LAS PARTES, DEBE ENTENDERSE CELEBRADO BAJO EL DE SEPARACIÓN DE BIENES. (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE HIDALGO). Octava época. Registro: 225125. Tribunales Colegiados de Circuito. Tesis aislada. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*. Tomo VI, segunda parte-2, julio-diciembre de 1990. Materia(s): Civil. Tesis. Página: 572.

enajenar esa clase de bienes (art. 436, CCDF). La venta solo puede llevarse a cabo por causa de absoluta necesidad o evidente beneficio para el menor.

Tratándose de la venta de *títulos valor* (valores comerciales, industriales, títulos de rentas, acciones), *frutos* y *ganado*, el precio de la enajenación no podrá ser inferior al valor de mercado, es decir, al precio que coticen en la plaza el día de la venta (art. 436, CCDF).

El producto de la venta debe dedicarse realmente al objeto para el cual se solicitó la autorización judicial, y el resto, si lo hubiere, invertirse en la adquisición de otro inmueble para el menor o en el otorgamiento de crédito en beneficio del menor, siempre que esté garantizado con hipoteca. Al efecto, el precio de la venta se depositará en una institución de crédito y quien ejerce la patria potestad solo podrá disponer de él con orden judicial. El juez ha de tomar todas las medidas pertinentes para la debida utilización del precio de la venta y, en su caso, para la adecuada inversión del remanente (art. 437, CCDF).

Es preciso tener presente que los *hijos sujetos a patria potestad* solo pueden vender a sus padres los bienes que hayan adquirido por su trabajo (arts. 428, fracc. I, 2278, CCDF). En este caso, se está ante un contrato consigo mismo, pues el menor es representado por sus padres y son estos –o uno de ellos– quienes adquieren el bien.

d) Bienes de personas sujetas a tutela. Los bienes inmuebles y los bienes muebles preciosos propiedad de personas sujetas a tutela *–menores de edad o mayores de edad discapacitados–* pueden ser vendidos por el tutor si cuentan con la autorización judicial. Es preciso que la enajenación se realice por causa de absoluta necesidad o evidente beneficio para el menor o el mayor con discapacidad (art. 561, CCDF).

La venta requiere, además, la confirmación previa del curador (art. 561, CCDF) y debe realizarse por la autoridad judicial en subasta pública; de lo contrario, será nula. No obstante, tratándose de alhajas y muebles preciosos, el juez podría dispensar la subasta y autorizar que la venta se efectúe fuera de ella, siempre que se acredite la utilidad que eso represente para el menor (art. 563, CCDF).

El precio de la venta de *títulos valor* (valores comerciales, industriales, títulos de rentas, acciones), *frutos* y *ganado* no podrá ser inferior al valor de mercado, es decir, al precio que coticen en la plaza el día de la venta (art. 563, CCDF).

e) Bienes de personas con discapacidad, en copropiedad. En el caso de bienes que pertenezcan en copropiedad al discapaz, el juez debe decidir primero si conviene dividir el bien materialmente para que el discapaz reciba en plena propiedad su porción, o bien, si conviene enajenar el bien y distribuir entre los copropietarios el producto de la venta. En este último caso habrá de fijar las condiciones y seguridades con las que la enajenación debe realizarse e, incluso, puede dispensar la almoneda pública, si en ello consienten el tutor y el curador. Para tomar esa decisión, debe mandarse valuar el bien previamente, para fijar con toda precisión el valor del bien y el valor de la parte que pertenezca al discapaz (art. 564, CCDF).

f) Bienes de menores emancipados. El *menor emancipado* requiere la autorización judicial para disponer de los bienes inmuebles de su propiedad (art. 643, fracc. I, CCDF).



g) Restricciones a la libertad para enajenar o para adquirir bienes. La libertad para vender bienes puede estar sujeta a restricciones judiciales o convencionales; en cambio, la libertad para adquirir bienes solo puede estar sujeta a restricciones legales.

Las restricciones convencionales para vender derivan de un pacto expreso entre las partes, como el *pacto para no vender a determinada persona* (art. 2301, CCDF), el *pacto de preferencia* (arts. 2303 a 2308, CCDF), la *promesa de compraventa* (arts. 2243 y 2247, CCDF) y el *pacto de exclusiva*.

Las restricciones judiciales son aquellas que el juez impone al propietario de un determinado bien, a quien le prohíbe enajenarlo en razón de que, de hacerlo, podría causar perjuicio a terceros. Al respecto, el art. 3043, fracc. IV, del CCDF prevé la posibilidad de anotar preventivamente en el Registro Público de la Propiedad las providencias judiciales que prohíban la enajenación de bienes inmuebles o derechos reales.

El juez puede prohibir al heredero que enajene los bienes que le han sido adjudicados, cuando a un coheredero le han sido embargados los bienes que ha heredado o ha perdido el procedimiento judicial seguido respecto de tales bienes, si el embargo o el procedimiento judicial tuvieron como causa hechos anteriores a la muerte del autor de la sucesión (art. 1787, CCDF). Coincidimos con Sánchez Medal en que esta disposición legal podría extenderse por analogía a otros casos similares al anterior.[13]

Las restricciones legales son, más bien, situaciones de *falta de legitimación* del comprador para celebrar el contrato de compraventa. Se trata de prohibiciones impuestas por el legislador a ciertas personas que, en atención a la actividad que desempeñan, están impedidas de adquirir determinados bienes. También se les conoce como *incapacidades especiales*, denominación que ha sido considerada inapropiada. Es preciso mencionar que la compra realizada por las personas a quienes se les prohíbe adquirir será nula, sea que la hayan realizado de manera directa o por interpósita persona (art. 2282, CCDF). Entre los casos de falta de legitimación pueden citarse:

- Los extranjeros tienen prohibido adquirir bienes inmuebles *dentro de la zona restringida*; es decir, la parte del territorio mexicano comprendida dentro de una franja de 50 kilómetros a lo largo de las costas y de 100 kilómetros a lo largo de las fronteras. La adquisición de bienes inmuebles por extranjeros se trata en el apartado siguiente.
- Los magistrados, jueces, agentes del Ministerio Público, defensores públicos, abogados, procuradores y peritos tienen prohibido comprar y adquirir por medio de cesión los derechos sobre los bienes objeto de los juicios en que intervengan (art. 2276, CCDF), salvo que se trate *i)* de la compra o cesión de acciones hereditarias, cuando las personas mencionadas sean coherederas o *ii)* de derechos que recaigan sobre bienes de su propiedad (art. 2277, CCDF).

[13] *Cfr.* Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 167.

En relación con los abogados, la señalada prohibición debe acotarse *a)* a los bienes materia de juicios que estén pendientes al momento de la compra y *b)* cuando se trate de juicios contenciosos; es decir, quedarían excluidos de la prohibición los casos de jurisdicción voluntaria o de procedimientos no contenciosos.

En todo caso, quedan fuera de la prohibición legal las adquisiciones realizadas por los abogados por virtud del *contrato de prestación de servicios profesionales* celebrado antes de iniciarse el litigio.

El Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y Civil del Décimo Noveno Circuito ha señalado que al establecerse la prohibición de que los abogados, procuradores o asesores de las partes en un asunto judicial adquieran los bienes objeto del procedimiento en el que intervienen, se "tuvo la intención de evitar que se coaccione la voluntad de quien ha solicitado sus servicios legales". Sin embargo, el referido tribunal entendió que ese impedimento no puede permanecer indefinido, por lo que debe interpretarse en el sentido de que "tal prohibición subsiste sólo tratándose de asuntos en trámite, esto es, que no se hayan resuelto al momento en que se lleva a cabo la operación traslativa de dominio, y no para aquellos que ya concluyeron con sentencia ejecutoria pues, en esta hipótesis, ha cesado el vínculo existente entre el asesor y su cliente".[14]

- Los tutores, curadores, mandatarios, albaceas, interventores, representantes, administradores, empleados públicos, peritos y corredores (arts. 2280 y 2281, CCDF) están impedidos de comprar los bienes de cuya venta o administración estén encargados.

  La prohibición de adquirir los bienes que administran tiene su justificación en la posibilidad de que los adquirentes abusen de la especial situación que tienen respecto del enajenante y del conocimiento de los bienes para adquirirlos a un precio menor, "valiéndose de artificios para superar a los demás postores o fingiéndose comprar, para eludir la rendición de cuentas".[15]

  No obstante, como sostiene Sánchez Medal, esta prohibición ha de matizarse a propósito del *autocontrato* o *contrato consigo mismo*. Este tiene lugar cuando una persona, por su propio derecho, realiza un contrato con otra, a quien aquella misma representa. La doctrina mexicana reconoce que estas operaciones son válidas *a)* cuando el representado ha precisado con su representante todos los elementos que habrá de comprender el contrato, o bien *b)* cuando el representado ha autorizado al representante, de manera expresa, para contratar consigo mismo.[16]

[14] COMPRAVENTA. LA PROHIBICIÓN ESTABLECIDA EN EL ARTÍCULO 1606 DEL CÓDIGO CIVIL DE TAMAULIPAS PARA QUE LOS ABOGADOS, PROCURADORES O ASESORES DE LAS PARTES EN UN ASUNTO JUDICIAL ADQUIERAN LOS BIENES QUE SON OBJETO DEL PROCEDIMIENTO EN EL QUE INTERVIENEN, SUBSISTE SÓLO EN ASUNTOS EN TRÁMITE Y NO PARA AQUELLOS QUE YA CONCLUYERON CON SENTENCIA EJECUTORIA. Novena época. Registro: 173359. Tribunales Colegiados de Circuito. Tesis aislada. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Tomo XXV, febrero de 2007. Materia(s): Civil. Tesis: XIX.1o.A.C.41 C. Página: 1664.

[15] *Cfr.* Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 169.

[16] *Ibidem*, pp. 32-33 y 169.

En ocasiones se confiere un mandato irrevocable como medio para que el mandante cumpla una obligación contraída previamente con el mandatario (art. 2596, CCDF).

En un asunto, el mandante confirió *mandato irrevocable* al mandatario para enajenar un bien inmueble; en ese mismo acto, el mandatario entregó al mandante el importe del precio del inmueble con el fin de quedar eximido de rendir cuentas. El mandatario argumentó después que había celebrado con el mandante, en realidad, una compraventa sobre el inmueble y no un mandato. Al respecto, el tribunal consideró que esa operación no debía interpretarse como compraventa sino como un mandato por el que se encomendó al mandatario la venta de un inmueble a un tercero, para lo cual se le otorgaron facultades de dominio. El tribunal se apoyó en la prohibición impuesta al mandatario para comprar los bienes de cuya venta estuviere encargado.

El hecho de que se haya otorgado un mandato irrevocable y de que el mandatario haya entregado al mandante el precio de la cosa objeto del mandato para quedar eximido de rendir cuentas no significa que el mandatario haya adquirido la propiedad del bien cuya venta se le encomendó realizar a un tercero, pues no se está en presencia de un acto traslativo de dominio.[17]

- *Formalidad habilitante.* Con independencia de los casos de falta de legitimación para adquirir bienes que han quedado señalados, en ocasiones se exige también la satisfacción de ciertos requisitos para realizar la compraventa, como la obtención previa de alguna licencia, permiso o autorización administrativa o judicial, a los cuales se les ha denominado *formalidad habilitante*.

h) Adquisición de bienes inmuebles por extranjeros. Al respecto, habrá de distinguirse la adquisición de bienes inmuebles que se encuentran dentro de la zona restringida –esto es, de la porción del territorio nacional situada en una franja de 100 kilómetros a lo largo de las fronteras y de 50 kilómetros a lo largo de las costas–, de la adquisición de bienes inmuebles situados fuera de la referida zona.

Los extranjeros están impedidos de adquirir bienes inmuebles localizados dentro de la zona restringida; solo pueden adquirir el derecho personal al uso y disfrute de esos bienes mediante un fideicomiso de zona restringida.

En cambio, los extranjeros pueden adquirir bienes localizados fuera de la referida zona restringida, con la obtención previa del permiso de la Secretaría de Relaciones Exteriores para tal efecto y con la celebración previa del convenio por el cual el extranjero renuncia al derecho de solicitar la protección de su gobierno respecto de tales bienes. A esta estipulación se le conoce como *cláusula Calvo*.

[17] MANDATARIO FACULTADO PARA ENAJENAR UN INMUEBLE DEL MANDANTE. NO PUEDE COMPRARLO PARA SÍ, AL TRATARSE DE UNA RESTRICCIÓN PREVISTA EN EL ARTÍCULO 2111, FRACCIÓN II, DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE SAN LUIS POTOSÍ, SIN QUE OBSTE PARA ELLO QUE EL MANDATARIO HAYA ENTREGADO DE SU PECULIO Y EN EL ACTO AL MANDANTE EL PRECIO DE LA COSA, NI QUE HAYAN INSERTADO UNA CLÁUSULA ESPECIAL DE IRREVOCABILIDAD DEL MANDATO. Novena época. Registro: 168458. Tribunales Colegiados de Circuito. Tesis aislada. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Tomo XXVIII, noviembre de 2008. Materia(s): Civil. Tesis: IX.2o.49 C. Página: 1361.

i) Adquisición de bienes inmuebles por asociaciones religiosas. Las asociaciones religiosas pueden tener un patrimonio propio que sea "exclusivamente el indispensable" para cumplir con su objeto (art. 16, primer párrafo, *Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público*, LARCP). La Secretaría de Gobernación es la dependencia autorizada para determinar el carácter indispensable de los bienes inmuebles que pretendan adquirir por cualquier carácter las asociaciones religiosas; para ello emite la *declaratoria de procedencia* (art. 17, primer párrafo, LARCP).

De esta manera, siempre que se trate de la adquisición de bienes inmuebles por una asociación religiosa se debe contar previamente con la declaratoria de procedencia o, en su caso, con la certificación expedida por la Secretaría de Gobernación (art. 18, primer párrafo, LARCP), de haber transcurrido el plazo de 45 días desde la solicitud respectiva sin que se haya dado respuesta a la misma, pues en ese supuesto se entiende que la solicitud ha sido aprobada (art. 17, sexto párrafo, LARCP).

La solicitud de declaratoria de procedencia debe ser respondida por la autoridad dentro del plazo de 45 días; de lo contrario, se entiende aprobada. En este caso, la secretaría expedirá certificación de que ha transcurrido el plazo referido (art. 17, sexto y séptimo párrafos, LARCP).

Los bienes inmuebles adquiridos por una asociación religiosa deben ser registrados ante la Secretaría de Gobernación (art. 17, último párrafo, LARCP).

Asimismo, ha de darse aviso al Registro Público de la Propiedad que el inmueble de que se trata habrá de ser destinado a los fines de la asociación religiosa, para que el Registro realice la anotación correspondiente (art. 18, segundo párrafo, LARCP).

Las adquisiciones de bienes inmuebles por las asociaciones religiosas no están exentas de impuestos federales ni locales (art. 19, LARCP).

2.7 El objeto en la compraventa

El objeto de la compraventa es el bien que el vendedor transmite en propiedad y el precio que el comprador paga por él.

2.7.1 El bien

El bien puede ser una cosa o un derecho; por tanto, el objeto puede ser material (corpóreo) o inmaterial (incorpóreo). Los caracteres que debe reunir son los siguientes: *a)* que el bien exista o pueda llegar a existir, *b)* que sea susceptible de ser vendido, *c)* que sea determinado o determinable en cuanto a su especie y *d)* que el vendedor esté legitimado para disponer del bien.

a) Que el bien exista o pueda llegar a existir. En caso de que el bien haya perecido antes de la celebración del contrato, este será nulo por falta de objeto y el comprador podrá reclamar la devolución del precio pagado. En cambio, si la pérdida fuere parcial, el comprador estará

facultado para *desistir del contrato*,[18] o bien, para continuar con este respecto de la parte del bien que quedara, con la reducción proporcional del precio. La posibilidad del desistimiento solo debe reconocerse cuando la pérdida o falta parcial sea significativa, porque podría entrañar un abuso del derecho.[19]

La compraventa puede recaer sobre *cosas futuras* (art. 1826, CCDF), con la única excepción de los derechos hereditarios respecto de la sucesión de una persona que aún viva (arts. 1826, *in fine*, 1665, 1666 y 2950, fracc. III, CCDF).

En algunos casos, el objeto del contrato se refiere a cosas que habrán de construirse o producirse, por lo que surge el problema de determinar si se está en presencia de un *contrato de compraventa* o de un *contrato de obra a precio alzado* (art. 2616, CCDF). Se estará en este último cuando una de las partes se obliga a construir o producir algo, con materiales propios y bajo la propia dirección, a cambio de un precio determinado.[20]

b) La compraventa de cosas futuras. Según quedó asentado, el contrato de compraventa puede recaer sobre cosas futuras, por aplicación de la regla general establecida en el art. 1826 del CCDF, según la cual, "las cosas futuras pueden ser objeto de un contrato".

Las ventas de cosas futuras son frecuentes. En particular, en el ámbito comercial, varios productos que se venden todavía no han sido fabricados por el productor cuando concierta la venta, por lo que habrá de producirlos con posterioridad para estar en condiciones de cumplir con el contrato.

En realidad, la obligación del vendedor no carece de objeto como algunos han opinado,[21] pues el objeto en esta clase de obligaciones es, precisamente, una cosa futura que el vendedor está obligado a entregar una vez que esta exista.[22]

La compraventa de cosas futuras muestra en la práctica dos modalidades, que se diferencian en atención al hecho del que depende la existencia de la cosa, el cual puede consistir en un hecho del hombre, en un hecho de la naturaleza o en una conjugación de la actividad humana y un proceso natural.[23] Este dato permite determinar a la persona que asume el riesgo de que la cosa futura no llegue a existir. Veamos:

[18] De acuerdo con Sánchez Medal, se trata de un desistimiento del contrato y no de una rescisión, como de manera inapropiada califica esta forma de terminar un contrato el CCDF, para designar el desistimiento del contrato "en el arrendamiento (2408), en el transporte (2663) y en el contrato de obra a precio alzado (2635)" (Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 171).

[19] Esta hipótesis no está prevista en el actual CCDF. Estaba contemplada en el art. 2836 del Código Civil de 1884, que proponía una solución como la apuntada, que Sánchez Medal considera que podría servir como referente para dar respuesta a una situación similar, en el contexto de la legislación vigente (*cfr.* Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, pp. 170 y 171).

[20] Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 171.

[21] *Cfr.* Rafael Rojina Villegas, *op. cit.*, p. 379.

[22] *Cfr.* Henri Mazeaud, León Mazeaud y Jean Mazeaud, *Lecciones de derecho civil*, tercera parte, vol. III ("Los principales contratos"), Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1986, p. 121.

[23] *Cfr.* Miguel Ángel Zamora y Valencia, *Contratos civiles*, 13ª ed., Porrúa, México, 2012, p. 126.

- La *compraventa de cosa esperada* (*emptio rei speratae*) es un contrato conmutativo en el que la existencia de la cosa depende de la conducta del vendedor, quien, por esta razón, debe asumir el riesgo de que la cosa futura no llegue a existir, como ocurre con la venta que hace el fabricante de los productos que ha de fabricar. Este contrato tiene por objeto una *cosa futura esperada*.

  En este supuesto, las cosas futuras se venden bajo la *condición suspensiva* de que existan efectivamente, por lo que solo habrá de pagarse el precio si la cosa llega a existir.[24]

  En opinión de Miguel Ángel Zamora y Valencia, en esta clase de contratos el vendedor asume un deber adicional, que consiste en la producción de los bienes objeto de la compraventa. De este modo, si el vendedor incumple el deber de producir los bienes, el comprador podrá hacerlos producir por un tercero a cargo del vendedor (art. 2027, CCDF).[25]

- La *compraventa de esperanza* (*emptio spei*) es un contrato aleatorio en el que la existencia de la cosa queda supeditada a un hecho ajeno a la conducta del vendedor y, por tanto, el comprador asume el riesgo de la existencia de la cosa (arts. 2309, 2392 y 2393, CCDF), como sucede en los casos de la venta a cambio de un precio cierto, del producto de la pesca, de la venta de los frutos que una cosa produzca en un determinado tiempo o de la venta de los productos inciertos de un hecho, que puedan estimarse en dinero. Este contrato tiene un papel relevante en la *esperanza en la existencia de la cosa*.[26]

  En esta clase de contratos, el comprador puede asumir el riesgo de la existencia de los bienes o nada más el riesgo de que estos no lleguen a existir en la cuantía prevista por el propio comprador.[27]

  Las cosas futuras se venden sin condición alguna, aun en el caso de que la cosa no llegue a nacer, por lo cual el comprador debe pagar el precio convenido; en esencia, el objeto de la compraventa de esperanza es la posibilidad de obtener una ganancia de la eventual existencia de la cosa.[28]

  La doctrina mexicana distingue entre la *compraventa de cosa futura*, la *compraventa de cosa esperada* y la *compraventa de esperanza*. Quienes sostienen esta clasificación oponen la compraventa de cosa futura a la de esperanza, las cuales se distinguirían

[24] *Cfr.* Ludwig Enneccerus, Theodor Kipp y Martín Wolff, *Tratado de derecho civil. Derecho de cosas*, t. II, vol. 1, Bosch, Barcelona, 1971, p. 22.

[25] Miguel Ángel Zamora y Valencia, *op. cit.*, p. 129. En el mismo sentido, Fausto Rico Álvarez, *op. cit.*, p. 69.

[26] Zamora y Valencia señala que si "las cosas no llegan a existir no es válido concluir que no existe objeto en el contrato, ya que el objeto como elemento del contrato es la conducta de las partes; ... no es necesario recurrir a los artilugios de considerar que se está pagando un precio cierto y en dinero a cambio de una 'esperanza' o de una 'probabilidad' " (Miguel Ángel Zamora y Valencia, *op. cit.*, p. 127).

[27] *Ibidem*, p. 126.

[28] *Cfr.* Enneccerus *et al.*, *op. cit.*, p. 23.

entre sí en que la última solo se refiere a los frutos o productos futuros de una cosa, en tanto que la primera abarca la cosa misma.[29]

- *Diferencia en cuanto a sus consecuencias jurídicas, entre la compraventa de cosa esperada y la compraventa de esperanza.* Las consecuencias jurídicas que se producen cuando la cosa futura no llega a existir y, por tanto, no se entrega al comprador en el plazo establecido, son distintas según se trate de una *compraventa de cosa esperada* o de una *compraventa de esperanza*.

  En la compraventa de cosa esperada, el vendedor incurre en incumplimiento del contrato y debe pagar al comprador los daños y perjuicios; por su parte, el comprador queda libre de la obligación de satisfacer el precio de la cosa y, si este ya ha sido cubierto, tiene el derecho a que se le restituya. En el caso de que la cosa que se produciría no haya sido terminada por caso fortuito o fuerza mayor, el riesgo lo corre el vendedor porque la propiedad de la cosa no se ha transmitido todavía al comprador; por ello, este no tiene que pagar el precio, pero tampoco puede exigir la responsabilidad civil por incumplimiento al vendedor.

  En la compraventa de esperanza la solución es diferente. Dado que el comprador ha conocido y aceptado la eventualidad a la que estaba sujeta la existencia de la cosa, debe soportar el riesgo de que la cosa no llegue a existir. En tal supuesto, el comprador sigue obligado a pagar el precio estipulado.

Estas modalidades de la compraventa se sustraen a la regla general que señala que la transmisión de la propiedad y los riesgos respecto de la cosa vendida se producen desde el instante mismo de la celebración del contrato. Esto se debe a que la cosa vendida no existe todavía al formarse el contrato. En ese sentido, el "vendedor contrata entonces, según los casos, la obligación de crear la cosa vendida: por ejemplo, la de fabricar un objeto; o la obligación de contribuir a su surgimiento: por ejemplo, prestar los cuidados necesarios para la futura cosecha vendida; o la obligación de no oponer obstáculo a la producción de la cosa".[30]

La transmisión de la propiedad y, con ella, el riesgo al comprador, ocurre desde el momento en que la cosa existe y se individualiza con conocimiento del acreedor –en este caso, el comprador–.[31] La manera más común por la cual se individualiza la cosa es con la entrega, pues en ese momento el acreedor conoce cuál es la cosa que le habrá de ser entregada. Nada obsta, sin embargo, para que la cosa se individualice de otra manera, por ejemplo, con la terminación de la cosa cuando esta se ha venido fabricando y el acreedor tiene conocimiento de ello.

[29] *Cfr.* Rafael Rojina Villegas, *op. cit.*, p. 378. En el mismo sentido Fausto Rico Álvarez, *op. cit.*, pp. 69 y 70.

[30] Henri Mazeaud, León Mazeaud y Jean Mazeaud, *op. cit.*, p. 198.

[31] Mazeaud señala que el momento en que se transmite la propiedad y los riesgos al comprador depende de que se trate de una cosa futura cierta o una cosa futura genérica. En el primer caso, la transmisión de la propiedad y de los riesgos ocurre desde que la cosa ha sido terminada (por ejemplo, la cosecha de trigo desde que esté en estado de segarse; la máquina que habrá de construirse, desde que esté en condiciones de funcionar); en cambio, en el segundo, la propiedad y los riesgos se transmiten al comprador hasta que la cosa se individualiza con conocimiento del acreedor, por lo que no basta que la cosa se haya terminado (por ejemplo, un bien elegido en un muestrario, que habrá de producirse) (Henri Mazeaud, León Mazeaud y Jean Mazeaud, *op. cit.*, pp. 189 y 190).

c) Que el bien sea susceptible de ser vendido. El bien objeto de la venta debe estar en el comercio (arts. 747 y 1825, CCDF), esto es, que pueda ser objeto de enajenación a título oneroso o de apropiación por los particulares. Los bienes podrían estar fuera del comercio por su naturaleza (porque no pueden ser poseídos por alguien de manera exclusiva) o por disposición de la ley (porque sean irreductibles a propiedad particular; arts. 748 y 749, CCDF). En este sentido, no pueden ser objeto de la compraventa:

- Los bienes que integran el *patrimonio de familia* se consideran inalienables e imprescriptibles (art. 727, CCDF).
- El *derecho de alimentos futuros*, esto es, los alimentos que en el momento de realizarse el contrato todavía no se hayan producido, no pueden ser objeto de enajenación (art. 2950, fracc. V, CCDF).
- Los *órganos* y *tejidos humanos* no pueden ser objeto de compraventa, pues la enajenación onerosa de esta clase de bienes está prohibida; solo está permitida la donación (arts. 332 y 462, fracc. II, *Ley General de Salud*, LGS). Además, está considerada como delito la comercialización de órganos, tejidos, cadáveres, fetos o restos humanos (art. 462, fracc. II, LGS).
- El derecho de uso o el de habitación no pueden ser vendidos porque se trata de *derechos personalísimos* (art. 1051, CCDF). Tampoco puede ser enajenado el derecho de servidumbre, a menos que se transmita junto con el predio sirviente o el predio dominante (art. 1064, CCDF).

En cambio, sí pueden ser materia de compraventa:

- Una *empresa* o *negociación mercantil* y la *clientela* de la misma.
- Algunos *derechos de la personalidad* pueden ser objeto de compraventa, como los *derechos patrimoniales de autor.*
- Un *bien* o *derecho sujeto a litigio*, como se explica enseguida.

d) La venta de bienes o derechos litigiosos. Los bienes o derechos litigiosos pueden ser objeto de la compraventa (arts. 2042, 2272 y 3045, CCDF). No obstante, antes de realizar la venta, el vendedor debe advertir al comprador que se trata precisamente de bienes o derechos sujetos –o que existe la posibilidad de que estén sujetos– a controversia jurisdiccional. Al respecto, habrán de precisarse en el contrato respectivo los datos que permitan identificar la controversia.

La omisión de comunicar al comprador el carácter litigioso de los bienes enajenados produce consecuencias jurídicas en los ámbitos civil y penal. Por una parte, la compraventa "podría ser anulada por vicios del consentimiento (dolo o mala fe), lo que comportaría la restitución de prestaciones y el pago de daños y perjuicios. En caso de que el comprador sufra la evicción, el vendedor estaría obligado a pagar daños y perjuicios como enajenante de mala fe (artículos 2127 y 2272)". Por otra parte, el vendedor podría ser responsable del delito de fraude.

El vendedor tiene el deber de comunicar al comprador la situación legal del bien o del derecho materia del litigio, aun cuando la demanda respectiva no esté inscrita en el Registro Público de la Propiedad. Para que la sentencia dictada con motivo de la controversia judicial perjudique al comprador de buena fe, es menester que la demanda haya sido inscrita de manera preventiva en el referido registro (arts. 2898, fracc. VI, 3009 y 3043, fracc. I, CCDF).

e) Que el bien sea determinado o determinable en cuanto a su especie y a su cuantía. En este sentido, cuando la compraventa recae sobre géneros, se debe realizar la determinación de los bienes con conocimiento del comprador (que en este caso es el acreedor), para transmitir la propiedad y los riesgos (arts. 2015 y 2017, fracc. V, CCDF).

La determinación se puede llevar a cabo de diversas maneras, por ejemplo, *a)* por medio de una operación de contar, pesar o medir (art. 2257, CCDF); *b)* con base en muestras, o *c)* con referencia a bienes perfectamente conocidos en el comercio que las partes han considerado al celebrar la venta.

La cuantía de los bienes puede quedar sujeta para su determinación a circunstancias posteriores a la concreción de la compraventa, como ocurre con la *venta a consumo* de cervezas o vinos en un cierto evento, o incluso, a la determinación por un tercero (art. 2252, CCDF).

f) Que el vendedor esté legitimado para enajenar el bien. El vendedor está legitimado para enajenar determinado bien cuando es el propietario del mismo o cuando está autorizado por este o por disposición legal, para disponer del bien de que se trate (arts. 2269 y 2279, CCDF).

La doctrina reconoce, sin embargo, que el vendedor podría adquirir la propiedad del bien con posterioridad a la celebración de la compraventa, lo cual ha permitido sostener que el requisito de que el vendedor tenga la propiedad del bien que se enajena sea exigible para la eficacia real o traslativa de la compraventa, más que para la validez de la misma.[32]

2.7.2 El precio

a) El precio ha de ser cierto. El monto del precio debe ser fijado por las partes, o bien, por un tercero designado por ellas (art. 2251, CCDF). De acuerdo con Sánchez Medal, la intervención del tercero se identifica con la de un mandatario irrevocable de ambas partes, "cuya actuación, por la confianza que inspira a las dos partes, sirve… para nivelar con equidad las pretensiones opuestas de uno y otro contratante".[33]

En este caso, el contrato se perfecciona hasta que el tercero fija el precio; en consecuencia, si el tercero rehúsa fijarlo, el contrato es nulo y las partes quedan imposibilitadas para solicitar al juez que establezca el precio (art. 2253, CCDF), a menos que acuerden lo contrario. El precio también puede quedar referido a otra cosa cierta; por ejemplo, el precio corriente en el mercado, el precio en que se vendió por otra persona, etc. (art. 2251, CCDF).

[32] *Cfr.* Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 174.

[33] *Idem.*

b) El precio debe ser en dinero. El precio de la compraventa debe ser en dinero, o bien, en dinero y en especie, siempre que el valor de esta sea equivalente, cuanto más, al 50% del precio de la operación, pues si la mayor parte del precio se paga con el valor de una cosa y el resto con dinero, se está ante un contrato de *permuta* y no de compraventa.

Asimismo, cuando el precio consiste en una cantidad que se pagará de manera periódica por todo el tiempo de vida de una persona, el contrato es de *renta vitalicia* y no de compraventa.

El monto del precio podría estar sujeto a ciertas restricciones de carácter legal; por ejemplo, al precio máximo impuesto por el Ejecutivo federal a los bienes y servicios necesarios para la economía nacional o el consumo popular (arts. 28 constitucional y 9, *Ley Federal de Competencia Económica*, LFCE).[34]

En el derecho civil se prohíbe que el precio establecido en la venta a plazo de semillas o cereales para el consumo del comprador exceda el precio corriente desde la entrega de esos bienes hasta el fin de la cosecha siguiente (art. 2256, CCDF).

c) Precio justo. El precio es justo cuando existe equivalencia entre el valor del bien que es objeto de la compraventa y el precio que se paga por este. No obstante, en el derecho mexicano, el mero *dato objetivo* de la desproporción entre el valor del bien y el precio de la venta es insuficiente para afectar la validez de la compraventa; para que eso ocurra, es menester que la desproporción se deba a un *dato subjetivo* como es que el comprador se haya aprovechado de la extrema miseria, suma ignorancia o notoria inexperiencia del vendedor.

En este sentido, cuando el comprador paga un precio evidentemente desproporcionado respecto del valor del bien, aprovechándose de la suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria del vendedor, se configura la *lesión* en perjuicio de este, lo que origina la nulidad del contrato (art. 17, CCDF).

Es preciso tener presente que, tratándose de la compraventa mercantil, resulta imposible argumentar la lesión para privar de eficacia al contrato; no obstante, el perjudicado tiene el derecho de reclamar los daños y perjuicios causados al contratante que haya procedido con dolo o mala fe (art. 385, *Código de Comercio*, CCom).

d) Precio real. El precio debe ser real; esto es, *verdadero* por oposición a *simulado*, pues si el comprador en realidad no pagó cantidad alguna por el bien, se entiende que la venta se simuló de manera absoluta o relativa.

La veracidad del precio también puede referirse a que el precio se pacta con la intención de que el vendedor podrá exigirlo, pues si se hace remisión del precio inmediatamente después de celebrado el contrato, se estará ante una donación y no frente a una compraventa.

[34] Corresponde a la Procuraduría Federal de Protección al Consumidor vigilar y verificar el cumplimiento de las disposiciones en materia de precios y tarifas establecidos o registrados por la autoridad competente y coordinarse con otras autoridades legalmente facultadas para inspeccionar precios para lograr la eficaz protección de los intereses del consumidor (arts. 8 y 24, fracc. XIII, *Ley Federal de Protección al Consumidor*).

El precio debe ser *serio*, es decir, que no se trate de un *precio irrisorio*, como sucede cuando el precio es demasiado desproporcionado respecto del valor real del bien enajenado. En este caso, se discute si el contrato debe ser tratado como una compraventa o como una donación. A menos que la desproporción se deba a *lesión*, el contrato ha de tener eficacia como donación por virtud del principio de conservación del contrato.

Es preciso señalar que el precio de la compraventa no debe ser exactamente equivalente al valor real del bien, sino que es suficiente que haya una proporción razonable entre ambos.

2.8 La forma en la compraventa

La compraventa es *consensual* cuando recae sobre muebles, dado que en este caso no requiere formalidad alguna (art. 2316, CCDF); en cambio, la compraventa sobre inmuebles es *formal*:

a) Requiere *escritura privada* firmada por las partes ante testigos y firmas ratificadas ante fedatario público (notario, juez competente o Registro Público de la Propiedad), cuando el valor de avalúo del inmueble sea igual o inferior a 365 veces la hoy Unidad de Cuenta de la Ciudad de México (art. 2317, primer párrafo, CCDF). El contrato debe hacerse por duplicado: un tanto es para el comprador y otro tanto es para el Registro Público de la Propiedad (art. 2319, CCDF).

   No obstante, la compraventa podrá otorgarse en documento privado sin necesidad de testigos ni de ratificación de firmas, cuando el gobierno de la Ciudad de México realice la enajenación, el valor de los inmuebles no exceda la cantidad señalada y la operación se efectúe con cualquiera de las finalidades siguientes: *a)* para la constitución del patrimonio familiar (art. 730, CCDF), para personas de escasos recursos económicos o *b)* para la regularización de la tenencia de la tierra respecto de inmuebles de propiedad particular. En ambos casos, los contratos también podrían otorgarse en el *protocolo abierto especial* de los notarios de la Ciudad de México, para que estos reduzcan 50% las cuotas que correspondan conforme al arancel respectivo.

b) La compraventa de inmuebles exige *escritura pública* si el valor de avalúo del bien es superior a 365 veces la Unidad de Cuenta de la Ciudad de México (arts. 2320 y 2317, CCDF).

c) En todos los casos anteriores, el contrato debe *inscribirse* en el Registro Público de la Propiedad para que surta efectos frente a terceros (arts. 2322, 3043, fracc. I, CCDF).

   Las partes pueden pactar quién será el notario público ante el cual se otorgará la escritura pública respectiva, pero en el caso de que hayan omitido precisar ese aspecto, es al comprador a quien corresponde elegir al notario público. Al respecto, el Décimo Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito ha reconocido que es una práctica común que el comprador designe al notario de su confianza, por la

certidumbre que le brindará de formalizar la compraventa en forma debida y, además, porque por lo general es quien cubre los honorarios notariales.[35]

d) Debe tenerse presente que para la venta de ciertos bienes, como los pertenecientes a los discapacitados, los de propiedad pública, los otorgados en prenda o hipoteca, etc., habrán de observarse los requisitos que la legislación prevea para que la venta sea perfecta (art. 2273, CCDF). Tales requisitos podrían consistir en la obtención previa de ciertas autorizaciones judiciales o administrativas, que en conjunto se han identificado como *formalidades habilitantes*.

e) El vendedor y el comprador tienen, cada uno, la *obligación de pagar la mitad de los gastos de escritura y de registro*, lo cual admite convenio en contrario (art. 2263, CCDF).

Es preciso mencionar que si el contratante obligado a pagar las *cargas fiscales* omite cubrirlas, estas podrían ser pagadas por el otro contratante, quien tendría derecho a repetir para obtener el reembolso de lo efectivamente cubierto.

f) Todavía subsiste en el *Código Civil para el Distrito Federal* (art. 2321) la denominada *venta por endoso*, que se formaliza por medio de una simple constancia escrita que las partes asientan en el certificado de inscripción de propiedad expedido por el Registro Público de la Propiedad a quien aparezca en el referido registro como propietario del bien. La constancia de la venta debe ratificarse ante el propio registrador, quien tiene el deber de cerciorarse de la identidad de los contratantes y de la autenticidad de sus firmas. Asimismo, debe comprobar previamente que los impuestos por la compraventa realizada estén cubiertos.

Esta manera de formalizar la venta por endoso solo se contempla *a)* para bienes inscritos en el Registro Público de la Propiedad, *b)* cuyo valor no exceda de 365 veces la Unidad de Cuenta de la Ciudad de México en el momento de la operación y *c)* que la venta sea al contado.

2.9 Contenido obligacional

2.9.1 Obligaciones del vendedor

Las obligaciones a cargo del vendedor son seis: *a)* conservar el bien hasta que sea entregado materialmente; *b)* entregar el bien; *c)* transmitir la propiedad del bien; *d)* garantizar por el hecho personal; *e)* garantizar las cualidades del bien, y *f)* garantizar por la evicción.

La obligación esencial del vendedor en la compraventa es transmitir la propiedad del bien objeto del contrato al comprador. Las demás obligaciones son, en realidad, corolario de la obligación señalada.

[35] COMPRAVENTA. LA DESIGNACIÓN DEL NOTARIO ANTE QUIEN SE FORMALIZARÁ LA ESCRITURA PÚBLICA CORRESPONDE AL COMPRADOR, EN EL CASO DE QUE LAS PARTES NO LO HAYAN ESTIPULADO. Novena época. Registro: 182229. Tribunales Colegiados de Circuito. Tesis aislada. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Tomo XIX, febrero de 2004. Materia(s): Civil. Tesis: I.11o.C.92 C. Página: 1031.

La obligación del vendedor de garantizar por los vicios ocultos y la evicción al comprador son disposiciones naturales del contrato de compraventa, que no esenciales en razón de que pueden modificarse e incluso suprimirse de manera expresa (arts. 2121, 2132, 2140, fracc. II, y 2158, CCDF).

Las disposiciones legales que regulan estas dos obligaciones se han venido aplicando a cualquier clase de enajenación onerosa, con lo cual han adquirido generalidad (arts. 2120, 2351 y 2142, CCDF).

2.9.1.1 Conservar el bien hasta el momento de su entrega material

El vendedor tiene el deber de conservar el bien objeto de la compraventa hasta el momento de entregarlo materialmente al comprador. Aun cuando este deber no está previsto de manera expresa en el CCDF, su presencia indiscutible en la relación obligatoria se sustenta en el deber de buena fe que corresponde al vendedor de procurar la satisfacción del interés económico del comprador, quien se vería afectado si el bien resultara dañado durante el tiempo que se encontrara en poder del vendedor.

La doctrina mexicana[36] ha entendido que la citada obligación se deduce de los arts. 2284 y 2292 del CCDF. El primero establece que: "Desde el momento en que el comprador acepte que la cosa vendida quede a su disposición, se tendrá por virtualmente recibido de ella, y el vendedor que la conserve en su poder sólo tendrá los derechos y obligaciones de un depositario." De acuerdo con el segundo: "Si el comprador se constituyó en mora de recibir… el vendedor quedará descargado del cuidado ordinario de conservar la cosa, y solamente será responsable del dolo o de la culpa grave."

El deber de conservar el bien se regula por las disposiciones que rigen al depositario, aplicadas por analogía. En esa virtud, el deber comprende la realización de los actos necesarios para la *conservación material y jurídica* de la cosa o del derecho vendido.

La *conservación jurídica* se refiere a la necesidad de realizar todos aquellos actos previstos en las disposiciones legales que impidan que el bien –por lo general, *derechos*– sufra alguna afectación por el mero hecho de omitir realizar tales actos. Al respecto, se pueden mencionar: el *protesto* por falta de aceptación o de pago de algunos títulos valor (letra de cambio, pagaré domiciliado, cheque); interrumpir la prescripción del derecho de crédito; mantener vigente el registro de marcas, nombres comerciales, patentes, etcétera.

El incumplimiento del deber de conservación y custodia sujeta al vendedor a responsabilidad civil por el menoscabo, daños y perjuicios que sufran los bienes por su malicia o negligencia (art. 2522, párrafo segundo, CCDF). Además, se presume que la pérdida o el deterioro del bien ha sido culpa del propio vendedor, salvo prueba en contrario (art. 2018, CCDF).

El vendedor debe observar un nivel de *diligencia medio de un buen padre de familia* en la custodia del bien, entretanto se efectúa la entrega; es decir, será responsable por *culpa leve*,

[36] *Cfr.* Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 182.

que corresponde al *cuidado ordinario* de la cosa. Sin embargo, una vez que el comprador ha incurrido en mora en la recepción del bien, el grado de diligencia en la conservación del bien a cargo del vendedor se reduce a la *diligencia mínima del hombre ordinario*, pues "quedará descargado del cuidado ordinario de conservar la cosa, y solamente será responsable del dolo o de la culpa grave" (art. 2292, CCDF).[37]

Es preciso tener presente que en el caso de que el bien se pierda o deteriore *sin culpa* del vendedor (deudor respecto de la entrega), por ejemplo, por el hecho de un tercero, debe ceder al comprador (acreedor) "cuantos derechos y acciones tuviere para reclamar la indemnización a quien fuere responsable" (art. 2020, CCDF).

2.9.1.2 Entregar el bien al comprador

El vendedor debe entregar el bien al comprador (art. 2283, fracc. I, CCDF). Se ha señalado que esta obligación en realidad se manifiesta aun después de celebrada la compraventa, por lo que se trata de una *entrega continuada* que comprende también la garantía del hecho personal, de los vicios ocultos y de la evicción, lo cual implica procurar al comprador una posesión pacífica y útil del bien, sin perturbaciones ni vicios.[38]

La entrega puede ser real, jurídica y virtual: *a)* la *entrega real* consiste en la entrega material de la cosa vendida o, en su caso, en la entrega del título en que conste el derecho que se transmite por la compraventa; *b)* la *entrega jurídica* se produce cuando alguna disposición legal considera como recibido el bien por el comprador, aunque no se haya entregado materialmente todavía; *c)* la *entrega virtual* se da cuando el comprador acepta que el bien vendido quede a su disposición, motivo por el cual se tiene por recibido de manera virtual desde el momento mismo en que así lo ha aceptado.[39]

La entrega también puede darse de acuerdo con estas tres modalidades: *a)* la entrega *longa manu*, cuando se entregan las llaves del inmueble en el que se hallan las cosas; *b)* la entrega *brevi manu*, cuando el comprador ha estado en posesión de la cosa con otro carácter, por ejemplo, como arrendatario o comodatario; *c)* la entrega conocida como *constituto posesorio*, precisamente en el caso inverso al anterior: cuando el vendedor seguirá en posesión del bien que ha vendido, pero con un carácter distinto al de propietario, por ejemplo, como arrendatario o comodatario.

a) *Momento de la entrega.* El vendedor está obligado a entregar la cosa vendida en el plazo convenido. A falta de convenio expreso al respecto, la entrega debe hacerse de manera simultánea al pago del precio, pues el vendedor tiene el derecho de retener la

[37] *Cfr.* Rafael Rojina Villegas, *op. cit.*, p. 269.

[38] *Cfr.* Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 182.

[39] Según Sánchez Medal, se puede considerar como entrega virtual de un derecho incorpóreo el hecho de que el comprador use tal derecho con la conformidad del vendedor (*patientia et usu*). También podría admitirse como entrega presunta, salvo prueba en contrario, "si la cosa vendida es raíz, se dice entregada luego que está otorgada la escritura pública, o si no hay escritura, luego que están entregados los títulos de la finca" (que se preveían en los códigos civiles de 1870 y 1884) (Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 183).



cosa hasta que se le pague el precio (arts. 2286, 2094, CCDF). No obstante, el art. 2286 del CCDF parece indicar que primero debe pagarse el precio y después entregarse la cosa, interpretación que se ha considerado errónea.

Como sea, en el caso de que ninguno de los contratantes quisiera cumplir su respectiva prestación en primer término, o incluso, si hubiera duda de quién debe cumplir primero, la entrega de la cosa y el pago del precio se harán por medio de depósito con un tercero, quien a la vez hará la entrega al comprador y al vendedor, respectivamente (art. 2295, CCDF).

El vendedor tiene un *derecho de retención* que le autoriza a rehusar la entrega de la cosa en el caso de que el comprador se encuentre en una situación económica tal que represente riesgo de no pagar el precio, a menos que el comprador le otorgue fianza para asegurarle el pago oportuno (art. 2287, CCDF).

b) Lugar de la entrega. El vendedor está obligado a entregar la cosa en el lugar convenido y a falta de acuerdo expreso: *a)* si se trata de una *cosa cierta*, en el lugar donde se encontraba en la época en que se vendió (art. 2291, CCDF); en cambio, *b)* si se trata de bienes fungibles o *géneros*, en el domicilio del vendedor, pues en este caso rige la regla general aplicable al pago, según la cual este debe efectuarse en el domicilio del deudor (vendedor), a falta de pacto en contrario (art. 2082, CCDF).

c) Estado en que debe entregarse. El vendedor está obligado a entregar la cosa vendida en el estado en que se encontraba al perfeccionarse el contrato, si se trata de la venta de una cosa cierta (art. 2288, CCDF). La entrega debe incluir, además, todos los frutos, rendimientos, acciones y títulos de la cosa o derecho a partir del perfeccionamiento del contrato (art. 2289, CCDF).

No obstante, puede pactarse la entrega del bien en condiciones distintas a las que presenta al celebrarse el contrato, sean estas mejores o peores. Por ejemplo, la venta de un inmueble que se pintará o de un vehículo sin los costosos rines que trae.

d) Gastos de entrega. Los gastos de traslado de la cosa vendida hasta el lugar en que deba entregarse corresponden al vendedor, en tanto que los demás gastos para trasladar dicha cosa desde este lugar a otro distinto son por cuenta del comprador, salvo pacto en contrario (art. 2285, CCDF).

2.9.1.3 Transmitir la propiedad del bien al comprador

a) La transmisión de la propiedad en la compraventa. La transmisión de la propiedad opera en la compraventa, por regla general, de manera simultánea a la celebración del contrato, sin necesidad de la entrega de la cosa vendida ni del pago del precio, cuando se trata de una cosa cierta y determinada, salvo pacto en contrario. Este supuesto se conoce como *compraventa real*.

Al respecto, el art. 2014 del CCDF señala que: "En las enajenaciones de cosas ciertas y determinadas, la traslación de la propiedad se verifica entre los contratantes, por mero efecto del

contrato, sin dependencia de tradición ya sea natural, ya sea simbólica…" La compraventa es perfecta y obligatoria para las partes, por lo regular, cuando han convenido sobre la cosa y su precio, aunque la primera no haya sido entregada ni el segundo satisfecho (art. 2249, CCDF).

En ese sentido, no se requiere la entrega de la cosa vendida para que su propiedad se transmita al comprador, pues esto se produce al perfeccionarse la compraventa. A partir de ese momento, el riesgo del bien enajenado se traslada al comprador.

No obstante, la transmisión de la propiedad queda diferida para un momento posterior a la celebración del contrato en varios supuestos, los cuales dependen de la *naturaleza del objeto*, como *a)* en la *venta de bienes fungibles* o *géneros*, *b)* en la *venta de cosa futura*, *c)* en la *venta de cosa alternativa* y *d)* en la *venta de cosas que se acostumbran contar, pesar o medir,*[40] o bien, que dependen de la *voluntad de los contratantes*, como *e)* en la *venta con reserva de dominio* y *f)* en la *venta bajo condición*. Estas hipótesis reciben el nombre de *compraventa obligatoria*.

En particular, en la venta de *bienes fungibles* o *géneros*, la transmisión de la propiedad ocurre en el momento en que la cosa "se hace cierta y determinada con conocimiento del acreedor" (art. 2015, CCDF). Por lo general, la forma más común de individualizar el bien es por medio de la entrega.

Ahora bien, la mayor parte de la doctrina mexicana considera que la transmisión de la propiedad es una obligación a cargo del vendedor. Sin embargo, contra esta postura están quienes consideran que en realidad la transmisión de la propiedad es más bien un efecto del contrato que se produce por disposición legal, sin la intervención del vendedor, y por esa razón resulta imposible reconocerle el carácter de una obligación.

Por nuestra parte, estimamos que la transmisión de la propiedad sobre el bien como tal no es propiamente una obligación del vendedor. En principio, este habrá de estar legitimado para transmitir la propiedad del bien objeto de la compraventa, esto es, habrá de ser propietario de dicho bien o estar autorizado por este para venderlo; de lo contrario, se estará ante la *venta de un bien ajeno*. En particular, tratándose de algunos casos de la *compraventa obligatoria*, el vendedor quedará obligado a realizar todos los actos que permitan que la propiedad se transmita efectivamente por virtud del contrato, como *a)* individualizar el bien en la *compraventa de géneros*, *b)* producir o fabricar los productos en la *compraventa de cosa futura* (*cosa esperada*), *c)* realizar la cuenta, peso o medida en la venta de bienes susceptibles de ser medidos.

La propiedad de la cosa vendida puede transmitirse en favor de un tercero que intervenga en el propio contrato, o bien, en favor de un tercero que designe después el comprador porque este se hubiera reservado el derecho de hacer la señalada designación con posterioridad, siempre que se trate de una *compraventa obligatoria* en la que la transmisión de la propiedad

[40] Por ejemplo, "en la compraventa 'en bloque' (todo el trigo de mi bodega a tanto la tonelada), está determinada la cosa ya existente, pero no el precio total, porque hay que pesar, contar o medir, si bien desde la celebración del contrato se transmite la propiedad y el riesgo al comprador" (Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 165).



no opera por efectos del mero contrato. Al respecto, se suele incluir en el contrato de compraventa la cláusula por persona a nombrar (*pro amico eligendo*).

Por último, para que la transmisión de la propiedad de bienes inmuebles o de bienes muebles registrables produzca efectos frente a terceros, es menester inscribir el contrato de compraventa en el Registro Público de la Propiedad.

b) La transmisión de los riesgos en la compraventa. Por regla general, l*a propiedad se transmite al comprador junto con los riesgos*. No obstante, esta regla admite pacto en contrario para diferir o anticipar la transmisión de los riesgos, con lo cual esta quedará disociada de la transmisión de la propiedad.

En la *compraventa con reserva de dominio*, por ejemplo, puede pactarse que la pérdida de la cosa por caso fortuito o fuerza mayor sea a cargo del comprador, aunque no se le haya transmitido la propiedad a este. Asimismo, puede pactarse que aunque ya se haya transmitido la propiedad, los riesgos por la pérdida o deterioro de la cosa vendida los soporte el vendedor hasta hacer la entrega. Como lo sostiene Sánchez Medal, en

> esta variedad de posibilidades se fundan una gama de especies de compraventa en las que directamente se retrasa la transmisión de la propiedad, aunque se haya perfeccionado el contrato, o indirectamente se difiere la misma transmisión, aplazando el perfeccionamiento del contrato, pudiendo utilizarse para aquél y para este caso las modalidades del término suspensivo o de la condición suspensiva o resolutoria.[41]

Esto permite satisfacer una diversidad de intereses de las partes, por ejemplo, cuando el comprador requiere tiempo para examinar la cosa (venta *ad gustum*, venta a vistas) o reflexionar sobre la conveniencia de celebrar el contrato (venta a ensayo o a prueba, venta sobre muestras), o cuando el vendedor necesita una garantía de pago del precio (venta con reserva de dominio, venta con cláusula resolutoria).

c) La teoría de los riesgos en la compraventa. La pérdida o deterioro del bien en la compraventa, cuando todavía se encuentra en poder del vendedor –quien es el deudor respecto de la entrega del bien–, se rige por dos principios fundamentales: *a)* los bienes perecen para su dueño (*res perit domino*) y *b)* los géneros nunca perecen (*genera non pereunt*).

De este modo, cuando se trata de la enajenación de un bien cierto y determinado, la pérdida o deterioro de este se sujeta a las reglas siguientes (art. 2017, CCDF):

a) Si la pérdida del bien fue por *culpa del deudor*, este responderá frente al acreedor por el valor del bien y por los daños y perjuicios; en cambio, si la pérdida del bien fue por *culpa del acreedor*, el deudor quedará liberado de la obligación.

b) Si el bien se deteriora por *culpa del deudor*, el acreedor puede optar por la resolución del contrato y el pago de daños y perjuicios, o bien, por recibir el bien en el estado en que se encuentre, exigir la reducción del precio y el pago de daños y perjuicios; en

[41] *Idem.*

cambio, si el bien se deteriora por *culpa del acreedor*, este tiene la obligación de recibir el bien en el estado en que se halle.

c) Si el bien se pierde por *caso fortuito o fuerza mayor*, la obligación queda sin efecto y el propietario sufre la pérdida, a menos que se haya convenido otra cosa.

d) La pérdida del bien en poder del deudor se presume por culpa suya, a menos que se pruebe lo contrario (art. 2018, CCDF).

En cambio, cuando la enajenación se refiere a *bienes fungibles* o *géneros*, la pérdida la sufre el enajenante, porque sigue siendo el dueño de ellos. La propiedad de los bienes fungibles o géneros se transmite hasta que los bienes se hacen ciertos y determinados con conocimiento del acreedor (art. 2015, CCDF). Aun cuando la pérdida del bien se deba a caso fortuito o fuerza mayor, la sufre el enajenante, por lo cual el dueño tendrá que sustituirlos por otros equivalentes de la misma especie y calidad.

El art. 2022 del CCDF señala que: "Cuando la obligación de dar tenga por objeto una cosa designada sólo por su género y cantidad, luego que la cosa se individualice por la elección del deudor o del acreedor, se aplicarán, en caso de pérdida o deterioro, las reglas establecidas en el artículo 2,017" para los bienes ciertos y determinados.

d) La venta de un bien ajeno. El art. 2270 del CCDF señala que *la venta de cosa ajena es nula.* Sin embargo, esta disposición legal debe matizarse, pues el requisito de que el bien objeto de la compraventa sea propio del vendedor podría estar ausente al celebrarse la compraventa.[42]

En efecto, en algunas situaciones, aun cuando el vendedor carece de la propiedad del bien, la venta es válida por estar autorizado el vendedor para disponer del bien; o la venta podría convalidarse y obtener plena eficacia con posterioridad, como sucede cuando el vendedor adquiere la propiedad del bien después de la venta.

a) Entre los casos en que se otorga *autorización para disponer* de ciertos bienes, pueden mencionarse: en la *prenda*, la venta de la cosa pignorada que realiza el acreedor prendario cuando se ha pactado la posibilidad de la venta extrajudicial de la misma (art. 2884, CCDF); en la *cesión de bienes*, la venta que efectúa el acreedor a quien el deudor le ha cedido los bienes para tal efecto, supuesto en el que, salvo convenio en otro sentido, el deudor solo se libera de responsabilidad por el importe líquido de los bienes cedidos (art. 2063, CCDF); en la *consignación mercantil*, la venta que realiza el consignatario, a quien el consignante le ha transmitido la disponibilidad, pero no la propiedad de determinado bien mueble, con la finalidad de que procure la venta y pague el precio estimado; y, en caso de que la venta no llegare a concretarse, el consignatario queda autorizado para restituir el bien al vencimiento del referido plazo (arts. 392 y 393, fracc. II, CCom).

Asimismo, se consideran actos válidos sobre el patrimonio ajeno la venta efectuada por el *albacea* de la sucesión y la realizada por el *síndico* de la quiebra, quienes tienen

[42] *Cfr.* Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 177.

el carácter de sustitutos y no de representantes; la venta hecha por un *comprador de buena fe* que ha adquirido un bien inmueble de quien aparece como propietario del mismo en el Registro Público de la Propiedad, pero cuyo título de propiedad es declarado nulo con posterioridad (art. 3009, CCDF); la venta llevada a cabo por el *heredero aparente* de un bien que le fue adjudicado en una sucesión, pero al que después se le declara impedido de heredar (art. 1343, CCDF).

b) La venta que se efectúa a un comprador que tiene conocimiento de que la cosa es ajena tampoco es nula. En esta hipótesis, podría pactarse que la transmisión de la propiedad quede supeditada a que el vendedor la adquiera después, momento en el que esta se transmitirá de manera automática al comprador, sin necesidad de otro negocio traslativo (arts. 2271 y 2104, CCDF).

También puede ocurrir que el comprador adquiera el bien con conocimiento de que podría darse la evicción y, por tanto, asume las consecuencias de la misma, supuesto en el cual desaparece, incluso, la obligación del vendedor de restituir el precio (arts. 2123 y 2140, fracc. I, CCDF).

Lo mismo ocurre en la *venta de cosas o derechos litigiosos*, donde se impone el deber al vendedor de declarar precisamente que el bien está sujeto a controversia judicial; de lo contrario, será responsable de los daños y perjuicios que resienta el comprador si este sufre la evicción del bien adquirido. Además, se entiende que habrá cometido el delito de fraude, por el cual podrá ser sancionado (art. 2272, CCDF), así como también en la *cesión a título oneroso de un crédito dudoso*, en la que el cedente no queda obligado a garantizar la existencia o legitimidad del crédito (art. 2042, CCDF).

c) La venta de cosa ajena será nula en el caso de que el vendedor no llegara a adquirir la propiedad del bien enajenado antes de que se produzca la evicción, pues si así fuera, la venta se convalida y produce plenamente sus efectos (art. 2270, CCDF).

En este caso, si el vendedor ha procedido con dolo o mala fe, será responsable de los daños y perjuicios causados al comprador. Al respecto, habrán de tenerse en cuenta las disposiciones que en materia de derecho registral rigen para los terceros adquirentes de buena fe (art. 2270, CCDF).

La venta de cosa ajena engendra la *obligación de saneamiento por evicción*, cuyas consecuencias se explican más adelante.

Cabe señalar que el comprador de cosa ajena adquiere un título para usucapir, esto es, para adquirir la propiedad por el mero transcurso del tiempo, cuando la posesión ha sido en concepto de propietario, en forma pública, pacífica, continua y de buena fe por más de cinco años (arts. 1135 y 1151, CCDF).

2.9.1.4 Garantía del hecho personal

El vendedor tiene el deber de abstenerse de realizar cualquier clase de *perturbaciones de hecho o de derecho* en la posesión del comprador sobre la cosa vendida (art. 1796, CCDF).

Según Sánchez Medal, en este deber se sustenta la imposibilidad de que el vendedor *reivindique* del comprador el bien que le vendió, cuando en el momento de la venta el referido bien no era propiedad suya, aunque la adquiere posteriormente (art. 2271, CCDF).[43]

La prohibición de la *competencia desleal* se apoya, en ocasiones, en este deber de *garantizar el hecho personal* (arts. 6 bis, CCom, 1910, CCDF), en particular, cuando el objeto de la compraventa es una *negociación mercantil*. Los comerciantes deben realizar su actividad de acuerdo con los usos honestos en materia industrial o comercial. Por ello, están obligados a abstenerse de realizar actos de competencia desleal (art. 6 bis, CCom).

Se consideran actos de competencia desleal, entre otros, los siguientes: *a)* los actos que creen confusión, por cualquier medio, respecto del establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial de otro comerciante; *b)* los actos que desacrediten, mediante aseveraciones falsas, el establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial de cualquier otro comerciante; *c)* los actos que 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 (art. 6 bis, CCom).[44]

2.9.1.5 Responder por los vicios ocultos de la cosa

El vendedor ha de responder por los *vicios ocultos* de la cosa vendida, en razón de que tiene el deber de procurar al comprador el *uso útil* de la misma. Esta obligación se sustenta, además, en el deber de *buena fe* que tiene todo contratante de informar a la otra parte de cualquier situación que pudiera afectar la contratación.

Se entiende por *vicios ocultos* aquellos defectos que presenta el bien enajenado *a)* pero que están ocultos o no manifiestos, *b)* que sean anteriores a la celebración del contrato, *c)* que lo hagan inapropiado para el uso al que está destinado o que disminuyan dicho uso, de tal manera que el comprador, de haber conocido tales defectos, no lo habría adquirido o lo habría hecho a un precio inferior (art. 2142, CCDF).

En ese sentido, el vendedor no responderá por los defectos manifiestos, por aquellos que estén a la vista y que el comprador haya estado en condiciones de conocer con facilidad por ser perito (art. 2143, CCDF).

Las características que deben tener los vicios o defectos del bien objeto de la enajenación, para que el vendedor responda por ellos, son las siguientes: *a)* que sean ocultos o no manifiestos, *b)* que sean desconocidos por el comprador, *c)* que afecten el uso para el cual se adquirió el bien y *d)* que sean anteriores a la venta (art. 2157, CCDF). Dichas características

[43] *Ibidem*, p. 186.

[44] El art. 6 bis, fracc. IV, del CCom se refiere a los actos de competencia desleal que "se encuentren previstos en otras leyes". Según este artículo, las acciones civiles que se deriven de actos de competencia desleal solo pueden iniciarse "cuando se haya obtenido un pronunciamiento firme en la vía administrativa, si ésta es aplicable". El art. 213, fracc. I, de la *Ley de la Propiedad Industrial* señala que es infracción administrativa: "Realizar actos contrarios a los buenos usos y costumbres en la industria, comercio y servicios que impliquen competencia desleal y que se relacionen con la materia que esta Ley regula."



habrán de ser calificadas por peritos nombrados por las partes y por un tercero designado por el juez, en caso de discordia (arts. 2156 y 2157, CCDF).

El adquirente puede optar por ejercer la *acción redhibitoria* para rescindir el contrato, o bien, la *acción estimatoria* o *quanti minoris* para obtener la reducción del precio en forma proporcional a los defectos que presente el bien enajenado, en la cantidad que determinen los peritos (art. 2144, CCDF). En ambos casos, si el enajenante actuó de *mala fe* porque conocía los defectos ocultos pero omitió manifestarlos, el adquirente puede reclamar el pago de daños y perjuicios (art. 2145, CCDF).

Estas acciones se extinguen por *prescripción* a los seis meses posteriores a la entrega del bien enajenado, momento a partir del cual el adquirente está en aptitud de conocer los defectos del bien adquirido (art. 2149, CCDF). De acuerdo con Sánchez Medal, estas acciones reciben el nombre de *acciones edilicias* porque tienen su antecedente en el derecho romano, en el Edicto de los Ediles, "quienes tenían jurisdicción sobre los mercados y reglamentaron las ventas de esclavos y de bestias de carga".[45]

En la compraventa mercantil se hace referencia a la *falta de conformidad* de la mercancía, que es una expresión que abarca *a)* los *vicios internos* y *b)* la falta de calidad o cantidad de la misma. El comprador cuenta con cinco días desde que recibió las mercancías para reclamar al vendedor, por escrito, la falta de calidad o cantidad, y con 30 días para reclamar los vicios internos. En el caso de que omita realizar dicha reclamación dentro de los plazos citados, se extingue por caducidad el derecho a repetir contra el vendedor por esas causas (art. 383, CCom).[46]

2.9.1.6 Garantizar la evicción

La evicción consiste en *a)* la privación total o parcial de la propiedad de un determinado bien que sufre el adquirente, *b)* por sentencia firme dictada ***c)*** con base en el derecho que sobre dicho bien tiene un tercero, *d)* el cual es anterior a la adquisición.

Se suelen *equiparar a la evicción* diversos supuestos, como los siguientes: *a)* cuando el comprador pierde el juicio reivindicatorio que ha promovido en contra del tercero que tiene en posesión el bien que adquirió; *b)* cuando el comprador conserva la propiedad del bien que compró, pero por un título diverso al de la compraventa, como cuando lo adquiere por herencia de quien era el propietario; *c)* cuando el comprador se allana a la demanda reivindicatoria promovida por un tercero, para evitar un proceso inútil, si resulta evidente que este es el propietario del bien objeto de la compraventa (art. 2132, CCDF); *d)* cuando el comprador paga a un acreedor hipotecario anterior a la compraventa, si este ha demandado el pago del

[45] *Idem.*

[46] COMPRAVENTA MERCANTIL. LA FACULTAD DEL COMPRADOR DE ACEPTAR O RECHAZAR LAS MERCANCÍAS A QUE HACE REFERENCIA EL ARTÍCULO 374 DEL CÓDIGO DE COMERCIO, ESTÁ LIMITADA A LA TEMPORALIDAD QUE PREVÉ EL DIVERSO 383, EN LA MEDIDA QUE AQUÉLLA NO PUEDE QUEDAR INDEFINIDA, SINO AJUSTARSE A LOS PLAZOS QUE ESTABLECE ESTE ÚLTIMO NUMERAL. Novena época. Registro: 163864. Tribunales Colegiados de Circuito. Tesis aislada. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Tomo XXXII, septiembre de 2010. Materia(s): Civil. Tesis: II.4o.C.55 C. Página: 1213.

crédito garantizado para conservar la propiedad del bien adquirido;[47] *e)* cuando la evicción se debe a la omisión de respetar el *derecho del tanto*.

Por otra parte, la *evicción parcial* se da cuando la pérdida recae sobre una parte de la cosa vendida, pero también cuando la cosa enajenada, antes de la celebración del contrato, ha sido gravada con prenda o hipoteca, o se ha constituido un derecho real de usufructo, de uso o de habitación, o bien, ha sido afectada por una servidumbre voluntaria no aparente (arts. 2138 y 2139, CCDF).

En estos casos de evicción parcial, el comprador puede ejercer la *acción redhibitoria* para exigir la *resolución* del contrato o la *acción estimatoria* (*quanti minoris*) para reducir el precio, en lo cual consistiría la *indemnización correspondiente al gravamen* (art. 2138, CCDF). Tales acciones prescriben en un año, plazo que corre diferente según se trate de la acción redhibitoria o estimatoria: para la primera, el plazo comienza desde la fecha en que se perfeccionó el contrato; para la segunda, el plazo inicia desde que se tuvo conocimiento de la carga o servidumbre (art. 2139, CCDF).

La doctrina ha rechazado que la existencia de un arrendamiento anterior pueda constituir caso de evicción parcial, ni siquiera cuando dicho arrendamiento sea de larga duración (por más de seis años) o con anticipo de rentas considerable (por más de tres años). Ante esa situación, el comprador podría reclamar la nulidad de la compraventa a consecuencia del dolo o la mala fe con que se condujo el vendedor, al ocultar el arrendamiento.[48]

Por excepción, la evicción podría tener lugar por una causa posterior a la compraventa (art. 2140, fracc. IV, CCDF), como en estos casos: *a)* cuando la evicción se produce por un "hecho del príncipe" (expropiación inminente al celebrarse el contrato); *b)* cuando la prescripción adquisitiva en favor de un tercero se consuma inmediatamente después de la venta; *c)* cuando la evicción se debe a un hecho posterior del mismo vendedor, como ocurriría si este efectúa una doble venta (arts. 2265 y 2266, CCDF).

Cuando el enajenante ha procedido de *buena fe*, debe *a)* devolver el precio, *b)* reembolsar los gastos del contrato, *c)* los gastos del juicio de evicción y *d)* el importe de las mejoras útiles (art. 2126, CCDF). En cambio, si ha actuado de *mala fe*, además de los conceptos anteriores, el enajenante debe *e)* reparar los daños y perjuicios causados al adquirente y *f)* devolverle el importe de las mejoras voluntarias o de mero placer (art. 2127, CCDF).

Es preciso señalar que el adquirente está obligado a denunciar el pleito al enajenante "luego que sea emplazado" (art. 2124, CCDF), esto es, antes de contestar la demanda (art. 657, CPCDF); de lo contrario, el adquirente perderá el derecho de ser indemnizado por la evicción (art. 2140, fracc. V, CCDF).

La finalidad de la denuncia es que el enajenante salga "al pleito de evicción", de tal manera que si se abstiene de comparecer de manera oportuna al procedimiento judicial, o habiendo

[47] *Cfr.* Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, pp. 187 y 188.

[48] *Ibidem*, pp. 188 y 189.



comparecido omite alegar u ofrecer pruebas, será considerado un vendedor de mala fe (art. 2128, CCDF).

El vendedor podría manifestar que carece de medio de defensa y proceder a devolver o consignar el precio de la compraventa al comprador, con lo cual evitaría que se le considerara vendedor de mala fe, porque queda libre de cualquier responsabilidad posterior a la consignación (art. 2132, CCDF).

2.9.2 Obligaciones del comprador

Las obligaciones del comprador son dos: *a)* pagar el precio y *b)* recibir la cosa.

2.9.2.1 Pagar el precio

El comprador debe pagar el precio del bien adquirido en el tiempo, lugar y forma convenidos (art. 2293, CCDF).

a) *Momento del pago.* Si las partes omitieron prever en el contrato el momento en que ha de realizarse el pago, este debe hacerse contra la entrega del bien (art. 2294, CCDF).

Como se ha precisado con antelación, el pago del precio y la entrega del bien deben efectuarse de manera simultánea, en caso de que tal aspecto haya quedado sin previsión en el contrato. Pero en el supuesto de que ninguno de los contratantes quisiera cumplir su respectiva prestación en primer término, o incluso, si hubiera duda de quién debe cumplir primero, la entrega de la cosa y el pago del precio se harán por medio de depósito con un tercero (art. 2295, CCDF).

b) *Lugar del pago.* Si en el contrato no se pactó el lugar donde ha de hacerse el pago del precio, se realizará en el lugar en que se entregue el bien (art. 2294, CCDF).

c) *Forma de pago.* El pago del precio en la compraventa de inmuebles y algunos bienes muebles con *dinero en efectivo* está sujeto a restricciones. Esa forma de pago solo se autoriza tratándose *i)* de la constitución o transmisión de derechos reales sobre inmuebles hasta una cantidad equivalente a 8 025 veces el salario mínimo vigente en el Distrito Federal, al día en que se realice el pago o se cumpla la obligación, y respecto *ii)* de vehículos nuevos o usados (aéreos, marítimos o terrestres), *iii)* de relojes, joyería, metales preciosos, piedras preciosas (por pieza o por lote) y obras de arte, así como *iv)* de títulos representativos de partes sociales o acciones de personas morales hasta por un monto equivalente a 3 210 veces el referido salario mínimo.

Y es que está prohibido cumplir obligaciones y, "en general, liquidar o pagar, así como aceptar la liquidación o el pago, de actos u operaciones mediante el uso de monedas y billetes, en moneda nacional o divisas y Metales Preciosos", por una cantidad que exceda el importe señalado en tales supuestos (art. 32, *Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita*, LFPIORPI).[49]

[49] Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 17 de octubre de 2012.

La prohibición comprende el pago o liquidación *a)* de un acto u operación individual, sea en una o más exhibiciones, o bien, *b)* de un conjunto de actos u operaciones, si una sola persona aporta recursos para pagarlas o liquidarlas, esto es, de *operaciones fraccionadas* (art. 42, *Reglamento de la* LFPIORPI).[50, 51]

Se entiende que hay una *operación fraccionada* cuando una persona realiza actos u operaciones por una suma acumulada en un periodo de seis meses que supere el monto antes referido,[52] por tipo de acto u operación.[53]

De esta manera, la cantidad que exceda el límite máximo antes señalado para el pago de dinero en efectivo habrá de cubrirse por medio de cheque nominativo, transferencia electrónica de fondos o cualquier otro instrumento de pago o liquidación distinto (art. 44, RLFPIORPI). El depósito de dinero en efectivo en una cuenta bancaria del vendedor queda comprendido en la prohibición aludida.

En la escritura pública en que se formalice la compraventa sobre inmuebles, el notario habrá de identificar la forma en que se pague el precio (art. 33, primer párrafo, LFPIORPI), para lo cual se debe considerar *a)* el monto, *b)* fecha, *c)* forma de pago y *d)* moneda o divisa con la que se haya efectuado el pago (art. 45, primer párrafo, RLFPIORPI).

Cuando *a)* el valor de la operación sea inferior a la referida cantidad, o bien, cuando *b)* el acto u operación haya sido pagado total o parcialmente antes de la firma de la escritura pública, bastará la declaración que bajo protesta de decir verdad hagan las partes respecto de tales situaciones (art. 33, segundo párrafo, LFPIORPI), la cual habrá de constar de manera expresa en el instrumento notarial. En este último supuesto, debe señalarse "la forma en la que se paguen o hayan pagado las obligaciones" (art. 45, segundo párrafo, RLFPIORPI).

En el caso de que se cancelen los actos u operaciones realizados por las partes o que por virtud de tales actos u operaciones se requiera la devolución de recursos, estos se regresarán "en la misma forma de pago y con la misma moneda o divisa con la que se realizó el acto u operación" (art. 43, RLFPIORPI).

d) Pago de intereses. Para determinar el régimen al que está sujeto el pago de intereses en la compraventa, es preciso diferenciar entre los intereses ordinarios y los moratorios.

La regla general es que el comprador no pague intereses ordinarios en la *compraventa a plazos*, ni aun cuando perciba los frutos de la cosa, a menos que se haya convenido

[50] Publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 16 de septiembre de 2013.

[51] Las operaciones que se analizan están reguladas, además, por el Acuerdo 02/2013 por el que se emiten Reglas de Carácter General a que se refiere la *Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita*, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 23 de agosto de 2013.

[52] Artículo 17, penúltimo párrafo, de la LFPIORPI.

[53] Artículo 7 del RLFPIORPI.

el pago de esa clase de intereses (arts. 2296, fracc. I, y 2297, CCDF). La razón es que se presume que, precisamente por haberse otorgado un plazo para el pago, estos quedaron considerados en el importe del precio (art. 2297, CCDF).

En cambio, el comprador debe cubrir intereses moratorios si se ha "constituido en mora" por no haber pagado el precio en el plazo estipulado, aunque las partes no hayan acordado el pago de tales intereses (art. 2296, fracc. III, CCDF). Asimismo, el precio de la venta producirá intereses moratorios cuando así lo hayan convenido los contratantes. Nos parece que ambas reglas operan aun en el supuesto de que no se haya entregado al comprador el bien objeto de la enajenación.

En la *compraventa al contado*, deben pagarse intereses ordinarios por el tiempo que medie entre la entrega del bien y el pago del precio en dos supuestos concretos: *i)* si dicho bien produce frutos o renta (art. 2296, fracc. II, CCDF), o bien, *ii)* si se concedió con posterioridad un plazo para el pago del precio, salvo pacto en contrario (art. 2298, CCDF).

En ocasiones, el comprador paga el precio de la venta con un crédito hipotecario otorgado por alguna institución financiera. No obstante, en el supuesto de que dicho crédito no fuera concedido, el comprador habrá de liquidar el precio de diversa manera, por ejemplo, con sus propios recursos.[54]

e) *A quién se debe pagar el precio.* El precio de la venta debe pagarse al vendedor; sin embargo, este puede designar a un tercero para recibir el pago.

El precio debe pagarse aunque el bien se pierda o deteriore después de realizada la compraventa, pero antes de la entrega al comprador, si se ha transmitido la propiedad del referido bien al adquirente, porque el riesgo de la pérdida o deterioro es precisamente del comprador, salvo que haya pacto en contrario (art. 2017, fracc. V, CCDF) o haya habido culpa del vendedor (art. 2017, fraccs. I, II, CCDF).

f) *Derecho de retención del precio.* El comprador puede suspender el pago del precio si es perturbado en la posesión o derecho, o tiene justo temor de serlo, hasta que el vendedor le asegure la posesión o le dé fianza, salvo convenio en contrario (art. 2299, CCDF).

g) *Medios de protección del vendedor.* El vendedor cuenta con cuatro instrumentos legales que le permiten protegerse de la falta de pago del precio por el comprador: *a)* un *derecho de retención* del bien (arts. 1949, 2286, 2287 y 2295, CCDF); *b)* un *privilegio* del comprador en caso de concurso de acreedores, para ser pagado con preferencia a dichos acreedores sobre el valor del bien (art. 2993, fracc. VIII, CCDF); *c)* puede promover la *acción reivindicatoria* en caso de *venta con reserva de dominio* (art. 2310, CCDF),

[54] COMPRAVENTA. DEBEN CUMPLIRSE LAS CONDICIONES PACTADAS Y EJERCITARSE LA OPCIÓN DE CUBRIR EL PRECIO POR EL COMPRADOR CON RECURSOS DIVERSOS A UN CRÉDITO MALOGRADO, A EFECTO DE NO DAR MOTIVO A LA RESCISIÓN. Novena época. Registro: 187289. Tribunales Colegiados de Circuito. Tesis aislada. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Tomo XV, abril de 2002. Materia(s): Civil. Tesis: II.2o.C.346 C. Página: 1231.

y en caso de quiebra, mediante la *acción separatoria o reivindicatoria útil* (arts. 70 a 73, *Ley de Concursos Mercantiles*, LCM); *d)* puede *resolver o rescindir* la compraventa (art. 1949, CCDF).

2.9.2.2 Recibir la cosa

El comprador debe recibir la cosa en el plazo establecido para tal efecto; de lo contrario, habrá de pagar la renta del lugar o de los recipientes en que esta se encuentre.

Al respecto, se discute en la doctrina mexicana si el incumplimiento de este deber autoriza la resolución del contrato, o bien, si solo da lugar a la reclamación del pago de la renta. Sánchez Medal sostiene que la falta de recepción oportuna de la cosa por parte del comprador faculta al vendedor a demandar la rescisión de la compraventa, en razón de que le podría resultar inconveniente atenerse de manera exclusiva al cobro del alquiler de las bodegas o de las vasijas utilizadas durante el tiempo que perdure la mora de recibir del comprador (art. 2292, CCDF).[55] El vendedor podría optar por la rescisión de la compraventa cuando, por ejemplo, le resulte onerosa la conservación de los bienes enajenados, como sucedería tratándose de ganado o de bienes perecederos.

Debe recordarse que el vendedor queda relevado del cuidado ordinario de los bienes en caso de mora en recibir, por lo cual solo será responsable de los daños que resientan los referidos bienes por culpa grave.

2.10 La resolución del contrato de compraventa por incumplimiento

Es preciso dedicar un apartado especial a la *resolución o rescisión de la compraventa por incumplimiento* de alguna de las partes contratantes.

En general, los contratos solo pueden ser resueltos o rescindidos por virtud de una declaración judicial. En todos los contratos bilaterales se entiende implícita una *cláusula resolutoria* –o *pacto comisorio tácito*– según la cual, en caso de incumplimiento de una de las partes, la otra está autorizada para resolver el contrato.

No obstante, para que la resolución o rescisión de un contrato de compraventa produzca efectos contra terceros, se requiere *a)* que se haya previsto en el referido contrato, de manera expresa, la cláusula resolutoria –o *pacto comisorio expreso*– y *b)* que tal estipulación haya sido inscrita en el Registro Público de la Propiedad.

Aun con esta disposición contractual específica, la resolución o rescisión del contrato requiere declaración judicial, a menos que se haya convenido, también de manera expresa, resolver o rescindir el contrato sin necesidad de declaración judicial. En este caso, el contratante perjudicado con el incumplimiento queda facultado para resolver o rescindir el contrato

[55] *Cfr.* Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 193.



mediante simple declaración que habrá de comunicar en forma fehaciente a la parte que incumplió, quien está en aptitud de controvertir tal determinación en procedimiento judicial.

En opinión de Sánchez Medal, con este mecanismo el legislador "encontró la fórmula que concilia, por una parte, la justa protección al vendedor perjudicado ante el incumplimiento del comprador en las ventas en abonos, y, por otra parte, la necesidad de asegurar la estabilidad y firmeza de esta clase de operaciones con relación a los terceros".[56]

Uno de los efectos de la resolución de la compraventa es la *restitución recíproca de las prestaciones* que el vendedor y el comprador hayan realizado. Así, si el vendedor entregó el bien al comprador, este habrá de devolverlo; de igual manera, si el comprador pagó el precio total o parcial al vendedor, este habrá de devolver la cantidad que haya en efecto recibido.

El art. 2311 del CCDF regula de *manera imperativa* la forma en que opera la devolución de las prestaciones. El comprador debe pagar, por el uso de la cosa, un alquiler o renta que fijen los peritos de ambas partes, así como la indemnización por el deterioro que haya sufrido la cosa, que también será fijada por peritos. A su vez, el comprador tiene derecho a la devolución de las cantidades pagadas por el precio de la operación y los intereses legales. En tal virtud, los pactos que impongan al comprador obligaciones más onerosas que las señaladas serán nulas.

Las partes pueden predeterminar, al contratar, el importe de la renta que habrá de pagar el comprador por el uso de la cosa en caso de incumplimiento y hasta que sea restituida al vendedor, así como el monto de la responsabilidad civil por el deterioro.

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en contradicción de tesis 5/2005-PS, resolvió que la estipulación de una pena convencional en el contrato de compraventa es eficaz para fijar por anticipado el monto de los daños y perjuicios que pudieran ocasionarse por el incumplimiento de las obligaciones pactadas, la cual tiene como límite el valor y cuantía de la obligación principal, a la que no puede exceder. En consecuencia, la referida pena convencional no pugna con el art. 2311 del CCDF.[57, 58]

Las disposiciones sobre la restitución de prestaciones para el caso de rescisión "deben aplicarse por analogía a las *restituciones recíprocas* que deben hacerse las partes en caso de *nulidad de la venta*".[59]

[56] *Ibidem*, pp. 197 y 198.

[57] RESCISIÓN DE LA COMPRAVENTA. EFECTOS. APLICACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 1840 Y 2311 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL. Novena época. Registro: 177470. Primera Sala. Jurisprudencia. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Tomo XXII, agosto de 2005. Materia(s): Civil. Tesis: 1a./J. 71/2005. Página: 142.

[58] Sánchez Medal sostiene que deben "considerarse nulas aquellas cláusulas en las que de antemano, al celebrarse el contrato, se determina pericialmente el monto de las rentas o el monto del demérito, y nulas también aquellas otras cláusulas en las que al celebrarse el contrato las partes están ya designando a los peritos, ya que. . . entrañan verdaderos actos de fraude a la ley". El citado autor rechaza como válida, incluso, "la cláusula penal (1840) para la evaluación convencional anticipada de los daños y perjuicios causados al vendedor por el impago del precio de parte del comprador" (Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 199).

[59] *Ibidem*, p. 200.

Es preciso tener presente que si el vendedor pretende obtener el pago de un alquiler o renta por el uso del inmueble cuando se declare la rescisión de la compraventa, debe reclamar tal prestación al ejercer la acción rescisoria para que el juez se pronuncie al respecto; de lo contrario, este estará impedido de conceder tal pretensión de oficio.[60]

Un tratamiento diferente recibe el incumplimiento de los contratos de compraventa que caen en la regulación del *derecho del consumidor*, en dos supuestos: *a)* cuando el vendedor tenga el carácter de proveedor, es decir, cuando de manera habitual o periódica ofrece, distribuye o vende bienes, productos y servicios (art. 2, fracc. II, LFPC); y *b)* tratándose de inmuebles, cuando los proveedores sean fraccionadores, constructores, promotores y demás personas que intervengan en la asesoría y venta al público de viviendas destinadas a casa habitación (art. 73, LFPC).

En esta materia, cuando se trata de una *compraventa en abonos*, se otorga al comprador que ha pagado más de la tercera parte del precio de la operación o más de la tercera parte del número total de abonos convenidos, el derecho de optar, cuando ha sido demandado por el vendedor, por el pago del adeudo vencido más las prestaciones que legalmente procedan, o bien, por la rescisión del contrato (art. 71, LFPC). Esta facultad se confiere al comprador, no obstante que haya sido él quien ha incumplido con el contrato, incluso, sin que sea relevante si el vendedor pretende el cumplimiento del contrato o la rescisión del mismo. Este derecho puede ejercerse desde la contestación de la demanda hasta antes de que se dicte sentencia.

Los pagos que realice el consumidor, aun en forma extemporánea y que sean aceptados por el proveedor, liberan a aquel de las obligaciones inherentes a dichos pagos.

Por último, cuando el legislador equipara –por razones de técnica legislativa– a una de las partes en un determinado contrato con uno de los contratantes en otro de distinta naturaleza, como sucede con el comprador y el arrendatario (art. 2315, CCDF), con el vendedor y el depositario (art. 2284, CCDF), con el deudor prendario y el depositario (art. 2857, CCDF), en realidad lo hace solo para que el régimen jurídico aplicable a tales contratantes rija la particular situación en que se hallan, "pero de ninguna manera se produce el fenómeno jurídico de la *conversión del contrato*, o sea que un contrato se convierta en otro contrato".[61]

2.11 Modalidades de la compraventa

2.11.1 Compraventa con reserva de dominio

Las partes pueden pactar en el contrato de compraventa que el vendedor se reserve la propiedad del bien enajenado hasta que se pague el precio (art. 2312, primer párrafo, CCDF) o se

[60] COMPRAVENTA. CUANDO SE DECLARE LA RESCISIÓN DEL CONTRATO RESPECTIVO Y EL VENDEDOR PRETENDA EL PAGO DE UN ALQUILER O RENTA POR EL USO DEL INMUEBLE, DEBE SOLICITARLO PARA QUE EL JUEZ PUEDA PRONUNCIARSE AL RESPECTO (LEGISLACIONES DEL DISTRITO FEDERAL Y DE LOS ESTADOS DE DURANGO Y VERACRUZ). Novena época. Registro: 173812. Primera Sala. Jurisprudencia. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Tomo XXIV, diciembre de 2006. Materia(s): Civil. Tesis: 1a./J. 72/2006. Página: 85.

[61] Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 200.

realice cualquier otro hecho futuro e incierto. No obstante, para efectos fiscales, la compraventa con reserva de dominio es considerada una enajenación, según se afirmó anteriormente (art. 14, fracc. I, *Código Fiscal de la Federación*, CFF).

En este caso, el *pago del precio* tiene el carácter de una *condición suspensiva*, que supedita la transmisión de la propiedad del bien a la circunstancia de que el precio se pague en el plazo que al efecto se haya fijado en el contrato.

Dicha condición no es *meramente potestativa* en razón de que, aun cuando el pago del precio depende en cierta medida de la voluntad del comprador, el incumplimiento lo sujeta a responsabilidad contractual, lo cual priva a ese hecho del carácter arbitrario que caracteriza a esa clase de condiciones.[62]

Es preciso considerar que el plazo en la compraventa con reserva de dominio se establece en beneficio de las dos partes –vendedor y comprador–, pues el hecho de diferir la transmisión de la propiedad hasta que se pague opera como garantía para el vendedor; en tanto que el plazo para pagar el precio permite al comprador, entre otras cosas, garantizar la provisión de los fondos suficientes para cumplir con el contrato.

Como se precisó, la transmisión de la propiedad también puede quedar sujeta a cualquier otro hecho futuro e incierto, siempre que tal hecho condicional sea lícito, posible y acorde con las buenas costumbres. Tal sería el caso, por ejemplo, de que se estipulara la reserva de dominio para asegurar que el comprador destinara el terreno situado en un parque industrial para los fines de interés público previstos en el contrato, para lo cual se le impondría la carga de edificar sus instalaciones industriales dentro de un determinado plazo.

Asimismo, podría pactarse que la propiedad del bien se transmita al comprador con la entrega o, incluso, una vez que el vendedor haya adquirido la propiedad de dicho bien.[63]

En una época se estimó que la reserva de dominio desnaturalizaba la compraventa, en virtud de que la esencia de esta es la transmisión de la propiedad de los bienes enajenados. Sin embargo, con posterioridad se aceptó la idea de que la referida transmisión podría operar en un momento posterior a la celebración del contrato, con lo cual dejó de ser ese un rasgo esencial de la compraventa.

En la actualidad, la transmisión de la propiedad puede depender de un *término* o una *condición* y se acepta que solo se altera la naturaleza de la compraventa cuando resulte imposible que la propiedad se transmita, incluso en un tiempo ulterior a la realización del contrato.[64] En ese supuesto, se afectaría la función económica de la compraventa, dado que se impediría al comprador adquirir la propiedad del bien, aunque si fuera posible la *conversión del contrato* podría entenderse que las partes han celebrado un contrato de distinta naturaleza, por ejemplo, un arrendamiento.

[62] Francisco Degni, citado por Rafael Rojina Villegas, *Derecho civil mexicano*, *op. cit.*, p. 368.

[63] *Cfr.* Planiol y Ripert, citados por Rafael Rojina Villegas, *Derecho civil mexicano, op. cit.*, p. 369.

[64] *Cfr.* Rafael Rojina Villegas, *Derecho civil mexicano*, *op. cit.*, p. 367.

Se ha sostenido que la reserva de dominio solo afecta o restringe uno de los atributos de la propiedad pero no los demás, toda vez que incide sobre la disposición de la cosa vendida y deja intocados el uso y el disfrute. El comprador que adquiere un bien con reserva de dominio, al incorporarlo a su patrimonio pese a tener limitada su disposición, está legitimado para intentar ejercer todo tipo de acciones, reales o personales, respecto del bien, así como a oponer esa misma clase de excepciones, según sea el caso, para defenderse ante terceros.[65]

Tratándose de bienes inmuebles o de bienes muebles susceptibles de identificación indubitable, la cláusula relativa debe inscribirse en el Registro Público de la Propiedad para que la reserva de dominio surta efectos frente a terceros. En el caso de los bienes muebles no susceptibles de identificación indubitable, la reserva de dominio no produce efectos contra el tercero de buena fe que haya adquirido los bienes (art. 2312, segundo párrafo, CCDF).

En tanto vence el plazo para pagar el precio, el vendedor está impedido para disponer o enajenar el bien, lo que constituye una limitación de dominio que debe inscribirse en el Registro Público de la Propiedad (art. 2313, CCDF). En este sentido, la reserva de dominio también funciona como protección del comprador, al restringir la facultad de disposición del vendedor –el *jus abutendi*– sobre el bien enajenado, mientras subsista el contrato.

En la hipótesis de que el vendedor enajenara el bien objeto de la compraventa con reserva de dominio a un tercero, tal enajenación estará afectada de *nulidad relativa*, siempre que la cláusula respectiva haya sido inscrita en el Registro Público de la Propiedad; de lo contrario, la reserva de dominio será inoponible a terceros de buena fe.[66] Al respecto, es factible considerar que si el tercero llega a conocer el título de propiedad del vendedor en el que conste la reserva de dominio, dicho tercero será considerado un adquirente de mala fe.

En caso de que el comprador haya recibido el bien objeto de la venta, será considerado arrendatario, mientras la propiedad de la cosa vendida no se transmita a este (art. 2315, CCDF).

Sin embargo, esta disposición no debe interpretarse en el sentido de que el comprador que ha recibido la cosa tiene el carácter de arrendatario, sino que será tratado *como* arrendatario; es decir, conforme al régimen jurídico –derechos y deberes– aplicable a este: la facultad de uso y disfrute del bien, la posibilidad de hacer suyos los frutos, la conservación de la cosa, etc. No obstante, como sostiene Rojina, las partes podrían pactar que el comprador sea considerado comodatario o depositario respecto del uso y custodia del bien enajenado.[67]

La falta del pago del precio da lugar a la resolución del contrato de compraventa (art. 2314, CCDF).

[65] COMPRAVENTA. LA RESERVA DE DOMINIO NO IMPIDE EL EJERCICIO DE ACCIONES O LA OPOSICIÓN DE EXCEPCIONES EN DEFENSA DEL BIEN OBJETO DEL CONTRATO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE PUEBLA). Novena época. Registro: 184198. Tribunales Colegiados de Circuito. Tesis aislada. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Tomo XVII, junio de 2003. Materia(s): Civil. Tesis: VI.2o.C.348 C. Página: 942.

[66] Para Rojina Villegas, se trata de una nulidad absoluta por ir en contra de una norma prohibitiva (*cfr.* Rafael Rojina Villegas, *Derecho civil mexicano*, *op. cit*., p. 370).

[67] Rojina Villegas menciona, incluso, al mandatario (*cfr.* Rafael Rojina Villegas, *Derecho civil mexicano*, *op. cit*., p. 371).

2.11.2 Compraventa con reserva de posesión

El vendedor también podría reservarse la posesión, uso o goce del bien enajenado hasta cierto tiempo (art. 2023, CCDF).

Esta modalidad es distinta de aquella en la cual el comprador otorga al vendedor el mismo bien materia de la compraventa –por lo general, un inmueble– en arrendamiento o comodato, inmediatamente después de realizada la enajenación.

En cambio, en la compraventa con reserva de posesión, es el vendedor quien conserva la posesión del bien, por lo general, con el carácter de usufructuario, aun cuando también podría reservarse solo la *simple posesión* durante un tiempo posterior a la realización del contrato, por lo cual quedaría obligado a efectuar la entrega del bien en el plazo que al efecto se hubiera establecido.

2.11.3 Compraventa a plazos con cláusula rescisoria

Puede pactarse en el contrato de compraventa que el precio se pague a plazos y que la falta de pago de uno o más abonos cause la resolución del contrato (art. 2310, CCDF). En esta clase de contratos, la transmisión de la propiedad de los bienes al comprador no queda supeditada al pago del precio, sino que se efectúa desde el momento en que los bienes estén determinados.

Se trata, más bien, de un *pacto comisorio* previsto de manera expresa en un contrato de compraventa. Por ello, en la compraventa de bienes inmuebles o de bienes muebles susceptibles de identificación indubitable, la *cláusula rescisoria* debe inscribirse en el Registro Público de la Propiedad para que surta efectos frente a terceros.

En cambio, tratándose de bienes muebles no identificables de manera indubitable, la estipulación no será oponible a terceros adquirentes si estos son de buena fe (art. 2310, fraccs. I, II, III, CCDF).

En realidad, el aspecto relevante de la *compraventa a plazos* es la inclusión de la *cláusula rescisoria* de manera expresa. Nos parece irrelevante diferenciar la compraventa en abonos de la compraventa a plazos en una sola exhibición, como parece entenderlo Rojina,[68] pues ambas quedan subsumidas en la *compraventa a plazos*, con independencia de que el precio se cubra en un solo pago total o en varios pagos parciales.

Es posible pactar, respecto de la misma compraventa, la *reserva de dominio* y la *cláusula rescisoria* porque ambas modalidades se complementan.[69] De hecho, la cláusula rescisoria permitiría resolver el contrato sin necesidad de declaración judicial.

[68] *Ibidem*, pp. 373 y 374.

[69] Rojina Villegas sostiene que "no puede combinarse la venta en abonos con pacto comisorio, con la reserva de dominio, porque serían dos modalidades contradictorias" (Rafael Rojina Villegas, *Derecho civil mexicano*, *op. cit.*, p. 374).

Desde la perspectiva de la garantía que representa para el vendedor, la *compraventa con reserva de dominio* tiene mayor eficacia que la *compraventa a plazos con cláusula rescisoria* por dos motivos fundamentales:

a) La reserva de dominio sujeta al comprador a responsabilidad penal en caso de que dispusiera del bien enajenado, en tanto que la existencia de la cláusula rescisoria no impide al comprador disponer del bien, pues este le pertenece en propiedad.

b) La cláusula rescisoria podría resultar ineficaz respecto de *acreedores preferentes*, como aquellos titulares de créditos alimentarios (art. 311 quáter, CCDF), laborales (art. 2989, CCDF) y fiscales (art. 2980, CCDF); en cambio, la reserva de dominio surte efectos en contra de los acreedores de tales créditos.[70]

Por lo demás, tanto en la compraventa a plazos con cláusula rescisoria como en la compraventa con reserva de dominio, el vendedor tiene la posibilidad de recuperar el bien enajenado de los terceros que lo tuvieren en su poder.

Desde el punto de vista del crédito, la cláusula rescisoria permite una forma de garantía que puede ser más conveniente que la reserva de dominio. Como la propiedad de los bienes se transmite al comprador, es posible constituir prenda o hipoteca sobre tales bienes –según sea el caso–, en garantía de la parte del precio que se adeuda. En cambio, en la compraventa con reserva de dominio, la constitución de esa clase de garantías sobre los bienes vendidos resulta imposible en virtud de que la propiedad de dichos bienes la conserva el vendedor.

2.11.4 Compraventa con pacto de preferencia

En el contrato de compraventa puede estipularse un derecho de preferencia en favor del mismo vendedor, para el caso de que el comprador quisiera vender el mismo bien objeto de esa compraventa (art. 2303, CCDF). De esta manera, el comprador se obliga a no vender el bien que adquiere sin antes ofrecérselo en venta al vendedor.[71] El referido *derecho de preferencia* recibe también el nombre de *derecho del tanto*.[72]

Una vez estipulado el derecho de preferencia, el comprador queda obligado a notificar a quien goza de tal derecho, de manera fehaciente, el precio que ofrezca un tercero por el bien (art. 2305, CCDF). El vendedor está obligado a ejercer el derecho de preferencia dentro del plazo de tres días si se trata de un bien mueble, o de 10 días si fuera un bien inmueble; de lo contrario, pierde su derecho (art. 2304, CCDF).

El vendedor está obligado a pagar el precio ofrecido al ejercer el derecho de preferencia, pues si no lo satisface pierde la preferencia (art. 2304, CCDF). Incluso en el caso de que se haya

[70] No obstante, cabría cuestionarse si la cláusula rescisoria resulta eficaz frente a los acreedores preferentes, puesto que, de estar inscrita en el Registro, produciría efectos frente a terceros.

[71] *Cfr.* Henri Mazeaud, León Mazeaud y Jean Mazeaud, *op. cit.*, p. 37.

[72] *Cfr.* Bernardo Pérez Fernández del Castillo, *Contratos civiles*, 11ª ed., Porrúa, México, 2006, p. 135.

ofrecido pagar el precio a plazos, el vendedor solo podrá aprovechar el plazo si otorga garantía suficiente de que pagará el precio dentro del tiempo referido (art. 2306, CCDF).

Se trata de un derecho sujeto a caducidad,[73] la cual operaría en dos hipótesis: si se omite ejercer la preferencia dentro del plazo legal, o bien, si habiéndose ejercido de manera oportuna, se omite satisfacer las mismas condiciones a las que quedó sujeto el ejercicio de tal derecho (por ejemplo, el pago del precio).

El derecho de preferencia debe concederse aunque el bien se venda en subasta pública, supuesto en el que habrá de notificarse al vendedor la hora, fecha y lugar donde se verificará la subasta (art. 2307, CCDF) para que esté en posibilidad de ejercer el citado derecho en el momento mismo de la subasta. No será necesario, para tal efecto, que formule postura, sino que bastará con que exprese su interés en ejercer el derecho de preferencia, incluso antes de la subasta.

Si la venta se realiza sin dar el aviso a quien goza del derecho de preferencia, la venta es válida, pero quien hace la venta incurre en responsabilidad civil (art. 2305, CCDF). En este caso, el vendedor primigenio está imposibilitado de perseguir el bien y obtener la nulidad de la venta realizada al tercero. La infracción del derecho de preferencia solo origina el pago de daños y perjuicios porque tal derecho tiene el carácter de un *derecho personal o de crédito* (arts. 2305 y 2038, CCDF).

A diferencia del derecho de preferencia, la violación del *derecho del tanto* causa la nulidad de la venta efectuada porque ha sido considerado un *derecho real*.

El derecho de preferencia no puede transmitirse ni pasa a los herederos de quien goza de tal derecho (art. 2308, CCDF), por lo que se extingue con la muerte de su titular. Es, en opinión de Rojina Villegas, un derecho personalísimo, ya que se concede solo a la persona del vendedor y exclusivamente a él.[74]

2.11.5 Compraventa con pacto de no vender a determinada persona

En el contrato de compraventa puede pactarse que el bien enajenado no se venda a determinada persona. Lo que está prohibido es el acuerdo por el cual el comprador se obliga a no vender a persona alguna, supuesto en el que la estipulación relativa es nula (art. 2301, CCDF).

La venta realizada en transgresión a la señalada cláusula es válida, en razón de que el adquirente es tercero ajeno a la relación contractual, por lo que el referido pacto no le puede perjudicar por virtud del principio *res inter alios acta*. En este sentido, disentimos de la opinión de Sánchez Medal y Rojina Villegas, quienes sostienen que la validez de la venta se sustenta en que la infracción de una obligación de no hacer solo genera la responsabilidad de pagar daños y perjuicios (art. 2028, CCDF).[75]

[73] *Cfr.* Rafael Rojina Villegas, *Derecho civil mexicano*, *op. cit.*, p. 376.

[74] *Idem*.

[75] *Cfr.* Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 194; Rafael Rojina Villegas, *Derecho civil mexicano*, *op. cit.*, pp. 377 y 378.

Tampoco se crea por contrato una *incapacidad especialísima para adquirir*, como señala Rojina Villegas[76] –más bien, una *falta de legitimación*–, pues nadie está autorizado para restringir los derechos de otras personas. Solo el interesado puede limitar sus propios derechos por contrato, siempre que se trate de derechos disponibles; es decir, de los que puede disponer por voluntad del propio titular.

De ahí que la transgresión del pacto de no vender a persona determinada solo obligue a resarcir los daños y perjuicios causados por el incumplimiento. Para tal efecto, podría establecerse una pena convencional.

2.11.6 Compraventa con pacto de retroventa

Se conocía como *retroventa* la venta que se realizaba con la condición de resolverse dentro de un plazo determinado, supuesto en el que los contratantes debían devolverse, de manera recíproca, el precio y la cosa (art. 2901, *Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California de 1884*). Así, mientras no se resolviera el contrato, el comprador era el propietario legítimo del inmueble y, por ello, estaba facultado para ejercer todos los derechos inherentes al dominio del bien.[77]

En la actualidad, el *pacto de retroventa* ha quedado desvinculado de su concepto original para comprender, en términos generales, el acuerdo por el cual el comprador conviene con el vendedor en transmitirle a este, después de determinado plazo y satisfechos ciertos requisitos, la propiedad del mismo bien objeto de la compraventa celebrada.

Esta clase de pactos están proscritos en el art. 2302 del CCDF, que prohíbe la *venta con pacto de retroventa* y la *promesa de venta* respecto del *bien inmueble* que haya sido objeto de una compraventa anterior celebrada entre los mismos contratantes. En tal virtud, esa clase de negocios jurídicos está afectada de nulidad absoluta (art. 8, CCDF); de hecho, la nulidad alcanza no solo la promesa de venta, sino también la compraventa precedente y la compraventa subsecuente.

El antecedente de dicha disposición está en el decreto promulgado por Venustiano Carranza el 2 de abril de 1917, por el cual prohibió el pacto de retroventa.[78]

El pacto de retroventa se prohibió para evitar el abuso de los acreedores, que exigían a sus deudores les transmitieran la propiedad de ciertos bienes inmuebles, con la promesa de devolvérselos una vez que el préstamo otorgado quedara saldado en su totalidad dentro del plazo establecido. Esto representaba una clara finalidad de garantía que permitía a los acreedores

[76] *Cfr.* Rafael Rojina Villegas, *Derecho civil mexicano*, *op. cit*., p. 376.

[77] RETROVENTA (LEGISLACIÓN DE OAXACA). Quinta época. Registro: 806544. Cuarta Sala. Tesis aislada. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*. Tomo LXXXVIII. Materia(s): Civil. Tesis: Página: 83.

[78] El decreto de Venustiano Carranza señalaba lo siguiente: "Artículo 1. Queda abolido el contrato de compraventa con pacto de retroventa.- Artículo 2. Se prohíbe el contrato de promesa de venta sobre el bien raíz que haya sido objeto del de compraventa entre los mismos contratantes.- Artículo 3. Los contratos de menor cuantía con garantía hipotecaria podrán hacerse en escritura privada." (Véase Bernardo Pérez Fernández del Castillo, *op. cit*., pp. 128 y 129).

adquirir en definitiva la propiedad del bien al transcurrir el plazo, sin conceder al deudor el derecho de audiencia previa.[79] El problema se agravaba, en particular, cuando el importe del préstamo era muy inferior al valor del bien transmitido.

Debe precisarse que aun cuando el art. 2302 del CCDF se refiere a la promesa de venta de bienes inmuebles, eso no significa que ese tipo de operaciones esté permitida tratándose de bienes muebles, pues en la época en que el pacto de retroventa se prohibió (1917), el referido pacto solo se contemplaba para bienes inmuebles y estaba ya prohibido para bienes muebles.[80]

2.11.7 Modalidades de la compraventa en atención a la manera como se manifiesta el consentimiento

a) Venta sobre muestras o mercancías conocidas. En materia civil, la *venta sobre muestras* solo puede realizarse cuando se trata de bienes determinados y perfectamente conocidos (art. 2258, primer párrafo, CCDF); mientras que en materia comercial la *venta sobre muestras* y la *venta sobre mercancías conocidas* son operaciones distintas (art. 373, primer párrafo, CCom).

La venta *sobre muestras* es aquella en la que los bienes que se enajenan se identifican mediante muestras. Este tipo de negocios jurídicos comprende las *ventas por catálogo* o *folletos* y las ventas en páginas electrónicas. La *venta sobre mercancías conocidas* se realiza sobre mercancías cuyas características y calidades son conocidas en el comercio. Ambas operaciones se perfeccionan por el mero consentimiento de las partes (art. 373, primer párrafo, CCom).

En caso de discrepancia entre los contratantes respecto de la conformidad de los bienes vendidos con las muestras o calidades que sirvieron de referencia para contratar, la controversia se dirime con auxilio de peritos. Al efecto, cada parte nombra un perito y, en caso de discordia, los peritos designan un tercer perito (arts. 2258, segundo párrafo, CCF; 373, segundo párrafo, CCom).

b) Venta a vistas. La *venta a vistas* se refiere, en realidad, a la enajenación de bienes que no son conocidos en el comercio, por lo cual la venta se perfecciona hasta ser examinados y aceptados por el comprador (art. 374, CCom). En este sentido, la venta a vistas depende del agrado del comprador, quien determina su voluntad de adquirir el bien de que se trate después de examinarlo o comprobar que funciona de manera apropiada, según el uso que pretenda darle.

[79] RETROVENTA. NO SE ACTUALIZA SU PROHIBICIÓN, AUN CUANDO EN JUICIO SE ADUZCA VIOLACIÓN AL ARTÍCULO 2196 DEL CÓDIGO CIVIL DEL ESTADO DE NUEVO LEÓN CON LA CELEBRACIÓN DE LA COMPRAVENTA BASE DE LA ACCIÓN, SI EN NINGÚN MOMENTO SE MENCIONÓ CRÉDITO O PRÉSTAMO ALGUNO QUE ENVOLVIERA UN PACTO USURARIO. Novena época. Registro: 174987. Tribunales Colegiados de Circuito. Tesis aislada. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Tomo XXIII, mayo de 2006. Materia(s): Civil. Tesis: IV.1o.C.62 C. Página: 1869.

[80] El art. 2902 del *Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California de 1884* señalaba: "La retroventa sólo puede tener lugar en bienes raíces."

Esta clase de operaciones no está contemplada de manera expresa en el CCDF. Se hallaba regulada en el art. 2825 del Código Civil de 1884, según el cual: "Las compras a vista o de cosas que se acostumbran gustar, pesar o medir, no producirán sus efectos sino después que se hayan visto, gustado, pesado o medido los objetos vendidos."

En nuestro concepto, el examen de los bienes por el eventual comprador es parte del *iter contractual* de la venta a vistas, es decir, durante el procedimiento de contratación. La venta se celebra hasta el momento en que el eventual comprador acepta los bienes; mientras tanto, solo existe una *oferta de venta* formulada por el eventual vendedor.[81]

c) Ventas a ensayo o a prueba. Las *ventas a ensayo* o *a prueba* son operaciones contractuales en las que el comprador se reserva la facultad de probar el bien que adquirirá, a fin de verificar si es apto para el uso que pretende darle. En esta virtud, la venta queda sujeta a la *condición suspensiva* de que el bien sea ensayado o probado, por lo que los efectos de la misma solo se producirán, en definitiva, si la prueba resulta satisfactoria.[82]

Tal sería el caso, por ejemplo, de algunas ventas en las que se entiende implícita la *cláusula de prueba*, como la compra de un traje a la medida, de un caballo para ser examinado por un veterinario, de cierta maquinaria para comprobar su adecuado funcionamiento o de un vehículo para constatar las condiciones mecánicas y eléctricas en que se encuentra.

La transmisión de la propiedad y del riesgo al comprador queda sujeta a la condición de que el bien satisfaga las cualidades requeridas por el adquirente, según el empleo que vaya a darle.

De acuerdo con Sánchez Medal, no "puede establecerse la regla general de que la prueba o ensayo queden al libre arbitrio subjetivo del comprador, o bien de que deba determinarse objetivamente a través de peritos, ya que uno u otro supuesto dependen de lo que en concreto hayan convenido las partes a propósito de cada caso en particular".[83]

No obstante, por lo general, el ensayo o prueba de los bienes se practica antes de que se concrete la compraventa, esto es, durante el *iter contractual*, una vez que el eventual vendedor ha formulado una *oferta de venta* al eventual comprador. De esta manera, la compraventa se perfecciona cuando se obtiene un resultado positivo del ensayo o de la prueba del bien.

d) Venta al gusto (ad gustum). En este tipo de operaciones se concede al eventual comprador la facultad de aprobar o rechazar el bien, como sucede con ciertos bienes que se suelen *degustar* antes de celebrarse el contrato, por ejemplo, el vino y algunos productos lácteos o cárnicos.

En este caso, la voluntad del eventual comprador se determina una vez que ha degustado el producto que pretende adquirir, por lo que, en ese sentido, la celebración del contrato depende del gusto del comprador.

[81] De acuerdo con Sánchez Medal, se trata de una *promesa unilateral de venta* y rechaza que se esté en presencia de una venta sujeta a condición suspensiva (*cfr.* Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 164).

[82] *Cfr.* Henri Mazeaud, León Mazeaud y Jean Mazeaud, *op. cit.*, pp. 210 y 211.

[83] Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 163.

Al respecto, el art. 2257 del CCDF dispone que la compra de bienes "que se acostumbra gustar" *solo produce efectos* después de que se hayan gustado tales bienes.

La aprobación o beneplácito del comprador no tiene el carácter de una condición suspensiva porque, si fuera así, estaría prohibida por ser puramente potestativa. Se trata, más bien, de una *oferta de venta* que el eventual comprador puede aceptar si el producto ha sido de su agrado y se lo comunica al vendedor,[84] momento en que la compraventa se perfecciona. En ese sentido, la transmisión de la propiedad y del riesgo se efectúa cuando el comprador aprueba el bien.[85]

e) Venta por cuenta, peso o medida. La transmisión de propiedad y de los riesgos en la compraventa sobre bienes que se acostumbra contar, pesar o medir se produce, en realidad, cuando el bien objeto de la operación económica se hace cierto y determinado con conocimiento del acreedor, en virtud de que esta clase de contratos recaen sobre bienes especificados por su género. En este sentido, la operación material de contar, pesar o medir resulta indispensable para que el bien se individualice y opere la referida transmisión de la propiedad y los riesgos al comprador.

El art. 2257 del CCDF señala que la compra de bienes que se acostumbra pesar o medir *solo produce efectos* después de haberse pesado o medido tales bienes.

En estos casos, el "contrato se perfecciona desde luego, aunque todavía no se haya pesado o no se haya hecho la cuenta o la medición de las cosas vendidas".[86] Antes de la operación material de contar, pesar o medir se ha convenido un precio por unidad de cuenta, peso o medida. Por ello, si las cosas perecen antes de la medición o, incluso, no llegan a existir, la pérdida la soporta el vendedor.

En principio, como estas operaciones se realizan conociendo de antemano la cantidad de producto que se desea adquirir (por ejemplo, 10 litros de leche, 50 kilos de azúcar, tres metros de tela), el precio también está determinado. La medida nada más es necesaria, como se dijo, para individualizar el bien.

En algunos casos, incluso, la cuenta, el peso o la medida servirá para determinar la cuantía de bienes y su precio total calculado por unidad de medida, porque se desconoce la cantidad de producto que se habrá de adquirir (por ejemplo, todo el trigo que se levante en una cosecha, todo el camarón que se pesque en cierto tiempo, toda la producción de leche en un mes).

En estos supuestos, aun antes de la operación de contar, pesar o medir, el contrato existe, se ha perfeccionado; la medición permite individualizar la cosa y, en su caso, la cantidad y el precio total. En ese sentido, "el comprador puede exigir la entrega de las cosas o el pago de los daños y perjuicios en caso de incumplimiento del vendedor que se resista a efectuar dicha

[84] Mazeaud sostiene que se trata de una promesa unilateral de venta (*cfr.* Henri Mazeaud, León Mazeaud y Jean Mazeaud, *op. cit*, pp. 211 y 213). En el mismo sentido: Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 163.

[85] *Cfr.* Henri Mazeaud, León Mazeaud y Jean Mazeaud, *op. cit.*, p. 213.

[86] Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 164.

operación material. A su vez, el vendedor podría obligar al comprador a recibir las cosas y a pagarle el precio".[87]

No obstante, la venta de cosas que se acostumbra contar, pesar o medir también podría celebrarse con la condición de que exista determinada cantidad de cosas y que, si dicha cantidad no se reúne, la venta no quedará perfeccionada.[88]

f) Venta por acervo o a precio alzado. La venta *por acervo o a precio alzado* es aquella en que las partes establecen un precio global por el bien objeto del contrato, sin atender a su cantidad, peso o medida, aun cuando recae sobre bienes que se suelen contar, pesar o medir. El contrato se perfecciona en el momento en que las partes aceptan que se pague un precio global por los bienes, "aunque se trate de cosas que se acostumbre contar, pesar o medir".[89]

En este caso, el "comprador no puede pedir la rescisión del contrato por no haber encontrado en el acervo la cantidad, peso o medida que él calculaba" (art. 2259, CCDF), por lo que no es aplicable la regla general del error de cálculo que da lugar a la rectificación (art. 1814, CCDF).

En este tipo de contrato solo habrá lugar a la rescisión si el vendedor presenta el acervo como de especie homogénea (por ejemplo, frijol de determinada especie y calidad) y ocultó en él especies de inferior calidad o clase de las que estaban a la vista (art. 2260, CCDF).

g) Venta de un inmueble ad mensuram y ad corpus. La compraventa *ad mensuram* es aquella donde se fija un precio por unidad de medida (por ejemplo, por metro cuadrado o por hectárea) y no porque se hayan establecido las medidas de los linderos y la superficie total del predio. En este caso, la diferencia en la superficie da lugar a la rectificación del precio total, por un error de cálculo, para ajustarlo a las medidas reales del inmueble, por lo que la compraventa no podrá anularse (art. 1814, CCDF).

La venta *ad corpus*, por el contrario, es aquella en la que las partes establecen un precio alzado por la totalidad del predio, sin atender a una unidad de medida, aunque se indiquen los linderos y la superficie del inmueble. Si existiera alguna diferencia al verificarse las medidas del predio, la compraventa no podrá rescindirse; tampoco el precio pactado podrá modificarse (art. 2261, CCDF). El vendedor debe entregar la totalidad de la superficie que esté ubicada dentro de los linderos señalados, aun cuando sea mayor de la estimada. El comprador tampoco podrá reclamar la superficie restante si el predio entregado tuviere una superficie menor (art. 2290, CCDF).[90]

h) Ventas a domicilio. Las ventas a domicilio, también conocidas como *mediatas o indirectas*, son aquellas que se proponen o se llevan a cabo fuera del local o establecimiento del

[87] *Idem.*

[88] *Cfr.* Rafael Rojina Villegas, *Derecho civil mexicano*, *op. cit.*, p. 390.

[89] Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 164.

[90] Véase la tesis: COMPRAVENTA AD CORPUS Y AD MESURAM, SUS DIFERENCIAS. Novena época. Registro: 203970. Tribunales Colegiados de Circuito. Tesis aislada. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Tomo II, octubre de 1995. Materia(s): Civil. Tesis: I.3o.C.45 C. Página: 497.

proveedor (art. 51, *Ley Federal de Protección al Consumidor*, LFPC), como las que se realizan por teléfono, televisión, servicios de correo o mensajería u otros en que no existe trato directo con el comprador (art. 53, LFPC).

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 está facultado para revocar su consentimiento sin responsabilidad alguna. La revocación debe hacerse mediante aviso o entrega del bien en forma personal, por correo registrado o por otro medio fehaciente. Una vez hecha la revocación, la operación queda sin efecto y el proveedor debe reintegrar al consumidor el precio pagado. Los costos de flete y del seguro son a cargo del consumidor (art. 56, LFPC).

2.12 Casos específicos de compraventa sobre inmuebles

La compraventa de ciertos bienes inmuebles está sujeta a un régimen jurídico particular que exige la satisfacción de algunos requisitos previos, sin los cuales la operación podría estar afectada de nulidad.

a) Compraventa de la fracción de un terreno. Las operaciones de compraventa sobre fracciones de algún predio urbano o rústico son muy frecuentes. Tratándose de predios urbanos, el enajenante debe obtener previamente la autorización de subdivisión de predio que otorga la autoridad municipal, siempre que el lote urbano sea divisible. La divisibilidad de un lote urbano está supeditada, por regla general, a que las porciones resultantes de la división cuenten con una superficie mínima y un frente a la calle de su ubicación, también mínimo. El Reglamento de Zonificación determina tales parámetros, según la ubicación del lote de que se trate.

En el caso de los predios rústicos, en ningún caso la subdivisión del predio debe dar lugar a fracciones menores de cinco hectáreas. En el caso de que la fracción sea menor, se debe aprobar previamente el programa parcial de urbanización del predio, lo que comporta el deber de ceder áreas para destinos.

b) Compraventa de predios ubicados en áreas de reserva para el crecimiento urbano. Las entidades federativas y los municipios tienen derecho de preferencia para adquirir, en igualdad de condiciones, los predios rústicos situados dentro de las zonas de reserva para el crecimiento urbano previstas en los planes de desarrollo urbano del centro de población de que se trate. Por tanto, cuando uno de estos inmuebles vaya a enajenarse a título oneroso, se debe notificar previamente al estado y al municipio que corresponda la enajenación que pretende realizarse y el monto de la operación, para que ejerzan el derecho de preferencia dentro del plazo de 30 días naturales contados desde la notificación (arts. 47, *Ley General de Asentamientos Humanos*, LGAH, y 89, *Ley Agraria*, LA).

La notificación deben hacerla los propietarios de los predios o, en su caso, los notarios, los jueces y las autoridades administrativas respectivas. Al ejercer el derecho de preferencia, las

entidades federativas o los municipios habrán de garantizar el pago de la operación (art. 47, LGAH).

Los contratos celebrados sin conceder el derecho de preferencia a las entidades federativas y los municipios "no surtirán efectos" jurídicos por contravenir las disposiciones legales en materia de asentamientos humanos, que se consideran de orden público (art. 53, LGAH). Tampoco se deberá inscribir en el catastro ni en el Registro Público de la Propiedad el contrato de compraventa celebrado con infracción del derecho de preferencia (art. 55, segundo párrafo, LGAH). En ese sentido, el tratamiento que recibe la inobservancia del referido derecho de preferencia es distinto del que se da al diverso derecho de preferencia que se pacta, en favor del vendedor, al celebrarse el contrato de compraventa, pues en este último caso la violación de tal derecho no afecta la eficacia del contrato y solo sujeta al comprador a responsabilidad civil.

Los notarios y demás fedatarios deben comprobar la existencia de las constancias relativas a la notificación realizada al estado y al municipio para que puedan autorizar la escritura pública correspondiente, en la que las constancias en cuestión habrán de quedar descritas o insertas (art. 54, LGAH).

c) Compraventa de bienes inmuebles sujetos al régimen de propiedad y condominio. En estos casos, junto con el inmueble considerado propiedad particular del condómino, se transmite también el derecho de copropiedad que le corresponde al inmueble sobre las áreas comunes del condominio, que está expresado en una parte alícuota. Esta copropiedad es indivisible e inseparable del derecho de propiedad que se transmite, por lo que es imposible enajenarlo por separado.

Asimismo, al otorgarse el contrato de compraventa, el notario público debe contar con la constancia expedida por el administrador del condominio, donde se indique que el inmueble que se enajena está al corriente en el pago de las cuotas de mantenimiento y administración.

En el contrato por el cual se adquiera un bien inmueble sujeto al régimen de propiedad y condominio es necesario insertar las declaraciones y estipulaciones conducentes de la escritura constitutiva del condominio. Asimismo, se debe entregar al adquirente una copia del reglamento del condominio, certificada por notario. Esto se debe a que los derechos y deberes de los condóminos se rigen precisamente por la referida escritura constitutiva y el reglamento del condominio, además de las disposiciones legales aplicables.

d) Compraventa en caso de derecho del tanto. En los casos en que se otorga el *derecho del tanto* en favor de determinadas personas para adquirir los bienes objeto de la eventual enajenación, se requiere concederles, de manera previa a la enajenación, el derecho de adquirir tales bienes con preferencia respecto de terceros, en igualdad de condiciones.

El derecho del tanto se concede a los *copropietarios* (arts. 2279, 973 a 975, CCDF), a los *coherederos* (art. 1292, CCDF), al *usufructuario* (art. 1005, CCDF), al *inquilino de una localidad en condominio* y a los demás *socios en una sociedad civil* (art. 2706, CCDF).

Para tal efecto, el vendedor debe notificar al titular del derecho del tanto, por conducto de notario o vía judicial, el ofrecimiento que le haya realizado un tercero para adquirir el bien de que se trate. El titular cuenta con ocho días naturales para ejercer el derecho del tanto; el solo transcurso del plazo sin ejercer tal derecho produce la pérdida del mismo. La venta realizada sin haber efectuado la notificación "no producirá efecto legal alguno" (art. 973, CCDF), es decir, la venta es nula o ineficaz.

La sanción por omitir el respeto al derecho del tanto es la *falta de efectos* en contra del preterido. Además, el derecho del tanto confiere a su titular el *derecho de retracto*, que consiste en sustituir al tercero que ha adquirido el bien en el contrato de compraventa realizado, por lo que el referido titular desplaza al tercero y es quien adquiere, en última instancia, el mencionado bien en igualdad de condiciones. Se produce, en consecuencia, la *subrogación contractual*.[91]

No obstante, el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Cuarto Circuito ha considerado que el derecho de retracto debe estar expresamente previsto en la legislación para que el copropietario esté en condiciones de subrogarse los derechos del adquirente, lo que solo es posible si esa consecuencia se encuentra reconocida en alguna disposición legal. En ese sentido, el copropietario solo estará en condiciones de reclamar la nulidad de la compraventa realizada sin respetar el derecho del tanto, que está establecida para esos supuestos.[92, 93]

El derecho del tanto solo se otorga para el caso de venta –incluso de venta judicial o remate– o de dación en pago, pero no respecto de otro negocio de enajenación oneroso como la permuta o la aportación a una sociedad.[94]

El derecho del tanto es considerado un *derecho real de adquisición*,[95] cuyo origen es de carácter legal; sin embargo, también puede tener naturaleza contractual, como ocurre en el *contrato de opción*. Esta clase de derechos reales se consideran de *segundo grado*, en virtud de que recaen sobre el derecho de propiedad de la cosa, pero no sobre la cosa misma.

[91] El retracto constituye una subrogación contractual, ya que implica una sustitución en los derechos y obligaciones derivados de una operación de compraventa realizada con otra u otras personas (diferentes a quien invoca en su favor el derecho de retracto), con el objetivo de quedarse, por el tanto de su precio (regla general) y con la estipulación de las mismas condiciones, con la cosa vendida a estas. Véase la tesis RETRACTO Y NULIDAD. SON ACCIONES CONTRADICTORIAS. Novena época. Registro: 175218. Tribunales Colegiados de Circuito. Tesis aislada. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Tomo XXIII, abril de 2006. Materia(s): Civil. Tesis: IV.2o.C.46 C. Página: 1181.

[92] COMPRAVENTA. SI LA REALIZA UN COPROPIETARIO CON UNA PERSONA AJENA A LA COMUNIDAD, SIN ANTES DAR OPORTUNIDAD A EJERCER EL DERECHO DEL TANTO, PROCEDE LA ACCIÓN DE NULIDAD Y NO LA DE RETRACTO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE NUEVO LEÓN). Novena época. Registro: 175125. Tribunales Colegiados de Circuito. Tesis aislada. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Tomo XXIII, mayo de 2006. Materia(s): Civil. Tesis: IV.2o.C.45 C. Página: 1720.

[93] La Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación analizó el art. 973 del CCF, cuyo contenido es idéntico al art. 970 del *Código Civil de Nuevo León*, al emitir la jurisprudencia 13/2002, cuyo rubro es: PARCELAS EJIDALES. SI SE ENAJENAN SIN DAR EL AVISO A QUIENES TIENEN EL DERECHO DEL TANTO, ÉSTOS PUEDEN EJERCER LA ACCIÓN DE NULIDAD, NO LA DE RETRACTO.

[94] *Cfr.* Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 190.

[95] Las razones por las que el derecho del tanto es considerado un derecho real son, según Sánchez Medal, las siguientes: *a)* se trata de un derecho que se hace valer frente a todo el mundo *erga omnes* y *b)* otorga el derecho a la persecución de la cosa, aunque esta haya pasado a manos de un tercero, mediante la *acción de retracto* (*cfr.* Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 191).

e) Compraventa de bienes inmuebles arrendados. En el caso de la venta de un bien inmueble que ha sido arrendado, se debe tener presente que, en ocasiones, se concede al arrendatario un derecho de preferencia para adquirir tal bien. En tal supuesto, el propietario del inmueble habrá de notificar al arrendatario, previamente a la enajenación, que desea efectuar la venta del inmueble para que el arrendatario ejerza el derecho de preferencia. Si transcurre el plazo sin que el derecho se ejerza, este se extinguirá por caducidad.

Si bien la venta realizada sin otorgar el derecho de preferencia al arrendatario no resulta inválida, el arrendatario podría reclamar al anterior propietario la responsabilidad civil resultante de la omisión de concederle el apuntado derecho.

Una vez efectuada la enajenación, habrá de notificarse sobre la misma al arrendatario para que continúe pagando la renta al adquirente, pues opera la sustitución de parte en el contrato de arrendamiento; el nuevo propietario se sustituye en el carácter de arrendador en dicho contrato.

En caso de que el arrendatario adquiera el inmueble arrendado, el contrato de arrendamiento se extinguirá por *confusión*, esto es, por reunirse en una misma persona el carácter de arrendatario y de arrendador.

f) Compraventa de parcelas ejidales. Cuando la compraventa tenga por objeto una parcela sobre la que se haya adoptado el dominio pleno y se trata de la primera enajenación de dicha parcela, *i)* los familiares del enajenante, *ii)* las personas que hayan trabajado dicha parcela por más de un año, *iii)* los ejidatarios, *iv)* los avecindados y *v)* el núcleo de población ejidal, en ese orden, tendrán el *derecho del tanto* para adquirir la referida parcela (art. 84, LA). En ese sentido, es preciso notificar que se tiene la intención de enajenar antes de su realización; de lo contrario, la venta podría ser anulada.

La notificación puede hacerse por medio del comisariado ejidal, con la participación de dos testigos, o ante fedatario público. Esta notificación surte efectos de notificación personal a quienes gozan del derecho del tanto. Una vez que el comisariado reciba la notificación, debe publicar de inmediato, bajo su responsabilidad y en los lugares más visibles del ejido, una relación de los bienes o derechos que se pretende enajenar. El comisariado ejidal y el consejo de vigilancia tienen el deber de cuidar que se cumpla con la notificación previa a la enajenación.

Las personas que disfrutan del derecho del tanto cuentan con un plazo de 30 días naturales desde la notificación para ejercer el derecho de adquirir la parcela que se vende; de lo contrario, el referido derecho caducará. En el supuesto de que el derecho del tanto se ejerza simultáneamente por varias personas que ofrezcan posturas iguales, el comisariado ejidal, ante la presencia de fedatario público, realizará un sorteo para determinar a quién corresponde la preferencia (art. 85, LA).

La primera enajenación a personas ajenas al núcleo de población de parcelas sobre las que se hubiere adoptado el dominio pleno está libre de impuestos o derechos federales para el enajenante, y debe realizarse cuando menos al precio de referencia que establezca el Instituto de Administración y Avalúos de Bienes Nacionales (Indaabin) o cualquier institución de crédito (art. 86, LA).

Para que la referida enajenación esté exenta de tales impuestos, es preciso acreditar ante el notario público que formalice la enajenación que el enajenante tiene todavía el carácter de ejidatario; de no ser así, la exención no surtirá efectos (*Ley del Impuesto sobre la Renta*, LISR, y su reglamento, RLISR).

La enajenación a terceros no ejidatarios no implica la pérdida de la calidad de ejidatario del enajenante, a menos que no conserve derechos sobre otra parcela ejidal o sobre tierras de uso común. En ese caso, el comisariado ejidal debe notificar la separación del ejidatario al Registro Agrario Nacional.

La calidad de ejidatario se acredita *i)* con el certificado de derechos agrarios expedido por autoridad competente, *ii)* con el certificado parcelario o de derechos comunes, o *iii)* con la sentencia o resolución relativa del tribunal agrario (art. 16, LA).

La calidad de ejidatario se pierde *i)* por la cesión legal de sus derechos parcelarios y comunes; *ii)* por renuncia a sus derechos, en cuyo caso se entenderán cedidos en favor del núcleo de población; *iii)* por prescripción negativa, en su caso, cuando otra persona adquiera sus derechos (arts. 20, 48, LA).

g) Compraventa de solares urbanos propiedad de ejidatarios. Los solares urbanos son propiedad plena de sus titulares. Todo ejidatario tiene derecho a recibir gratuitamente un solar al constituirse, cuando ello sea posible, la zona de urbanización. La extensión del solar se determina por asamblea, con la participación del municipio correspondiente, de conformidad con la legislación urbana y atendiendo a las características, usos y costumbres de cada región (art. 68, primer párrafo, LA).

Los certificados expedidos por el Registro Agrario Nacional para cada solar constituyen los títulos oficiales correspondientes, que acreditan la propiedad de los solares (art. 69, LA).

Una vez satisfechas las necesidades de los ejidatarios, los solares excedentes pueden ser arrendados o enajenados por el núcleo de población ejidal a personas que deseen avecindarse.

Cuando se trata de ejidos donde ya está constituida la zona de urbanización y los solares ya han sido asignados, los títulos se habrán de expedir en favor de sus legítimos poseedores.

Los negocios jurídicos subsecuentes son regulados por el derecho común. Para estos efectos, los títulos deben inscribirse en el Registro Público de la Propiedad de la entidad correspondiente.

h) Compraventa de inmuebles declarados monumentos históricos o artísticos. Cierta clase de bienes inmuebles pueden ser declarados monumentos históricos o artísticos por el presidente de la República o, en su caso, por la Secretaría de Educación Pública, de oficio o a petición de parte. La declaratoria correspondiente debe publicarse en el *Diario Oficial de la Federación* (art. 5º, *Ley Federal sobre Monumentos y Zonas Arqueológicos, Artísticos e Históricos*, LFMZAAH).

Los actos traslativos de dominio sobre bienes inmuebles que han sido declarados monumentos históricos o artísticos deben constar en escritura pública, que contendrá: *i)* la

manifestación del enajenante, bajo protesta de decir verdad, si el bien materia de la operación es un monumento histórico o artístico; *ii)* la declaratoria de monumentos, si hubiere; además, *iii)* los notarios públicos darán aviso al instituto competente sobre la operación celebrada, dentro del plazo de 30 días después de otorgado el instrumento (art. 25, LFMZAAH).

Los propietarios de bienes declarados monumentos históricos o artísticos tienen el deber de conservarlos y, en su caso, restaurarlos, previa autorización del instituto correspondiente (art. 6º, primer párrafo, LFMZAAH). Si los mantienen conservados y los restauran, podrán solicitar la exención de impuestos prediales si están situados en la Ciudad de México (art. 11, LFMZAAH).

Los bienes inmuebles declarados monumentos históricos deben inscribirse en el Registro Público de Monumentos y Zonas Arqueológicos e Históricos, y los bienes inmuebles declarados monumentos artísticos, en el Registro Público de Monumentos y Zonas Artísticos. Ambos registros dependen del Instituto Nacional de Bellas Artes. La declaratoria de monumentos debe inscribirse también en tales registros, así como en el Registro Público de la Propiedad (arts. 21 y 22, LFMZAAH).[96]

i) Compraventa de terrenos forestales. Un *terreno forestal* es aquel que está cubierto por vegetación forestal (art. 7, fracc. XLII, *Ley General de Desarrollo Forestal Sustentable*, LGDFS). No obstante, cuando se trata de un terreno que estuvo cubierto de vegetación forestal y que en la actualidad ya no lo está, aunque por sus condiciones de clima, suelo y topografía resulte más apto para el uso forestal que para otros usos alternativos (con exclusión de los terrenos ya urbanizados), se considera *terreno preferentemente forestal* (art. 7, fracc. XLIII, LGDFS).

La propiedad de los recursos forestales corresponde a las personas físicas o morales que sean propietarias de los terrenos donde se ubiquen (art. 5, LGDFS).

La transmisión de la propiedad o del usufructo de terrenos forestales o preferentemente forestales debe satisfacer los requisitos siguientes (art. 61, LGDFS):

a) Los transmitentes deben declarar, bajo protesta de decir verdad, si existe autorización de cambio de uso del suelo, programa de manejo forestal y de suelos, programa de manejo de plantación forestal comercial o aviso de plantación forestal comercial.

b) Esa declaración debe hacerse constar por el notario público ante quien se celebre la transmisión, en el documento que formalice la misma.

c) En el caso de que existan la referida autorización, programas o avisos, el notario habrá de notificar del acto que se celebre al Registro Forestal Nacional, en un plazo de 30 días naturales contados desde el otorgamiento de la escritura correspondiente.

[96] El art. 23 de la LFMZAAH señala que: "La inscripción en los registros se hará de oficio o a petición de la parte interesada. Para proceder a la inscripción de oficio, deberá previamente notificarse en forma personal al interesado. En caso de ignorarse su nombre o domicilio, surtirá efectos de notificación personal la publicación de ésta, en el 'Diario Oficial' de la Federación.- El interesado podrá oponerse y ofrecer pruebas en el término de quince días, contados a partir de la fecha de notificación. El Instituto correspondiente recibirá las pruebas y resolverá, dentro de los treinta días siguientes a la oposición."

d) El adquirente del terreno sobre el cual exista la autorización, los programas de manejo o el aviso en cuestión, deberán cumplir con los términos de tales documentos, así como con las condicionantes en materia de manejo forestal o de impacto ambiental respectivas.[97]

e) Los titulares de los derechos de propiedad o de usufructo de terrenos en donde exista un *área de protección* deben hacerlo saber al adquirente, al fedatario o a la autoridad ante quien se vaya a realizar la transmisión de tales derechos. Esa situación habrá de hacerse constar en la escritura correspondiente.

f) Los derechos de aprovechamiento pueden ser cedidos en todo o en parte en favor de terceras personas.

Sin embargo, cuando se trate de aprovechamientos forestales que requieran la presentación de una *manifestación de impacto ambiental* (como *selvas tropicales* mayores a 20 hectáreas; aprovechamientos de *especies forestales de difícil regeneración* y *áreas naturales protegidas*),[98] la transferencia de los derechos derivados de la autorización solo podrá surtir efectos una vez que la Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales haya emitido dictamen sobre su procedencia.

[97] No obstante, pueden solicitar la modificación o la cancelación correspondiente de los programas de manejo o del aviso.

[98] Artículo 76 de la *Ley General de Desarrollo Forestal Sustentable*.

Autoevaluación

1. Señale tres diferencias entre la compraventa y la permuta.
2. ¿Cuál es la diferencia entre la compraventa de cosa futura y el contrato de obra a precio alzado?
3. ¿Cuál es la diferencia entre la compraventa con entregas periódicas y el suministro?
4. ¿Qué se requiere para la venta de bienes propiedad de menores de edad?
5. ¿De qué manera pueden los extranjeros adquirir derechos sobre bienes inmuebles en la zona restringida?
6. ¿Cuáles son las dos modalidades de la compraventa de cosas futuras y en qué se diferencian?
7. ¿Qué clase de bienes no pueden ser objeto de compraventa?
8. ¿Qué debe hacer el vendedor cuando la venta recae sobre bienes o derechos litigiosos?
9. ¿Cuál es la forma de la compraventa?
10. ¿Cuál es el grado de diligencia que debe observar el vendedor en la custodia del bien?
11. ¿Cómo puede ser la entrega del bien en la compraventa?
12. Explique cómo opera la transmisión de la propiedad en la compraventa.
13. Comente quién sufre la pérdida o el deterioro del bien en la compraventa cuando aun se encuentra en poder del vendedor.
14. Exponga las consecuencias jurídicas de la venta de un bien ajeno.
15. Señale qué puede hacer el comprador cuando el bien que ha adquirido presenta vicios ocultos.
16. Diga qué debe hacer el comprador en el caso de que sufra la evicción.
17. ¿En qué consiste la prohibición de pagar el precio con dinero en efectivo?
18. ¿En qué casos debe el comprador pagar intereses en la compraventa?
19. ¿Qué tratamiento recibe el incumplimiento de los contratos de compraventa regulados por el derecho del consumidor?
20. ¿En qué consiste la compraventa con reserva de dominio?
21. ¿En qué consiste la compraventa con reserva de posesión?



Autoevaluación

22. ¿En qué consiste la compraventa a plazos con cláusula rescisoria?

23. Explique la venta por cuenta, peso o medida.

24. ¿Qué tratamiento recibe la venta por acervo o a precio alzado?

25. ¿Cuál es la diferencia entre la venta de un inmueble *ad mensuram* y *ad corpus*?

26. ¿Qué se requiere para vender la fracción de un terreno?

27. ¿Qué debe hacerse para enajenar un bien en los casos en que se otorga el derecho del tanto en favor de determinadas personas para adquirir ese bien?

28. ¿Cómo debe efectuarse la compraventa de parcelas ejidales?

29. ¿Qué datos deben incluirse en la compraventa sobre bienes inmuebles que han sido declarados monumentos históricos o artísticos?

30. ¿Qué requisitos deben satisfacerse en la compraventa de terrenos forestales?

Permuta

capítulo 3

Propósitos

Al finalizar el capítulo, el alumno identificará con precisión los rasgos que caracterizan el contrato de *permuta*, sus diferencias con figuras afines, las modalidades que presenta en la práctica, el contenido obligacional del contrato, los efectos jurídicos que produce y la manera como termina.

3.1 Concepto

La *permuta* es el contrato por el cual una parte se obliga a *transmitir la propiedad* de un determinado bien a otra, a cambio de que esta, a la vez, se obligue a transmitirle la propiedad de otro bien que habrá de recibir. El art. 2327 del *Código Civil para el Distrito Federal* (CCDF) señala que: "La permuta es un contrato por el cual cada uno de los contratantes se obliga a dar una cosa por otra." Las dos partes en la permuta reciben el nombre de *permutantes*.

La permuta es el antecedente de la compraventa y ha sido la forma natural de intercambiar bienes (*rem pro re*), en particular, antes de que comenzara a usarse un referente común para establecer el valor de los bienes, que primero fueron los ganados (del latín *pecus*, de donde proviene la palabra *pecunia*) y los metales preciosos (como el oro, la plata, etc.). Después, los metales preciosos se acuñaron y surgió la *moneda* como medio de pago, con lo cual se constituye el *precio en dinero* (*pretium pro re*). En la actualidad, este contrato suele adquirir particular relevancia en épocas de crisis económica.

El régimen jurídico de la permuta es el mismo que el de la compraventa, con excepción de las reglas relativas al precio (art. 2331, CCDF), puesto que, en principio, en la permuta no existe precio. No obstante, estas reglas también serán aplicables a la permuta cuando se establezca una cantidad en dinero para nivelar la diferencia de valor de los bienes que se intercambian.[1]

Es preciso señalar que las partes de la permuta pueden diferir para un momento posterior a la celebración de esta la transmisión de propiedad de los bienes que se intercambian, por lo

[1] En opinión de Rojina, las obligaciones del comprador no son aplicables a ninguno de los permutantes (Rafael Rojina Villegas, *Derecho civil mexicano*, t. VI, vol. I, 9ª ed., Porrúa, México, 2010, p. 420).

cual el referido efecto traslativo no debe operar, necesariamente, al concretarse la operación.[2] En este sentido, se trata de un *contrato obligacional*.

3.2 Clasificación

La permuta es un contrato *traslativo de dominio*, *principal*, *oneroso*, *bilateral* y *sinalagmático* perfecto, *consensual* si recae sobre bienes muebles y *formal* si se refiere a inmuebles.

Por lo general, es un contrato *conmutativo*; sin embargo, puede ser *aleatorio* cuando se permuta un bien presente por otro bien futuro, si el permutante toma el riesgo de que este no llegue a existir o el intercambio se refiere a los frutos inciertos que un determinado bien habría de producir. De igual manera, nada obsta para que la permuta tenga como finalidad el intercambio de bienes futuros respecto de ambas partes.

Aun cuando la permuta es un contrato de *ejecución instantánea*, podría ser también un contrato de *ejecución diferida* o, incluso, de *ejecución periódica*; por ejemplo, cuando se permuta un determinado bien a cambio de la entrega periódica de otros bienes, o cuando ambas partes se obligan, de manera recíproca, a realizar la entrega periódica de ciertos bienes (dos industriales que celebran la permuta sobre objetos que producen y que cada uno requiere para la manufactura de otros).[3]

3.3 Las partes contratantes en la permuta

Como se señaló, en la permuta a ambas partes se les denomina *permutantes*. Al respecto, resultan aplicables a la permuta las mismas disposiciones que en materia de *capacidad, legitimación y restricciones a la libertad para enajenar y adquirir* rigen para la compraventa (art. 2331, CCDF).

3.4 El objeto en la permuta

a) El objeto de la permuta son los dos bienes que se intercambian, los cuales deben reunir los mismos requisitos que se exigen para la compraventa (art. 2331, CCDF). El objeto debe ser un *bien corpóreo*, esto es, un cuerpo cierto o un género, o bien, un *bien incorpóreo*, como un derecho.

b) El objeto no puede consistir en un servicio, porque se estaría en este supuesto ante un *contrato de prestación de servicios*. Tampoco puede referirse al uso o goce de un determinado bien; en tal caso se trataría de un *arrendamiento*.[4]

[2] *Cfr.* Ramón Sánchez Medal, *De los contratos civiles*, 25ª ed., Porrúa, México, 2013, p. 203.

[3] Rojina cree que en este caso se combina la permuta con el suministro (*cfr.* Rafael Rojina Villegas, *op. cit.*, p. 424).

[4] *Cfr.* Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 204.

c) Cuando los bienes permutados no son de igual valor, la diferencia se suele compensar con una cantidad de dinero que iguale el valor de ambos bienes pero que sea inferior a la mitad del valor del bien que se permuta; de lo contrario, el contrato será de compraventa (art. 2250, CCDF).[5] Para tales efectos, la moneda extranjera se considera dinero.

En los casos en que el objeto de la permuta está conformado en parte por una cantidad de dinero, se aplican a la misma las reglas relativas al precio en la compraventa, en especial las que regulan el lugar y el momento del pago, y el aspecto de los intereses.

No obstante, en la doctrina francesa se ha admitido que la diferencia del valor de los bienes intercambiados se ajuste por medio de la prestación de servicios. Al respecto, se menciona el caso de un contratista de obra que al permutar el terreno del que es propietario por otro terreno de mayor valor, se compromete con el permutante a realizar determinada construcción en el mismo terreno que le transmite en propiedad. Mazeaud ha interpretado que en esta hipótesis la permuta se efectúa a cambio de un inmueble y un derecho de crédito a cargo del contratista, para obligarlo a levantar la construcción.[6]

3.5 La forma en la permuta

Como se señaló, la permuta es un contrato consensual cuando recae sobre bienes muebles, y formal cuando se refiere a inmuebles. Es preciso aclarar que el contrato será formal por el solo hecho de que uno de los bienes permutados sea inmueble.

Al respecto, resultan aplicables a la permuta las mismas disposiciones que en materia de forma rigen para la compraventa.

3.6 Contenido obligacional

Cada permutante tiene las mismas obligaciones que corresponden al vendedor en la compraventa, que son: *a)* conservar el bien hasta ser entregado materialmente; *b)* entregar el bien; *c)* transmitir la propiedad del bien; *d)* garantizar por el hecho personal; *e)* garantizar las cualidades del bien, y *f)* garantizar por la evicción.

No obstante, las obligaciones de cada permutante relativas *a)* a la entrega de la cosa y *b)* a las consecuencias derivadas de la evicción del bien permutado son diferentes a las que corresponden al vendedor, pues en la permuta se agravan (*constituye una agravación de*

[5] Según Rojina, se trata de un contrato mixto que supone dos operaciones: una compraventa por lo que se refiere al dinero y una permuta respecto del intercambio de la cosa por cosa, por lo cual es conveniente separar ambas operaciones para fijar los derechos y deberes de las partes (*cfr.* Rafael Rojina Villegas, *op. cit.*, p. 411).

[6] *Cfr.* Henri Mazeaud, León Mazeaud y Jean Mazeaud, *Lecciones de derecho civil*, parte tercera, vol. III, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1986, pp. 359 y 360.

responsabilidad en la permuta). En el cuadro 3.1 se muestran las diferencias entre la permuta y la compraventa en los aspectos señalados.

Cuadro 3.1 Diferencias entre permuta y compraventa.

Permuta	Compraventa
Si uno de los contratantes ha recibido la cosa que se le da en permuta y acredita que no era propia del que la dio, no puede ser obligado a entregar la que él ofreció en cambio y cumple con devolver la que recibió (art. 2328, CCDF).	Cuando el comprador a plazo o en espera del precio fuere perturbado en su posesión o derecho, o tuviere justo temor de serlo, podrá suspender el pago si todavía no lo ha hecho, mientras el vendedor le asegure la posesión o le otorgue fianza, salvo si hay convenio en contrario (art. 2299, CCDF).
El permutante que sufra evicción de la cosa que recibió, a cambio podrá reivindicar la que dio si se halla aun en poder del otro permutante, o exigir su valor o el valor de la cosa que se le hubiere dado a cambio, con el pago de daños y perjuicios (art. 2329, CCDF).	El vendedor debe pagar daños y perjuicios al comprador que sufre la evicción del bien enajenado, solo si ha procedido de mala fe (arts. 2126 y 2127, CCDF).

De acuerdo con Rojina, cuando la permuta recae sobre cosa ajena "no tiene que existir declaración judicial respecto de la nulidad del contrato", pues bastará con devolver la cosa que indebidamente se le entregó, siempre que todavía no haya entregado la suya.[7]

De igual manera, a cada permutante le corresponde la obligación de recibir el bien objeto de la permuta y, en el caso de que la contraprestación que deba satisfacer comprenda un precio complementario, el permutante estará obligado a pagarlo. Estas dos obligaciones también las tiene el comprador.

El permutante acreedor del precio en dinero habrá de ser tratado, en cuanto a ese crédito, como el vendedor en la compraventa, por lo que dispone de un privilegio para el pago del precio en las mismas condiciones que el vendedor.[8]

Es preciso señalar que si el precio en la compraventa se satisface por medio de la *dación en pago* de un determinado bien en lugar de la cantidad de dinero pactada originalmente, de ninguna manera convierte la compraventa en una permuta.

[7] *Cfr.* Rafael Rojina Villegas, *op. cit.*, pp. 411 y 416.

[8] *Cfr.* Henri Mazeaud, León Mazeaud y Jean Mazeaud, *op. cit.*, pp. 360 y 361.

Autoevaluación

1. ¿Qué es la permuta?
2. ¿En qué casos puede la permuta ser un contrato de ejecución periódica?
3. ¿De qué manera se compensa la diferencia de valor entre los bienes permutados?
4. ¿Qué derechos tiene el permutante en el caso de la permuta de un bien ajeno?
5. ¿Qué derechos tiene el permutante que sufre evicción?

4 capítulo

Donación

Propósitos

Al finalizar el capítulo, el alumno identificará con precisión los rasgos que caracterizan al contrato de *donación*, sus diferencias con figuras afines, las modalidades que presenta en la práctica, el contenido obligacional del contrato, los efectos jurídicos que produce y la manera como termina.

4.1 Concepto

La donación es el contrato por el cual una de las partes, denominada *donante, transmite la propiedad* de *una parte* de sus *bienes presentes* a otra, llamada *donatario*, de manera gratuita (art. 2332, *Código Civil para el Distrito Federal*, CCDF).

De acuerdo con el art. 2332 del CCDF, la donación es un contrato por el que una persona transfiere a otra, gratuitamente, una parte o la totalidad de sus bienes presentes. Aun cuando la definición legal contempla la posibilidad de que el donante transmita la totalidad de sus bienes, en realidad este debe reservarse bienes suficientes para subsistir y cumplir sus obligaciones (arts. 2332, 2347, 2163 y 2165, CCDF). Por ese motivo, en la definición que se propone solo se hace referencia a "una parte" de los bienes del donante.

La donación debe referirse a bienes presentes, lo cual significa que dicho contrato no podrá tener por objeto *bienes futuros*.

4.2 Figuras afines

La donación se inscribe dentro de los negocios jurídicos que comportan una liberalidad, entre lo cuales se hallan, además, la *cesión de derechos* gratuita, el *mutuo sin interés*, el *comodato* (préstamo de uso), el *depósito* gratuito, la *prestación de servicios* gratuita, la *fianza* gratuita, la *prenda* o *hipoteca* constituidas en garantía de una obligación ajena, la *remisión*

de la deuda, la *repudiación de la herencia*, así como el hecho de no impedir la consumación de la *usucapión* en forma deliberada.[1] En este sentido, no toda liberalidad es una donación.

Un rasgo característico de la donación es que en esta se produce el enriquecimiento del donatario y el empobrecimiento del donante. De ahí que, cuando ese aspecto esté ausente, será imposible hablar de donación, como sucede cuando el heredero no acepta –o rechaza– la herencia, supuesto en el cual solo hay enriquecimiento de quien recibe la referida porción hereditaria; falta el empobrecimiento de quien no aceptó la herencia.[2]

La *remisión de la deuda* es considerada en nuestro derecho una *liberalidad* y no una *donación*, en virtud de que en aquella está ausente el efecto traslativo que caracteriza a esta clase de contratos. No obstante, en la doctrina (Puig Peña) se califica la remisión o quita como una *donación liberatoria*.[3, 4]

4.3 Clasificación

La donación es, por su naturaleza, un contrato *traslativo de dominio*. En general, la propiedad se transmite al celebrarse el contrato, pero puede diferirse para un momento posterior, como ocurre cuando la donación se refiere a *bienes fungibles* o *géneros* (que no sean ciertos ni determinados), o bien, cuando las partes sujetan la donación a condición suspensiva o a término suspensivo.[5]

La donación es, por lo general, un contrato *gratuito*; sin embargo, por excepción también puede ser *oneroso*. En el primer caso, el contrato es, además, *unilateral*; en el segundo tiene carácter *bilateral*.

El contrato de donación es *consensual* cuando recae sobre bienes muebles cuyo valor es inferior a 200 pesos; en cambio, es *formal* en los demás casos (muebles que exceden de ese valor e inmuebles) (art. 2343, CCDF).

Se trata de un contrato *principal*; es *intuitu personae* porque el donante transmite gratuitamente la propiedad de sus bienes, en atención a las cualidades personales del donatario;[6] por lo regular es de *ejecución instantánea*, aunque también puede ser de duración, esto es, de *ejecución periódica* o de *tracto sucesivo* (arts. 2356 y 2775, CCDF), como la *renta vitalicia*.[7]

[1] *Cfr.* Miguel Ángel Zamora y Valencia, *Contratos civiles*, 13ª ed., Porrúa, México, 2012, p. 146.

[2] *Cfr.* Ramón Sánchez Medal, *De los contratos civiles,* 25ª ed., Porrúa, México, 2013, p. 207..

[3] *Idem*.

[4] En el derecho romano había donación no solo por *datio*, por transmisión de bienes, sino también por *liberatio* y por *promissio* (Ramón Sánchez Medal, *op. cit*., p. 207).

[5] *Cfr.* Miguel Ángel Zamora y Valencia, *op. cit*., pp. 145 y 157.

[6] Domínguez sostiene que el error en la identidad del donatario causa la nulidad de la donación (*cfr.* Jorge Alfredo Domínguez Martínez, *Derecho civil. Contratos*, 4ª ed., Porrúa, México, 2011, p. 348).

[7] Enneccerus considera la *renta vitalicia* como *promesa de donación* y equivale a la donación por *promissio* del derecho romano (Ramón Sánchez Medal, *op. cit*., p. 208).

4.4 Tipos de donación

La donación puede ser pura, condicional, onerosa o remuneratoria (art. 2334, CCDF).

a) La donación es *pura* o *simple* cuando "se otorga en términos absolutos" (art. 2335, CCDF), esto es, sin quedar sujeta a modalidad.

b) Es *condicional* aquella que depende de algún acontecimiento futuro e incierto (art. 2335, CCDF).

c) En la *donación onerosa* (*submodo* o con *carga*), el donatario queda obligado *i)* a satisfacer el gravamen que reporta el bien donado, *ii)* a pagar alguna deuda del donante o de un tercero, o bien, *iii)* a efectuar una determinada prestación, por ejemplo, emplear los bienes donados en determinada obra (arts. 2336, 2354 y 2368, CCDF). Aquí quedan comprendidas dos modalidades de las que se ha ocupado la doctrina alemana: la *donación mixta* y la *donación modal*. La donación mixta contiene un negocio jurídico oneroso, como ocurre con la venta de un bien a un precio muy por debajo de su valor –sería una combinación concurrente de compraventa y donación.[8] La donación modal es aquella en la que se impone al donatario el cumplimiento de una prestación.[9]

d) Es *remuneratoria* "la que se hace en atención a servicios recibidos por el donante y que éste no tenga obligación de pagar" (arts. 2336 y 2361, fracc. IV, CCDF). Como ejemplo puede señalarse la *propina*, pues su pago no es obligatorio y se hace en virtud de servicios prestados.

e) A estas clases debe agregarse la *donación a término*, cuando depende de un acontecimiento futuro de realización cierta que aplaza sus efectos (término suspensivo), o bien, los extingue con la llegada del plazo (término extintivo).

f) Las *donaciones antenupciales* son *i)* las realizadas antes del matrimonio entre los futuros cónyuges (por ejemplo, el anillo de compromiso que suele entregarse a la novia),[10] así como *ii)* las efectuadas por un tercero a alguno de los futuros cónyuges o a ambos, con motivo del matrimonio (por ejemplo, los regalos de boda) (art. 219, CCDF).

Las donaciones antenupciales entre los futuros cónyuges no pueden exceder de la sexta parte de los bienes del donante, aunque fueren varias; de lo contrario, la donación se considerará inoficiosa respecto del exceso (art. 221, CCDF).

Para calcular el exceso y determinar si la donación antenupcial es inoficiosa, el futuro cónyuge donatario o sus herederos tienen la facultad de elegir entre la época en que

[8] *Cfr.* Jorge Alfredo Domínguez Martínez, *op. cit.*, p. 360.

[9] *Cfr.* Rafael Rojina Villegas, *Derecho civil mexicano*, t. VI, "Contratos", vol. I, 9ª ed., Porrúa, México, 2010, p. 449.

[10] Los menores pueden hacer esta clase de donaciones (art. 219, fracc. I, CCDF) pero requieren el consentimiento del padre o la madre, o en su defecto del tutor; y a falta o por negativa o imposibilidad de estos, el juez de lo familiar suplirá dicho consentimiento (arts. 229, 148, CCDF).

se hizo la donación o la fecha del fallecimiento del donador (art. 223, CCDF), siempre que se haya formado inventario de los bienes del donador al hacerse la donación (art. 224, CCDF). En el caso de que dicho inventario se hubiera omitido, no podrá elegirse la época en que la donación se otorgó para calcular el exceso.

Las donaciones antenupciales quedan sin efecto si el matrimonio deja de efectuarse. En este supuesto, los donantes tienen el derecho de exigir la devolución de lo que hubieren dado con motivo del matrimonio, a partir del momento en que tuvieron conocimiento de que no se celebró (art. 230, CCDF).

Son aplicables a las donaciones antenupciales las reglas de las donaciones comunes, en todo lo que no fueren contrarias a estas (art. 231, CCDF). En este sentido, las donaciones hechas por un tercero a uno de los futuros cónyuges o a ambos serán inoficiosas en los mismos términos que las donaciones comunes (art. 222, CCDF).

g) La *donación entre consortes*. Los cónyuges pueden hacerse donaciones, siempre que no sean contrarias a las capitulaciones matrimoniales ni perjudiquen el derecho de los acreedores alimentarios (art. 232, CCDF).

Es preciso señalar que las donaciones entre consortes se presentan con frecuencia como *donaciones indirectas*, cuando uno de ellos compra con dinero propio un determinado bien inmueble a nombre del otro cónyuge.

En las relaciones entre cónyuges existe la presunción *juris tantum* de que todo pacto por el que un cónyuge transmite bienes al otro se considera donación y, por tanto, queda sujeto a las disposiciones de la donación entre consortes (art. 192, CCDF).[11] Tal presunción se produce aun cuando la transmisión se haya realizado en apariencia como un contrato oneroso. Por consiguiente, la enajenación será susceptible de revocación (art. 233, CCDF).

Sánchez Medal sostiene que la presunción de que se trata se aplica no solo respecto de la sociedad conyugal, sino también en el régimen de separación de bienes. Dicha presunción también existe como *presunción humana* en las enajenaciones entre concubinos.[12]

h) La *donación a título particular* recae sobre uno o varios bienes señalados de manera específica, en tanto que la *donación a título universal* comprende la totalidad de los bienes del donante,[13] solo que, como se verá más adelante, en realidad se trata de la *totalidad restringida* en razón de que el donante debe reservarse bienes suficientes para vivir según sus circunstancias.

[11] **Artículo 192 (CCDF):** "Todo pacto que importe cesión de una parte de los bienes propios de cada cónyuge, será considerado como donación y quedará sujeto a lo prevenido en el capítulo VIII de este Título."

[12] *Cfr.* Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 213.

[13] *Cfr.* Jorge Alfredo Domínguez Martínez, *op. cit.*, p. 355.

i) Se distingue entre la *donación entre vivos* (art. 2338, CCDF) –las donaciones solo pueden tener lugar entre vivos– y la *donación por causa de muerte*. Las donaciones que se hacen para tener efecto después de la muerte del donante se rigen por las disposiciones relativas a las sucesiones, por lo cual han sido identificadas con el *legado* (arts. 1392 y 2339, CCDF), una *disposición testamentaria* que comporta una transmisión a título particular por causa de muerte. En este sentido, no están permitidas las donaciones *mortis causa* y "cuando se pretenda hacer donaciones para después de la muerte del donante, deberá el interesado hacer un testamento",[14] pues de realizarse de otra forma, la liberalidad sería nula.

j) Se llaman *donaciones indirectas* aquellos *negocios jurídicos* que encuadran en el concepto de *liberalidad*, en los cuales una persona realiza una determinada conducta en beneficio de otra, sin estar obligada de manera previa a realizar tal conducta, lo que sucede en el contexto de otro negocio jurídico, oneroso o gratuito, que le sirve de base. Se consideran donaciones indirectas: la compra que hace una persona, quien paga el precio, en favor de otra –por lo general, su cónyuge o sus hijos– a quien desea beneficiar con tal adquisición; la remisión de la deuda; el pago de una deuda ajena; contratar un seguro en favor de un tercero, y la renta vitalicia en beneficio de un tercero.[15]

Debe señalarse que la *donación indirecta* entre consortes está sujeta a revocación.[16]

4.5 Las partes contratantes en la donación

En el contrato de donación se denomina *donante* a la persona que transmite la propiedad del bien de manera gratuita, y *donatario* a quien adquiere la propiedad de dicho bien.

El donante debe tener el *ánimo de donar* (*animus donandi*), esto es, la voluntad de realizar una liberalidad en favor del donatario, lo cual requiere que exteriorice su intención de transmitir la propiedad de los bienes de que se trate, de manera gratuita.[17]

La donación requiere la *aceptación expresa* del donatario para que el contrato se entienda celebrado. Dicha aceptación debe producirse en la misma *forma* requerida para donar (art. 2346, primera parte, CCDF). En este sentido, en la donación no puede darse el consentimiento tácito. Además, la aceptación habrá de darse "en vida del donante" (art. 2346, segunda parte, CCDF), por lo que si este fallece sin que tal aceptación haya tenido lugar, la oferta de donación

[14] Miguel Ángel Zamora y Valencia, *op. cit.*, p. 165.

[15] *Cfr.* Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 209.

[16] REVOCACIÓN DE DONACIÓN INDIRECTA ENTRE CONSORTES, PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN ASÍ INTENTADA. Octava época. Registro: 215669. Tribunales Colegiados de Circuito. Tesis aislada. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación.* Tomo XII, agosto de 1993. Materia(s): Civil. Tesis: Página: 558.

[17] De acuerdo con Domínguez, una compraventa en la que se haya omitido el precio no puede calificarse como donación. Será "una compraventa afectada de nulidad o probablemente por los medios jurídicos adecuados pudiera llegarse a la fijación y determinación del precio omitido pues éste es de la esencia de la compraventa" (Jorge Alfredo Domínguez Martínez, *op. cit.*, p. 346).

caduca y el contrato no podrá perfeccionarse. Los herederos del donante tampoco quedan obligados a sostener la oferta.

En las *donaciones antenupciales* y las *donaciones entre consortes*, la aceptación del donatario puede ser tácita (art. 225, CCDF).

Asimismo, la *donación entre ausentes* se perfecciona hasta que el donatario "hace saber la aceptación" al donante (art. 2340, CCDF), esto es, hasta que el donante conoce los términos de la aceptación. De esta manera, "en la donación se abandona el sistema de la recepción y se adopta el de la información"[18] para determinar el momento en que el contrato se tiene por celebrado.

En relación con la legitimación para donar, es preciso señalar los aspectos siguientes:

a) Las personas concebidas y no nacidas gozan de capacidad para adquirir bienes por donación, siempre que nazcan viables (art. 2357, CCDF), es decir, que se repute nacido si vive 24 horas desprendido enteramente del seno materno o es presentado vivo al Registro Civil (art. 337, CCDF). La aceptación expresa de la donación debe realizarla la *madre*, quien tendrá la representación legal del *nasciturus* al nacer.

b) Las personas que ejercen la patria potestad (art. 436, CCDF), los tutores (art. 576, CCDF), el representante del ausente (art. 660, CCDF), el síndico de la quiebra o el albacea de la sucesión, ninguno de ellos está autorizado para donar los bienes del representado. En cambio, los representantes legales sí pueden recibir donaciones.[19]

De hecho, los tutores tienen prohibido, de manera expresa, donar los bienes de los discapacitados (art. 576, CCDF);[20] sin embargo, tienen la obligación de recibir donaciones simples en representación de ellos (art. 579, CCDF).

c) Los *bienes adquiridos* por un *menor* con el *fruto de su trabajo* pueden ser enajenados por este, aun por donación, pero con la intervención de su representante legal.[21] Estos bienes "pertenecen en propiedad, administración y usufructo al hijo" (arts. 428, fracc. I, 429, CCDF). Sin embargo, tratándose de *bienes inmuebles* o *bienes muebles preciosos*, la enajenación gratuita requiere autorización judicial (arts. 435 y 643, fracc. I, CCDF).[22]

[18] Rafael Rojina Villegas, *op. cit*., p. 435.

[19] *Ibidem*, pp. 445 y 446.

[20] En opinión de Domínguez, la prohibición de donar que tiene el tutor puede hacerse extensiva a todos los supuestos de representación legal (Jorge Alfredo Domínguez Martínez, *op. cit*., p. 354).

[21] Sánchez Medal cree que el menor puede enajenar los bienes adquiridos por su trabajo, sin intervención de su representante legal (*cfr.* Ramón Sánchez Medal, *op. cit*., p. 209).

[22] Según Domínguez, un menor de edad, aunque fuere emancipado, no puede ser donante porque solo los mayores de edad y en uso de sus facultades mentales tienen la libre disposición de sus bienes (art. 24, CCDF). Los menores de edad solo pueden realizar actos de administración respecto de sus bienes, pero no actos de dominio (Jorge Alfredo Domínguez Martínez, *op. cit*., p. 347).

d) Los *menores emancipados* están autorizados para donar bienes inmuebles, previa autorización judicial (art. 643, fracc. I, CCDF).[23]

e) La donación entre consortes solo puede celebrarse cuando el matrimonio está sujeto al régimen de separación de bienes.[24]

f) El *mandatario* o *apoderado* requiere *cláusula especial* para donar bienes en nombre del mandante o del poderdante. Para tal efecto, deben precisarse los bienes que se donarán, así como la persona a quien serán donados o, por lo menos, la descripción general de las cualidades que habría de reunir tal persona para recibir la donación.

En ese sentido, el poder general para *actos de dominio* conferido al mandatario o al apoderado resulta insuficiente para efectuar donaciones (art. 2554, tercer párrafo, CCDF), ya que esa clase de facultades se otorgan en interés del mandante con la finalidad de conservar o defender su patrimonio, pero no para disminuirlo.[25, 26]

La Primera Sala de la SCJN consideró que el mandatario carece de facultades para celebrar el contrato de donación cuando en el poder general para actos de dominio se omite insertar la cláusula específica que lo faculta para realizar esa clase de actos de disposición.[27]

g) Es preciso señalar que la adquisición de bienes por donación no representa un acto de dominio para el donatario,[28] sino que se trata de un acto de administración. En cambio, la donación onerosa sí es un acto de dominio para el adquirente.

En el caso de que un copropietario quisiera donar su parte alícuota a un tercero, no será necesario conceder previamente el derecho del tanto a los demás copropietarios, pues dicho derecho solo opera tratándose de la venta de la parte alícuota.[29]

[23] *Cfr.* Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 209. No obstante, Zamora y Valencia señala que "los emancipados no pueden realizar donaciones, ya que tales operaciones implican actos de disposición o de dominio y el emancipado sólo tiene la libre administración de sus bienes" (Miguel Ángel Zamora y Valencia, *op. cit.*, p. 151). Igual piensa Jorge Alfredo Domínguez Martínez, *op. cit.*, p. 347.

[24] *Cfr.* Miguel Ángel Zamora y Valencia, *op. cit.*, p. 155.

[25] *Cfr.* Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 209.

[26] Zamora y Valencia es de la idea de que el apoderado con facultades generales para actos de dominio, por tener todas las facultades de dueño respecto de los bienes del poderdante, tiene facultades para donar (Miguel Ángel Zamora y Valencia, *op. cit.*, pp. 152-155).

[27] DONACIÓN. MANDATARIO. CARECE DE FACULTADES PARA CELEBRAR EL CONTRATO DE, CUANDO EN EL PODER GENERAL PARA ACTOS DE DOMINIO SE OMITE INSERTAR CLÁUSULA ESPECÍFICA QUE LO FACULTA A REALIZAR AQUEL ACTO JURÍDICO DE DISPOSICIÓN (ARTÍCULOS 2554 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL Y 2528 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE CHIAPAS). Novena época. Registro: 197687. Primera Sala. Jurisprudencia. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Tomo VI, septiembre de 1997. Materia(s): Civil. Tesis: 1a./J. 34/97. Página: 213.

[28] *Cfr.* Rafael Rojina Villegas, *op. cit.*, p. 444.

[29] DERECHO DEL TANTO. NO OPERA TRATÁNDOSE DE LA DONACIÓN, AUN CUANDO ÉSTA SEA ONEROSA (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE YUCATÁN). Novena época. Registro: 171482. Tribunales Colegiados de Circuito. Tesis aislada. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Tomo XXVI, septiembre de 2007. Materia(s): Civil. Tesis: XIV.C.A.22 C. Página: 2520.

En la Ciudad de México son propios de cada cónyuge, salvo pacto en contrario que conste en las capitulaciones matrimoniales, *a)* los bienes y derechos que le pertenezcan al celebrarse el matrimonio, y *b)* los bienes que adquiera después de contraído el matrimonio, por herencia, legado, donación o don de la fortuna.

En los estados que conservan la regulación del régimen patrimonial de bienes del matrimonio similar al que rigió en el Distrito Federal hasta el 31 de mayo del año 2000, como Colima, para determinar si los bienes adquiridos por herencia, legado, donación o don de la fortuna durante el matrimonio están excluidos de la sociedad conyugal, será preciso consultar las capitulaciones matrimoniales.

Los bienes en cuestión quedarán excluidos de la sociedad conyugal si los cónyuges omitieron celebrar capitulaciones matrimoniales, o bien, si habiéndolas celebrado, en estas se desprende de que tales bienes están fuera del referido régimen. De hecho, para que los bienes adquiridos antes del matrimonio entren en la sociedad conyugal se requiere acuerdo expreso. En cambio, si los cónyuges pactaron que la sociedad conyugal comprendería todos los bienes adquiridos durante el matrimonio, en ellos se consideran incluidos los bienes adquiridos por herencia, legado, donación y don de la fortuna.[30]

Por último, además del *donante* y del *donatario*, en el contrato de donación pueden establecerse *beneficiarios*, como sucede en la *donación altruista de alimentos* que se realiza a instituciones de asistencia privada (que son las donatarias) para que los distribuyan entre los *beneficiarios*,[31] esto es, las personas cuyos recursos económicos les impiden obtener total o parcialmente los alimentos que requieren para subsistir (*Ley para Fomentar la Donación Altruista en Materia Alimentaria para el Estado de Colima*, LFDAMAEC, del 23 de agosto de 2003).

4.6 El objeto en la donación

El bien objeto de la donación puede ser un derecho real o un derecho personal o de crédito (art. 2050, CCDF).

El objeto de la donación debe ser un bien presente, por lo cual no podrá recaer sobre un bien futuro (art. 2333, CCDF). Es esta una excepción a la regla general que rige en los contratos, según la cual pueden ser objeto de donación los bienes futuros, con la salvedad de la herencia de una persona que todavía viva (art. 1826, CCDF).

[30] SOCIEDAD CONYUGAL, DEBEN CONSIDERARSE INCLUIDOS EN ELLA LOS BIENES ADQUIRIDOS POR HERENCIA POR UNO DE LOS CÓNYUGES, SI EN LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES SE PACTÓ QUE AQUELLA COMPRENDERÍA TODOS LOS QUE ADQUIRIERAN ESTOS DURANTE SU VIDA MATRIMONIAL. Octava época. Registro: 206568. Tercera Sala. Jurisprudencia. Fuente: *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación.* 83, noviembre de 1994. Materia(s): Civil. Tesis: 3a./J. 31/94. Página: 22.

[31] Las donatarias establecen los requisitos que deben cubrir los beneficiarios para ser sujetos de apoyo por las mismas (art. 9º, LFDAMAEC), así como los lineamientos de distribución de alimentos entre los beneficiarios, en cuanto a cantidad, variedad y periodicidad (art. 10, LFDAMAEC). Por ningún motivo, las donatarias podrán efectuar venta alguna al público en general de los alimentos recibidos. No obstante, podrán percibir de los beneficiarios, en calidad de cuota de recuperación, hasta 10% del valor neto de los alimentos y deberán destinar esos ingresos exclusivamente para financiar su operación y fortalecimiento (art. 13, primer párrafo, LFDAMAEC).

Esta prohibición se sustenta en el hecho de que el donante podría dejar de adquirir bienes en lo sucesivo y, con ello, prácticamente privar de efecto la donación. Incluso, si se permitiera donar bienes futuros se limitaría "la iniciativa o capacidad de trabajo y progreso en el donante".[32]

Los bienes que admiten ser transmitidos por donación forman parte del acervo patrimonial del donante en el momento en que realiza la donación. En ese sentido, se entiende por bienes futuros "aquellos que no posee el donador, y sobre los cuales no tiene derecho ni acción pura o condicional para pretenderlos ni esperarlos".[33, 34]

En opinión de Zamora y Valencia,[35] así como de Domínguez,[36] la donación que tenga por objeto bienes futuros estará afectada de nulidad absoluta.

Algunos bienes solo pueden ser objeto de donación, pero no pueden serlo de una enajenación onerosa; por ejemplo, la sangre humana (art. 322, *Ley General de Salud*, LGS) y los demás tejidos y órganos de una persona (art. 462, fracc. II, LGS). De hecho, los órganos únicos esenciales para conservar la vida y no regenerables de una persona viva no pueden ser objeto de donación ni de enajenación onerosa (art. 332, LGS).

El donante solo puede donar *parte de sus bienes*, pues "es nula la donación que comprenda la totalidad de los bienes del donante" (art. 2347, primera parte, CCDF), quien debe reservarse en propiedad o en usufructo bienes suficientes para vivir según sus circunstancias (arts. 2347, segunda parte, y 221, CCDF).

En esta virtud, la expresión relativa a la "totalidad de sus bienes presentes" a que se refiere la definición legal de la donación (art. 2332, CCDF) debe entenderse en sentido jurídico, para acotarla a "todos los bienes presentes exceptuando los que sean necesarios para que el donante viva según sus circunstancias".[37] De acuerdo con Domínguez, la donación realizada por el donante sin reservarse bienes suficientes para subsistir está afectada de nulidad absoluta.[38] Así, será válida la donación de la *totalidad restringida* de los bienes del donante.

No obstante, el Primer Tribunal Colegiado de Circuito en Materia Civil del Tercer Circuito ha considerado que la donación total de los bienes del donante, sin que este reserve lo necesario

[32] Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 210.

[33] BIENES FUTUROS. SU CONCEPTO EN EL CONTRATO DE DONACIÓN. Novena época. Registro: 202888. Tribunales Colegiados de Circuito. Tesis aislada. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Tomo III, marzo de 1996. Materia(s): Civil. Tesis: I.4o.C.12 C. Página: 892.

[34] El Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito adopta el significado que le atribuyeron a la expresión "bienes futuros" los redactores del proyecto de Código Civil español, entre los cuales figura Florencio García Goyena. El mencionado proyecto influyó en los arts. 2712 y 2714 del Código Civil de 1870, los cuales, a la vez, fueron reproducidos por los arts. 2594 y 2596 del Código Civil de 1884. Estos últimos son el antecedente directo de los arts. 2332 y 2333 del *Código Civil para el Distrito Federal* de 1928. Véase la obra del referido autor: "Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español" (t. II, Madrid, 1852, p. 299).

[35] Miguel Ángel Zamora y Valencia, *op. cit.*, p. 148.

[36] Jorge Alfredo Domínguez Martínez, *op. cit.*, p. 356.

[37] *Cfr.* Miguel Ángel Zamora y Valencia, *op. cit.*, p. 148.

[38] Jorge Alfredo Domínguez Martínez, *op. cit.*, p. 356.

para vivir o cumplir sus obligaciones alimentarias, resulta inoficiosa, por lo cual puede revocarse o reducirse. No se trataría, por consiguiente, de un supuesto de nulidad absoluta.[39]

En esos casos, la acción para pedir la nulidad de la donación es personalísima del donante, por lo que no se transmite a la sucesión. Al respecto, se ha entendido que la facultad que tienen las personas de donar sus bienes "se limita con la finalidad de asegurar que mientras vivan puedan satisfacer sus necesidades más elementales y, por ende, en ese lapso podrán anular la donación si no hubieran hecho la reserva aludida".[40]

Es preciso señalar que la insuficiencia de los bienes para la supervivencia del donante debe derivar de la donación misma y no de circunstancias verificadas después de la donación.[41] En este caso, se ha recomendado detallar o identificar los bienes que el donante se reserva para sí, o bien, incluir la declaración general del donante de que se reserva algunos bienes para testar, caso en el cual se entenderá que se ha reservado "la mitad de los bienes donados" (art. 2349, CCDF) o, mejor dicho, de los bienes que tiene.

La reserva de bienes para la subsistencia del donante puede comprender bienes de cualquier naturaleza, por lo que es suficiente que en el contrato de donación se asiente la manifestación del donante de que no se perjudica al donar porque cuenta con lo necesario para vivir según sus circunstancias.[42]

Por *reserva de bienes suficientes* "debe entenderse más allá del simple soporte personal (habitación, alimentos, sustento), sino que permita hacer frente a sus obligaciones crediticias", sean estas pecuniarias o alimentarias. En ese sentido, se ha considerado que es insuficiente que el donante se reserve "la expectativa de unos ingresos futuros, necesarios para vivir acorde a sus circunstancias, como lo sería el producto del trabajo que desempeña, puesto que con tal ingreso incierto no podría hacer frente a sus obligaciones crediticias o alimentarias las que, en la especie, vienen a procurar el bienestar y seguridad de la familia que el donante tiene".[43]

[39] DONACIÓN TOTAL DE LOS BIENES DEL DONANTE. NO PRODUCE SU NULIDAD ABSOLUTA, ÚNICAMENTE SE TORNA INOFICIOSA SI NO SE RESERVA LO NECESARIO PARA VIVIR O CUMPLIR CON SUS OBLIGACIONES ALIMENTARIAS, LO QUE DA LA POSIBILIDAD DE REVOCARLA O REDUCIRLA (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE JALISCO). Novena época. Registro: 166170. Tribunales Colegiados de Circuito. Tesis aislada. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Tomo XXX, octubre de 2009. Materia(s): Civil. Tesis: III.1o.C.172 C. Página: 1527.

[40] DONACIÓN. LA ACCIÓN DEL DONANTE PARA PEDIR SU NULIDAD ES PERSONALÍSIMA, POR LO QUE NO ES FACTIBLE SU TRANSMISIÓN A LA SUCESIÓN (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE MICHOACÁN). Novena época. Registro: 167723. Tribunales Colegiados de Circuito. Tesis aislada. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Tomo XXIX, marzo de 2009. Materia(s): Civil. Tesis: XI.1o.26 C. Página: 2747.

[41] DONACIÓN. CASO EN QUE NO ES NULA (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 1842 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE GUANAJUATO). Décima época. Registro: 2001906. Tribunales Colegiados de Circuito. Tesis aislada. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Libro XIII, octubre de 2012, Tomo 4. Materia(s): Civil. Tesis: XVI.2o.C.T.3 C (10a.). Página: 2518.

[42] DONACIÓN. CASO EN QUE NO ESTÁ AFECTADA DE NULIDAD (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 2280 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE VERACRUZ). Novena época. Registro: 165808. Tribunales Colegiados de Circuito. Jurisprudencia. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Tomo XXX, diciembre de 2009. Materia(s): Civil. Tesis: VII.1o.C. J/27. Página: 1281.

[43] DONACIÓN. ES NULA SI EL DONANTE NO SE RESERVA LO NECESARIO PARA VIVIR SEGÚN SUS CIRCUNSTANCIAS (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 2347 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL). Novena época. Registro: 181967. Tribunales Colegiados de Circuito. Tesis aislada. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Tomo XIX, marzo de 2004. Materia(s): Civil. Tesis: I.13o.C.27 C. Página: 1553.

En caso de donación de la totalidad restringida de los bienes del donante, "el donatario será responsable de todas las deudas del donante anteriormente contraídas, pero sólo hasta la cantidad concurrente con los bienes donados y siempre que las deudas tengan fecha auténtica" (arts. 2353, 2355 y 2034, CCDF).

El donante está sujeto a dos limitaciones respecto de la facultad que tiene para donar. Debe reservarse bienes suficientes para satisfacer las deudas alimenticias que tenga, pues de lo contrario la donación podría declararse *inoficiosa* (arts. 2348, 2373, 2383, 222 y 223, CCDF). Además, ha de reservarse bienes suficientes para cumplir las demás obligaciones a su cargo, dado que la donación podría ser anulada total o parcialmente por los acreedores que se vieran perjudicados por tal donación, si sus créditos no fueran pagados a causa de la insolvencia del donante (arts. 2163 y 2165, CCDF).

La donación no puede realizarse *en bloque* o *en paquete*, sino que es necesario precisar los bienes que se donan (aun en el caso de donación de la totalidad restringida de los bienes del donante) (arts. 2344, 2345 y 2317, CCDF).

4.7 La forma en la donación

La forma que debe reunir la donación depende de si se trata de bienes muebles o de bienes inmuebles.

La donación de *bienes muebles* es *consensual* o *verbal* cuando su valor es inferior a 200 pesos. Se requiere la forma *escrita* cuando el valor de los bienes muebles fluctúa entre 200 y 5 000 pesos, y si excede de esta última cantidad debe otorgarse en escritura pública (art. 2344, CCDF).

La donación de bienes muebles requiere una mayor formalidad que cualquier otro contrato traslativo de dominio, por tratarse de un contrato gratuito e irrevocable, por lo general.

La *cesión de créditos a título gratuito* solo requiere formalizarse en escrito privado firmado por las partes (cedente y cesionario) y dos testigos (arts. 2050 y 2033, primera parte, CCDF), cualquiera que sea el monto del crédito, debiéndose notificar la cesión al deudor en forma judicial o extrajudicial, esta última ante dos testigos o notario (art. 2036, CCDF). No obstante, cuando la ley exija que el crédito conste en escritura pública, la cesión habrá de satisfacer esa misma forma (art. 2033, segunda parte, CCDF).

Es menester señalar que la *cesión de derechos sobre bienes inmuebles, en forma gratuita*, se rige por las disposiciones de la donación, por tratarse de la *cesión de derechos reales*. En ese sentido, resultan inaplicables las normas que regulan la cesión de derechos porque estas se refieren a derechos personales o de crédito.[44]

[44] CESIÓN DE DERECHOS EN FORMA GRATUITA DE BIENES INMUEBLES (DERECHOS REALES). DEBE REGULARSE POR LAS DISPOSICIONES DEL CONTRATO DE DONACIÓN. Novena época. Registro: 198797. Tribunales Colegiados de Circuito. Tesis aislada. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta.* Tomo V, mayo de 1997. Materia(s): Civil. Tesis: I.3o.C.135 C. Página: 609.

Según Sánchez Medal, "la donación entre consortes y las donaciones antenupciales no deben sujetarse, al menos en cuanto a los bienes muebles, a las exigencias formales de las donaciones comunes".[45] Y es que en ambas clases de donación, la aceptación no requiere que se manifieste de manera expresa (art. 225, CCDF) y están sujetas a revocación (arts. 228 y 233, CCDF). Sin embargo, la duda surge del hecho de que se aplican a las donaciones antenupciales las mismas reglas de las donaciones comunes en todo lo que sean compatibles con su naturaleza (art. 231, CCDF).

Tratándose de *bienes inmuebles*, la donación debe constar en *escritura privada* otorgada ante dos testigos y ratificada ante fedatario público, cuando el valor del inmueble, según avalúo, no exceda el equivalente a 365 veces la Unidad de Cuenta de la Ciudad de México. La donación requiere *escritura pública* si el valor de los bienes supera esa cantidad (arts. 2345, 2317 y 2320, CCDF).

La donación de terrenos o casas por parte del gobierno de la Ciudad de México *a)* para la constitución del patrimonio familiar, *b)* para personas de escasos recursos económicos o *c)* para regularizar la tenencia de la tierra sobre inmuebles de propiedad particular, hasta por un valor de avalúo de 365 veces la Unidad de Cuenta, puede otorgarse en documento privado, sin los requisitos de testigos o de ratificación de firmas.

También pueden otorgarse en el protocolo abierto especial a cargo de los notarios de la Ciudad de México, quienes en esos casos reducirán 50% las cuotas que correspondan conforme al arancel respectivo (arts. 2345 y 2317, CCDF).

La donación de bienes muebles registrables y de bienes inmuebles requiere inscribirse en el Registro Público de la Propiedad para que surta efecto contra terceros (arts. 3007, 3011 y 3042, fracc. I, CCDF).

En la hipótesis de que las partes hayan omitido otorgar la donación en la forma legal requerida, están impedidas para reclamar judicialmente que la donación se haga en forma debida. La razón de ello está en que la donación es un "acto revocable", por lo que, al parecer, esta clase de actos han sido excluidos de manera expresa de la *acción proforma* (art. 2232, CCDF).[46]

No obstante, la Tercera Sala[47] de la Suprema Corte de Justicia y algunos Tribunales Colegiados de Circuito[48, 49] han reconocido la posibilidad de otorgar la forma omitida al contrato de

[45] Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 213.

[46] *Cfr.* Jorge Alfredo Domínguez Martínez, *op. cit.*, p. 345.

[47] DONACIÓN, FORMALIDADES DEL CONTRATO DE (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE MICHOACÁN). Sexta época. Registro: 270905. Tercera Sala. Tesis aislada. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación.* Volumen LIII, Cuarta parte. Materia(s): Civil. Tesis: Página: 56.

[48] DONACIÓN, CONTRATO DE. LA FALTA DE FORMA ESCRITA NO IMPLICA SU INEXISTENCIA. (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE SAN LUIS POTOSÍ). Octava época. Registro: 214924. Tribunales Colegiados de Circuito. Tesis aislada. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación.* Tomo XII, septiembre de 1993. Materia(s): Civil. Tesis: IX.1o. 139 C. Página: 218.

[49] DONACIÓN, ACCIÓN DE OTORGAMIENTO DE CONTRATO DE. Octava época. Registro: 228374. Tribunales Colegiados de Circuito. Tesis aislada. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación.* Tomo III, Segunda parte-1, enero-junio de 1989. Materia(s): Civil. Tesis: Página: 305.

donación, porque se considera que este es de naturaleza consensual: se perfecciona desde que el donatario acepta y hace saber la aceptación al donante.

4.8 Contenido obligacional

4.8.1 Obligaciones del donante

El donante tiene a su cargo cuatro obligaciones principales, cualquiera que sea el tipo de donación de que se trate: *a)* conservar el bien hasta su entrega; *b)* entregar el bien; *c)* transmitir la propiedad del bien; *d)* garantizar el hecho personal; *e)* evitar la evicción, y *f)* responder por vicios ocultos.

a) Conservar el bien hasta su entrega. El donante tiene el deber de custodiar el bien objeto de la donación hasta el momento en que sea entregado al donatario. No obstante, el donante solo responde por su culpa grave o dolo en la custodia del bien; esto es, queda descargado de la responsabilidad civil por mera negligencia o culpa leve.[50]

b) Entregar el bien. El donante debe entregar el bien donado al donatario. La entrega en la donación se rige conforme a las disposiciones que regulan la entrega en las obligaciones en general, según el principio de exactitud en la sustancia, el modo, el tiempo y el lugar.

c) Transmitir la propiedad del bien objeto de la donación. El donante debe *transmitir la propiedad* del bien donado al donatario. Esta obligación es connatural al contrato de donación, pues se trata de un contrato traslativo de dominio a título gratuito, aun cuando también podría ser, por excepción, a título oneroso.

La transmisión de la propiedad queda sujeta a las mismas reglas de la compraventa, según se refiera la donación a bienes específicamente determinados o a bienes genéricos.

d) Garantizar el hecho personal. El donante tiene el deber de abstenerse de perturbar al donatario, de hecho o de derecho, en la propiedad o posesión del bien que le donó. El incumplimiento de este deber sujeta al donante a responsabilidad civil.

e) Garantizar la evicción. En principio, el donante no responde por la evicción que sufra el donatario del bien que le ha sido donado. La razón de tal exclusión de responsabilidad estriba en que el saneamiento por evicción consiste, en esencia, en la restitución por equivalente que en la donación no existe por tratarse de un contrato gratuito. Además, se entiende que el donante habría querido donar "sólo lo que en realidad pudiera pertenecerle, sin asumir mayores responsabilidades".[51]

[50] Según Sánchez Medal, "desde el Derecho Romano no eran aplicables a los contratos gratuitos todas las normas de los contratos onerosos, ya que en los contratos onerosos el deudor respondía de su culpa leve, en tanto que en los contratos gratuitos sólo respondía por su culpa grave o dolo" (Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 214).

[51] Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 215.

No obstante, el donante está obligado a responder por la evicción en tres casos concretos: *i)* cuando haya asumido de manera expresa tal obligación (arts. 2351 y 2050, CCDF), *ii)* cuando se trate de una donación onerosa y *iii)* cuando el donante haya realizado la donación de mala fe porque sabía que el bien objeto de la enajenación era ajeno. En esta última hipótesis, el asunto encuadra en la responsabilidad por el hecho personal o la realización de un hecho ilícito.

La evicción consiste en obligar al enajenante, entre otras consecuencias, a devolver el precio al adquirente. Rojina es de la idea de que, como en la donación no existe precio, es menester fijarlo solo para el efecto de la evicción, con la finalidad de que el donatario sea indemnizado con un valor equivalente en caso de sufrir la evicción. Sin embargo, el precio también podrían fijarlo peritos, en el caso de que las partes hayan omitido establecerlo en el contrato.[52]

No obstante, Zamora y Valencia,[53] igual que Domínguez,[54] piensa que si el donatario sufre la evicción del bien donado, la indemnización no comprenderá cantidad alguna por el valor de dicho bien, pues el donatario no pagó por adquirirla ni aun cuando se haya fijado un valor al bien al celebrarse la donación. De hecho, Domínguez califica de errónea la opinión de Rojina de que, ante la falta de precio, se mande valuar el bien para determinar la cantidad que el donante habrá de pagar al donatario.[55] En consecuencia, el resarcimiento a cargo del donante solo se limitaría a los gastos secundarios (los gastos del contrato satisfechos por el donatario, los gastos causados en los juicios de evicción y de saneamiento y el valor de las mejoras útiles y necesarias).

Rojina cree que en la donación no podría hablarse de responsabilidad por mala fe del donante, en caso de evicción.[56] La misma opinión tiene Zamora y Valencia, que considera muy difícil que el donante se conduzca de mala fe, pero reconoce que en ese caso el donante respondería más bien por un hecho ilícito que por mala fe en la donación.[57] Sin embargo, en la práctica se han presentado casos en que el donante realiza la donación a título gratuito de algún inmueble del que sabe que no es propietario, caso en el cual existe mala fe de su parte.

Consideramos que cuando el donante debe responder por la evicción, el donatario podrá reclamar el valor del bien que le ha sido donado, en caso de evicción, en especial *i)* cuando la donación es onerosa y *ii)* cuando el donante se condujo con mala fe. En todo caso, el donatario se subroga en todos los derechos del donante si se verifica la evicción (art. 2352, CCDF); esto es, el donatario estará legitimado para reclamar las

[52] *Cfr.* Rafael Rojina Villegas, *op. cit.*, p. 468.

[53] *Cfr.* Miguel Ángel Zamora y Valencia, *op. cit.*, p. 158.

[54] *Cfr.* Jorge Alfredo Domínguez Martínez, *op. cit.*, p. 352.

[55] *Idem.*

[56] *Cfr.* Rafael Rojina Villegas, *op. cit.*, p. 468.

[57] *Cfr.* Miguel Ángel Zamora y Valencia, *op. cit.*, p. 158.

consecuencias de la evicción a la persona de quien el donante adquirió el bien, si tal adquisición fue onerosa.

f) *Responder por los vicios ocultos*. En principio, el donante no responde por vicios ocultos del bien que ha donado, en razón de que "se presume que [este] se donó en el estado que guardaba al perfeccionarse el contrato (2112)".[58]

No obstante, el donante responde por los vicios ocultos del bien que ha enajenado si ha actuado con dolo o mala fe, lo cual se manifestaría, por ejemplo, cuando conoce tales vicios y omite señalarlos al donatario. En este caso, se aplica la regla que rige sobre el particular en el comodato (art. 2514, CCDF, por mayoría de razón). Con independencia de ello, tal omisión comportaría también responsabilidad por el hecho personal y por el hecho ilícito, como sucede en el caso de evicción.

4.8.2 Obligaciones del donatario

La donación simple, por lo general, solo origina deberes para el donante y derechos para el donatario. Sin embargo, cuando se trata de una *donación onerosa*, el contrato también produce deberes para el donatario.

a) *Obligación de recibir el bien donado.* Con independencia de que se trate de una donación simple o una donación onerosa, el donatario está obligado a recibir el bien objeto de la donación; de lo contrario, incurrirá en responsabilidad civil por *mora accipiendi* (art. 2292, CCDF).

b) *Obligación de cumplir las cargas*. Tratándose de la donación onerosa, el donatario tiene el deber de cumplir con las prestaciones que aceptó como condición que le fue impuesta por el donante para efectuar la donación. Tales prestaciones pueden referirse al pago de un crédito garantizado con el mismo bien donado (art. 2354, CCDF), al pago de determinadas obligaciones del donante (art. 2368, CCDF) o a realizar una cierta prestación en beneficio de un tercero (art. 2775, CCDF).

Si la carga consiste en "pagar las deudas del donante, sólo se entenderán comprendidas las que existan" al tiempo de la donación, que sean de fecha auténtica, esto es, de fecha cierta (art. 2353, CCDF).

Zamora y Valencia considera que la *carga* o *modo* no es una obligación porque "el incumplimiento de la carga sólo da acción al donante para revocar la donación (2336, 2337 y 2368), pero no para exigir su cumplimiento forzoso, como es de la naturaleza de las obligaciones". Además, el donatario responde del cumplimento de la carga solo con el valor de los bienes donados (art. 2368, CCDF) y está autorizado para liberarse de la carga haciendo abandono del bien (art. 2368, CCDF). Incluso, si el bien perece por caso fortuito, queda libre de toda obligación.[59]

[58] *Idem*.

[59] *Cfr.* Miguel Ángel Zamora y Valencia, *op. cit.*, p. 162.

Por nuestra parte, sostenemos que la *carga* o *modo* sí es un deber que puede ser exigible por el donatario o, en su caso, por el tercero en favor de quien haya sido establecida la carga. El hecho de que la satisfacción de la carga se limite al valor del bien donado y de que el donatario se libere de la carga haciendo abandono de dicho bien y quede libre si se extingue el bien en cuestión, son disposiciones que atienden a la naturaleza de la donación por ser una liberalidad, porque de otra forma se privaría de ese carácter al contrato. De ahí que las cargas nunca puedan ser superiores al valor del bien.

c) *Obligación de gratitud.* La doctrina en México se ha cuestionado si pesa sobre el donatario un *deber de gratitud* hacia el donante. Al respecto, algunos autores como Rojina Villegas,[60] Domínguez Martínez[61] y Zamora y Valencia[62] se inclinan por considerar que el donatario tiene un *deber de gratitud* frente al donante,[63] en tanto que otros, como Sánchez Medal,[64] sostienen que el donante no tiene un deber de gratitud en sentido jurídico, sino que este tiene, en todo caso, carácter moral.

   Y es que existe la posibilidad de que el donante revoque por ingratitud la donación efectuada. La gratitud no puede calificarse como un deber jurídico, porque no consiste en conductas específicas que el donatario deba efectuar en beneficio del donante. De hecho, podríamos decir que las causas de revocación por ingratitud son eventuales y ni siquiera podrían actualizarse.

   La posibilidad de revocar la donación por ingratitud cuando el donatario se niega a socorrer al donante que ha caído en pobreza o ha cometido delito en contra del donante o de sus familiares más cercanos (art. 2370, CCDF) tiene el carácter, más bien, de "una pena privada, propia del derecho civil".[65]

   Sánchez Medal considera que si el donatario promete cumplir un determinado deber moral en favor del donante, este se convertiría en un deber jurídico cuyo cumplimiento podría exigirse de manera judicial. Este es un caso de *donación por promissio*.[66]

d) *Derecho de acrecer.* Cuando la donación se realiza en favor de dos o más donatarios, el donante puede establecer en beneficio de estos el derecho de acrecer (art. 2350, CCDF). Si no lo hace, se entiende que los donatarios no gozan de ese derecho.[67]

[60] *Cfr.* Rafael Rojina Villegas, *op. cit.*, p. 467.

[61] Según Domínguez, "la actitud del donatario para con el donante debe ser de gratitud y reconocimiento a la magnanimidad de su benefactor y por ello guardar respeto a la persona y demás valores jurídicos tanto del donante como de sus parientes indicados, amén de que debe brindarle ayuda si llega a necesitarla por empobrecer" (Jorge Alfredo Domínguez Martínez, *op. cit.*, pp. 349 y 353).

[62] *Cfr.* Miguel Ángel Zamora y Valencia, *op. cit.*, p. 159.

[63] *Cfr.* Rafael Rojina Villegas, *op. cit.*, p. 467.

[64] *Cfr.* Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 216.

[65] *Idem.*

[66] *Idem.*

[67] Nos parece que el derecho de acrecer opere en caso de que uno de los donatarios fallezca. También podría operar en caso de que el donatario quisiera enajenar su parte a un tercero, caso en el cual tendría que ofrecerla primero a los demás donatarios.

4.9 Terminación de la donación

4.9.1 La revocación

En principio, la donación es *irrevocable* (art. 2338, CCDF). La razón en que se sustenta la irrevocabilidad estriba en que las donaciones también se rigen por el principio de que la validez y el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de una de las partes.[68] Según Sánchez Medal, el carácter irrevocable de las donaciones pretende evitar que se realicen sin ninguna reflexión porque tienen carácter irreversible, con lo cual se defienden y protegen los bienes de la familia del donante.[69]

Es preciso señalar que estas mismas razones justifican que las donaciones –en particular, sobre bienes muebles– estén sujetas a mayores formalidades que las exigidas para la compraventa. El principio de irrevocabilidad de las donaciones admite, sin embargo, algunas excepciones:

a) Las *donaciones entre consortes* son revocables por sentencia judicial, para lo cual se requiere *i)* que subsista el matrimonio y *ii)* que exista causa que justifique la revocación (art. 233, CCDF). Esta clase de donaciones está sujeta a revocación, en virtud de que "suelen hacerse en momentos de pasión y de ceguera y que podrían utilizarse como medio de presión o de extorsión entre los cónyuges", pues desde el derecho romano se presentaban casos en los que un cónyuge amenazaba al otro con el divorcio si no le hacía determinada donación.[70]

   En algunos estados –Colima, Nuevo León y Zacatecas–, las donaciones entre consortes solo se confirman con la muerte del donante (art. 232, CCDF) y pueden ser revocadas libremente, en cualquier tiempo (art. 233, CCDF). El hecho de que se confirmen con la muerte del donante significa que mientras vive el donante, la donación está expuesta a la contingencia de su revocación.[71]

b) Las *donaciones ordinarias* son revocables en dos supuestos: *i)* por *superveniencia de hijos del donante* y *ii)* por *ingratitud del donatario*. En ambos casos, el donante puede optar a su arbitrio por revocar o mantener la donación.

   En el primer caso, la revocación debe efectuarse dentro del plazo de cinco años desde que se realizó la donación (art. 2359, CCDF) y, en el segundo, de un año desde que el donante conoció la causa de ingratitud (art. 2372, CCDF). En ninguno de los dos casos puede renunciarse por anticipado al derecho a revocar la donación (arts. 2366 y 2372, CCDF).

[68] *Cfr.* Rafael Rojina Villegas, *op. cit.*, p. 471; Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 217.

[69] *Cfr.* Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 217.

[70] *Idem.*

[71] DONACIONES ENTRE CONSORTES, EFECTOS DE LAS (LEGISLACIÓN DE NUEVO LEÓN). Quinta época. Registro: 339849. Tercera Sala. Tesis aislada. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación.* Tomo CXXV. Materia(s): Civil. Tesis: Página: 424.

c) Es preciso mencionar que las *donaciones a las instituciones de asistencia privada* son irrevocables; esto es, tales donaciones en *ningún caso* podrían ser revocadas (art. 43, *Ley de Instituciones de Asistencia Privada*, LIAP).

4.9.1.1 Revocación por superveniencia de hijos

Las donaciones ordinarias pueden ser revocadas si dentro del plazo de cinco años desde que se realizó la donación *sobrevienen hijos del donante* que han nacido en condiciones de viabilidad (arts. 2359 y 337, CCDF). Al respecto, deben distinguirse tres supuestos concretos:

a) La donación se vuelve *irrevocable* si transcurren los cinco años sin que el donante haya tenido hijos, o bien, si habiendo tenido hijos, no ha revocado la donación (art. 2359, CCDF).

b) La donación también se torna irrevocable cuando el donante muere dentro de los cinco años sin haber revocado la donación (art. 2359, CCDF); esto es, el donante ha tenido hijos antes de morir, pero no procedió a revocar la donación.

c) La donación se tiene por *revocada* en su totalidad, de manera *automática*, si dentro del referido plazo de cinco años nace un *hijo póstumo* del donante (art. 2359, CCDF). De esta manera se protege a los hijos, "cuando éstos sobrevienen o nacen después de que sus padres han hecho una liberalidad" en favor de terceros.[72]

El mismo tratamiento recibe el caso del hijo póstumo que ha quedado excluido del testamento, el cual se considera *inoficioso* para permitir que herede por sucesión legítima como si el testamento no hubiere sido otorgado.[73] Según Zamora y Valencia,

> para que proceda la revocación por sobrevenir hijos al donante, se requiere: *a)* Que al momento de perfeccionarse el contrato no tenga hijos el donante (uno o más), *b)* Que le sobrevengan hijos al donante (uno o más) dentro de los cinco años siguientes al perfeccionamiento del contrato; *c)* Que los hijos que le sobrevengan al donante nazcan con todas las condiciones de viabilidad (337) y *d)* Que el donante haga valer personalmente en vida la revocación o inicie el procedimiento correspondiente, en cuyo caso podrán sus herederos concluirlo.[74]

En términos generales, revocar la donación por superveniencia de hijos del donante requiere la decisión expresa de este que determine revocar la donación. Se exceptúa de la regla anterior el caso del nacimiento de un hijo póstumo del donante, en el cual la revocación de la donación opera de pleno derecho,[75] como quedó de manifiesto.

La acción de revocación por superveniencia de hijos es una *acción personal* del donante y, en el caso del hijo póstumo, la acción le corresponde a este, por medio de sus representantes legales (art. 2367, CCDF).

[72] *Cfr.* Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 218.

[73] *Idem.*

[74] Miguel Ángel Zamora y Valencia, *op. cit.*, p. 160.

[75] *Cfr.* Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 218.



No obstante, algunas donaciones no pueden ser revocadas por *superveniencia de hijos*, como en los casos siguientes: *a)* las donaciones menores de 200 pesos (art. 2361, fracc. I, CCDF), *b)* las *donaciones antenupciales* (arts. 2361, fracc. II, y 226, CCDF), *c)* las *donaciones entre consortes* (arts. 2361, fracc. III, y 234, CCDF) y *d)* las *donaciones puramente remuneratorias* (arts. 2336 y 2361, fracc. IV, CCDF).

Las *donaciones antenupciales* no pueden ser revocadas por superveniencia de hijos (arts. 226 y 2361, fracc. II, CCDF) ni por ingratitud. No obstante, en este último caso podrían ser revocadas cuando *a)* el donante sea un tercero, *b)* la donación haya sido hecha en favor de ambos cónyuges y *c)* la ingratitud sea atribuible a los dos (art. 227, CCDF).

Las *donaciones antenupciales hechas entre los futuros cónyuges* pueden ser revocadas, además, por otras causas que se presenten durante el matrimonio, las cuales son, en esencia, causas de *ingratitud: a)* por *adulterio, b)* por *violencia familiar, c)* por el *abandono de las obligaciones alimentarias* o *d)* por otras causas graves a juicio del juez de lo familiar, cometidas en perjuicio del donante o sus hijos (art. 228, CCDF). El *abandono injustificado del domicilio conyugal* por parte del donatario se contempla en el *Código Civil Federal* como causa de revocación de las donaciones antenupciales (art. 228, CCF). Estas mismas situaciones provocan la revocación de la *donación entre consortes* (arts. 233, 228, CCDF).

4.9.1.2 Revocación por ingratitud del donatario

Las donaciones también pueden ser revocadas por *ingratitud* del donatario, dentro del plazo de *un año* contado desde que el donante tuvo conocimiento de la conducta ingrata. Sin embargo, "no toda falta de gratitud del donatario autoriza al donante a revocar la donación".[76]

En efecto, la revocación de las donaciones por ingratitud solo puede tener lugar en dos supuestos concretos:

a) Cuando el donatario *comete delito* contra la persona, la honra o los bienes del donante, de sus parientes consanguíneos en línea recta, esto es, de sus ascendientes o descendientes, o del cónyuge del donante (art. 2370, fracc. I, CCDF).

   Para esos efectos, no es necesario que la conducta asumida por el donatario sea calificada como delito en sentencia dictada por un juez penal, sino que es suficiente demostrar la comisión de un hecho ilícito de carácter civil, dado que se trata de una conducta realizada con ánimo de afectar a las personas antes señaladas.[77]

   En el estado de Puebla, la donación puede ser revocada "si el donatario acusa judicialmente al donante de algún delito que pudiera ser perseguido de oficio aunque lo

[76] *Ibidem*, p. 219.

[77] DONACIÓN. SU REVOCACIÓN POR CAUSA DE INGRATITUD, SE DEMUESTRA MEDIANTE LA PRUEBA DE LA COMISIÓN DE UN ILÍCITO O DELITO CIVIL POR EL DONATARIO EN AGRAVIO DEL DONANTE, SUS FAMILIARES, CÓNYUGES O BIENES. POR LO QUE PARA LA PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN CORRESPONDIENTE NO ES NECESARIA LA PREEXISTENCIA DE SENTENCIA CONDENATORIA PENAL. Novena época. Registro: 165034. Primera Sala. Jurisprudencia. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Tomo XXXI, marzo de 2010. Materia(s): Civil. Tesis: 1a./J. 104/2009. Página: 261.

pruebe", a menos que dicho delito hubiere sido cometido contra el mismo donatario o sus ascendientes, descendientes o cónyuge (art. 2222, fracc. II, *Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Puebla*).

b) Cuando el donatario *rehúsa socorrer*, según el valor de la donación, al donante que ha venido a pobreza (art. 2370, fracc. II, CCDF).

En opinión de Sánchez Medal, este último caso implica que el donante haya solicitado la ayuda y le haya sido negada. Además, el hecho de que el donante cuente con personas obligadas a ministrarle alimentos y que tengan la posibilidad económica de proporcionárselos, no impide que la revocación de la donación por ingratitud pueda tener lugar, dado que la situación de pobreza del donante no desaparece por ese motivo.[78]

4.9.1.3 Efectos de la revocación

Entre los efectos que origina la revocación[79] de la donación, pueden citarse los siguientes:

a) El donatario debe *restituir* o *devolver* al donante los bienes que haya recibido por virtud de la donación. En caso de que estos hayan sido *enajenados* antes del nacimiento de los hijos,[80] el donatario habrá de devolver su valor (art. 2362, CCDF).

b) Los *frutos* producidos por el bien donado hasta el día en que se le notifique la revocación,[81] o bien, hasta el día en que nazca el hijo póstumo, pertenecen al donatario, en tanto que los frutos que se produzcan a partir de esas fechas pertenecen al donante (art. 2365, CCDF).

c) En el supuesto de que el donatario haya *hipotecado* los bienes donados o haya constituido *usufructo* o *servidumbre* sobre tales bienes, tanto la hipoteca como el usufructo o la servidumbre –según sea el caso– subsistirán, pero el donante tendrá derecho a exigir que el donatario redima tales gravámenes o limitaciones de dominio (art. 2363, CCDF).

d) Cuando sea imposible restituir en especie los bienes donados porque hayan sido enajenados en favor de un tercero de buena fe, el valor exigible será el que tales bienes tenían al momento de la donación (art. 2364, CCDF).

La *acción revocatoria* de las donaciones por superveniencia de hijos o por ingratitud es diferente –en cuanto a las personas legitimadas para realizarla y sus efectos– de la *acción revocatoria* –o acción pauliana– de las donaciones en fraude de acreedores (arts. 2163 y 2165, CCDF). En la primera, la revocación solo puede ser ejercida por el donante y, en su caso, por

[78] *Cfr.* Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 219.

[79] ¿Cómo se realiza la revocación? ¿Requiere declaración judicial o puede realizarse mediante declaración unilateral de voluntad comunicada de manera fehaciente al donatario?

[80] ¿La enajenación debe haberse efectuado antes del nacimiento de los hijos?

[81] ¿Debe haberse declarado la revocación por sentencia judicial firme o es suficiente con que se haya notificado la demanda por la que se reclama la revocación?

el hijo póstumo y es una revocación total; en la segunda, la revocación la intentan hacer los acreedores afectados y es una revocación proporcional a la medida en que la donación afecta los intereses del acreedor (art. 2175, CCDF).

Asimismo, resulta imposible prever, en el contrato de donación, causas de revocación distintas a las establecidas en la ley. Un pacto de tal naturaleza sería nulo,[82] pues según el art. 2338 del CCDF, las donaciones solo pueden revocarse en los casos establecidos en la ley.

Según Sánchez Medal, el *pacto de reversión* por virtud del cual la donación se sujeta a la condición resolutoria de que la donación quedará sin efecto en caso de que el donatario –o este y sus descendientes que vivan al momento de la donación– muera antes que el donante, es válido. En este caso se trata de una *donación condicional* y no de una causa de revocación diversa.[83]

4.9.2 La resolución de las donaciones

La *donación pura* o *simple*, por tratarse de un contrato *unilateral*, no es susceptible de resolverse o rescindirse.[84] En cambio, tratándose de la *donación onerosa* (*submodo* o con *carga*), la cual goza del carácter de un contrato *bilateral*, sí está sometida al régimen de la resolución o rescisión por incumplimiento (arts. 2336, 2337, 2353, 2354, 2355 y 2368, CCDF). Las donaciones onerosas se rigen, entre otras, por las reglas siguientes:

a) Se considera donado el exceso que hubiere en el precio[85] del bien, una vez deducidas las cargas (art. 2337, CCDF). Las cargas nunca deben ser superiores al valor del bien.

b) El incumplimiento por parte del donatario de las cargas establecidas faculta al donante para reclamar la resolución de la donación (art. 1949, CCDF).

El donatario puede sustraerse a la carga mediante el abandono del bien donado. Además, si este perece por caso fortuito, el donatario queda liberado de toda obligación por tratarse de una obligación *propter rem*.

La resolución de la donación onerosa por el incumplimiento del *modo* o *carga* obedece a que este es equivalente, desde el punto de vista económico, a la contraprestación en los contratos sinalagmáticos. Y es que, en sentido estricto, en la donación onerosa no existen prestaciones recíprocas, en particular cuando el titular de los derechos derivados de la carga es un tercero.[86]

[82] *Cfr.* Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 221.

[83] *Idem*.

[84] DONACIÓN A TÍTULO GRATUITO. RESCISIÓN DE LA, IMPROCEDENTE. Novena época. Registro: 204010. Tribunales Colegiados de Circuito. Tesis aislada. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta.* Tomo II, octubre de 1995. Materia(s): Civil. Tesis: VI.2o.20 C. Página: 537.

[85] ¿Podría interpretarse que se refiere al valor del bien y no a su precio, dado que en la donación no hay un precio?

[86] *Ibidem*, pp. 222 y 223.

Para Zamora y Valencia, lo que procede en caso de incumplimiento de las cargas impuestas al donatario es la revocación de la donación, y no la resolución.[87]

4.9.3 La reducción de las donaciones

Como quedó señalado, el donante debe reservarse bienes suficientes para cumplir con la obligación de ministrar alimentos a las personas respecto de las cuales tiene tal obligación. El asunto se rige por el principio según el cual nadie puede hacer liberalidades, si no está liberado de sus deudas (art. 2348, CCDF).[88]

En esa virtud, las donaciones son *inoficiosas* en cuanto perjudican la señalada obligación (art. 2348, CCDF). En este caso, la donación se reduce en la medida en que impide al donante cumplir sus deberes alimenticios. Según Sánchez Medal, reducir la donación produce efectos similares a la *acción pauliana* (arts. 2175 y 2376 a 2378, CCDF).[89]

Reducir la donación causa la terminación total o parcial, según sea el caso, de las donaciones inoficiosas.

Cuando el donante ha donado la totalidad de los bienes que le pertenecen, sin reservarse nada para la manutención del propio donante, la donación es nula en su integridad y no es susceptible de reducción.[90]

El donatario puede evitar las consecuencias que se derivan de las donaciones inoficiosas, esto es, la revocación o la reducción de las mismas (cuando ha muerto el donante) si asume la obligación de ministrar los alimentos debidos y otorga garantía de dicha obligación (art. 2375, CCDF).

La manera de reducir las donaciones es la siguiente:

a) La reducción comienza por la última donación en fecha, la cual se revocará del todo si la reducción resulta insuficiente para completar los alimentos (art. 2376, CCDF).

b) Si el importe de la donación menos antigua tampoco cubre los alimentos, la reducción continúa con la donación anterior y así sucesivamente hasta la donación más antigua (art. 2377, CCDF).

c) En el caso de que haya habido diversas donaciones que se otorgaron en la misma fecha o en el mismo acto, la reducción se realizará a prorrata (art. 2378, CCDF).

d) El valor de los bienes muebles que habrá de ser considerado para efectos de la reducción es el que tales bienes tenían al momento de efectuarse la donación (art. 2379, CCDF).

[87] *Cfr.* Miguel Ángel Zamora y Valencia, *op. cit.*, p. 161.

[88] Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 223.

[89] *Idem.*

[90] *Idem.*



e) Tratándose de la donación de bienes inmuebles, habrá de distinguir si estos admiten o no cómoda división: si tales bienes son divisibles, la reducción se hará en especie (art. 2380, CCDF), pero si no es posible, entonces se toma en cuenta el importe de la reducción: *i)* si este excede la mitad del valor del inmueble, el donatario recibirá el resto en dinero (art. 2381, CCDF); en cambio, *ii)* si no excede de la mitad del valor del referido bien, el donatario habrá de pagar el resto (art. 2382, CCDF).

Uno de los efectos de la revocación o de la reducción de la donación por inoficiosa es que pertenecen al donante los frutos producidos por el bien donado desde el momento de la presentación de la demanda; por consiguiente, el donatario solo responderá de tales frutos "desde que fuere demandado" (art. 2383, CCDF).

4.9.4 La muerte del donante

Esta causa de terminación solo opera cuando la *donación* consiste en una *prestación periódica* –como una *pensión* o *renta vitalicia gratuita*–, salvo pacto en contrario (arts. 2356 y 2775, CCDF).

Autoevaluación

1. ¿En qué consiste la donación onerosa?
2. ¿Cuáles son las donaciones indirectas?
3. ¿Qué requiere el mandatario o apoderado para donar bienes en nombre del mandante o del poderdante? Explique la razón.
4. ¿En qué casos forman parte de la sociedad conyugal los bienes adquiridos por donación por uno de los cónyuges?
5. ¿Por qué razón la donación no puede recaer sobre bienes futuros?
6. Explique la evicción en la donación.
7. Desarrolle el tema relativo al cumplimiento de las cargas asumidas por el donatario, en la donación onerosa.
8. ¿En qué consiste la revocación de la donación por superveniencia de hijos del donante?
9. ¿En qué consiste la revocación de la donación por ingratitud del donatario?
10. ¿Cuáles son los efectos de la revocación de la donación?
11. ¿En qué casos pueden resolverse las donaciones?
12. ¿Qué es una donación inoficiosa y qué consecuencias jurídicas produce?

5 capítulo

Mutuo

Propósitos

Al finalizar el capítulo, el alumno identificará con precisión los rasgos que caracterizan el contrato de *mutuo*, sus diferencias con figuras afines, las modalidades que presenta en la práctica, el contenido obligacional del contrato, los efectos jurídicos que produce y la manera como termina.

5.1 Concepto

El mutuo es el contrato por el cual el mutuante se obliga a transmitir la propiedad de una suma de dinero o de otros bienes fungibles al mutuatario, quien a su vez se obliga a devolver otro tanto de la misma especie y calidad (art. 2384, CCDF).

El mutuo es un contrato *traslativo de dominio*. La transmisión de la propiedad opera como un medio para que el mutuatario esté en posibilidad de disponer de los bienes mutuados, los cuales, por su carácter fungible, pueden ser intercambiados por otros de la misma especie y calidad.

Algunos autores definen el mutuo a partir de la obligación de entregar que le corresponde al mutuante, en lugar de la obligación de transmitir la propiedad. Se parte de la idea de que es un efecto natural del contrato, por lo cual no puede considerarse objeto ni obligación de las partes. De hecho, el efecto traslativo de la propiedad podría diferirse por voluntad de las partes o por la naturaleza de los bienes objeto del contrato.[1]

En los códigos civiles de 1870 y de 1884, el mutuo y el comodato fueron considerados una especie del *préstamo*. El mutuo era el *préstamo de consumo* y el comodato era el *préstamo de uso*. Por esa razón el contrato recibió el nombre de *préstamo* en el *Código de Comercio* (1890).

En el Código Civil de 1928 (todavía vigente), el mutuo quedó comprendido dentro de los contratos traslativos de la propiedad, en tanto que el comodato se ubicó entre los contratos traslativos de uso.

[1] *Cfr.* Miguel Ángel Zamora y Valencia, *Contratos civiles*, 13ª ed., Porrúa, México, 2012, pp. 169 y 173.

5.2 Clasificación

En el derecho romano y el Código Civil de 1884, el mutuo era un contrato *real* y tenía carácter *unilateral*. El contrato existía hasta que el bien era entregado al mutuatario; por consiguiente, la entrega era un elemento constitutivo del mutuo. No se trataba de una obligación surgida del contrato *a posteriori*: sin la entrega, el contrato no se formaba. En tal virtud, el mutuo era considerado un contrato unilateral, ya que la entrega no se reputaba como una obligación a cargo del mutuante; solo el mutuatario tenía la obligación de restituir el bien al mutuante y, en su caso, pagar un interés.[2]

Al ser considerado el mutuo un contrato real y unilateral, era común la celebración de la *promesa de mutuo*, que recibía el nombre de *apertura de crédito*,[3] la cual difiere, sin embargo, del sentido actual que tiene.

El contrato por el cual una parte se obligaba a entregar a la otra un bien fungible para que esta, con posterioridad, le devolviera otro tanto de la misma especie y calidad, era tratado como un contrato preliminar de mutuo, que solo obligaba a concertar el contrato definitivo, que requería la entrega del bien.[4]

En el Código Civil de 1928 se modificó la naturaleza jurídica del mutuo: es un contrato *consensual* por oposición a *real*; esto es, existe por el mero consentimiento de las partes, sin que la entrega sea relevante para que el contrato se entienda realizado. Es, también, un contrato *bilateral*: el mutuante está obligado a entregar el bien objeto del mutuo al mutuatario, quien queda obligado, a la vez, a devolver otro tanto de la misma especie y calidad, así como a satisfacer un interés en caso de haberse pactado. De este modo, el contrato produce derechos y deberes para ambas partes.[5]

El mutuo es, además, un contrato *consensual* por oposición a *formal*; es *conmutativo*; por naturaleza, es *gratuito* cuando se trata de un *mutuo simple o sin interés*, pero puede ser *oneroso* en el caso de que se pacte de manera expresa la satisfacción de un interés: es este el *mutuo con interés*.

5.3 Naturaleza jurídica del mutuo

El mutuo tiene *eficacia obligacional*, por cuanto a que solo produce la obligación de transmitir la propiedad de los bienes objeto del contrato, por tratarse de *bienes fungibles* o *géneros*, esto es, bienes determinados por su especie. La transmisión de la propiedad ocurre en un momento posterior a la celebración del contrato, durante la etapa de cumplimiento. Para ello se requiere que los bienes sean individualizados con conocimiento del acreedor (art.

[2] *Cfr.* Rafael Rojina Villegas, *Derecho civil mexicano*, t. VI, "Contratos", vol. I, 9ª ed., Porrúa, México, 2010, pp. 481-483.

[3] Henri Mazeaud, León Mazeaud y Jean Mazeaud, *Lecciones de derecho civil*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1986.

[4] *Cfr.* Rafael Rojina Villegas, *op. cit.*, p. 482.

[5] *Ibidem*, pp. 481-483.

2015, CCDF). En este caso, el mutuante (deudor) realiza la individualización al momento de la entrega, cuando el mutuatario (acreedor) tiene conocimiento de tal individualización.

No obstante, la propiedad también podría transmitirse desde el momento mismo de la celebración del contrato, cuando este se refiere a bienes ciertos y determinados, supuesto en el cual se tratará de un mutuo con *eficacia real* y no *obligacional*.

5.4 Tipos de mutuo

a) Mutuo simple y mutuo con interés. El mutuo simple es el que se celebra sin estipular intereses y, por tanto, es un contrato gratuito; en cambio, el mutuo con interés (art. 2393, CCDF) sí comprende la obligación de pagar intereses y, desde esta perspectiva, es un contrato oneroso.

b) Mutuo civil y mutuo mercantil. El mutuo es mercantil en dos situaciones concretas:

- En atención a la *finalidad* para la cual se destinarán los bienes objeto del contrato; esto es, cuando "se contrae en el concepto y con expresión de que las cosas prestadas se destinan a actos de comercio y no para necesidades ajenas de éste" (art. 358, primera parte, CCom).
- En consideración a los sujetos que intervienen, cuando estos tienen el carácter de comerciantes, dado que se presume que los bienes se destinarán a actos de comercio (arts. 358, segunda parte, 75, fracc. XXI, CCom).

En ese sentido, se adopta un *criterio finalista* para considerar el mutuo un contrato mercantil, y un *criterio subjetivo* "para admitir una presunción *juris tantum*".[6]

5.5 Diferencias con figuras afines

a) Diferencia con el comodato. A reserva de analizar con más detalle las diferencias entre el contrato de *mutuo* y el *comodato* en el capítulo relativo a este último contrato, es suficiente señalar por el momento que el mutuo es un contrato traslativo de dominio que tiene por objeto *bienes fungibles*, en tanto que el comodato es un contrato traslativo de uso que recae sobre *bienes no fungibles* (mejor dicho, bienes *no consumibles*, como veremos).

b) Diferencia con el depósito bancario de dinero. El depósito bancario de dinero (en moneda nacional o extranjera) ha sido calificado como un *depósito irregular* en virtud de que "transfiere la propiedad al depositario y lo obliga a restituir la suma depositada en la misma especie" (art. 267, *Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito*, LGTOC). En este sentido, es un contrato traslativo de dominio que recae sobre dinero; esto es, una especie de bienes fungibles. Sin embargo, la finalidad económica del contrato consiste en la *custodia* del dinero y, por esta razón, se entrega al banco para que lo restituya en la misma especie. El dato de la

[6] Rojina considera que el primero es, más bien, un criterio objetivo (Rafael Rojina Villegas, *op. cit.*, p. 483).

custodia es lo que diferencia el depósito irregular del mutuo. Además, en el depósito irregular el depositante puede disponer del dinero depositado a petición suya o con un aviso previo.[7]

No obstante, Sánchez Medal entiende que el *depósito bancario de dinero* es, en realidad, un mutuo con interés "porque el cliente transmite al banco la propiedad del dinero, y el banco se obliga a devolver otra suma al cabo de cierto plazo y a pagar entre tanto un determinado rédito (2384 y 2393)".[8]

c) Diferencia entre el mutuo y la apertura de crédito. El contrato de apertura de crédito es aquel por el cual el acreditante se obliga a poner a disposición del acreditado una determinada cantidad de dinero o a contraer por cuenta de este una obligación, mientras el acreditado se obliga a restituir al acreditante la cantidad de dinero de la que haya dispuesto o, en su caso, a cubrir el importe de la obligación contraída por el acreditante en el plazo establecido (art. 291, LGTOC).

Como ha resaltado Sánchez Medal, la apertura de crédito es "una forma evolucionada del mutuo",[9] sin embargo, no se puede identificar con él. En el mutuo, el mutuante queda obligado a entregar el bien fungible y el mutuatario está obligado a recibirlo. En cambio, en la apertura de crédito, el acreditante solo pone a disposición una cantidad de dinero, de la cual el acreditado puede disponer pero sin estar obligado a ello. Además, la apertura de crédito comprende la posibilidad de que el acreditante asuma por cuenta del acreditado una determinada obligación, la cual habrá de satisfacer el acreditado con posterioridad. Por último, la apertura de crédito solo puede referirse al dinero; quedan excluidos los demás bienes fungibles.

Sin duda, las diversas operaciones de crédito donde el acreedor entrega una cierta cantidad de dinero, como el crédito de *habilitación o avío* (art. 321, LGTOC), el crédito *refaccionario* (art. 324, LGTOC) y el crédito *documentario*, conservan la estructura del préstamo.

5.6 Las partes contratantes en el mutuo

a) Las partes en el contrato de mutuo reciben el nombre de *mutuante* (acreedor) y *mutuatario* o *mutuario* (deudor). Ambos realizan *actos de dominio*,[10] pues la obligación del mutuante consiste en transmitir la propiedad de una suma de dinero o de otros bienes fungibles, y la del mutuatario radica en devolver otro tanto de la misma especie y calidad, lo cual comporta también la transmisión de la propiedad de los bienes restituidos.

   De esta manera, tanto el mutuante como el mutuatario deben tener el carácter de propietarios de los bienes cuya propiedad transmiten con motivo del mutuo.

[7] Vivante, citado por Rafael Rojina Villegas, *op. cit.*, p. 489.

[8] Ramón Sánchez Medal, *De los contratos civiles*, 25ª ed., Porrúa, México, 2013, p. 229.

[9] *Idem*.

[10] *Cfr.* Rafael Rojina Villegas, *op. cit.*, p. 490.



b) En principio, el *menor de edad* solo puede *contraer obligaciones* con el expreso consentimiento de quien ejerza sobre él la patria potestad; incluso, en caso de disenso irracional, el juez está autorizado para resolver lo conducente (art. 424, CCDF).

En este sentido, el menor de edad está facultado para celebrar el contrato de mutuo por conducto de quien tenga la patria potestad, siempre que haya una absoluta necesidad o un evidente beneficio al obtener el crédito. De hecho, los bienes inmuebles y los bienes muebles preciosos propiedad del menor de edad pueden gravarse en ese supuesto, previa autorización judicial (art. 436, CCDF).

No obstante, las deudas contraídas de manera directa por el menor de edad para proporcionarse alimentos son válidas si se contrajeron cuando el representante legítimo del menor se encontraba ausente (art. 2392, CCDF). De acuerdo con Rojina Villegas, la validez de estas operaciones no debe entenderse como una derogación de la regla general respecto de la capacidad de los menores de edad, sino más bien como una *medida de protección* para estos, que además pretende evitar el enriquecimiento sin causa del propio menor, en menoscabo del patrimonio del acreedor.[11]

c) El *tutor* está facultado para recibir dinero en mutuo a nombre del *discapacitado*, pero debe contar con *autorización judicial* previa para tal efecto. Dicha autorización es un requisito indispensable, con independencia de que se otorgue hipoteca o no, para garantizar el préstamo (art. 575, CCDF). La *constitución de garantías* sobre bienes inmuebles (hipoteca) o sobre bienes muebles preciosos (prenda) propiedad del discapacitado por parte del tutor, solo puede realizarse cuando haya absoluta necesidad o evidente beneficio para el discapaz y también requiere autorización judicial previa (art. 561, CCDF).

Asimismo, el tutor tiene el deber de colocar el dinero sobrante del menor, cualquiera que sea la fuente de donde provenga, en mutuo con hipoteca segura dentro de un plazo de tres meses contados desde el momento en que el dinero restante alcance la cantidad de 2 000 pesos (art. 557, CCDF).

d) El *menor emancipado* solo tiene capacidad para efectuar *actos de dominio* sobre *bienes muebles*.[12] Para *enajenar*, *gravar* o *hipotecar* bienes inmuebles requiere autorización judicial (art. 643, fracc. I, CCDF). En consecuencia, el menor emancipado está facultado para fungir como *mutuante* en el contrato de mutuo, porque el objeto de este contrato son bienes muebles fungibles, y también como *mutuatario*, pero en este último caso deberá contar con la previa autorización judicial si el mutuo se habrá de garantizar con hipoteca.[13]

[11] *Ibidem*, p. 491.

[12] *Ibidem*, p. 490.

[13] Al parecer, Rojina Villegas se inclina por requerir la autorización judicial para que el menor emancipado pueda realizar el contrato de mutuo, como mutuante o como mutuatario, pues según el citado autor, es preciso que "exista una resolución directa con la administración de sus bienes, pues para este efecto se le otorgó la emancipación" (Rafael Rojina Villegas, *op. cit.*, p. 490).

e) El *representante legal de una persona moral*, esto es, el *órgano de administración*, puede celebrar el contrato de mutuo como mutuatario si los bienes mutuados se destinarán a la realización del objeto social de la persona moral y, además, esa clase de negocios jurídicos está comprendida de manera expresa o implícita en el referido objeto social. Asimismo, las facultades conferidas al respectivo órgano social deben abarcar la obtención de préstamos o créditos.

Los administradores de una *sociedad civil* necesitan autorización expresa de los otros socios para "tomar capitales prestados", salvo convenio en contrario (art. 2712, fracc. III, CCDF).

f) El *mandatario de una persona física* requiere *poder general para actos de dominio* a fin de celebrar, en nombre y por cuenta del mandante, el contrato de mutuo como mutuante o mutuatario, o bien, *poder especial* para realizar esa clase de negocios jurídicos.

5.7 El objeto en el mutuo

El objeto del contrato es el *dinero* o cualquier otro *bien fungible*. En principio, los bienes fungibles son aquellos que, en el contexto del desarrollo de una relación obligatoria, pueden sustituirse por otros de la misma especie y calidad; en este sentido, tienen el mismo poder liberatorio (arts. 763, 2384, 2388 y 2399, CCDF).

No obstante, es factible que los bienes adquieran *fungibilidad* por acuerdo entre las partes, las cuales pueden intercambiar un bien por otro, aun cuando entre tales bienes no haya, en sentido estricto, una equivalencia. Es lo que ocurre, por ejemplo, con los libros, los vehículos e incluso con algunos bienes inmuebles.

Los bienes fungibles suelen confundirse con los bienes consumibles. Y es que, por lo general, la *fungibilidad* corresponde a la *consumibilidad*. La diferencia entre esta clase de bienes estriba en que los consumibles no pueden emplearse en su uso natural sin destruirse, pues se agotan con el primer uso; mientras, los bienes fungibles pueden sustituirse o intercambiarse unos por otros porque tienen el mismo poder liberatorio, esto es, tienen el mismo valor.

En realidad, el carácter fungible o no fungible no puede predicarse de los bienes en sí mismos, pues tienen ese carácter en la medida en que deban ser entregados a alguna persona para ser devueltos después. Así, el mismo bien puede ser fungible o no fungible por voluntad de los contratantes; esto es, según si la devolución puede realizarse con otro bien de la misma especie, cantidad y calidad o, por lo contrario, si la devolución habrá de referirse al mismo bien que ha sido entregado. En cambio, la calidad de consumible o no consumible de los bienes depende de la naturaleza misma de tales bienes.[14]

[14] *Cfr.* Miguel Ángel Zamora y Valencia, *op. cit.*, p. 171.

En este sentido, los bienes consumibles que no sean fungibles no pueden ser objeto del mutuo.[15]

> ***Ejemplo:*** Un paradigma clásico es el de la última barrica de vino de la última cosecha que sí es consumible, pero que no es fungible porque no habrá otra barrica equivalente que pueda intercambiarse por esta.

Los bienes fungibles pueden ser *corporales* e *incorporales*, como los títulos de crédito, por lo general acciones o valores cotizados en bolsa, los cuales pueden ser sustituidos por otros y tienen el mismo poder liberatorio.[16]

El mutuo puede tener por objeto *moneda extranjera*. En este caso, el mutuatario está facultado para liberarse de la obligación de restituir los bienes mutuados entregando moneda extranjera, o su equivalente en moneda nacional al tipo de cambio que rija en el momento de hacerse el pago (art. 2389, segunda parte, CCDF). Son dos los requisitos para que la señalada regla opere: *a)* que la obligación de pago se haya contraído en moneda extranjera; *b)* que el lugar de pago sea en México, con independencia de que la obligación se haya contraído dentro o fuera de la República Mexicana.[17]

Si el mutuante entregó moneda nacional al celebrar el contrato, el mutuatario puede restituir el equivalente en moneda nacional, pero al tipo de cambio que tenía la moneda extranjera en la fecha en que el mutuo se celebró.

Si el lugar de pago se estableció fuera del país, entonces el mutuatario estará obligado a restituir la cantidad prestada en la misma moneda extranjera, sin que se encuentre autorizado en tales supuestos a pagar en moneda nacional.

Un problema práctico que se presenta tratándose de obligaciones en moneda extranjera es la determinación del tipo de cambio, ya que la moneda extranjera tiene un precio de compra y uno de venta; esto es, el precio en que las instituciones de crédito compran o venden las divisas. Este punto no está resuelto en la legislación, por lo que conviene precisarlo en los contratos.

5.8 La forma en el mutuo

El mutuo es un contrato *consensual* porque no está sujeto a *formalidad* alguna para ser válido. No obstante, el mutuatario podría argumentar en el procedimiento judicial que el bien

[15] *Cfr.* Rafael Rojina Villegas, *op. cit.*, p. 488.

[16] *Idem.*

[17] "La moneda extranjera no tendrá curso legal en la República, salvo en los casos en que la Ley expresamente determine otra cosa. Las obligaciones de pago en moneda extranjera contraídas dentro o fuera de la República para ser cumplidas en ésta, se solventarán entregando el equivalente en moneda nacional, al tipo de cambio que rija en el lugar y fecha en que se haga el pago" (art. 8º, primer párrafo, *Ley Monetaria de los Estados Unidos Mexicanos*).

objeto del mutuo no le fue entregado. Esta defensa se conoce con el nombre de *exceptio non numerata pecuniae* (excepción de dinero no entregado) o de *excepción de falsedad ideológica o subjetiva* (excepción de simulación). Por tal razón, se recomienda dejar constancia de la entrega para evitar discusiones posteriores y reclamar la devolución de otro tanto de los bienes entregados (de la misma especie y calidad).

En principio, el mutuo habría de adoptar la misma forma exigida para la garantía que se otorgara para asegurar el cumplimiento del contrato por el mutuatario; por ejemplo, en general, requiere *escritura pública* la constitución de una garantía hipotecaria sobre un bien inmueble; esa misma forma habrá de observar el mutuo, en particular si ambos contratos –mutuo e hipoteca– se documentan en el mismo instrumento. Nada obsta, sin embargo, que tales contratos se formalicen por separado, cada uno observando una forma distinta: el mutuo en escrito privado y la hipoteca en escritura pública.

5.9 Contenido obligacional

5.9.1 Obligaciones del mutuante

Las obligaciones del mutuante son cuatro: *a)* entregar el bien, *b)* transmitir la propiedad del bien, *c)* responder por los vicios ocultos y *d)* garantizar la evicción.

a) Obligación de entregar el bien. La entrega en el mutuo puede ser material, jurídica o virtual (art. 2284, CCDF). Sin embargo, la entrega jurídica y la virtual requieren la determinación previa del bien para admitirse.

Un caso de *entrega virtual* se presenta cuando se acepta que la cantidad adeudada por una persona bajo un determinado concepto la conserve en mutuo para devolver otro tanto, más intereses, dentro de cierto plazo.[18]

- *Lugar de entrega.* La entrega debe efectuarse en el lugar convenido. A falta de acuerdo, se llevará a cabo en el lugar donde el bien se encontraba en el momento de realizarse el contrato, si este era conocido por el mutuatario (art. 2387, fracc. I, CCDF); de lo contrario, la entrega deberá hacerse en el domicilio del deudor, esto es, del mutuante (art. 2082, CCDF).
- *Tiempo de la entrega.* La entrega se realizará en el tiempo pactado; a falta de convenio, habrá de efectuarse a los 30 días siguientes a la interpelación que haga el mutuatario (acreedor) al mutuante (deudor), en forma judicial o extrajudicial ante fedatario público o testigos (art. 2080, CCDF). De este modo, cobra aplicación la regla general que rige las obligaciones de dar sin plazo.
- *Exactitud en la sustancia.* El mutuante debe entregar precisamente los bienes objeto del contrato, si estos son ciertos y determinados, de tal manera que el mutuatario no

[18] *Cfr.* Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 228.

puede ser constreñido a recibir otros bienes, aun cuando fueran de un valor superior (art. 2012, CCDF).

En la hipótesis de que se haya omitido determinar la calidad de los bienes, el mutuante cumple entregando bienes de mediana calidad (art. 2016, CCDF).

b) Obligación de transmitir la propiedad del bien. Debido a que el contrato de mutuo se refiere a bienes fungibles o géneros (art. 2015, CCDF), la propiedad de tales bienes se transmite al momento de hacerse ciertos y determinados con conocimiento del acreedor, que en este caso es el mutuatario.

Por lo general, la certidumbre y determinación de los bienes ocurre, por la naturaleza de los mismos, al realizarse la entrega. Sin embargo, la individuación puede hacerse de diversas maneras: por ejemplo, cuando el enajenante procede a contar, pesar o medir los bienes en presencia o con el conocimiento del adquirente. En este sentido, la entrega no es un factor determinante para que opere la transmisión de los bienes y es una obligación independiente de esta.[19]

En el supuesto de que el contrato recayera sobre bienes ciertos y determinados, la propiedad se transmitirá desde el momento de efectuar el contrato. No obstante, las partes pueden diferir el efecto traslativo para un momento posterior, por hacerlo depender –por ejemplo– de un término o una condición.[20]

c) Obligación de responder por los vicios ocultos. Debe distinguirse si se trata de un *mutuo gratuito* (mutuo simple o sin interés) o un *mutuo oneroso* (con interés).

En el mutuo simple o sin interés, el mutuante solo responde por los vicios ocultos si acaso los conocía, pero hubiera omitido señalarlo de manera oportuna al mutuatario (art. 2390, CCDF). Esta regla tiene sustento, precisamente, en el carácter gratuito del mutuo, pues en los contratos gratuitos el deudor solo responde por dolo o mala fe, como sucede también en la donación. Se trata, pues, de una *responsabilidad subjetiva* que requiere dolo o mala fe.[21]

Por lo contrario, en el mutuo con interés, por tratarse de un contrato oneroso, la regla resulta inaplicable y, por tanto, el mutuante será responsable por los vicios ocultos del bien mutuado, en los mismos términos que en cualquier enajenación onerosa. Es una *responsabilidad objetiva*, que se genera por la mera presencia de vicios o defectos en el bien mutuado, sin que sea indispensable el conocimiento previo de ellos por el mutuante.[22]

En este último caso, el mutuatario podrá ejercer, como el adquirente en cualquier otro contrato oneroso, la *acción quanti minoris* para lograr la reducción de los intereses que se comprometió a satisfacer, o bien, la *acción rescisoria*.

[19] *Cfr.* Jorge Alfredo Domínguez Martínez, *Derecho civil. Contratos*, 4ª ed., Porrúa, México, 2011, p. 366.

[20] Como podría ser el cumplimiento de una obligación del mutuante, como sería la entrega. Cabría preguntarse, sin embargo, si esa sería una condición meramente potestativa. *Cfr.* Miguel Ángel Zamora y Valencia, *op. cit.*, p. 172.

[21] *Cfr.* Rafael Rojina Villegas, *op. cit.*, p. 505.

[22] *Idem.*

d) Obligación de garantizar la evicción. Según Sánchez Medal, en el mutuo existe, en teoría, la obligación del mutuante de garantizar la evicción, debido a que "la moneda no es reivindicable de un adquirente de buena fe (800) y la posesión de bienes fungibles, salvo prueba en contrario muy difícil de rendir, se presume de buena fe (807) y del que la tiene la presunción de ser propietario (798)".[23]

Consideramos que en el mutuo gratuito (mutuo sin interés) el mutuante no estará obligado a la evicción, a menos que se haya obligado de manera expresa a responder si esta llegara a ocurrir.

5.9.2 Obligaciones del mutuatario

El mutuatario tiene, en esencia, las mismas obligaciones del mutuante; esto es, *a)* entregar el bien, *b)* transmitir la propiedad del bien, *c)* responder por los vicios ocultos y *d)* garantizar la evicción. Al mutuatario le corresponde, además, devolver otro tanto de los bienes recibidos en la misma especie y calidad. Aparte, en el mutuo con interés, el mutuatario está obligado a pagar intereses por los bienes mutuados.

Sin embargo, las obligaciones del mutuatario están supeditadas a la entrega previa de los bienes objeto del mutuo, por parte del mutuante.[24]

a) Devolver otro tanto de los bienes mutuados. El mutuatario está obligado a devolver otro tanto de los bienes otorgados en mutuo, en la misma especie y calidad. Esta obligación comprende, desde luego, tanto la entrega como la transmisión de la propiedad de los bienes (arts. 2384 y 2015, CCDF) por el mutuatario, las cuales se rigen por reglas similares a aquellas que fueron analizadas respecto del mutuante, con las variantes que se explican enseguida.

A falta de convenio expreso sobre el *lugar* donde ha de efectuarse la devolución, *i)* si se trata de dinero, en el domicilio del deudor-mutuatario (arts. 2082, 2085 y 2387, fracc. II, CCDF), en tanto que *ii)* si el mutuo consistió en géneros, en el lugar en donde los recibió el mutuatario (art. 2387, fracc. II, CCDF).

En cuanto al *tiempo* de la devolución, habrá de sujetarse a lo pactado por las partes sobre el punto. A falta de acuerdo expreso respecto del *momento* en que ha de hacerse la devolución, *i)* si se trata de dinero, debe realizarse a los 30 días después de la interpelación que se efectúe al mutuatario (art. 2385, fracc. III, y 2080, CCDF); pero *ii)* si se trata de frutos o productos del campo, la devolución se hará cuando concluya la cosecha siguiente (art. 2385, fraccs. I y II, CCDF).

El plazo establecido en el contrato para la devolución de los bienes mutuados quedará sin efecto y, por tanto, el mutuatario los devolverá de manera anticipada en los casos siguientes:

- Cuando se pactó el *vencimiento anticipado* del contrato para el caso de incumplimiento en el pago de alguna de las amortizaciones periódicas del capital o de los intereses.

[23] Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 232.

[24] *Cfr.* Miguel Ángel Zamora y Valencia, *op. cit.*, p. 174.



- Cuando, después de celebrado el contrato, el mutuatario resultara insolvente, a menos que garantice la deuda (arts. 1956, fracc. I, y 2166, primera parte, CCDF). Al respecto, habrá de tenerse presente las disposiciones en materia de concurso mercantil, pues las garantías otorgadas o el incremento de las garantías vigentes realizadas por el mutuatario, a partir de la fecha de retroacción,[25] se presumen *actos en fraude de acreedores* (arts. 112 y 115, fracc. I, *Ley de Concursos Mercantiles*, LCM).

La devolución del *tantundem* puede realizarse *por equivalente*, es decir, en bienes distintos de aquellos que fueron objeto del mutuo, cuando resulta imposible restituir la misma clase de bienes; por ejemplo, cuando dejan de existir en la naturaleza o en el mercado. En esta hipótesis, por lo general, la restitución es en dinero, según el valor que haya tenido el bien en el momento y lugar donde se celebró el mutuo, a juicio de peritos, salvo que haya habido algún pacto sobre el particular (art. 2388, CCDF). Sin embargo, nada impide que las partes acuerden la entrega de cierta clase de bienes distintos al dinero.

La devolución por equivalente también ocurre tratándose de moneda extranjera, pues las obligaciones de pago en esa moneda, contraídas dentro o fuera de la República mexicana para ser cumplidas en esta, se pueden solventar entregando el equivalente en moneda nacional al tipo de cambio que rija en el lugar y fecha en que se realice el pago (art. 8º, primer párrafo, *Ley Monetaria de los Estados Unidos Mexicanos*).

Por último, el mutuatario habrá de restituir otro tanto de los bienes que recibió y serán de la misma calidad. Esto significa que, en este caso, resulta inoperante la regla que dispone que, ante la falta de acuerdo respecto de la calidad de los bienes por entregarse, el deudor cumple entregando bienes de mediana calidad.

b) Responder por vicios ocultos. El mutuatario está obligado a indemnizar al mutuante si los bienes restituidos presentan vicios o defectos ocultos. En este caso, con independencia de que se trate de un mutuo gratuito u oneroso, la responsabilidad del mutuatario se actualiza aun cuando se haya conducido de buena fe; esto es, aunque no haya tenido conocimiento de los vicios del bien. En este sentido, la responsabilidad del mutuatario será objetiva. La razón de ello es que la obligación del mutuatario de restituir otro tanto de los bienes que recibió, en la misma especie y calidad, tiene su origen, precisamente, en el hecho de que recibió tales bienes y, por tal motivo, esta particular obligación representa una *prestación* basada en aquella primitiva obligación del mutuante.

Asimismo, dado que el mutuatario debe devolver otro tanto de los bienes que recibió, si estos tenían vicios o defectos de calidad, estará autorizado para regresar bienes que tengan esos mismos vicios o defectos.[26]

[25] Se entiende por fecha de retroacción el día 270 natural inmediato anterior a la fecha de la sentencia de declaración del concurso mercantil. El juez podría establecer una fecha de retroacción anterior, a solicitud del conciliador, de los interventores o de cualquier acreedor, siempre que dichas solicitudes se presenten con anterioridad a la sentencia de reconocimiento, graduación y prelación de créditos. La referida solicitud se tramita por la vía incidental (art. 112, LCM).

[26] *Cfr.* Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 233.

c) Responder por la evicción. El mutuatario está obligado al saneamiento por evicción, en los mismos términos que el mutuante.

d) Pagar réditos en el mutuo con interés. El mutuatario solo está obligado a pagar intereses al mutuante si se ha comprometido a ello. En consecuencia, se requiere *pacto expreso* respecto del pago de intereses para que el mutuatario cubra intereses. La razón estriba en que el mutuo es, por naturaleza, un contrato gratuito.[27]

No es indispensable que el pacto especifique el tipo de interés, sino que es suficiente que establezca en términos generales la obligación de pagar intereses. La falta de acuerdo sobre el tipo de interés se suple con el *interés legal*, que es de 9% anual (art. 2395, CCDF).

El contrato de mutuo celebrado entre el patrón y alguno de sus trabajadores en ningún caso devengará intereses (art. 11, *Ley Federal del Trabajo*, LFT).

El interés puede ser legal o convencional (art. 2394, CCDF). El *interés legal* ha sido predeterminado por el legislador para fungir, en general, de manera supletoria de la voluntad de las partes cuando estas han omitido convenir sobre la tasa de interés que el deudor pagará al acreedor. La tasa de interés legal es de 9% anual en materia civil (art. 2395, primera parte, CCDF) y de 6% anual en materia mercantil (art. 362, primer párrafo, CCom). En cambio, el *interés convencional* es el que estipulan las partes y puede ser mayor o menor que el interés legal (art. 2395, segunda parte, CCDF).

Se ha señalado que el interés legal en materia civil corresponde a los intereses ordinarios, porque los arts. 2393 y 2395 del CCDF se refieren a la estipulación de intereses por el mutuo, mientras que en materia mercantil se trata de los intereses moratorios, dado que el art. 362 del CCom prevé los intereses que deben cubrir los "deudores que demoren el pago de sus deudas".

En general, la tasa de interés se establece en consideración de tres aspectos: el monto del capital prestado, el plazo en el que este será pagado y una serie de variables como la situación económica del país, el riesgo de que el dinero prestado sea efectivamente devuelto y el otorgamiento de garantías para su pago.

En el contrato de mutuo puede establecerse una pena convencional por el incumplimiento en el pago del adeudo, o bien, por el mero retardo en el cumplimiento de esta obligación. Dicha cláusula es válida, pero estará limitada al valor y cuantía de la obligación principal; esto es, la cantidad pactada como pena convenida será nula en lo que exceda del referido límite, pero el monto que se mantenga dentro de tales límites será plenamente eficaz.[28]

El interés puede ser ordinario o moratorio. El *interés ordinario* se produce desde que el préstamo se realiza y hasta que es liquidado en su totalidad. Tiene su justificación en el hecho de

[27] *Ibidem*, p. 234. En el mismo sentido, Miguel Ángel Zamora y Valencia, *op. cit.*, p. 175.

[28] Para Sánchez Medal, "si en un mutuo existe una cláusula que no establece una cierta tasa de interés, sino otro parámetro o criterio diferente, como por ejemplo una determinada cantidad de dinero a título de pena convencional por cada día de retardo, independientemente del importe de la suerte principal adeudada, tal cláusula es inoperante, porque en lugar de ella, se aplica el interés legal del 9% anual" (Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 234).

que el acreedor se priva de una cantidad de dinero de la cual podría disponer y obtener una cierta utilidad. De ahí que el interés ordinario tenga carácter *compensatorio*. En cambio, el *interés moratorio* –o interés penal– comienza a generarse a partir de que el deudor incumple la obligación de pagar la suma prestada; por consiguiente, tiene un carácter *resarcitorio*. Una vez insatisfecha la deuda, el interés ordinario y el interés moratorio pueden devengarse al mismo tiempo.[29]

El interés también puede estar referido a una *tasa fija* (un porcentaje sobre el capital) o a una *tasa variable*, como la Tasa de Interés Interbancaria de Equilibrio (TIIE) o la tasa Cetes (Certificados de la Tesorería), las cuales varían cada mes y son establecidas por el Banco de México. En algunos estados se prevé un límite o tope al interés convencional ordinario o moratorio:

a) El art. 1977, fracc. II, del *Código Civil para el Estado de Jalisco* señala que el interés moratorio *sustituye* al interés natural (u ordinario), al incurrir en mora el deudor y nunca podrá exceder de 50% más que el pactado respecto del interés natural. Incluso, cualquier pacto en contrario se tiene por no puesto.

b) El art. 2289 del *Código Civil para el Estado de Nuevo León* prevé un *interés legal ordinario* (9% anual) y un *interés legal moratorio* (12% anual). Además, para el *interés convencional ordinario* se establece un límite máximo que no debe alcanzar el costo porcentual promedio publicado por el Banco de México en el *Diario Oficial de la Federación*, en la fecha próxima anterior al día en que se acuerde, tanto si el pago deba hacerse en dinero como en especie, y para el interés convencional moratorio el límite se incrementa hasta 10% respecto del referido costo porcentual promedio. También se considera ilícito, y por tanto nulo de pleno derecho, el pacto en sentido diverso.

5.9.3 Defensas del mutuatario en materia de intereses convencionales

Con la finalidad de evitar abusos en perjuicio del mutuatario al establecer intereses convencionales en el mutuo, se ha previsto una serie de mecanismos que tienden a proteger al mutuatario de tales situaciones. Se trata de "medidas para evitar los efectos perniciosos del fraude en los casos de interés desproporcionado".[30] Tales mecanismos son los siguientes:

a) *Prohibición respecto del pacto de anatocismo.* El pacto de anatocismo consiste en el acuerdo que se concreta entre mutuante y mutuatario para capitalizar los intereses y producir, a la vez, nuevos intereses.

El pacto de anatocismo, en sí mismo, no está prohibido.[31] Lo que está prohibido en la materia civil es "convenir de antemano, que los intereses se capitalicen y que

[29] INTERESES ORDINARIOS Y MORATORIOS EN EL JUICIO EJECUTIVO MERCANTIL. COEXISTEN Y PUEDEN DEVENGARSE SIMULTÁNEAMENTE. Novena época. Registro: 190896. Primera Sala. Jurisprudencia. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Tomo XII, noviembre de 2000. Materia(s): Civil. Tesis: 1a./J. 29/2000. Página: 236.

[30] Rafael Rojina Villegas, *op. cit.*, p. 494.

[31] *Idem.*

produzcan nuevos intereses". Las partes "no pueden, bajo pena de nulidad", celebrar con anticipación ese tipo de pactos.

Esto significa que las partes, una vez causados los intereses, pueden otorgar el pacto para capitalizarlos. Los intereses habrán de estar devengados al concertarse el acuerdo sobre su integración al capital. De esta manera, se produce un *interés compuesto*; es decir, un *interés sobre interés*: los intereses se agregan al capital para producir intereses.[32]

En esa virtud, el mutuatario no puede prometer al acreedor, con anterioridad a la causación de los intereses, la capitalización futura de los intereses vencidos y no pagados. De acuerdo con Planiol, la "ventaja que se encuentra en rechazar la convención anticipada de anatocismo, consiste en llamar… la atención del deudor sobre la rapidez con que aumenta su deuda; si se le permitiese establecerla de una vez por todas en la convención inicial, sería de temer que la aceptase fácilmente".[33]

El pacto anticipado de anatocismo constituía una "forma de lesión tolerada" por los códigos civiles de 1870 (art. 2827) y 1884 (art. 2699), los cuales otorgaban eficacia superlativa al principio de la autonomía privada y al principio de la fuerza obligatoria del contrato (*pacta sunt servanda*).[34] El referido art. 2699 (similar al art. 2827 del CCDF) señalaba: "No puede cobrarse interés de los intereses vencidos si no está expresamente estipulado en el contrato; observándose lo que en él se establezca sobre los plazos en que deba hacerse la capitalización."

El referido artículo permitió la capitalización de los intereses vencidos cuando así se estipulara en forma expresa en el contrato de mutuo. Para determinar los plazos en que debía hacerse la referida capitalización, habría que estarse a lo previsto en el contrato, lo que significa que el pacto sobre el particular podía celebrarse con antelación al vencimiento de los intereses devengados, incluso en el mismo contrato en que se estableciera su causación.

El sentido de esta disposición pasó al *préstamo mercantil* en el art. 363 del *Código de Comercio* de 1889 (en vigor). Según el referido artículo: "Los intereses vencidos y no pagados no devengarán intereses. Los contratantes podrán, sin embargo, capitalizarlos." Esta disposición contempla la posibilidad de que el pacto de anatocismo se celebre de manera anticipada al vencimiento de los intereses, los que se capitalizarán una vez vencidos si no fueran pagados.

b) *Reducción del interés convencional.* Como quedó señalado, el interés convencional es aquel que las partes establecen en el contrato, y puede referirse tanto al interés

[32] *Cfr.* Francisco Lozano Noriega, *Cuarto curso de derecho civil. Contratos*, 6ª ed., Asociación Nacional del Notariado Mexicano, México, 2001, p. 191.

[33] Marcel Planiol, citado por Rafael Rojina Villegas, *op. cit.*, p. 499.

[34] *Idem*.

ordinario como al moratorio. En principio, no existe un límite respecto del monto de los intereses convencionales, que pueden ser mayores que el interés legal.

No obstante, como lo ha resaltado Rojina, los casos típicos de *lesión* se presentan cuando se pactan *intereses desproporcionados* o *usurarios*; por tal razón, en el mutuo se ha combatido la lesión mediante mecanismos que pretenden evitar la usura. Uno de estos mecanismos consiste en reducir el interés convencional, que podría llegar al interés legal.

Cuando se han establecido intereses (ordinarios o moratorios)[35] tales que por su desproporción hagan creer que se ha abusado del apuro económico, de la inexperiencia o la ignorancia del mutuatario, este podrá solicitar al juez que los reduzca de manera equitativa hasta el interés legal. El juez habrá de tener en cuenta las circunstancias del caso, al emitir su decisión (art. 2395, CCDF). Esta solución atiende al *principio de conservación del contrato*.[36]

De este modo, se protege al deudor "que ha sido víctima de una explotación indebida por su ignorancia, miseria o inexperiencia estipulando un interés más alto que el legal", con una *acción de reducción* equitativa del tipo de interés convencional hasta el legal, dejando esta reducción al criterio judicial, pero no con la *acción de nulidad*.[37]

El sistema que acoge el derecho mexicano al respecto es un *sistema mixto*; es decir, objetivo y subjetivo: es *objetivo* por cuanto a que se requiere una desproporción económica; es *subjetivo* en virtud de que dicha desproporción debe tener su origen en el abuso del apuro económico, la inexperiencia o la ignorancia del deudor.

c) *Desistimiento unilateral del mutuatario.* El mutuatario tiene el derecho de *desistirse de manera unilateral* del mutuo, *i)* si se pactó un interés más elevado que el legal. El desistimiento solo puede tener lugar *ii)* después de que hayan transcurrido seis meses desde que se concertó el mutuo, cualquiera que sea el plazo estipulado para la devolución del capital, para lo cual el mutuatario *iii)* debe dar aviso escrito al mutuante, con dos meses de anticipación y *iv)* pagar los intereses vencidos. El desistimiento del mutuo obliga al mutuatario a *v)* reembolsar de manera anticipada el capital (art. 2396, CCDF).

d) *Delito de fraude por usura.* En Colima se consideran como *delito de fraude por usura* las siguientes conductas (art. 200, fracc. II, *Código Penal para el Estado de Colima*):

[35] INTERESES MORATORIOS, PACTADOS CONTRACTUALMENTE POR LAS PARTES. SE RIGEN POR LAS REGLAS DEL ARTÍCULO 2395 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, POR SER CONVENCIONALES. Novena época. Registro: 172197. Primera Sala. Jurisprudencia. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Tomo XXV, junio de 2007. Materia(s): Civil. Tesis: 1a./J. 64/2007. Página: 92.

[36] De acuerdo con Rojina, esta regla puede servir como criterio para normar los casos que caen bajo la teoría de la imprevisión: "cuando las circunstancias se alteren en forma tal que uno de los contratantes se encuentre imposibilitado para poder cumplir sus obligaciones, por una crisis económica, el juez podrá decretar una reducción equitativa en el monto de las mismas." Tal sería el caso de intereses que en época normal era comercial estipular, pero que por circunstancias económicas se elevaron (Rafael Rojina Villegas, *op. cit.*, pp. 500 y 501).

[37] *Cfr.* Rafael Rojina Villegas, *op. cit.*, p. 496.

- Cuando mediante contrato o convenio verbal o escrito, título de crédito, o cualquier acto jurídico *imponga* al pasivo intereses de cualquier especie (ordinarios o moratorios) superiores al 3% mensual en la fecha de la celebración del acto jurídico, así como "quien lícitamente obtenga para sí o para un tercero, beneficios económicos provenientes de intereses mayores a dos veces el valor de la suerte principal".
- Cuando se obtengan *lícitamente*, para sí mismo o un tercero, beneficios económicos provenientes de intereses mayores a dos veces el valor de la suerte principal.
- Cuando se adquiera, transfiera o enajene un crédito o préstamo usurario, siempre que lo reclamen en juicio.

5.10 Terminación del mutuo

El contrato de mutuo puede terminar *a)* por vencer anticipadamente el plazo previsto para la devolución de los bienes mutuados y *b)* por desistimiento unilateral.

a) *Vencimiento anticipado del plazo.* En el mutuo puede pactarse que el plazo establecido para la restitución de los bienes mutuados venza de manera anticipada en supuestos como la falta de pago de los intereses ordinarios y la omisión de constituir las garantías pactadas o las garantías suficientes en caso de que el mutuatario caiga en insolvencia (art. 1949, CCDF).

b) *Desistimiento unilateral por parte del mutuatario.* El desistimiento del mutuo por el mutuatario está autorizado cuando se pacta un interés más alto que el tipo legal. En este supuesto, el mutuario puede devolver el capital pasados seis meses desde la celebración del contrato, para lo cual habrá de avisar por escrito al mutuante, con dos meses de anticipación, así como pagar los intereses vencidos (art. 2396, CCDF).



Autoevaluación

1. ¿Cuál es la diferencia entre el mutuo y el depósito bancario de dinero?
2. ¿Cuál es la diferencia entre el mutuo y la apertura de crédito?
3. ¿Qué tipo de facultades requiere el mandatario de una persona física para celebrar el contrato de mutuo en representación del mandante?
4. ¿Cuál es el objeto del contrato de mutuo?
5. ¿Cuál es la diferencia entre los bienes fungibles y los bienes consumibles?
6. ¿En qué consiste la excepción de dinero no entregado?
7. Explique el tema de los vicios ocultos de los bienes objeto del contrato de mutuo.
8. ¿Qué diferencia existe entre el interés legal y el convencional?
9. ¿Qué diferencia existe entre el interés ordinario y el moratorio?
10. ¿En qué consiste la prohibición del pacto de anatocismo?
11. ¿En qué casos se puede reducir el interés convencional?
12. ¿En qué caso el mutuatario tiene el derecho de desistir unilateralmente del mutuo?

PARTE 3: LOS CONTRATOS TRASLATIVOS DE USO

Arrendamiento

capítulo 6

Propósitos

Al finalizar el capítulo, el alumno identificará con precisión los rasgos que caracterizan el contrato de *arrendamiento*, sus diferencias con figuras afines, las modalidades que presenta en la práctica, el contenido obligacional del contrato, los efectos jurídicos que produce y la manera como termina.

6.1 Concepto

El arrendamiento es el contrato por el cual una persona, denominada *arrendador*, se obliga a *transmitir el uso o goce* temporal de un bien a otra, llamada *arrendatario*, quien se compromete, a su vez, a pagar un precio cierto por dicho uso o goce.

El art. 2398 del *Código Civil para el Distrito Federal* (CCDF) señala que hay "arrendamiento cuando las dos partes contratantes se obligan recíprocamente, una, a *conceder* el uso o goce temporal de una cosa, y la otra, a pagar por ese uso o goce un precio cierto".

La transmisión del goce del bien comporta la posibilidad de usar y aprovechar los frutos que este produzca (*praestare uti frui*). No obstante, el arrendamiento puede circunscribirse al uso del bien sin implicar su goce o disfrute, como sucede cuando se renta una huerta para filmar allí una película o cuando se arrienda un vehículo solo para el traslado de la familia.

El arrendamiento debe ser temporal. De hecho, está sujeto a plazos máximos de duración –como se verá– "para impedir la propiedad de manos muertas y facilitar la posibilidad de circulación de la riqueza", en virtud de que un "arrendamiento perpetuo o de muy larga duración, le restaría valor a la cosa y frenaría lógicamente su circulación en perjuicio del propietario y de la comunidad".[1]

En una época se recogió, en la legislación civil de gran parte de los Estados, la tradición romana que aplica la amplia denominación de locación o arrendamiento a todos los contratos que tienen en común ceder el uso o goce de algo mediante un precio. De esta manera, en

[1] Miguel Ángel Zamora y Valencia, *Contratos civiles*, 13ª ed., Porrúa, México, 2012, p. 182.

atención al objeto de la cesión de uso, en el derecho romano se distinguió la *locatio rerum* (arrendamiento de cosas), cuando se trataba del uso o goce de una cosa; la *locatio operarum* (arrendamiento de servicios), cuando el objeto eran los servicios de una persona, y la *locatio operis* (contrato de obra), cuando el objeto era la actividad dirigida a realizar una obra.[2]

En este contrato se presentan tres manifestaciones de las obligaciones de dar: *a)* la entrega del bien en arrendamiento, *b)* el pago de la renta y *c)* la restitución del referido bien al término del contrato.[3]

6.2 Clasificación

El arrendamiento es un contrato *bilateral*, *oneroso*, *sinalagmático funcional* (por cuanto a que el equilibrio entre las prestaciones de ambas partes debe mantenerse durante la vigencia del contrato), *conmutativo*, *principal* y *de duración* (de *tracto sucesivo*). Es, asimismo, un contrato *formal* porque requiere la forma escrita para su validez, así como *consensual* por oposición a *real*.

Para Ramón Sánchez Medal, el arrendamiento tiene parcialmente el carácter *intuitu personae* respecto del arrendatario porque este requiere autorización del arrendador para subarrendar o ceder sus derechos a terceros.[4]

El arrendamiento de inmuebles destinados a habitación se considera, en la Ciudad de México, un contrato de orden público y de interés social; por tanto, las disposiciones que lo rigen son irrenunciables. De hecho, cualquier estipulación que vaya en contra de tales disposiciones se tiene por no puesta (art. 2448, CCDF).

6.3 Tipos de arrendamiento

a) Arrendamiento civil o mercantil. El arrendamiento sobre inmuebles es, en principio, un contrato civil, aunque ambas partes sean comerciantes, porque arrendar inmuebles no es un acto de comercio en los términos del art. 75 del *Código de Comercio* (CCom).[5] No obstante, esta disposición legal no establece un catálogo taxativo o limitativo de actos de comercio, por lo cual los contratos de arrendamiento de inmuebles (locales comerciales) ubicados en los aeródromos civiles, destinados a la venta de bienes y servicios a los usuarios, han sido calificados como actos de comercio con base en los arts. 48, fracc. III, y 54 de la *Ley de*

[2] José Castán Tobeñas, *Derecho civil español, común y foral*, t. 4, 14ª ed., Reus, Madrid, 1988, pp. 278 y 279.

[3] *Cfr.* Jorge Alfredo Domínguez Martínez, *Derecho civil. Contratos*, 4ª ed., Porrúa, México, 2011, p. 386.

[4] *Cfr.* Ramón Sánchez Medal, *De los contratos civiles*, 25ª ed., Porrúa, México, 2013, p. 238.

[5] VÍA MERCANTIL, IMPROCEDENCIA DE LA, TRATÁNDOSE DE ARRENDAMIENTO DE INMUEBLES. Novena época. Registro: 194955. Primera Sala. Jurisprudencia. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta.* Tomo VIII, diciembre de 1998. Materia(s): Civil. Tesis: 1a./J. 63/98. Página: 310.

Aeropuertos, que establecen que son servicios comerciales la venta de productos y servicios a los usuarios del aeródromo civil que no son esenciales para su operación ni de las aeronaves.[6]

En cambio, el arrendamiento de bienes muebles puede tener el carácter de un contrato civil o mercantil. Su naturaleza será comercial cuando se celebre "con propósito de especulación comercial" (art. 75, fracc. I, CCom).

El arrendamiento mercantil se rige por las disposiciones del arrendamiento que están previstas en el CCDF.

b) Arrendamiento administrativo. El arrendamiento también puede ser un *contrato administrativo* cuando los bienes objeto del mismo pertenecen a la Federación, los estados, los municipios o la Ciudad de México (art. 2411, CCDF), o bien, a los organismos públicos descentralizados de cualquiera de esos ámbitos de gobierno. De igual manera, el arrendamiento será administrativo cuando los señalados entes públicos tengan el carácter de arrendatarios en el contrato respectivo.

Se aplican al arrendamiento administrativo el régimen del arrendamiento contemplado en el CCDF, así como en los códigos civiles de los estados o de la Ciudad de México, según corresponda. Ni la *Ley General de Bienes Nacionales* de 2004 ni la *Ley del Régimen Patrimonial y del Servicio Público* contienen disposición alguna que modifique el régimen del arrendamiento sobre bienes de la federación o de la capital del país.

c) Arrendamiento de bienes muebles o inmuebles. En atención a los bienes objeto del arrendamiento, se distingue entre el arrendamiento de bienes muebles y el de inmuebles. Respecto de estos últimos, el CCDF regula de manera diferenciada el *arrendamiento de inmuebles rústicos y el arrendamiento de inmuebles destinados para habitación.*

En el derecho civil de Jalisco han sido regulados de manera específica: *a)* el arrendamiento de inmuebles destinados al comercio y la industria (arts. 2045 a 2053); *b)* el arrendamiento de inmuebles destinados a fines agropecuarios (arts. 2054 a 2063); *c)* el arrendamiento con prestación de servicios y derecho a uso de áreas comunes (arts. 2080 a 2090); *d)* el arrendamiento de promoción y exhibición (arts. 2091 a 2096); *e)* el arrendamiento con opción a compra (arts. 2097 a 2113); *f)* el arrendamiento de vehículos automotores (arts. 2114 a 2128) y *g)* el arrendamiento de membresías de clubes (arts. 2129 a 2135).

En el análisis partiremos de la regulación del arrendamiento en general con referencia al arrendamiento de bienes inmuebles, por lo que haremos las precisiones pertinentes al arrendamiento de bienes muebles cuando corresponda (art. 2459, CCDF).

[6] VÍA MERCANTIL. PROCEDE TRATÁNDOSE DE CONTROVERSIAS DERIVADAS DE CONTRATOS DE ARRENDAMIENTO DE INMUEBLES (LOCALES COMERCIALES) UBICADOS EN LOS AERÓDROMOS CIVILES DE SERVICIO PÚBLICO. Décima época. Registro: 2001812. Primera Sala. Jurisprudencia. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta.* Libro XII, septiembre de 2012, Tomo 1. Materia(s): Civil. Tesis: 1a./J. 72/2012 (10a.). Página: 492.

6.4 Diferencias con figuras afines

6.4.1 Diferencia con la compraventa de frutos o productos de bienes

Cuando el objeto del contrato es un determinado bien que produce *frutos* o *productos*, se dificulta determinar cuándo se está en presencia de un arrendamiento o una compraventa, como sería el caso de un contrato para la explotación de una mina de arena, un banco de cantera o una huerta de árboles frutales. La diferencia se encuentra en el objeto sobre el que recae el precio establecido por las partes: será "arrendamiento si el precio se fija por unidad de tiempo; y será compraventa si el precio se fija por unidad de frutos o de productos que se perciban".[7]

6.4.2 Diferencia con el arrendamiento financiero y con el arrendamiento puro

El *arrendamiento financiero* es el contrato por el cual el arrendador se obliga a adquirir determinados bienes y conceder su uso o goce temporal, a plazo forzoso, al arrendatario, quien podrá ser persona física o moral; este último deberá 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 se estipulen, y adoptar al vencimiento del contrato alguna de las opciones terminales (art. 408, *Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito*, LGTOC).

Las *opciones terminales* pueden consistir en *a)* la compra de los bienes a un precio inferior a su valor de adquisición, el cual debe quedar fijado en el contrato, si no, el precio habrá de ser inferior al valor de mercado a la fecha de compra, conforme a las bases que se establezcan en el contrato; *b)* prorrogar el plazo para continuar con el uso o goce temporal, cubriendo una renta inferior a los pagos periódicos que se venían haciendo, según las bases que se establezcan en el contrato, o *c)* 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 (art. 410, LGTOC).

El arrendamiento financiero es, más que nada, un contrato de financiamiento. Una de las obligaciones que asume la arrendadora financiera es adquirir los bienes objeto del arrendatario para concederle el uso y goce de los mismos. Al final del contrato, la arrendataria habrá de elegir entre alguna de las opciones terminales que han quedado referidas.

Estos dos rasgos (la adquisición de los bienes y las opciones terminales) no se aprecian en el arrendamiento, el cual es, además, un contrato traslativo del uso o goce y no un contrato de financiamiento. Otras diferencias más específicas entre ambas figuras jurídicas se presentan en el cuadro 6.1.

[7] Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 243.

Cuadro 6.1 Diferencias entre arrendamiento y arrendamiento financiero.

Arrendamiento	Arrendamiento financiero
El arrendador es responsable frente al arrendatario por los vicios o defectos ocultos del bien arrendado, salvo que sean ostensibles.	El arrendatario tiene a su cargo el riesgo derivado de los vicios o defectos ocultos de los bienes que impidan su uso parcial o total. En este caso, el arrendador transmitirá al arrendatario los derechos que como comprador tenga, para que este los ejercite en contra del vendedor, o lo legitimará para que el arrendatario ejercite dichos derechos en su representación, salvo pacto en contrario (art. 414, fracc. I, LGTOC).
La pérdida parcial o total del bien arrendado la sufre el arrendador, a menos que la pérdida sea atribuible al arrendatario.	El arrendatario tiene a su cargo el riesgo derivado de la pérdida parcial o total de los bienes, aunque esta ocurra por causa de fuerza mayor o caso fortuito, salvo pacto en contrario (art. 414, fracc. II, LGTOC).
El arrendador corre con los riesgos de pérdidas, robos, destrucción o daños que se causen a los bienes arrendados, a menos que se deban a culpa del arrendatario.	El arrendatario tiene a su cargo el riesgo derivado de pérdidas, robos, destrucción o daños que sufrieren los bienes dados en arrendamiento financiero, salvo pacto en contrario (art. 414, fracc. III, LGTOC).
En los casos señalados en los párrafos anteriores, el arrendatario puede pedir la reducción de la renta si la pérdida del uso es parcial o suspender el pago de la misma si el uso se pierde totalmente. Si la pérdida dura más de dos meses, puede rescindir el contrato.	Frente a las eventualidades señaladas, el arrendatario no se libera del pago de la contraprestación, debiendo cubrirla en la forma que se haya convenido en el contrato (art. 414, último párrafo, LGTOC).

Además del arrendamiento financiero existe otra clase de operaciones conocida como *arrendamiento puro*, que consiste en que el arrendador concede el uso o goce de un determinado bien (por ejemplo, un vehículo) al arrendatario, a plazo forzoso, a cambio de una cantidad que como *renta total* se establece en atención a la duración del arrendamiento, mediante *pagos parciales*, *mensuales* y *consecutivos* y al término del contrato, el arrendatario puede optar entre *a)* devolver el bien al arrendador o *b)* comprarlo a valor de mercado. Para ello, se otorga al arrendador un *derecho de preferencia* para adquirir el bien, el cual solo puede ejercer si se encuentra al corriente en el pago de la renta.

El arrendatario está obligado a pagar la renta total aun cuando devuelva el bien antes del plazo forzoso convenido (arts. 2463 y 2464, CCDF), o aunque sea privado del uso o de la posesión del bien arrendado con motivo de cualquier accidente, reparación, robo, pérdida o cualquier otra situación.



Es preciso señalar que las rentas que paga el arrendatario durante el arrendamiento cubren solo una parte del valor del bien arrendado. La parte del valor del vehículo que no se paga durante el arrendamiento se denomina *valor residual*, el cual se estima de acuerdo con la depreciación que se considera habrá de tener el bien durante el arrendamiento, por su uso ordinario.

En cambio, en el arrendamiento financiero el arrendatario paga la totalidad del valor del bien arrendado, razón por la cual adquiere ciertos derechos sobre el bien que ejerce mediante las opciones terminales. Si el arrendatario opta por comprar el bien, la operación se efectúa en un valor mínimo.

6.4.3 Diferencia con el contrato de garaje o de estacionamiento

El *contrato de garaje* o *de estacionamiento* es aquel por virtud del cual una de las partes, denominada *garajista* o *prestador de servicios*, se obliga a poner a disposición de la otra parte –conocida como *prestatario*– un espacio para estacionar un vehículo, cuidar del mismo y, en su caso, prestar los demás servicios que se convengan relacionados con el vehículo en cuestión a cambio de un precio en dinero.

Este es un *contrato atípico mixto* que puede clasificarse dentro del grupo de los contratos de prestación de servicios y que se estructura al combinar prestaciones características de contratos típicos: el uso y goce de un espacio para estacionar el vehículo (arrendamiento), la custodia del vehículo (depósito) y las prestaciones de servicios (*sui generis*), en principio, de seguridad, pero también puede comprender el lavado o la limpieza del vehículo. A eso se debe que se le haya equiparado con cualquiera de esos tres tipos de contrato. De ahí que sea posible considerarlo, entre los contratos atípicos mixtos, como un *contrato combinado*.

Como puede advertirse, ese cúmulo de prestaciones diferencia el *contrato de garaje* o *de estacionamiento* no solo del arrendamiento, sino también del *depósito*.

El *garajista* es responsable por los daños que sufra el vehículo a partir del momento en que este se halle en el espacio destinado para su estacionamiento, a menos que el vehículo haya sido entregado a algún dependiente del propio prestador del servicio para introducirlo al estacionamiento, supuesto en el cual la responsabilidad del *garajista* comienza en ese instante.

El garajista debe abstenerse de usar el vehículo, salvo que haya sido entregado a sus dependientes para ser estacionado; en esa hipótesis, el uso habrá de concretarse al ingreso, estacionamiento y salida del vehículo para su entrega al prestatario.

6.4.4 Diferencia con el contrato de cajas de seguridad

El *contrato de cajas de seguridad* es, en principio, un *servicio bancario*. Se trata de un negocio jurídico por el cual una de las partes, denominada *prestador de servicios*, es un banco (institución de crédito) que concede a la otra, llamada *tomador* o *prestatario*, el derecho de utilizar una caja o cofre situada en un lugar especialmente destinado para esa clase de recipientes, a fin de que guarde allí las cosas que requiera a cambio de un precio en dinero.

Este contrato está previsto en los arts. 46, fracc. XIII, y 78 de la *Ley de Instituciones de Crédito* (LIC) del 18 de julio de 1990.[8] No obstante, se trata de un *contrato atípico mixto* porque en esas disposiciones legales solo se regula, en términos generales, una parte de su contenido obligacional. Es un contrato complejo por cuanto se conforma de prestaciones características de contratos típicos: el uso y goce de una caja de seguridad (arrendamiento), la guarda y custodia de bienes (depósito) y la prestación de servicios de administración, seguridad y vigilancia. Es preciso resaltar que el banco desconoce qué cosas ha depositado el *tomador* o *prestatario* en las cajas de seguridad, pues el propio *prestatario* guarda tales cosas con absoluta reserva o discreción.

Esta diversidad de prestaciones diferencia el contrato de cajas de seguridad de otros contratos como el arrendamiento y el depósito.

En México, las prestaciones características que en este contrato asume el banco son las de *a)* responder por la integridad de las cajas de seguridad y *b)* mantener el libre acceso a estas en días y horas hábiles. Por lo general, el banco lleva una bitácora de ingreso a la bóveda donde se encuentran las cajas de seguridad, que solo pueden abrirse con dos llaves, una de las cuales conserva el banco y la otra se le entrega al tomador o prestatario.

6.4.5 Diferencia con el usufructo, el uso y la habitación

En el cuadro 6.2 se presentan las principales diferencias que hay entre el arrendamiento y el usufructo, uso y habitación.

Cuadro 6.2 Diferencia entre arrendamiento, usufructo, uso y habitación.

Arrendamiento	Usufructo, uso y habitación
Es un derecho personal o de crédito.	Son derechos reales.
El arrendador tiene la obligación de entregar y conservar el bien arrendado en estado de servir para el uso convenido o, en su caso, para el uso natural que le corresponda.	En el usufructo, el nudo propietario no tiene ninguna obligación específica, excepto aquella que le corresponde, como cualquier tercero, de abstenerse de impedir o entorpecer el uso y disfrute del bien al usufructuario.
El arrendador debe garantizar el uso del bien arrendado al arrendatario.	En el usufructo nadie garantiza el uso de la cosa.

[8] El art. 78 de la *Ley de Instituciones de Crédito* establece: "El servicio de cajas de seguridad obliga a la institución que lo presta, a responder de la integridad de las cajas y mediante el pago de la contraprestación correspondiente, mantener el libre acceso a ellas en los días y horas hábiles. El tomador de la caja es responsable por todos los gastos, daños y perjuicios que origine a la institución con motivo de su uso.- Las condiciones generales y el contrato que para la prestación de este servicio celebren las instituciones de crédito, deberán estipular con claridad las causas, formalidades y requisitos que se observarán para que la institución pueda proceder, ante notario público, a la apertura y desocupación de la caja, así como lo relativo a la custodia de los bienes extraídos."

Arrendamiento	Usufructo, uso y habitación
En caso de pérdida del bien arrendado por caso fortuito o fuerza mayor durante la vigencia del arrendamiento, el arrendatario queda libre de la obligación de pagar la renta desde el momento en que la pérdida ocurre.	En la venta en abonos del usufructo temporal de la cosa, la obligación de pagar la totalidad de esos abonos subsiste a cargo del usufructuario.

6.4.6 El arrendamiento de inmuebles en centros comerciales

La doctrina ha calificado el arrendamiento de locales comerciales en un centro comercial como un *contrato atípico mixto* que, además, se inserta dentro de un sistema de contratos.

Por una parte, el contrato presenta los caracteres esenciales del *arrendamiento*, en virtud de que se concede el uso o goce de un local comercial a cambio de una renta; por otra, el *administrador del centro comercial* asume deberes propios de la *prestación de servicios*, como la limpieza, iluminación, seguridad, conservación del centro comercial, prevención de incendios, desarrollo de áreas comunes, administración del estacionamiento, etc., servicios por los cuales se cobra una cuota de administración.

Además, cada contrato que el *administrador del centro comercial* celebra respecto de los locales comerciales forma parte de un sistema de contratos: el administrador debe desarrollar los medios conducentes para concretar la expectativa creada en la planificación del centro comercial. Incluso, en opinión de Lorenzetti, su "incumplimiento culposo produce la obligación de indemnizar los daños causados".[9]

Todos los contratos están unidos entre sí por un *elemento asociativo* que es el *interés común*[10] en la adecuada operación del centro comercial. De ahí que se haya entendido que el centro comercial constituye una *empresa común*.

Por virtud del sistema de contratos surgen, a cargo de las partes, una serie de *deberes sistémicos*,[11] entre los cuales pueden mencionarse: coordinar los recursos para la buena operación del centro comercial a cargo del administrador, participar en los gastos de publicidad, con promociones u ofertas en los bienes o servicios que se ofrecen, sujetarse a los horarios establecidos, abrir los locales comerciales en días festivos, someterse a la planificación realizada por el administrador (por ejemplo, la ubicación estratégica de ciertos negocios, las zonas de esparcimiento, los cines, bares, estacionamientos, etc.) y observar el reglamento interno.[12] Todos estos deberes tienen su causa en la relación asociativa que surge con motivo del sistema de contratos en que consiste el centro comercial.

[9] Ricardo Luis Lorenzetti, *Tratado de los contratos*, t. I, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 1999, p. 709.

[10] *Ibidem*, p. 706.

[11] *Idem*.

[12] *Ibidem*, pp. 705, 706 y 712.

6.4.7 Diferencia con el contrato de exposición

El *contrato de exposición* es aquel por el cual se asigna un espacio determinado en el local destinado a una feria o exposición, para la exhibición de ciertos artículos, a cambio de una contraprestación. Sería un contrato de prestación de servicios, que además se conforma por prestaciones características de otros contratos, como el de arrendamiento (uso o goce de una porción del local), depósito (custodia eventual de los objetos exhibidos) y diversos servicios (como la organización de la exposición, seguridad, vigilancia, limpieza, etcétera).[13]

6.4.8 Diferencia con el contrato de portería

El *contrato de portería* es aquel por el cual se otorga a una persona el uso de una localidad, para que la habite y se encargue del cuidado de un determinado inmueble.[14] En este caso se establece más bien una *relación laboral* entre el dueño de la localidad y el *portero*, por lo cual la localidad misma se considera instrumento de trabajo y podría formar parte del salario integrado.

6.5 Las partes contratantes en el arrendamiento

Las partes en el contrato de arrendamiento son el *arrendador*, quien es la persona que otorga el bien en arrendamiento, y el *arrendatario*, que es quien recibe dicho bien. Dado que el arrendamiento es un contrato formal, el consentimiento para celebrarlo no puede manifestarse de manera tácita.[15]

Sin embargo, debe tenerse presente que por el mero hecho de que la persona que ocupa un inmueble pague una cantidad en concepto de renta, habrá de entenderse que esta ha celebrado el arrendamiento.

Respecto del arrendador es posible afirmar, en términos generales, que pueden arrendar quienes tengan la plena propiedad de los bienes objeto del arrendamiento (art. 2401, CCDF), o bien, la *autorización para conceder el uso o goce* sobre bienes ajenos.

El arrendamiento se considera, en principio, un *acto de administración*,[16] por lo cual basta que la persona tenga la *facultad de administrar* bienes a fin de estar autorizada para arrendar. No obstante, en relación con el arrendatario, la naturaleza del acto dependerá de la clase de bienes con los que deba pagarse el monto de la renta. De esta manera:

[13] *Cfr.* Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 248.

[14] *Idem.*

[15] *Cfr.* Jorge Alfredo Domínguez Martínez, *op. cit.*, p. 392.

[16] *Cfr.* Rafael Rojina Villegas, *Derecho civil mexicano*, t. VI, vol. I, 9ª ed., Porrúa, México, 2010, p. 562. En el mismo sentido, Jorge Alfredo Domínguez Martínez, *op. cit.*, p. 392.



a) Los *menores de edad* pueden dar en arrendamiento los bienes adquiridos por su trabajo, sin ningún requisito, porque tienen la administración de tales bienes (art. 429, CCDF).[17]

b) Los *menores emancipados* pueden celebrar el contrato de arrendamiento respecto de los bienes de su propiedad, precisamente porque tienen la administración de los mismos (arts. 435, 643, fracc. I, CCDF). Solo requieren la autorización judicial para enajenar, gravar o hipotecar bienes inmuebles.

c) El deudor que se encuentre en *estado de concurso* no puede dar en arrendamiento sus bienes, porque el concurso le priva de la posibilidad de seguir administrando su patrimonio (art. 2966, CCDF).[18]

Ahora bien, para que una persona distinta del propietario pueda dar los bienes en arrendamiento, habrá de contar con la autorización respectiva. Esta autorización puede ser otorgada por el propietario de los bienes mediante un *mandato*, *poder* o *negocio autorizativo* (o *de autorización*), o bien, puede tener su causa en alguna disposición legal (art. 2401, CCDF). La celebración del arrendamiento habrá de atender los límites a los que esté sujeta la autorización (art. 2402, CCDF).

Dado que la celebración de un contrato de arrendamiento es un acto de administración, según se señaló, las personas que tienen la *administración de bienes ajenos* (como las que ejercen la patria potestad, el tutor, el albacea o el síndico) pueden arrendarlos (art. 2402, CCDF).

No obstante, la celebración de *arrendamientos de larga duración* o con una *renta anticipada por varios años* ha sido equiparada a un *acto de dominio* o de *administración extraordinaria*,[19, 20] por lo cual se requiere la satisfacción de ciertos requisitos para que quienes tengan la administración de bienes ajenos estén en condiciones de arrendarlos.

a) En efecto, las personas que ejercen la *patria potestad* requieren autorización judicial para celebrar contratos de arrendamiento por más de cinco años o para recibir renta anticipada por más de dos años (art. 436, CCDF).

b) Los *tutores*, en cambio, solo pueden dar en arrendamiento los bienes del discapaz por más de cinco años, con el previo consentimiento del curador y la autorización judicial respectiva (art. 573, CCDF); pero no pueden pactar el anticipo de rentas por más de dos años, pues esa clase de acuerdos se consideran nulos (art. 574, CCDF). En todo caso, los contratos de arrendamiento realizados por los tutores subsistirán durante el tiempo convenido, aun cuando concluya la tutela.

[17] *Cfr.* Jorge Alfredo Domínguez Martínez, *op. cit.*, p. 396.

[18] *Cfr.* Miguel Ángel Zamora y Valencia, *op. cit.*, pp. 190 y 191.

[19] *Cfr.* Rafael Rojina Villegas, *op. cit.*, pp. 562 y 563. En el mismo sentido, Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 249.

[20] Domínguez considera que se trata de actos de dominio, porque el Código Civil no prevé los actos de administración extraordinaria (*cfr.* Jorge Alfredo Domínguez Martínez, *op. cit.*, p. 398).

En el supuesto de que el discapaz fuera copropietario del bien objeto del arrendamiento, el precio de la renta y la proporción que de esta le corresponde habrán de determinarla peritos (art. 564, CCDF).

El representante del ausente, por ser el legítimo administrador de los bienes de este, tiene respecto de ellos las mismas obligaciones, facultades y restricciones que los tutores (art. 660, CCDF).

c) El *albacea* solo puede arrendar los bienes de la sucesión hasta por un año. Para arrendarlos por un plazo mayor necesita el consentimiento de los herederos o, en su caso, de los legatarios (art. 1721, CCDF). Este límite de tiempo que se impone al arrendamiento de los bienes de la sucesión se debe a que el albacea debe cumplir con el encargo, en principio, precisamente dentro del plazo de un año desde que aceptó su desempeño (art. 1737, CCDF).[21]

Respecto del *mandato*, el mandatario que cuente con facultades generales para realizar *actos de administración* estará autorizado para conceder en arrendamiento los bienes del mandante. No obstante, será necesario que tenga *facultades especiales* para celebrar el arrendamiento cuando este *a)* sea por más de seis años o *b)* con anticipo de rentas por más de tres años, pues, como quedó indicado, sería un *acto de administración extraordinaria* o *equiparable a un acto de dominio*.[22]

No obstante, Rojina Villegas opina que el mandato general para ejecutar actos de administración faculta al mandatario para celebrar arrendamientos sobre inmuebles, independientemente del plazo concedido al efecto. Por consiguiente, si no se consigna alguna limitación expresa, el mandatario podrá estipular cualquier plazo, incluso, el máximo previsto por la ley.[23]

Sánchez Medal ha señalado que se "puede facultar a una persona a dar en arrendamiento [un determinado bien] no sólo a través de un mandato, sino mediante una *simple autorización* a esa persona", como sucede cuando el arrendador autoriza al arrendatario a subarrendar el bien a un tercero (art. 2480, CCDF); incluso, en opinión del citado profesor, "el depositante, el comodante o el deudor prendario que mediante un pacto expreso, pueden autorizar al depositario, al comodatario o al acreedor prendario, respectivamente, para dar en arrendamiento la cosa".[24]

[21] En el supuesto de que hubiera litigios sobre la validez o nulidad del testamento, el plazo de un año se contaría desde que terminaren los referidos litigios (art. 1737, CCDF).

[22] *Cfr.* Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 249. Domínguez sostiene que es un acto de dominio, dada la necesidad de autorizaciones que se requieren para que los representantes legales celebren esa clase de arrendamientos (Jorge Alfredo Domínguez Martínez, *op. cit.*, p. 395).

[23] *Cfr.* Rafael Rojina Villegas, *op. cit.*, p. 564.

[24] Este criterio lo sostuvo Sánchez Medal en su libro *De los contratos civiles*, en la edición de 2002 (p. 244), pero ese criterio no ha sido reiterado en la edición de 2013, del que simplemente se eliminó (p. 250). En el mismo sentido, respecto de la autorización del propietario, véase Jorge Alfredo Domínguez Martínez, *op. cit.*, p. 431.

Rojina Villegas sostiene que en el contrato de comodato, el comodatario no está autorizado para concertar el arrendamiento, aun cuando se le concede el uso de bienes ajenos, porque no está facultado para obtener una renta por el uso.[25] Por su parte, Zamora y Valencia admite la posibilidad de que el comodatario, el depositario y el aparcero den en arrendamiento los bienes que detentan con ese carácter.[26]

Asimismo, los *cónyuges* solo pueden celebrar el contrato de arrendamiento entre ellos cuando el matrimonio está sujeto al régimen de separación de bienes (art. 176, CCDF).[27]

Tratándose de bienes en copropiedad, uno solo de los copropietarios no puede darlo en arrendamiento sin el consentimiento de todos los demás (art. 2403, CCDF). Empero, el bien podría arrendarse con el acuerdo de la mayoría de los copropietarios (art. 946, CCDF),[28, 29] la cual se calcula con la *mayoría de personas* y con la *mayoría de intereses* (art. 947, CCDF).

El *usufructuario* de un bien puede darlo en arrendamiento, pero el contrato respectivo termina cuando concluye el usufructo (art. 1002, CCDF). El usufructuario debe declarar, al celebrar el arrendamiento, que tiene ese carácter, pues en caso de que el usufructo se consolide con la nuda propiedad y el propietario exija la desocupación del inmueble, el arrendatario podrá reclamar al arrendador la indemnización de los daños y perjuicios (art. 2493, CCDF).[30]

Los ejidatarios pueden conceder a otros ejidatarios o a terceros el uso o el usufructo de su parcela, mediante aparcería, mediería, asociación, arrendamiento o cualquier otro acto jurídico no prohibido por la ley, sin necesidad de autorización de la asamblea o de cualquier autoridad. Asimismo, pueden aportar sus derechos de usufructo a la formación de sociedades tanto mercantiles como civiles (art. 79, *Ley Agraria*). En tal caso, esa clase de contratos se regirán por el *Código Civil Federal*.

Por último, los *depositarios judiciales* de inmuebles urbanos embargados pueden celebrar el arrendamiento respecto de los mismos, siempre que la renta no sea inferior a la que el inmueble deba producir y se otorguen, además, las garantías pertinentes (art. 553, fracc. I, *Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal*, CPCDF).[31, 32]

[25] *Cfr.* Rafael Rojina Villegas, *op. cit.*, pp. 559 y 565. En el mismo sentido, Miguel Ángel Zamora y Valencia, *op. cit.*, p. 191.

[26] *Cfr.* Miguel Ángel Zamora y Valencia, *op. cit.*, p. 191.

[27] *Ibidem*, p. 190.

[28] *Cfr.* Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 249.

[29] Domínguez opina que se requiere el consentimiento de todos los copropietarios, por lo cual no es aplicable la regla de la mayoría para autorizar el arrendamiento (*cfr.* Jorge Alfredo Domínguez Martínez, *op. cit.*, p. 392).

[30] *Cfr.* Miguel Ángel Zamora y Valencia, *op. cit.*, p. 191.

[31] De acuerdo con la fracc. I del art. 553 del CPCDF, el depositario de bienes embargados tiene facultades para celebrar contratos de arrendamiento y no puede decirse que por el hecho de no tener la posesión material del predio, el depositario carezca de facultades para celebrar esa clase de contratos. Véase la tesis: ARRENDAMIENTO CELEBRADO POR EL DEPOSITARIO DE BIENES EMBARGADOS. Quinta época. Registro: 358199. Tercera Sala. Tesis aislada. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*. Tomo L. Materia(s): Civil. Tesis: Página: 878.

[32] *Cfr.* Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 250.

En relación con el *arrendatario*, *a)* los funcionarios y empleados públicos y *b)* los tutores *carecen de legitimación* para tomar en arrendamiento para ellos mismos o para sus familiares, los bienes que manejen por razón de sus funciones (arts. 2404, 2405 y 569, CCDF).

6.6 El objeto en el arrendamiento

El objeto del arrendamiento es *a)* el *bien* respecto del cual se transmite el uso o goce temporal al arrendatario y *b)* el *precio* (renta) que este debe pagar como contraprestación.

6.6.1 El bien arrendado

Pueden darse en arrendamiento todos los bienes que pueden usarse sin consumirse, excepto aquellos que la ley prohíbe arrendar. También es factible el arrendamiento de derechos, salvo aquellos que sean estrictamente personales del arrendador (art. 2400, CCDF).

El arrendamiento puede recaer sobre *géneros* (art. 2475, CCDF), siempre que fueren arrendados "como no fungibles, es decir, para ser restituid[o]s idénticamente" (art. 2498, CCDF, por analogía).

Los bienes que se consumen por el primer uso "no pueden ser dados en arrendamiento, a no ser que se altere o cambie la función económica del destino natural del bien y se le dé otra aplicación". Tal sería el caso –por ejemplo– del arrendamiento de productos alimenticios "a un comerciante para que los exhiba en calidad de muestra. El arrendamiento puede comprender los bienes fungibles siempre y cuando no sean consumibles".[33]

Como sostiene Rojina, lo "esencial en el comodato y en el arrendamiento, es que los bienes no se consuman por el primer uso, aun cuando sean fungibles, porque en la industria moderna existen grandes cantidades de bienes fungibles, que no son consumibles generalmente por su primer uso, como las piezas *standard*".[34]

También pueden darse en arrendamiento los bienes futuros, supuesto en el cual el arrendador estará obligado a procurar la existencia del bien para realizar su entrega posterior al arrendatario y concederle su uso y goce.[35]

No pueden ser objeto de arrendamiento:

a) Los *bienes que la ley prohíbe arrendar*, como una localidad que no reúna las condiciones de higiene y salubridad requeridas por las disposiciones legales (arts. 2400 y 2448-A, CCDF).

[33] *Cfr.* Rafael Rojina Villegas, *op. cit.*, p. 560.

[34] *Idem.*

[35] *Cfr.* Miguel Ángel Zamora y Valencia, *op. cit.*, p. 187.

b) Los derechos estrictamente personales, como el *derecho real de uso* o el *de habitación* (art. 1051, CCDF), así como los *derechos de la personalidad*, el *estado civil* y los *derechos públicos subjetivos* (como los derechos humanos).[36]

c) Los derechos que supongan la prestación de servicios en consideración a las aptitudes o capacidades de las personas, pues no todos los derechos que tengan contenido patrimonial son susceptibles de arrendamiento.[37]

Por último, el arrendamiento de bienes del dominio público de la Ciudad de México o de establecimientos públicos está sujeto a las disposiciones del derecho administrativo y, en lo que no lo estuviere, a las disposiciones del CCDF (art. 2411).

a) Arrendamiento de bienes inmuebles federales. Los inmuebles federales que no sean útiles para destinarlos al servicio público o que no sean de uso común pueden ser dados en arrendamiento en forma total o parcial (art. 84, fracc. XIV, *Ley General de Bienes Nacionales*, LGBN) o en comodato; en este último caso, en favor *i)* de instituciones que realicen actividades de asistencia social o labores de investigación científica, siempre que no persigan fines de lucro (art. 84, fracc. XII, LGBN), y *ii)* de organizaciones sindicales constituidas y reconocidas por la legislación laboral, para el cumplimiento de sus fines (art. 84, fracc. XIII, LGBN).

Los contratos de arrendamiento y comodato sobre inmuebles federales deben inscribirse en el Registro Público de la Propiedad Federal (art. 42, fracc. XXI, LGBN).

Los concesionarios de inmuebles federales solo pueden dar en arrendamiento o en comodato fracciones de tales bienes con la previa autorización de las dependencias que hayan otorgado la concesión respectiva, siempre que tales fracciones se vayan a utilizar en las actividades relacionadas directamente con las que son materia de las propias concesiones, en cuyo caso el arrendatario o comodatario será responsable solidario. En este caso, el concesionario mantendrá todas las obligaciones derivadas de la concesión (art. 77, fracc. I, LGBN).

Los bienes muebles e inmuebles y sus anexidades utilizados para fines religiosos[38] podrán ser objeto de arrendamiento, comodato o usufructo (art. 78, segundo párrafo, LGBN).[39]

El arrendamiento de bienes del estado o de los municipios requiere avalúo del Instituto de Administración y Avalúos de Bienes Nacionales (Indaabin), para determinar el monto de la renta que habrá de pagarse.[40]

[36] *Cfr.* Rafael Rojina Villegas, *op. cit.*, p. 559.

[37] *Idem.*

[38] Son aquellos nacionalizados a que se refiere el artículo decimoséptimo transitorio de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*.

[39] Tampoco pueden ser objeto de desincorporación del régimen de dominio público de la Federación, de concesión, permiso o autorización.

[40] Dichos avalúos se realizan de acuerdo con las "Normas conforme a las cuales se llevarán a cabo los avalúos y justipreciaciones de rentas a que se refiere la Ley General de Bienes Nacionales", publicadas en el *Diario Oficial de la Federación* el 17 de mayo de 2012.

Las dependencias, la Procuraduría General de la República o las unidades administrativas de la Presidencia de la República, en nombre de la Federación podrán convenir con los poseedores derivados la forma y términos conforme a los cuales se darán por terminados los contratos de arrendamiento, comodato o cualquier otro tipo de relación jurídica que les otorgue la posesión derivada del bien, cuando hayan adquirido, en los términos del derecho privado, un inmueble para cumplir con finalidades de orden público, pudiendo cubrirse en cada caso una compensación y tomando en cuenta la naturaleza y vigencia de los derechos derivados de los actos jurídicos correspondientes en favor de los poseedores, así como los gastos de mudanza que tengan que erogar. El término para la desocupación y entrega del inmueble no deberá exceder de un año (art. 52, LGBN).

b) Arrendamiento de bienes inmuebles por las dependencias federales, la Procuraduría General de la República o las unidades administrativas de la Presidencia de la República. El arrendamiento (adquisición de derechos de uso a título oneroso) de bienes inmuebles ubicados en territorio nacional para el servicio de las dependencias, la Procuraduría General de la República o las unidades administrativas de la Presidencia de la República solo podrá realizarse cuando no existan inmuebles federales disponibles, o bien, existiendo estos, no fueran adecuados o convenientes para el fin que se requieran (art. 50, primer párrafo, LGBN).

La secretaría emitirá los lineamientos sobre el arrendamiento de inmuebles para establecer, entre otros aspectos, el procedimiento de contratación, la justipreciación de rentas, la forma y términos en que deberá efectuarse el pago de las mismas y las obras, mejoras, adaptaciones e instalaciones de equipos especiales que podrán realizarse en los inmuebles, así como los procedimientos para desocuparlos o continuar su ocupación (art. 50, segundo párrafo, LGBN).

Antes de celebrar los actos jurídicos en que intervengan las dependencias, la Procuraduría General de la República, las unidades administrativas de la Presidencia de la República y, en su caso, las entidades, la secretaría deberá dictaminar el monto de la renta cuando los gobiernos de los estados, de la Ciudad de México y de los municipios pretendan tomar en arrendamiento un inmueble con cargo a recursos federales distintos de las participaciones en impuestos federales (art. 143, fracc. XVII, LGBN).

Cuando las dependencias, la Procuraduría General de la República, las unidades administrativas de la Presidencia de la República o las entidades pretendan continuar la ocupación de un inmueble arrendado, la secretaría podrá fijar el porcentaje máximo de incremento al monto de las rentas pactadas en los contratos de arrendamiento correspondientes, sin que sea necesario justipreciar las rentas. No obstante, las instituciones mencionadas no requerirán obtener justipreciaciones de rentas cuando el monto de las mismas no rebase el importe máximo de rentas que fije anualmente la secretaría (art. 146, LGBN).

6.6.2 La renta

La renta puede ser en dinero o en "cualquiera otra cosa equivalente" (art. 2399, CCDF), como podrían ser *frutos* o el *uso y goce* de otro bien; en este último caso sería una especie de



permuta de uso temporal de diferentes bienes.[41] La renta es considerada como *frutos civiles* que los bienes pueden producir (art. 893, CCDF).

Es preciso señalar que se suele emplear la palabra *renta* cuando el arrendamiento recae sobre inmuebles, y *alquiler* cuando se trata de muebles.

La renta debe ser cierta (art. 2398, CCDF) y determinada o determinable. La renta cierta es verdadera, real, no simulada; la renta determinada es precisa.[42] En este sentido, cuando la renta consiste en *dinero* puede ser cierta y determinable, mientras que si es en *otros bienes* debe ser cierta y determinada (art. 2399, CCDF).[43] En Jalisco, la renta de otros bienes puede ser también determinable (art. 1981, *Código Civil para el Estado de Jalisco*, CCEJ).

Se debe distinguir entre el *precio incierto y el precio indeterminado*. El *precio incierto* se relaciona con la existencia misma del precio, de tal manera que, en los términos en que se ha pactado, no es posible conocer si en realidad se habrá de satisfacer precio alguno, como cuando el precio se fija en atención a las utilidades que produzca el negocio localizado en el inmueble arrendado. En cambio, la *renta indeterminada* se refiere a la cuantía misma de la renta, esto es, existe en principio un monto determinado de la renta, pero el importe definitivo habrá de especificarse en cada periodo con base en ciertos factores definidos de antemano, como en el caso en que se fija una suma de dinero específica, que se verá adicionada con un porcentaje del producto de la venta o los ingresos del negocio comercial situado en el inmueble arrendado.[44]

El contrato sería de comodato o de alguna figura distinta, en el caso de que faltara el precio por el uso y goce.

La renta de inmuebles destinados a habitación debe estipularse en moneda nacional y solo puede ser aumentada al año. Si la renta no excede de 9 000 veces la Unidad de Cuenta de la Ciudad de México, no podrá incrementarse más de 10% de la cantidad pactada como renta mensual (art. 2448-D, CCDF).

Cuando la renta deba pagarse en *frutos*, en caso de que no los entregue en el tiempo debido, el arrendatario estará obligado a pagarlos en dinero, según el mayor precio que tuvieran "dentro del tiempo convenido" (art. 2430, CCDF).

La renta no puede consistir, exclusivamente, en un porcentaje de los frutos que produzca el bien arrendado, porque en tal caso se trataría de una *aparcería*. La renta tampoco puede consistir en servicios[45] ni solo en las utilidades del negocio establecido en el inmueble. En estos últimos casos se trataría de un *contrato atípico*, aunque similar al arrendamiento.

[41] *Cfr.* Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 250.

[42] *Cfr.* Miguel Ángel Zamora y Valencia, *op. cit.*, p. 183.

[43] Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (amparo 2132/84 de Inmobiliaria Aragón 2.000 SA, 29-V-1985).

[44] *Cfr.* Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, pp. 251, 263.

[45] *Cfr.* Jorge Alfredo Domínguez Martínez, *op. cit.*, p. 424.

Nada obsta, sin embargo, para que la renta consista en una cierta cantidad de dinero o de frutos más un porcentaje de los frutos que el bien arrendado produzca eventualmente, o bien, una participación en los ingresos o las utilidades que se obtengan por la explotación del referido bien.[46] De hecho, es frecuente encontrar contratos de arrendamiento donde se acuerda una renta mensual fija, que se complementa cada mes con un porcentaje del producto de las ventas o de los ingresos del negocio comercial establecido en el inmueble arrendado.[47] En este caso, la estipulación relativa al porcentaje de las ventas o de los ingresos es una cláusula atípica; sin embargo, no es atípica en Jalisco, en donde la renta puede ser una cosa equivalente "determinable al momento del pago" (art. 1981, CCEJ).

En el arrendamiento suele pactarse la entrega de una cantidad como *depósito en garantía* que, por lo general, representa el importe de un mes de renta y que el arrendador conserva para destinarlo, al término del contrato, al pago de la renta que el arrendatario llegara a adeudar, o bien, para hacer las reparaciones que el bien arrendado requiera y que el arrendatario no haya realizado antes de devolverlo.

En varios estados se legisló, en alguna época, en materia de *arrendamiento de casas habitación* para considerar de interés público esta clase de operaciones. Las leyes respectivas han recibido el nombre de *leyes inquilinarias* y en estas se establece el monto máximo de la renta a partir de un porcentaje sobre el valor catastral del inmueble. Algunas de esas leyes todavía están en vigor, como ocurre en Colima, en donde se expidió la *Ley Reglamentaria del Artículo 2288 del Código Civil del Estado* (de 1984)[48] para regular el arrendamiento *a)* de casas y departamentos destinados para habitación, *b)* de locales comerciales en los que se expenden productos de primera necesidad y *c)* los destinados al desarrollo de industrias en pequeño (art. 1º). Asimismo, en esa entidad federativa se promulgó la *Ley Inquilinaria para Casos de Desastres en el Estado de Colima*.[49]

Con la finalidad de atenuar las consecuencias de la inflación, es común incluir en los contratos de arrendamiento *cláusulas de estabilización monetaria o de escala móvil*, las cuales buscan mantener el valor real de la renta establecida en dinero y evitar los efectos adversos del *nominalismo monetario* y de la *inflación*. En este sentido, se suelen pactar mecanismos de ajuste de la renta en determinado periodo conforme a ciertos parámetros, como un porcentaje específico, el incremento que sufra en ese periodo el salario mínimo, el precio en el mercado de ciertos productos, la variación del Índice Nacional de Precios al Consumidor, el porcentaje en que se devalúe alguna moneda respecto de otra, determinada tasa de referencia, etc. Asimismo, la renta se puede establecer tomando como base las Unidades de Inversión (Udis).

[46] *Cfr.* Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, pp. 251, 263.

[47] *Idem*.

[48] Periódico oficial *El estado de Colima*, 1 de diciembre de 1984.

[49] *Ibidem*, 10 de abril de 2004.

Cuando el patrón da habitaciones en arrendamiento a sus trabajadores, la renta no puede exceder del medio por ciento mensual del valor catastral de la finca arrendada (art. 151, *Ley Federal del Trabajo*, LFT).

6.7 La duración del arrendamiento

Como quedó señalado, el arrendamiento debe ser temporal y está sujeto a una duración máxima que se establece como un límite a la autonomía privada. De esta manera, el arrendamiento de inmuebles destinados al comercio o a la industria no puede exceder de 20 años y el arrendamiento de inmuebles destinados a casa habitación no puede ser menor de un año (art. 2398, CCDF).[50] De hecho, en este último caso la duración mínima del arrendamiento debe ser de un año forzoso para ambas partes y es prorrogable por un año más por voluntad del arrendatario, siempre que se encuentre al corriente en el pago de la renta, salvo convenio en contrario (art. 2448-C, CCDF).

La razón por la cual se establece una duración máxima para el arrendamiento es "para evitar la depreciación que forzosamente sufren en su valor los bienes alquilados por larguísimos plazos, al quedar prácticamente fuera del comercio, porque nadie tiene interés en adquirir bienes que por mucho tiempo han de permanecer en poder de otro", según se precisó por la comisión redactora del Código Civil de 1928.[51]

En los códigos civiles de 1870 y 1884 no se limitó la duración máxima del arrendamiento y en el derecho romano se permitía a perpetuidad.

En relación con el límite máximo de duración del arrendamiento, se deben tener en cuenta los aspectos siguientes:

a) En el caso de que se hubiera celebrado el arrendamiento por un plazo mayor al establecido por la ley, esta no sería una causa de nulidad del contrato, sino que el referido plazo se reduciría hasta el límite legal, por efecto del principio de conservación del contrato (art. 1853, CCDF). Según Zamora y Valencia, solo se causaría la nulidad de la cláusula respectiva, por lo que se refiere al exceso.[52]

b) En opinión de Sánchez Medal, las partes pueden otorgar una *promesa de arrendamiento* al mismo tiempo que celebran el mismo, para quedar obligadas a firmar un nuevo contrato una vez que concluya el primero, aun cuando de esta manera se excediera el límite de duración legal. En caso de que el bien se enajenara, el adquirente quedaría obligado en los términos del arrendamiento celebrado (art. 2409, CCDF), pero no de la promesa de arrendamiento (art. 2247, CCDF).[53]

[50] El art. 2288, segundo párrafo, del CCEC establece que el "arrendamiento no puede exceder de diez años para las fincas destinadas a habitación, de quince para las fincas destinadas al comercio y de veinte para las fincas destinadas al ejercicio de una industria".

[51] *Cfr.* Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 252.

[52] *Cfr.* Miguel Ángel Zamora y Valencia, *op. cit.*, p. 183.

[53] *Cfr.* Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 253.

También sería válido –de acuerdo con el citado profesor– el *pacto de preferencia* establecido en favor del arrendatario, para que este celebre un nuevo arrendamiento sobre el mismo bien al finalizar el contrato.[54]

Por nuestra parte, consideramos que la *promesa de arrendamiento* y el *pacto de preferencia* están prohibidos cuando el efecto de tales acuerdos permite eludir la prohibición legal del plazo máximo de duración del arrendamiento, lo cual constituye un *fraude a la ley*.

c) En la hipótesis de que el arrendamiento se haya celebrado sin sujetarlo a un plazo determinado –es decir, un *arrendamiento por tiempo indeterminado*–, podrá concluir por voluntad de cualquiera de las partes mediante un aviso escrito, entregado a la otra parte con 30 días de anticipación si el inmueble fuera urbano, o de un año si el inmueble fuera rústico (arts. 2478 y 2483, fracc. I, CCDF).

6.8 La forma en el arrendamiento

El arrendamiento de bienes muebles o inmuebles debe constar por escrito, por lo que es un contrato formal. Incluso, las consecuencias de la *falta de forma* se atribuyen al arrendador, por lo cual habrá de indemnizar los daños y perjuicios que tal omisión cause al arrendatario siempre que sean consecuencia directa de la falta de forma (arts. 2459, 2406, CCDF).

El arrendamiento de inmuebles con una duración mayor a seis años o con pago anticipado de rentas por más de tres años, debe inscribirse en el Registro Público de la Propiedad para que produzca efectos contra terceros. Para ello, será necesario ratificar las firmas del contrato respectivo ante fedatario público u otorgarse en escritura pública ante notario; de lo contrario, será imposible anotarlos en el referido registro.

Los efectos frente a terceros pueden producirse, por ejemplo, cuando una persona adquiere el bien arrendado (art. 2409, CCDF), o cuando el mismo inmueble se da en arrendamiento por separado a dos o más personas (doble arrendamiento); caso este último en que prevalece el contrato celebrado en primer término (art. 2446, CCDF).

El arrendamiento de inmuebles destinados a habitación también debe otorgarse por escrito (art. 2448-F, CCDF) y la falta de esta formalidad es atribuible al arrendador. El contrato debe contener, por lo menos, las estipulaciones siguientes: *a)* nombres del arrendador y arrendatario; *b)* ubicación del inmueble; *c)* descripción detallada del inmueble objeto del contrato y de las instalaciones y accesorios con que cuenta para el uso y goce del mismo, así como el estado que guardan; *d)* monto y lugar de pago de la renta; *e)* garantía, en su caso; *f)* mención expresa del destino habitacional del inmueble arrendado; *g)* término del contrato; *h)* obligaciones que arrendador y arrendatario contraigan adicionalmente a las establecidas en la ley; *i)* monto del depósito o, en su caso, los datos del fiador en garantía; *j)* carácter y facultades

[54] Para asegurar el cumplimiento de la promesa de arrendamiento o del pacto de preferencia, se suele incluir una elevada pena convencional. *Cfr.* Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 253.



con que el arrendador celebrará el contrato, incluidos todos los datos del instrumento con que este acredite su personalidad.

En el estado de Colima se prevé que los contratos de arrendamiento cuyo importe de la renta exceda 30 salarios mínimos al mes deben otorgarse por escrito e inscribirse en el Registro Público de la Propiedad, previa ratificación ante el Instituto para el Registro del Territorio y a solicitud del arrendador, dentro de los 15 días naturales siguientes a la fecha de su otorgamiento, aun cuando todavía no haya sido entregada al arrendatario la posesión del bien objeto del arrendamiento. De hecho, la falta de inscripción del contrato en el citado registro es imputable al arrendador. En caso de que el arrendador omita realizar la inscripción, podrá efectuarla el arrendatario (art. 2296 bis, *Código Civil para el Estado de Colima*, CCEC).

El contrato de arrendamiento debe contener algunos datos[55] y se le habrá de adjuntar copia de la identificación oficial de los contratantes y de los testigos que concurran. La satisfacción de tales requisitos y el registro del contrato hace presumir la buena fe del arrendador (art. 2296 bis, CCEC).

6.9 Contenido obligacional

6.9.1 Obligaciones del arrendador

Las obligaciones del arrendador son *obligaciones de dar y de hacer*.[56] Estas son: *a)* transmitir el uso o goce temporal de un determinado bien, *b)* entregar el bien objeto del arrendamiento, *c)* conservar dicho bien y *d)* garantizar el uso del bien arrendado. Esta última obligación "no puede renunciarse y nunca puede faltar".[57]

6.9.1.1 Transmitir el uso o goce de un determinado bien

La obligación fundamental del arrendador consiste en conceder el uso o goce temporal de un bien determinado al arrendatario. De hecho, es posible afirmar que de esta obligación

[55] *a)* Nombre del arrendador y nombre del arrendatario; *b)* datos generales de ambos, entendiendo como tales su domicilio —en el caso del arrendatario puede indicar el del bien inmueble objeto del contrato—; edad, ocupación, estado civil, nacionalidad y demás datos que ayuden a identificar plenamente a los contratantes; *c)* domicilio del bien arrendado, si se tratase de un inmueble; *d)* descripción del bien arrendado, si se tratase de un mueble; *e)* importe de la renta; *f)* temporalidad; *g)* finalidad del uso del bien arrendado —en este caso se deberá indicar dicho propósito, siempre que sea lícito y posible, atendiendo a la naturaleza del bien—; *h)* una manifestación de la parte arrendadora de otorgar el arrendamiento para alguno de los fines indicados en la fracción anterior, con la cual se deslinda de cualquier responsabilidad que pudiera generarse en virtud del mal uso que la parte arrendataria pudiera darle al bien inmueble sin su conocimiento y consentimiento; *i)* una manifestación de la parte arrendataria donde se comprometa a darle un buen uso al bien en cuestión, y *j)* las firmas de dos testigos.

[56] Sánchez Medal afirma que las obligaciones del arrendador no son obligaciones de dar, sino obligaciones de hacer (véase Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 256).

[57] *Idem*.

derivan las demás que le corresponden al arrendador, que pueden reducirse a tres: conceder, garantizar y sanear (Colin y Capitant).[58]

En México, esta es una *obligación de dar;* pero en el derecho francés se ha considerado una *obligación de hacer*, que consiste en "hacer gozar del bien" al arrendatario.[59]

La doctrina en México es uniforme en cuanto a la naturaleza jurídica del derecho del arrendatario al uso del bien arrendado, el cual ha sido calificado como un *derecho personal o de crédito* y no como un *derecho real.*[60]

6.9.1.2 Entregar el bien arrendado

La entrega del bien arrendado es una obligación compleja, en razón de que se complementa con una gama de deberes: el bien debe entregarse *a)* con todas sus pertenencias, *b)* en estado de servir para el uso convenido o el acorde con la naturaleza del mismo y *c)* en condiciones que ofrezcan seguridad e higiene (art. 2412, fracc. I, CCDF).

La entrega puede ser *real* o *virtual*. El inmueble se tendría por entregado de manera virtual, por ejemplo, cuando el arrendatario tenga la posesión del bien arrendado, pero con un carácter distinto (como propietario o comodatario); cuando el arrendatario reciba las llaves del inmueble materia del arrendamiento, o cuando la posesión del bien la tenga un tercero y el arrendatario se encargue del desalojo, para lo cual el arrendador le otorgará un mandato.

La entrega debe hacerse en el tiempo convenido; a falta de acuerdo, luego de que el arrendador fuere requerido por el arrendatario (art. 2413, CCDF). En este sentido, respecto de la entrega del bien arrendado, en el arrendamiento no rige la regla general aplicable a las *obligaciones de dar* que no están sujetas a plazo, las cuales deben cumplirse después de transcurridos los 30 días siguientes a la interpelación (art. 2080, primera parte, CCDF). En su lugar, se ha adoptado la regla aplicable a las *obligaciones de hacer* (art. 2080, segunda parte, CCDF).[61]

En relación con el *lugar de entrega* debe hacerse una distinción, en ausencia de acuerdo: tratándose de bienes muebles, la entrega habrá de efectuarse en el domicilio del deudor –que en este caso sería el arrendador–, a menos que lo contrario se desprenda de las circunstancias, la naturaleza de la obligación o de la ley (art. 2082, CCDF); en cambio, tratándose de inmuebles, la entrega deberá realizarse en el lugar dónde estos se encuentren (art. 2083, CCDF).

Los *gastos de entrega* corren por cuenta del deudor, esto es, del arrendador (art. 2086, CCDF).

Es preciso señalar que, por lo general, la entrega del bien arrendado determina el momento a partir del cual el arrendatario debe pagar la renta (art. 2426, CCDF), a menos que se pacte

[58] *Cfr.* Francisco Lozano Noriega, *Cuarto curso de derecho civil. Contratos*, 6ª ed., Asociación Nacional del Notariado Mexicano, México, 2001, p. 207. En el mismo sentido, Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 256.

[59] *Cfr.* Francisco Lozano Noriega, *op. cit.*, p. 207.

[60] Véase el análisis que hace al respecto Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, pp. 254-256.

[61] *Cfr.* Francisco Lozano Noriega, *op. cit.*, p. 207.

lo contrario. De ahí que Sánchez Medal haya señalado que, en el arrendamiento, la entrega es esencial.[62]

La entrega debe comprender todas las "pertenencias de la cosa", por ejemplo, llaves, muebles de baño y cocina, etcétera.

El bien arrendado se hallará en estado de servir para el uso convenido o, en defecto de convenio expreso, para el uso que sea apropiado según la naturaleza del mismo (art. 2412, fracc. I, CCDF).

> ***Ejemplo:*** El automóvil que se da en arrendamiento debe estar en condiciones de funcionar adecuadamente al ser entregado (art. 2474, CCDF, por analogía).

El arrendatario puede aceptar recibir el bien objeto del arrendamiento en el estado en que se encuentra y obligarse a realizar por su cuenta las obras o mejoras que se requieran a fin de que dicho bien esté en condiciones de servir para el uso pretendido.

Asimismo, el arrendador puede obligarse a realizar ciertas construcciones o determinadas adecuaciones al bien arrendado, de acuerdo con el uso que el arrendatario requiera darle al referido bien. Tales obras podrían tener lugar antes o después de la entrega del bien al arrendatario. En cualquier caso, es una obligación de hacer que tiene el carácter de *cláusula o estipulación atípica* en un contrato de arrendamiento.

6.9.1.3 Conservar el bien arrendado. El deber de realizar reparaciones en el bien arrendado

El arrendador tiene, *durante el arrendamiento*, el *deber de conservar* el bien arrendado en el mismo estado requerido para su uso (art. 2412, fracc. II, CCDF). Se trata de una *obligación continua* que consiste en *mantener al arrendatario en el uso útil* del bien[63] y, por consiguiente, ha de materializarse durante el tiempo que perdure el arrendamiento.[64] Esto se debe a que el arrendador tiene el deber de proporcionar al arrendatario el uso o goce del bien materia del arrendamiento, mientras el contrato esté vigente.[65]

Esta obligación tiene un aspecto *activo* (o positivo) y otro *pasivo* (o negativo). En su aspecto *activo*, la conservación del bien arrendado comporta el deber de efectuar todas las *reparaciones necesarias* para mantenerlo en estado de servir para el uso convenido o, en su caso, para el uso natural al que está destinado (art. 2412, fracc. II, CCDF); en su aspecto *negativo*, el arrendador tiene *prohibido modificar la forma* de la cosa arrendada (art. 2414, CCDF).

Las reparaciones que el arrendador está obligado a realizar son las que fueren *necesarias* para el uso del bien arrendado, pero no las *reparaciones menores* o *locativas*, las cuales están a cargo

[62] *Cfr.* Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 256.

[63] *Ibidem*, p. 257.

[64] *Idem.*

[65] *Cfr.* Francisco Lozano Noriega, *op. cit.*, p. 209.

del arrendatario. En ocasiones existe cierta dificultad para calificar, en concreto, cuándo se trata de una reparación necesaria o de una reparación locativa.[66]

Estas últimas se refieren a los "deterioros de poca importancia, que regularmente son causados por las personas que" usan el bien arrendado (art. 2444, CCDF); esto es, las "pequeñas reparaciones" que exige el uso de la cosa (art. 2467, CCDF), como reposición de vidrios, composturas de cerraduras, puertas y ventanas, chimeneas, calentadores, hornos, pasamanos, balcones, pequeños desperfectos sanitarios, etcétera.

Como puede apreciarse, en realidad, la obligación de conservar la cosa corresponde tanto al arrendador (las *reparaciones necesarias* o de importancia) como al arrendatario (las *reparaciones menores* o locativas). La obligación que tiene el arrendatario de conservar el bien otorgado en arrendamiento se explica en función de la responsabilidad que tiene de restituirlo al terminar el contrato.[67] Asimismo, se ha considerado que el arrendatario debe efectuar las reparaciones menores porque se trata de deterioros de escasa importancia que provienen de las personas que utilizan cotidianamente el bien arrendado y, de esta manera, se evitan litigios de pequeña cuantía por la importancia mínima de las reparaciones. De esta forma, se fuerza al arrendatario a ser cuidadoso en el uso del bien arrendado.[68]

No obstante, el arrendador tampoco está obligado a realizar las *reparaciones necesarias* del bien arrendado cuando ha pactado que las haga el arrendatario y, por consiguiente, se exime de ellas al arrendador.

Las reparaciones que provengan de caso fortuito o fuerza mayor, aunque sean pequeñas (como las causadas por granizo, rayos o terceros ajenos al arrendamiento), serán por cuenta del arrendador. Asimismo, este habrá de ejecutar las reparaciones menores si se obligó a hacerlas de manera expresa.[69]

Ahora bien, dado que el arrendatario es quien está en posesión material del bien arrendado, está *obligado a notificar* al arrendador, a la brevedad posible, la necesidad de realizar las reparaciones de importancia (art. 2415, primera parte, CCDF); de otra manera, el arrendador no podría saber que el mencionado bien requiere tales reparaciones. En el supuesto de que el arrendatario no hiciera saber al arrendador la necesidad de efectuar las reparaciones, será responsable de los daños y perjuicios causados por la omisión (art. 2415, segunda parte, CCDF).

Además, tampoco podrá exigir al arrendador el reembolso de los gastos erogados en las reparaciones hechas, a menos que se tratara de reparaciones de tal manera urgentes que haya sido imposible avisar al arrendador antes de efectuarlas. En esta hipótesis, el arrendatario tendría derecho al reembolso de los gastos que hubiera hecho, pero no por una *causa extracontractual*

[66] *Cfr.* Miguel Ángel Zamora y Valencia, *op. cit.*, p. 195.

[67] *Cfr.* Francisco Lozano Noriega, *op. cit.*, p. 209.

[68] *Cfr.* Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 267.

[69] *Idem*.

por una *gestión de negocios*, como piensa Sánchez Medal,[70] sino por una *causa contractual* derivada, precisamente, del arrendamiento.

> ***Ejemplo:*** Con motivo de un sismo, una casa habitada por el inquilino queda en peligro de desplomarse, por lo que hay la necesidad urgente de colocar de inmediato soportes a los techos y refuerzos a los muros para evitar el desplome inminente de la casa.

En el caso de que el arrendador no realice las reparaciones necesarias que se le hayan notificado o que haya conocido por otras vías, el arrendatario puede optar entre *a)* rescindir el contrato o *b)* exigir el cumplimiento del mismo por vía judicial; esto es, demandar al arrendador para que se le obligue a efectuar las reparaciones (art. 2416, CCDF). En ambos casos podrá reclamar, además, los daños y perjuicios que se le hayan causado por "falta de oportunidad en las reparaciones", sobre lo cual decidirá el juez, según las circunstancias (art. 2417, CCDF).

Sánchez Medal estima que, en el caso que se analiza, el arrendamiento puede ser rescindido por el arrendatario de manera unilateral, "mediante una simple comunicación al arrendador y sin necesidad de obtener una sentencia judicial de rescisión".[71] Por nuestra parte, consideramos que el arrendatario habrá de tramitar el procedimiento judicial respectivo para obtener la rescisión del contrato, a menos que se haya incluido en el contrato el *pacto comisorio expreso*.

Si el arrendatario opta por reclamar la realización de las reparaciones al arrendador, podrá diferir el pago de las rentas durante la tramitación del procedimiento judicial. Asimismo, podrá oponer la excepción de contrato no cumplido (*exceptio non adimpleti contractus*) si el arrendatario fuera demandado por el pago de las rentas o por la rescisión del contrato por la falta de pago de ellas.[72]

El referido profesor ha señalado, también, que el arrendatario no puede ejecutar por sí mismo las reparaciones necesarias y después cobrar al arrendador o descontar de la renta el importe erogado en ellas, pues, en ese caso, el arrendatario solo cuenta con la alternativa de rescindir el contrato o reclamar su cumplimiento.[73]

Sin embargo, nosotros creemos que el arrendatario está en condiciones de efectuar las reparaciones necesarias ante el incumplimiento del arrendador, las cuales podrá cobrar después al arrendador o incluso compensarlas con las rentas subsiguientes. Esto es así porque el incumplimiento de una obligación de hacer autoriza al acreedor para que la misma sea satisfecha por un tercero, pero a cargo del propio deudor.

[70] *Ibidem*, p. 258.

[71] También lo refiere en la terminación.

[72] *Cfr.* Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 258.

[73] *Idem*.

Desde luego, el arrendatario debe permitir que el arrendador realice las reparaciones del bien arrendado que tenga que efectuar (arts. 2412, fracc. III, 2415 y 2445, CCDF).

Por último, si el arrendador hace las reparaciones necesarias, el arrendatario tendrá algunos derechos en atención a la afectación que sufra en cuanto al uso del bien arrendado y el tiempo para concluir tales reparaciones:

a) Si las reparaciones duran menos de dos meses, no tiene ningún derecho y, por consiguiente, habrá de seguir pagando la renta.

b) Si las reparaciones duran más de dos meses y durante ese tiempo pierde el uso parcial del bien arrendado, el arrendatario podrá elegir entre *i)* pedir la rescisión del contrato o *ii)* solicitar que se reduzca la renta durante el tiempo en que se realicen las reparaciones (arts. 2445 y 2490, fracc. I, CCDF).

c) Si las reparaciones duran más de dos meses y durante ese tiempo pierde el uso total del bien arrendado, entonces el arrendatario podrá optar entre *i)* pedir la rescisión del contrato o *ii)* pedir que se suprima la renta por el tiempo que duren las reparaciones (arts. 2445, 2490, fracc. II, CCDF).

6.9.1.4 Garantizar el uso de la cosa arrendada

El arrendador tiene también que *garantizar el uso* del bien arrendado. Este deber es de carácter complejo porque abarca, en realidad, tres deberes distintos: *a) garantizar el hecho personal*, *b) garantizar el uso o goce pacífico* del bien y *c) responder por los vicios ocultos* del bien en cuestión.

a) La garantía del hecho personal se refiere al deber del arrendador de abstenerse de perturbar de cualquier manera, de hecho o de derecho, el uso del bien por parte del arrendatario. En este sentido, el arrendador tiene prohibido "intervenir en el uso legítimo" del bien arrendado (art. 2414, CCDF), así como "estorbar [o dificultar] de manera alguna el uso" del mismo (art. 2412, fracc. III, CCDF), a menos que tenga su causa en "reparaciones urgentes e indispensables" que estuviera realizando el arrendador.

b) La garantía del uso o goce pacífico del bien arrendado consiste en el deber del arrendador de proteger al arrendatario de las perturbaciones de derecho que provengan de terceros. Por consiguiente, el referido deber "no comprende las vías de hecho de terceros que no aleguen derechos sobre la cosa arrendada que impidan su uso o goce", ni tampoco los "abusos de fuerza".

En este sentido, para que las perturbaciones de terceros produzcan la responsabilidad del arrendador de garantizar el uso o goce pacífico del bien arrendado, habrán de tener su origen en una causa jurídica. Podría tratarse de una perturbación de hecho que se sustente en algún derecho, o bien, de un procedimiento judicial iniciado respecto del bien arrendado.[74]

[74] *Cfr.* Francisco Lozano Noriega, *op. cit.*, p. 212.

Ejemplos:

1. Una persona que argumenta ser el propietario del bien otorgado en arrendamiento pretende tomar posesión material de dicho bien (caso de perturbación de hecho con base en el derecho de propiedad).
2. Un tercero obtiene la nulidad del arrendamiento celebrado (caso de perturbación de derecho).
3. Un tercero ejerce la acción reivindicatoria en contra del arrendatario, para que se le declare propietario y se le entregue la posesión del bien arrendado, con sus frutos y accesiones (caso de perturbación mediante un procedimiento judicial).

En cambio, si una persona *motu proprio*, sin alegar derecho alguno sobre el bien arrendado, trata de impedir al arrendatario el uso de dicho bien por la fuerza, en tal supuesto el arrendador no estará obligado a garantizar el uso o goce pacífico de la cosa, dado que es imposible que garantice el derecho del arrendatario frente a cualquier persona. En estos casos, corresponde al arrendatario el ejercicio de las acciones pertinentes contra los terceros autores de los hechos –por ejemplo, los *interdictos posesorios* que competen al poseedor derivado (arts. 2419, 791, 804 y 837, CCDF)–,[75] sin que pueda dirigirse contra el arrendador, ni siquiera ante la insolvencia de aquellos (arts. 2412, fracc. IV, y 2418, CCDF).

Las *perturbaciones de derecho* provenientes de terceros que causen la pérdida total o parcial del uso del bien arrendado, producen las consecuencias siguientes:

- Si la pérdida del uso es *parcial*, esto es, sobre una parte del bien arrendado, el arrendatario podrá *i)* reclamar la *disminución de la renta*, o *ii)* la *rescisión* del contrato y el pago de daños y perjuicios (art. 2420, CCDF).
- Si la pérdida del uso es *total*, el arrendamiento termina (art. 2483, fracc. VIII, CCDF); si el arrendador procedió de mala fe, indemnizará al arrendatario por los daños y perjuicios ocasionados (art. 2434, CCDF).

Al respecto, se aplican por analogía las disposiciones relativas a la evicción del bien arrendado (arts. 2420, 2434 y 2431, CCDF), pues en esta situación se pierde el uso total o parcial de dicho bien, como consecuencia de la reclamación formulada por un tercero respecto de la propiedad del mismo.

El arrendatario debe avisar al arrendador, en el término más breve posible, de "toda usurpación o novedad dañosa" que un tercero haya realizado o esté preparando respecto del bien arrendado. Si el arrendatario omite avisar al arrendador, pagará los daños y perjuicios que se causen por tal omisión. No obstante, el arrendatario tiene el derecho de defender, como poseedor, el bien objeto del arrendamiento (art. 2419, CCDF).

[75] *Cfr.* Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 260.

Entre los deberes del arrendador para garantizar el uso o goce pacífico del bien arrendado están los siguientes:

- *El deber de responder por la evicción del bien arrendado.* El arrendador, como propietario del bien arrendado, podría sufrir la evicción de este; en tal supuesto, al restituirse el bien al tercero que logró la evicción, se privaría al arrendatario de la posesión del bien en cuestión.

  Las consecuencias que acarrea la evicción para el arrendador dependen de que sea total o parcial. La evicción total del bien arrendado causa la terminación del arrendamiento (arts. 2434, 2431 y 2483, fracc. VIII, CCDF) y, solo que el arrendador haya procedido de mala fe al celebrar el arrendamiento –porque conocía que un tercero tenía mejor derecho sobre el bien arrendado, por ejemplo–, entonces responderá también por los daños y perjuicios ocasionados al arrendatario (art. 2434, CCDF).[76] En cambio, tratándose de la evicción parcial, dado que solo se le privaría del uso de una parte del bien arrendado, el arrendatario podrá elegir entre *i)* reclamar la disminución de la renta o *ii)* rescindir el contrato y pedir el pago de daños y perjuicios (art. 2420, CCDF).

  El diferente tratamiento que se da a la evicción respecto de los daños y perjuicios –en la evicción total, solo si hubo mala fe del arrendador al arrendar; en la evicción parcial, únicamente si se opta por la rescisión del arrendamiento– obedece a que en la evicción total el arrendador no nada más sufre la pérdida de la cosa, sino que también deja de percibir la renta; mientras que en la evicción parcial, el arrendador mantiene la propiedad de una parte del bien arrendado y estará en condiciones de obtener una renta.

  La responsabilidad del arrendador por la evicción del bien arrendado atiende a un criterio objetivo, al quedar desvinculada de la buena o mala fe con la que se haya conducido. La conducta del arrendador –de buena o mala fe– solo interviene para determinar los conceptos que comprendería la responsabilidad. Al respecto, resultan aplicables los arts. 2126 y 2127 del CCDF en lo que fueren conducentes. De manera concreta: si el arrendador procedió de buena fe, el arrendatario tendría derecho al pago del "valor de las mejoras útiles y necesarias" realizadas por él; en cambio, si procedió de mala fe, el arrendatario podría cobrar también "las mejoras voluntarias y de mero placer que haya hecho" y los daños y perjuicios.[77]

- *La prohibición del doble arrendamiento.* El arrendador no puede dar en arrendamiento el mismo bien, por separado, a dos o más personas por el mismo tiempo (art. 2446, CCDF). Es el caso del *doble arrendamiento* que se soluciona haciendo prevalecer el contrato primero en fecha, y si no fuere posible verificar la fecha, prevalecerá el

[76] En realidad, la remisión que hace el art. 2434 al 2431 del CCDF no tiene ningún sentido, porque no corresponde a las consecuencias que produce la evicción. Esta impide el uso del bien arrendado en forma definitiva, por lo cual resulta irrelevante que dicha privación sea menor o mayor a dos meses.

[77] *Cfr.* Rafael Rojina Villegas, *op. cit.*, pp. 602 y 603.

contrato celebrado con la persona que tenga en su poder el bien. No obstante, si el arrendamiento estuviera sujeto a inscripción en el Registro Público de la Propiedad, prevalecerá el que haya sido inscrito, y si los dos estuvieran inscritos, prevalecerá el primero en tiempo.

- *La prohibición de arrendar por un plazo mayor que la hipoteca.* El propietario de un bien inmueble hipotecado no puede darlo en arrendamiento por un plazo mayor al de la hipoteca, sin el consentimiento del acreedor; de lo contrario, el contrato será nulo en la parte que exceda la duración de la hipoteca (art. 2914, primer párrafo, CCDF).

  Si la hipoteca no tiene plazo cierto, el arrendamiento no podrá celebrarse por más de un año si el inmueble arrendado es rústico, ni por más de dos meses si el inmueble fuere urbano (art. 2914, segundo párrafo, CCDF).

  Tampoco se puede pactar el pago anticipado de rentas por un tiempo mayor al indicado en cada supuesto.

- *El arrendamiento en caso de embargo del bien arrendado.* En el caso de que el arrendamiento se haya celebrado dentro de los 60 días anteriores al embargo del bien arrendado, si dicho bien es enajenado judicialmente, el contrato podrá darse por concluido (art. 2495, segunda parte, CCDF). La misma regla se aplicará para el arrendamiento celebrado después de realizado el embargo. En ese sentido, el contrato de arrendamiento solo subsistirá en caso de enajenación judicial del bien arrendado, si el arrendamiento se concretó más de dos meses antes del embargo (art. 2495, primera parte, CCDF).

- *El arrendamiento celebrado por el usufructuario.* En el caso de que el arrendador tenga el carácter de usufructuario del bien arrendado, así debe manifestarlo al momento de celebrar el contrato de arrendamiento; si no lo hace, será responsable de los daños y perjuicios que se causen al arrendatario si se consolida la propiedad con el usufructo y el propietario exige la desocupación del inmueble (art. 2493, CCDF).

c) El deber de responder por los vicios ocultos del bien arrendado corresponde al arrendador, con independencia de que sean anteriores a la celebración del arrendamiento y que el arrendador no los hubiese conocido, o que sobrevengan con posterioridad pero sin culpa del arrendatario (arts. 2412, fracc. V, y 2421, CCDF). Es menester que, en ambos casos, tales vicios impidan el uso del bien para que la responsabilidad del arrendador se materialice.

El arrendatario podrá pedir la disminución de la renta (*acción estimatoria o quanti minoris*) o la rescisión del contrato (*acción redhibitoria*), salvo que se pruebe que tuvo conocimiento de los vicios o defectos de la cosa arrendada antes de celebrar el contrato (art. 2421, CCDF), en cuyo caso se presume que, al ser visibles los defectos del bien, se aceptó en esas condiciones, las cuales se tomaron en cuenta para establecer el monto de la renta.[78]

[78] *Cfr.* Rafael Rojina Villegas, *op. cit.*, p. 601.

La responsabilidad del arrendador es *objetiva*, dado que no depende de que haya conocido los vicios ocultos y, por consiguiente, se produce aun cuando haya actuado de buena fe.[79]

El hecho de que el bien arrendado presente vicios ocultos que lo hagan impropio para su uso origina que no exista equivalencia entre los deberes recíprocos que surgen a cargo de las partes por virtud del arrendamiento: el pago de la renta supone el uso o goce útil del bien arrendado. En este sentido, el arrendador habría incumplido el deber de entregar "un valor equivalente al beneficio recibido".[80]

El arrendador responde por los vicios ocultos que sobrevengan durante la vigencia del arrendamiento debido a que el arrendamiento es un contrato de tracto sucesivo.[81]

d) El deber de asumir la pérdida del bien arrendado por caso fortuito o fuerza mayor, pues al privarse al arrendatario del uso de dicho bien por esa causa, este no estará obligado a pagar la renta desde que la pérdida ocurre (arts. 2431 a 2433, 2445 y 2490, CCDF).

6.9.1.5 Obligación de reembolsar mejoras

En principio, el arrendatario está autorizado para realizar mejoras a la cosa arrendada, en especial si se trata de obras que mejoren la utilidad de la misma, esto es, *mejoras útiles* (art. 2423, fracc. II, CCDF). En todo caso, habrá de *reestablecerla al estado en que la recibió* cuando la devuelva (arts. 2441, 2442, CCDF).

No obstante, el arrendatario está impedido para efectuar adecuaciones que varíen la forma de la cosa arrendada o la ponga en peligro de deterioro sin el consentimiento expreso del arrendador, "y si lo hace debe, cuando la devuelva, reestablecerla al estado en que la reciba, siendo, además responsable de los daños y perjuicios" (art. 2441, CCDF).

Asimismo, el arrendatario tampoco podrá hacer obras en la cosa arrendada, cuando en el contrato de arrendamiento se ha prohibido de manera expresa su realización (art. 1796, CCDF).

El arrendador debe reembolsar al arrendatario el importe de las obras efectuadas en los casos siguientes:

a) Cuando se ha autorizado al arrendatario a realizar las obras y el arrendador se obligó a pagarlas (art. 2423, fracc. I, CCDF).

b) Cuando se trate de mejoras útiles y por culpa del arrendador se rescindiese el contrato (art. 2423, fracc. II, CCDF).

c) Cuando el arrendador haya facultado al arrendatario para hacer mejoras en un contrato por tiempo indeterminado, y antes del tiempo necesario para que el arrendatario quede compensado de los gastos que hizo con el uso de las mejoras, el arrendador

[79] *Ibidem*, p. 600.

[80] *Idem*.

[81] *Ibidem*, p. 601.

diere por terminado el arrendamiento (art. 2423, fracc. III, CCDF), supuesto en el cual se está ante el *ejercicio inoportuno de un derecho.*

En las dos últimas hipótesis, el arrendador deberá pagar las mejoras realizadas por el arrendatario, aunque en el contrato se hubiere estipulado que las mejoras quedaran en beneficio del bien arrendado (art. 2424, CCDF).

En el supuesto de que el arrendatario carezca del derecho a reclamar el pago de las mejoras, podrá retirarlas a condición de reestablecer la cosa arrendada al estado en que la recibió, cuando la devuelva. Además, responderá por los daños y perjuicios causados con dichas mejoras (art. 2441, CCDF).

6.9.1.6 Obligación de preferir al arrendatario, en caso de venta y de arrendamiento

El arrendador podría tener interés en vender el bien arrendado estando aun en vigor el contrato de arrendamiento; o bien, al término de este podría decidir continuar rentándolo. En estos dos casos, el arrendatario goza, en ciertas condiciones, del derecho de preferencia para comprar o rentar el bien arrendado.

El arrendatario de un inmueble tiene el derecho de preferencia para adquirir el mismo inmueble arrendado, en igualdad de condiciones, en el caso de venta, cuando el arrendamiento ha durado más de tres años y se encuentra al corriente en el pago de la renta (arts. 2447 y 2448-J, CCDF).[82]

Al respecto, deberá seguirse el procedimiento (art. 2448-J, CCDF) que se detalla a continuación:

a) El propietario del inmueble deberá dar aviso por escrito al arrendatario de su deseo de vender el inmueble, precisando el precio, términos, condiciones y modalidades de la compraventa.

b) El arrendatario dispondrá de 15 días para dar aviso por escrito al arrendador de su voluntad de ejercitar el derecho de preferencia, en los términos y condiciones de la oferta, exhibiendo para ello las cantidades exigibles al momento de aceptar la oferta, conforme a las condiciones señaladas en esta.

Cuando varios arrendatarios hicieran uso del derecho de preferencia, debe preferirse a quien tenga mayor antigüedad arrendando parte del inmueble y, en caso de que la antigüedad sea la misma, a quien primero exhiba la cantidad exigible, salvo convenio en contrario (art. 2448-K, CCDF).

c) En caso de que el arrendador cambie cualquiera de los términos de la oferta inicial, estará obligado a dar un nuevo aviso escrito al arrendatario, quien a partir de ese momento dispondrá de un nuevo plazo de 15 días. Si el cambio se refiere al precio,

[82] En Colima, el derecho de preferencia se concede cuando el arrendamiento ha durado más de cinco años y el arrendatario ha hecho mejoras de importancia en la finca arrendada (art. 2337, CCEC).

el arrendador solo estará obligado a dar este nuevo aviso cuando el incremento o decremento del mismo sea de más de 10%.

d) En caso de que el arrendatario no cumpla con las condiciones antes señaladas, precluirá su derecho.

e) La compraventa realizada sin respetar el derecho de preferencia otorgará al arrendatario el derecho de demandar daños y perjuicios, sin que la indemnización por dichos conceptos pueda ser menor a 50% de las rentas pagadas por el arrendatario en los últimos 12 meses. La acción antes mencionada prescribirá 60 días después de que el arrendatario tenga conocimiento de la realización de la compraventa respectiva.

El arrendatario de un bien inmueble para uso habitacional tiene el derecho de preferencia para adquirirlo en caso de venta, en igualdad de condiciones, sin que deba satisfacer los requisitos relativos a la antigüedad del arrendamiento (que haya durado más de tres años) y al pago de la renta (que se encuentre al corriente) (art. 2447, CCDF).

La violación del derecho de preferencia en caso de venta del bien arrendado no comporta la nulidad de la enajenación, sino que solo origina la responsabilidad del arrendador respecto de los daños y perjuicios causados al arrendatario preterido. La indemnización no puede ser inferior a 50% de las rentas pagadas por el arrendatario en los últimos 12 meses.

Asimismo, el arrendatario tiene derecho de preferencia para rentar el mismo inmueble que ha venido arrendando (se restableció este derecho en las reformas de enero de 2003 al CCDF, art. 2447).

El derecho de preferencia en ambos supuestos puede renunciarse, regularse, modificarse o, incluso, ampliarse por convenio expreso.

6.9.2 Obligaciones del arrendatario

Son seis las obligaciones del arrendatario, a saber: *a)* pagar la renta, *b)* usar debidamente la cosa, *c)* conservar la cosa, *d)* avisar de las reparaciones necesarias y de las novedades dañosas, *e)* permitir ciertos actos al arrendador y *f)* devolver la cosa.

6.9.2.1 Pagar la renta

La *obligación principal* del arrendatario por virtud del contrato de arrendamiento es *pagar la renta* en la forma y el tiempo convenidos (art. 2425, fracc. I, CCDF).

En razón de que la renta constituye la contraprestación que debe satisfacer el arrendatario por el uso del bien arrendado, el pago se suspende si se priva totalmente al arrendatario de dicho uso, o se reduce el monto si la privación del uso es parcial (arts. 2431 a 2434, 2445, CCDF).

La renta debe pagarse en el *tiempo* convenido, desde el día en que reciba la cosa arrendada (art. 2426, CCDF) y hasta el día en que la devuelva (art. 2429, CCDF), en ambos casos, salvo pacto en contrario. En efecto, es posible convenir que la renta comience a devengarse aun cuando la entrega del bien arrendado no se haya efectuado. Asimismo, puede pactarse que

la renta sea exigible en su totalidad respecto del periodo que corresponda, aunque el arrendatario restituya el bien arrendado antes de que dicho periodo concluya.[83]

La renta debe pagarse por periodos vencidos –inmuebles destinados a habitación, por meses vencidos (art. 2448-E, CCDF); inmuebles rústicos, por semestres vencidos (art. 2454, CCDF)–; sin embargo, las partes pueden pactar lo contrario; de hecho, en la práctica suele convenirse pagar la renta por adelantado.

Cuando se trata de muebles, la renta se pagará al vencimiento del plazo de duración estipulado, sea por años, meses, semanas o días (art. 2461, CCDF). Pero si el arrendamiento se celebró por un término fijo, la renta se pagará al vencerse el plazo, salvo convenio en contrario (art. 2462, CCDF). Además, el arrendatario estará obligado a pagar la totalidad del precio de la renta (si esta se ajustó a un solo precio total), cuando el arrendamiento se hubiera celebrado por un tiempo fijo y los periodos solo se establecieron como plazos para el pago (art. 2464, CCDF). En este caso, el arrendatario habrá de pagar íntegro el precio, aun cuando devuelva el bien antes del tiempo convenido (art. 2463, primera parte, CCDF). En cambio, si el arrendamiento se ajusta por periodos, el arrendatario solo estará obligado a pagar la renta por los periodos transcurridos hasta la entrega (art. 2463, segunda parte, CCDF).

La *mora* en el pago de la renta, cuando es en dinero, solo puede dar lugar al pago de un determinado interés; no puede consistir en el pago de alguna cantidad por otro concepto, por ejemplo, una cantidad fija por cada día o mes de retardo, porque el pacto al respecto carece de validez. En ese caso, se aplica el interés legal de 9% anual (art. 2117, párrafo segundo, CCDF).[84]

La renta debe cubrirse en el *lugar* convenido (art. 2425, fracc. I, CCDF), y a falta de convenio, en la casa, habitación o despacho (domicilio) del arrendatario (art. 2427, CCDF). Esta disposición legal coincide con la regla general que señala que "el pago debe hacerse en el domicilio del deudor" (art. 2082, CCDF).

Es importante señalar que, cuando en el contrato de arrendamiento no se ha señalado lugar para el pago de la renta, es necesario probar que se cobró en el domicilio del arrendatario y que este no la pagó, para que se produzca la mora del arrendatario por falta de pago.[85]

La renta debe cubrir exactamente el precio convenido, sea este en dinero o en otra cosa equivalente (*principio de exactitud en la sustancia*). Asimismo, la renta debe pagarse completa, por lo cual el arrendatario está impedido de realizar pagos parciales,[86] salvo que se haya convenido lo contrario (*principio de exactitud en el modo*).

Ante la falta de pago de la renta, el arrendador puede optar por la *rescisión del contrato* (arts. 2425, fracc. I, 2483, fracc. IV, 2489, fracc. I, CCDF) o por el *cumplimiento* del mismo, esto es, por el pago de la renta (art. 1949, CCDF). Y en ambos casos, el pago de daños y perjuicios.

[83] *Cfr.* Rafael Rojina Villegas, *op. cit.*, p. 609.

[84] *Cfr.* Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 264.

[85] Tesis jurisprudenciales números 82 y 83 de la Tercera Sala hasta 1975 en el apéndice al *Semanario Judicial de la Federación*.

[86] *Cfr.* Rafael Rojina Villegas, *op. cit.*, p. 612. En el mismo sentido, Miguel Ángel Zamora y Valencia, *op. cit.*, p. 198.

Al respecto, se ha considerado como causa suficiente para la rescisión del contrato de arrendamiento la *mora constante* o el *retardo sistemático* del arrendatario en el pago de las rentas.[87]

El arrendador cuenta con un *privilegio* para que se le pague la renta adeudada, con *preferencia* sobre otros acreedores del arrendatario, "con el precio de los bienes muebles embargables que se hallen dentro de la finca arrendada o con el precio de los frutos de la cosecha respectiva si el predio fuere rústico" (art. 2993, fracc. VII, CCDF).

En opinión de Sánchez Medal,[88] el arrendatario no tiene el *derecho de retención* sobre el importe de la renta, por el hecho de que el arrendador no haya realizado las reparaciones necesarias en el bien arrendado. Según el referido profesor, en ese caso el arrendatario solo puede optar entre rescindir el contrato y devolver la cosa arrendada; o bien, exigir que el arrendador haga las reparaciones (art. 2416, CCDF) o, en su caso, que las ejecute un tercero a costa del arrendador (art. 2027, CCDF).

Por nuestra parte, creemos que el arrendatario cuenta con el *derecho de retener* las rentas, en razón de que puede suspender el pago de las mismas hasta que el arrendador haga las reparaciones necesarias que le hayan sido solicitadas. Incluso, se reconoce que el arrendatario puede oponer la excepción de contrato no cumplido (*exceptio non adimpleti contractus*) ante la reclamación que sobre el pago de las rentas intentara hacer el arrendador.[89]

El arrendador está obligado a devolver al arrendatario, al terminar el contrato, cualquier saldo que hubiera en su favor, por ejemplo, por cantidades que le hubieran sido pagadas en exceso por concepto de renta. La devolución debe hacerla de inmediato, a menos que tuviere algún derecho que hacer valer en contra del arrendatario, para lo cual habrá de depositar judicialmente el saldo referido (art. 2422, CCDF). El arrendatario tiene una obligación similar: devolver al arrendador las cantidades que resulten en su favor, por el concepto que sea, siempre que estén relacionadas con el arrendamiento.

Por último, en el caso de que el arrendatario *pierda el uso* de la cosa arrendada a causa de las *reparaciones* que se estén realizando, o como consecuencia de la *evicción* o del *caso fortuito* o *fuerza mayor*, la renta dejará de devengarse por el tiempo que dure la privación si esta fuera total; es decir, la obligación de pagar la renta se extingue. En cambio, si la privación del uso fuera parcial, el juez podría reducir la renta si dicha privación subsiste por más de dos meses (arts. 2445, 2431 a 2434, 2490, CCDF).

En el caso de que el arrendatario sufra la pérdida de más de la mitad de los frutos por caso fortuito extraordinario –como incendio, guerra, peste, inundación insólita, langosta, terremoto u otro acontecimiento igualmente desacostumbrado y que los contratantes no hayan podido razonablemente prever–, tendrá derecho a que la renta se le rebaje de manera proporcional a la pérdida sufrida. Este aspecto se considera de orden público y, por consiguiente, la disposición relativa es irrenunciable (art. 2455, CCDF). En cambio, la esterilidad de

[87] *Cfr.* Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 265.

[88] *Idem.*

[89] *Idem.*

los terrenos arrendados o la pérdida de los frutos proveniente por caso fortuito ordinario no otorga al arrendatario el derecho a la reducción de la renta (art. 2455, CCDF).

6.9.2.2 Usar debidamente el bien arrendado

Es deber del arrendatario usar el bien arrendado para los fines convenidos o, a falta de convenio, para los fines que sean apropiados según la naturaleza del mismo (art. 2425, fracc. III, CCDF).

En opinión de Sánchez Medal, el arrendatario está obligado a usar el bien arrendado, por lo cual no se trata solo de una facultad. Este aspecto distinguiría el *arrendamiento* de otros contratos: *a)* en el *comodato*, el comodatario está facultado pero no obligado a usar el bien; *b)* en la *prenda*, el acreedor prendario podría quedar facultado, pero tampoco estaría obligado a usar el bien pignorado; *c)* en el *depósito*, el depositario no está facultado para usar el bien que le ha sido entregado en depósito.[90]

Si se trata de bienes inmuebles urbanos, el uso que debe darse al inmueble arrendado corresponderá con el *uso del suelo* asignado al mismo en el Reglamento de Zonificación. De esta forma, el arrendatario habrá de obtener el dictamen de vocación del uso del suelo de manera previa al uso del inmueble, sobre todo si va a invertir en adecuarlo al uso que pretenda darle.

En el caso de convenirse un uso diferente del autorizado para el inmueble, el contrato estaría afectado de nulidad por error de derecho, determinante de la voluntad.

El hecho de que el arrendatario esté obligado a conservar en buen estado el bien objeto del arrendamiento comporta el deber de usar dicho bien como un *buen padre de familia*.[91] Esto significa que el arrendatario no usará el bien de manera abusiva, imprudente o deshonesta, porque eso significaría un uso disconforme con la naturaleza del bien y causaría la rescisión del contrato.[92]

El arrendatario es quien debe hacer uso del bien arrendado o, en su caso, sus familiares, empleados o personas con él relacionadas. En ese sentido, está impedido de subarrendar o ceder el arrendamiento sin la autorización del arrendador (arts. 2489, fracc. III, y 2488, CCDF).

6.9.2.3 Conservar el bien arrendado

Como quedó precisado con antelación, también corresponde al arrendatario el *deber de conservar* el bien arrendado. Es un *deber complejo* que comprende diferentes deberes de hacer (que implican la custodia del bien) y de no hacer (abstenerse de ejecutar actos que alteren la forma o la sustancia del bien, o que comporten un daño),[93] en torno al cual se unifican.[94]

[90] *Cfr.* Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, pp. 265 y 266.

[91] *Ibidem*, p. 266.

[92] El uso abusivo, inmoderado o deshonesto del bien arrendado se considera en el derecho comparado como incumplimiento a esta obligación y entraña, también, infracción a la obligación de conservar la cosa (Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 266).

[93] *Cfr.* Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 267; Rafael Rojina Villegas, *op. cit.*, p. 613.

[94] *Cfr.* Rafael Rojina Villegas, *op. cit.*, p. 613.

El arrendatario habrá de conservar el bien arrendado en *buen estado*. De hecho, se presume que el referido bien se entregó al arrendatario precisamente en buen estado, en particular, cuando lo recibe sin indicar la forma como se encontraba, salvo prueba en contrario (art. 2443, CCDF). En este sentido, es conveniente describir las condiciones en que se hallaba el bien arrendado al entregarse en arrendamiento y las partes que la componen, para evitar discusiones al respecto (art. 2442, CCDF).

La obligación de conservar la cosa arrendada se manifiesta, de manera específica, en los deberes siguientes:

a) *El deber de realizar reparaciones en el bien arrendado.* El arrendatario tiene que efectuar las reparaciones menores o locativas, según quedó señalado; sin embargo, también se encargará de las reparaciones necesarias que se hubiere comprometido a realizar, e incluso aquellas respecto de las cuales hubiera omitido el aviso correspondiente al arrendador.

b) *El deber de efectuar las mejoras* que se hubiera comprometido a realizar en el bien arrendado (por ejemplo, pintura, impermeabilización de techos, drenajes, instalación de aires acondicionados, ciertas construcciones removibles, etc.). Con frecuencia, se reduce la renta o se amplía el plazo del arrendamiento en beneficio del arrendatario, cuando este se ha obligado a hacer mejoras al bien arrendado.

c) El deber de responder por los daños ocasionados al bien arrendado, por culpa o negligencia del arrendatario, de sus familiares, sirvientes, invitados o subarrendatarios (art. 2425, fracc. II, CCDF). De hecho, la "pérdida de la cosa en poder del deudor se presume por culpa suya mientras no se pruebe lo contrario" (art. 2018, CCDF). En consecuencia, existe una *presunción de culpa* en todo daño causado al bien arrendado por el arrendatario, sus sirvientes o familiares.[95]

d) *El deber de no abandonar el bien arrendado* para evitar que sufra daños, que en todo caso entrañaría el incumplimiento del deber de usar el bien arrendado.[96]

e) *El deber de no realizar obras nocivas o prohibidas en el bien arrendado*, entre ellas, no variar la forma de dicho bien (arts. 2441 y 2489, fracc. V, CCDF). No obstante, el arrendatario podrá hacer mejoras útiles al bien arrendado (art. 2423, fracc. II, CCDF), a menos que le hayan sido prohibidas o variaren la forma del bien arrendado.

f) *El deber de asegurar la finca arrendada* si establece en ella una industria peligrosa, contra el riesgo que origine el ejercicio de esa industria (art. 2440, CCDF).

g) *El deber de responder por el incendio del bien arrendado*, el cual merece un análisis más amplio (arts. 2435 y 2439, CCDF).

[95] *Ibidem*, pp. 615 y 616.

[96] *Cfr.* Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 268.

Este deber se sustenta, precisamente, en la presunción *juris tantum* de culpa del deudor[97] en la pérdida del bien que está en su poder. Esa presunción queda desvirtuada cuando el arrendatario demuestra:[98]

a) Que el incendio se debió a caso fortuito, fuerza mayor o vicio de construcción del bien arrendado (art. 2435, CCDF).

b) Que el incendio se comunicó de otra parte, si tomó las precauciones necesarias para evitar que el fuego se propagara (art. 2436, CCDF).

c) En el caso de que haya varios inquilinos, se podría demostrar que el incendio comenzó en la parte ocupada por uno de ellos (art. 2437, CCDF), o bien, que no pudo comenzar en esa parte (art. 2438, CCDF). Si resulta imposible determinar dónde se inició el incendio, todos los inquilinos serán responsables de manera proporcional respecto de los daños materiales y perjuicios que se causen y de la responsabilidad civil que se genere. El arrendador también será responsable proporcionalmente si ocupa parte de la finca (art. 2437, CCDF).

En la exposición de motivos del Código Civil de 1870,[99] se estableció la responsabilidad del inquilino por el incendio del bien arrendado:

> [al ser] el arrendatario el inmediatamente perjudicado, más eficaz debe ser la vigilancia con que debe cuidar de la cosa, y tanto por este motivo como por ser quien la ocupa, debe sufrir las consecuencias de su descuido, que no puede imputarse al arrendador, quien tal vez se halla a gran distancia de ella y no está obligado a cuidarla ni tiene siquiera derecho a intervenir en el uso sino en determinados casos.[100]

Mediante el *seguro contra incendio*, la empresa aseguradora contrae la obligación de indemnizar por los daños y las pérdidas causados por incendio, explosión, fulminación o accidentes de naturaleza semejante (art. 122, *Ley sobre el Contrato de Seguro*, LCS). La empresa aseguradora solo responde de los daños materiales que resulten directamente del incendio o del principio de incendio (incluidos los daños causados por las medidas de salvamento), salvo convenio en contrario (arts. 124 y 125, LCS). Por consiguiente, no responde de las pérdidas o los daños causados por la sola acción del calor o el contacto directo e inmediato del fuego o una sustancia incandescente, si no hubiere incendio o principio de incendio, a menos que se pacte lo contrario (art. 123, LCS). Asimismo, la empresa aseguradora responde de la pérdida o la desaparición de los objetos asegurados que sobrevengan durante el incendio, a no ser que demuestre que se derivan de un robo; esto, a pesar de cualquier estipulación en contrario (art. 126, LCS).

[97] *Cfr.* Rafael Rojina Villegas, *op. cit.*, pp. 613, 614 y 616.

[98] Sánchez Medal cree que la prueba en contrario que debe rendirse para desvirtuar la señalada presunción legal no es una prueba libre, sino una prueba tasada, es decir, circunscrita a los hechos que se señalan (*cfr.* Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 269).

[99] En el derecho romano se consideraba que los incendios de las casas se producen, de ordinario, por culpa de los que las habitan: *incendia plerumque fiunt culpa inhabitantium* (Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 269).

[100] *Idem*.

Cuando es el arrendador quien contrata el *seguro contra incendio* del inmueble arrendado, se suele pactar que el arrendatario reembolsará de manera periódica el importe de las primas pagadas por el arrendador.[101]

Además, en el cuidado del bien arrendado se exige al arrendatario la diligencia propia de un *buen padre de familia*; esto es, un nivel de *diligencia medio*, por lo cual responde por *culpa leve*. Esto se debe a que el arrendatario paga una renta por el uso del bien arrendado y, por consiguiente, no debe observar la *diligencia máxima* de un *diligentísimo padre de familia*, como ocurre en el comodato, donde el comodatario responde, precisamente, por *culpa levísima*.[102]

El arrendatario no responde, como el comodatario, por los daños causados a los bienes dados en arrendamiento, cuando prefiere salvar sus propios bienes antes que aquellos, ni tampoco cuando se ha estimado el valor del bien y este se destruye por caso fortuito.[103]

6.9.2.4 Avisar al arrendador de las reparaciones necesarias y las novedades dañosas

Poner en conocimiento del arrendador, a la brevedad posible, *a)* la necesidad de las reparaciones que exija el bien arrendado (art. 2415, CCDF), así como *b)* "toda usurpación o novedad dañosa" que provenga de un tercero (art. 2419, CCDF). Estos deberes han sido objeto de análisis en los apartados anteriores.

Debe recordarse que, si el arrendatario omite dar los avisos correspondientes de manera oportuna, quedará obligado a satisfacer los daños y perjuicios causados al arrendador.

6.9.2.5 Permitir que el arrendador realice determinados actos en el bien arrendado

Antes de que el arrendamiento concluya, permitir que el arrendador realice determinados actos en el bien arrendado, como los siguientes:

a) *Permitir la fijación de cédulas de venta o de arrendamiento.* En el arrendamiento de inmuebles urbanos por tiempo indeterminado, el arrendatario debe permitir que el arrendador coloque cédulas en el inmueble arrendado para anunciar la venta o el arrendamiento del referido bien, una vez que se ha dado el aviso previo de terminación del contrato. En este caso, además, el arrendatario debe mostrar el interior del inmueble a las personas que quieran verlo para comprarlo o rentarlo, según corresponda (art. 2479, CCDF).

   Este deber no existe en el arrendamiento por tiempo determinado, pues en el arrendamiento por tiempo indeterminado se explica en función del plazo que tiene el

[101] *Cfr.* Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 269.

[102] *Cfr.* Rafael Rojina Villegas, *op. cit.*, pp. 614-616.

[103] *Ibidem*, p. 616.

arrendatario para preparar la devolución del inmueble, a partir del aviso de terminación que ha recibido de manera previa.[104]

b) Asimismo, en el arrendamiento de inmuebles rústicos por tiempo determinado, el arrendatario debe *permitir al propietario del inmueble, en el último año, el barbecho de las tierras* que tenga desocupadas y en las que él no pueda verificar nuevas siembras, así como el uso de los edificios y demás medios necesarios para las labores preparatorias del año siguiente. El permiso solo será obligatorio por el tiempo estrictamente indispensable para ese efecto, conforme a las costumbres del lugar, salvo convenio en contrario (arts. 2456 y 2457, CCDF).

Esta obligación encuentra su justificación en "la necesidad de no interrumpir el cultivo de las tierras laborales por el interés social de mantenerlas siempre productivas".[105]

6.9.2.6 Devolver el bien arrendado al concluir el arrendamiento

El arrendatario debe devolver el bien arrendado al terminar el arrendamiento, en el mismo estado en que lo recibió, "salvo lo que hubiere perecido o se hubiere menoscabado por el tiempo o por causa inevitable" (art. 2442, CCDF).

Se presume que el arrendatario recibió el bien en buen estado, pero dicha presunción admite prueba en contrario (art. 2443, CCDF). Se entiende que si "el arrendatario que recibió la cosa sin hacer observación alguna la aceptó de conformidad, la recibió en buen estado, en forma completa y en esa forma deberá restituirla".[106]

En el supuesto de que el bien haya sido entregado con una descripción expresa de las partes que la componen, el arrendatario habrá de devolverlo en forma íntegra, precisamente con tales partes, "salvo lo que hubiere perecido o se hubiere menoscabado por el tiempo o por causa inevitable" (art. 2442, CCDF).

La devolución debe realizarse, tratándose de *bienes muebles* y a falta de pacto expreso, en el domicilio del deudor (que es el arrendatario) (art. 2082, CCDF); tratándose de *bienes inmuebles*, en el lugar de su ubicación (art. 2083, CCDF).

El *deber de restituir* el bien arrendado está estrechamente relacionado con la *terminación del arrendamiento*.

El incumplimiento o el cumplimiento tardío del deber de devolver el bien arrendado sujeta al arrendatario *a)* al *pago de daños y perjuicios*, los cuales "pueden exceder del monto de la renta y cuantificarse pericialmente", y *b)* a *responsabilidad por la pérdida del bien arrendado*, aun por *caso fortuito* o *fuerza mayor* (*perpetuatio obligationis*), como ocurre en el comodato (art. 2504, CCDF, por analogía).[107]

[104] *Cfr.* Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 270.

[105] *Idem.*

[106] Rafael Rojina Villegas, *op. cit.*, p. 625.

[107] *Cfr.* Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 271.

En la práctica, se acostumbra pactar una pena convencional por el incumplimiento de la obligación de devolver el bien arrendado al término del arrendamiento, la cual se establece por cada mes o fracción de mes que transcurra sin que se devuelva el bien. Esta pena puede ser mayor que el importe de la renta, "porque no indemniza la falta de pago de ésta, sino la falta de puntual devolución de la cosa arrendada". Por consiguiente, en este caso no resulta aplicable la regla que señala que "la cláusula penal no puede exceder ni en valor ni en cuantía de la obligación principal" (art. 1843, CCDF).[108]

En el supuesto de que el bien arrendado se devuelva antes del plazo de duración del arrendamiento, el arrendatario estará obligado a pagar la renta hasta que venza el citado plazo, salvo pacto en contrario. La existencia tácita de este pacto podría deducirse del hecho de que el arrendador recibiera el bien de manera anticipada, sin reservarse el derecho a cobrar la renta por el plazo restante; o bien, si el arrendador otorga en arrendamiento el mismo bien a una tercera persona, antes de que transcurra el tiempo en cuestión.[109]

El deber de pagar la renta en caso de devolución anticipada del bien arrendado se sustenta en el principio *pacta sunt servanda* (art. 1796, CCDF), según el cual, los contratos obligan a las partes y "el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes" (art. 1797, CCDF). Asimismo, se entiende que el arrendador estaría amortizando, con las rentas, las inversiones realizadas en el bien arrendado a fin de ponerlo en estado de servir para el uso convenido al celebrar el arrendamiento.[110]

6.10 El subarriendo y la cesión del arrendamiento

El arrendatario no puede subarrendar el bien arrendado en todo, ni en parte, ni ceder sus derechos sin consentimiento del arrendador. En caso de que lo hiciere, el arrendatario responderá de manera solidaria con el subarrendatario por los daños y perjuicios que cause al arrendador (art. 2480, CCDF).

El incumplimiento de este deber autoriza al arrendador a rescindir el contrato (art. 2489, fracc. III, CCDF). El subarrendamiento celebrado sin la autorización del arrendador será inoponible a este. En ese caso, el subarrendatario tiene el carácter de tercero ajeno a la relación obligatoria establecida por virtud del contrato principal. Los tribunales federales han considerado, de manera uniforme, que el subarrendatario es causahabiente del arrendatario-subarrendador y, por tanto, la relación procesal se establece únicamente entre este último y el arrendador, sin que las pretensiones deban enderezarse contra el tercero.[111] Lo anterior no es óbice para que, en el plano procesal, concurra al procedimiento judicial instaurado con

[108] *Idem.*

[109] *Idem.*

[110] *Idem.*

[111] CAUSAHABIENTE SUBARRENDATARIO, FALTA DE INTERÉS JURÍDICO PARA PROMOVER JUICIO DE AMPARO. Octava época. Registro: 206662. Tercera Sala. Jurisprudencia. Fuente: *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. 72, diciembre de 1993, Materia(s): Civil, Común. Tesis: 3a./J. 31/93. Página: 40.

motivo de pretensiones derivadas de dicho contrato, con el carácter de *tercero coadyuvante* del contratante intermediario.

En el supuesto de que el inmueble arrendado se subarriende por virtud de la autorización concedida por el arrendador, tanto el arrendatario como el subarrendatario serán responsables frente al arrendador en los términos pactados en el contrato de subarrendamiento, a menos que se acuerde cosa distinta (art. 2481, CCDF).

En el caso de que "el arrendador, sin motivo fundado, se [oponga] al subarriendo que con derecho pretenda hacer el arrendatario, podrá éste pedir la rescisión del contrato" (art. 2492, CCDF).[112] Esta disposición resulta inaplicable a la cesión del arrendamiento,[113] porque la cesión comporta la sustitución del arrendatario en la relación contractual, lo cual requiere el consentimiento del arrendador.

Las diferencias que existen entre el subarrendamiento y la cesión del arrendamiento pueden resumirse como se muestra en el cuadro 6.3.

Cuadro 6.3 Diferencias entre subarrendamiento y cesión del arrendamiento.

Subarrendamiento	Cesión del arrendamiento
Es un contrato oneroso.	Puede ser un contrato oneroso o gratuito.
Es un contrato de duración (de tracto sucesivo).	Es un contrato de ejecución inmediata.
La relación contractual establecida entre el arrendador y el arrendatario original subsiste en sus términos, salvo convenio en contrario celebrado entre el arrendador y el arrendatario (subarrendador).	Desaparece el arrendatario original (que es el cedente), el cual es sustituido por el cesionario (nuevo arrendatario), en el contrato de arrendamiento original.
Entre el arrendador y el subarrendatario no se establece relación jurídica (salvo pacto en contrario).	La relación jurídica queda establecida entre el arrendador y el nuevo arrendatario (que es el cesionario).

Ahora bien, en algunos estados se diferencian los supuestos donde el arrendador autoriza de manera general al arrendatario para subarrendar (por ejemplo, a cualquier persona), de aquellos otros en los que la autorización es específica (a una persona en particular o cuando hay un contrato específico de subarrendamiento).

[112] En opinión de Sánchez Medal, esta disposición "contradice aparentemente la prohibición general impuesta al arrendatario de subarrendar la cosa arrendada si no es con el consentimiento del arrendador" (Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 273).

[113] *Idem.*

En el primer supuesto, el arrendatario será responsable ante el arrendador, como si él mismo continuara en el uso o goce de la cosa (art. 2481, CCDF), pues en esos casos no se crea ninguna relación jurídica directa entre el arrendador y el subarrendatario.[114]

En el segundo supuesto, en cambio, el subarrendatario queda subrogado en todos los derechos y obligaciones del arrendatario, a no ser que por convenio se acuerde otra cosa. De este modo, el subarrendatario se sustituye en la posición contractual del arrendatario en el contrato original, en razón de que "opera la subrogación del arrendatario, extinguiéndose las relaciones primitivas entre arrendador y arrendatario".[115]

Sánchez Medal explica que la frase empleada por el legislador que señala: "si el arrendador aprueba expresamente el contrato especial de subarriendo", debe entenderse "cuando el arrendador mismo interviene directamente en el contrato de subarrendamiento, o sea cuando el contrato de subarrendamiento se celebra por el mismo arrendador con el concurso del arrendatario-subarrendador y del subarrendatario".[116]

6.11 Modos de terminación del arrendamiento

Son causas de terminación del arrendamiento las siguientes:

1. La nulidad del arrendamiento (art. 2483, fracc. III, CCDF). Además de las causas ordinarias de nulidad, el contrato de arrendamiento puede ser nulificado por los motivos siguientes:

a) Haberse celebrado por un tiempo mayor que el vencimiento de la hipoteca, cuando la finca arrendada esté hipotecada (art. 2914, CCDF).

b) Porque se haya arrendado un bien en contra de la prohibición de darlo en arrendamiento (art. 2400, CCDF).

c) Haberse dado en arrendamiento el mismo bien a distinta persona, cuando dicho bien ya había sido arrendado a otra persona con anterioridad, por el mismo tiempo, lo cual constituye un *doble arrendamiento* (art. 2446, CCDF).

d) El hecho de que el bien arrendado pertenezca en copropiedad a varios condueños, pero el arrendamiento se celebró solo por uno de ellos, sin el consentimiento de los demás (art. 2403, CCDF).

e) Porque se ha dado en arrendamiento un inmueble urbano para un uso contrario al *uso del suelo* que le corresponde a dicho inmueble.

Asimismo, en opinión de Sánchez Medal, el arrendamiento queda excluido de la *acción pauliana* de nulidad por haber sido celebrado en fraude de acreedores, porque dicha *acción revocatoria* solo se refiere a las enajenaciones fraudulentas de bienes (art. 2170, CCDF) y al

[114] *Cfr.* Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, 2002, p. 272.

[115] Este criterio lo sostuvo Sánchez Medal en su libro *De los contratos civiles*, en la edición de 2002 (p. 266).

[116] *Idem*.



otorgamiento de garantías o de preferencia a un determinado crédito, dentro del periodo sospechoso de un procedimiento concursal (art. 2173, CCDF).[117]

2. El vencimiento del plazo (art. 2483, fracc. I, CCDF). El arrendamiento termina cuando vence el plazo al que quedó sujeto el contrato. La terminación se produce por el mero transcurso del tiempo, sin necesidad de aviso alguno. Es la forma ordinaria como concluye el arrendamiento.

No obstante, si el arrendatario continúa en el uso y disfrute del bien arrendado con posterioridad al vencimiento del arrendamiento, sin oposición del arrendador, opera la *tácita reconducción* o *prórroga tácita* del contrato, lo cual significa que este se transforma en un contrato por tiempo indefinido (art. 2487, CCDF) si se trata de un inmueble urbano, o por un año si el inmueble es rústico (art. 2478, CCDF). De este modo, se entiende que la conducta de las partes contratantes comporta un acuerdo tácito para prorrogar la duración del arrendamiento.[118]

La oposición para que continúe el arrendamiento habrá de materializarse dentro del plazo de 10 días naturales[119] contados a partir del día siguiente al del vencimiento del contrato,[120] por medio de notificación fehaciente al arrendatario o por otros medios indirectos que la hagan patente,[121] como podría ser la presentación de la demanda de terminación del arrendamiento, sin que sea necesario que esta sea notificada al arrendatario.[122] La señalada oposición debe manifestarse por el arrendador después (no antes) del vencimiento del contrato, pero dentro del referido plazo.[123]

3. La terminación del arrendamiento por tiempo indefinido. El contrato de arrendamiento por tiempo indefinido –*a)* porque las partes no establecieron plazo de duración, *b)* porque pactaron de manera expresa el plazo indefinido o *c)* porque operó la tácita reconducción– puede terminar por voluntad de cualquiera de las partes, previo aviso por escrito que se

[117] *Ibidem*, p. 274.

[118] *Ibidem*, p. 275.

[119] ARRENDAMIENTO POR TIEMPO DETERMINADO. EL PLAZO ESTABLECIDO POR LA JURISPRUDENCIA DE ESTA TERCERA SALA PARA LA OPOSICIÓN DEL ARRENDADOR A QUE SE PRODUZCA LA TÁCITA RECONDUCCIÓN DEBE COMPUTARSE POR DÍAS NATURALES. Séptima época. Registro: 239850. Tercera Sala. Jurisprudencia. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*. Volumen 217-228, Cuarta Parte. Materia(s): Civil. Tesis: Página: 362.

[120] ARRENDAMIENTO, TÁCITA RECONDUCCIÓN DEL CONTRATO DE. Sexta época. Registro: 392249. Tercera Sala. Jurisprudencia. Fuente: Apéndice de 1995. Tomo IV, Parte SCJN. Materia(s): Civil. Tesis: 122. Página: 81.

[121] TÁCITA RECONDUCCIÓN. REQUISITOS PARA QUE NO OPERE. Sexta época. Registro: 392892. Tercera Sala. Jurisprudencia. Fuente: Apéndice de 1995. Tomo IV, Parte HO. Materia(s): Civil. Tesis: 765. Página: 557.

[122] ARRENDAMIENTO. NO OPERA LA TÁCITA RECONDUCCIÓN DEL CONTRATO DE, SI LA DEMANDA DE TERMINACIÓN SE PRESENTA EN TIEMPO CONFORME A LA JURISPRUDENCIA NÚMERO 75, DE LA COMPILACIÓN 1917-1985, TERCERA SALA, AUN CUANDO SE NOTIFIQUE FUERA DEL PLAZO QUE ELLA ESTABLECE. Octava época. Registro: 217845. Tribunales Colegiados de Circuito. Jurisprudencia. Fuente: *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Núm. 59, noviembre de 1992. Materia(s): Civil. Tesis: I.3o.C. J/29. Página: 51.

[123] TÁCITA RECONDUCCIÓN. LA OPOSICIÓN DEL ARRENDADOR PARA QUE NO OPERE AQUELLA, DEBE MANIFESTARSE DENTRO DEL TÉRMINO DE DIEZ DÍAS CONTADOS A PARTIR DEL SIGUIENTE AL DE VENCIMIENTO DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO. Novena época. Registro: 189248. Primera Sala. Jurisprudencia. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Tomo XIV, julio de 2001. Materia(s): Civil. Tesis: 1a./J. 31/2001. Página: 352.

entregue a la otra parte de manera fehaciente, con 30 días de anticipación si el inmueble es urbano, o con un año si el inmueble es rústico (art. 2478, CCDF).

Los referidos plazos son susceptibles de ampliarse o reducirse por convenio entre las partes;[124] incluso, puede renunciarse a ellos porque la disposición legal que los prevé (art. 2478, CCDF) se considera supletoria de la voluntad de los contratantes y no de orden público.[125] Sin embargo, cuando el bien arrendado se destina a habitación, el plazo de 30 días no puede ser objeto de renuncia voluntaria porque la señalada disposición adquiere, en esa hipótesis, carácter de orden público e interés social, al estar íntimamente relacionada con las normas que regulan esa clase de arrendamiento, las cuales gozan del aludido carácter.[126]

Es preciso señalar que el apoderado del arrendador que cuente con poder general para pleitos y cobranzas está facultado para dar el aviso de terminación en cuestión.[127]

Tratándose de bienes muebles, el arrendamiento *a)* por tiempo indefinido en el que, además, *b)* no se ha establecido el uso al que se destinaría el bien arrendado, puede terminar por voluntad de cualquiera de las partes: el arrendatario puede devolver el bien cuando quiera, pero el arrendador solo podrá pedirlo después de cinco días de celebrado el contrato (art. 2460, CCDF).

4. La prórroga del arrendamiento. El contrato de arrendamiento puede prorrogarse por convenio entre las partes. Esta posibilidad puede quedar establecida en el propio contrato, al incluírsele el *derecho de prórroga* en favor del arrendatario; o bien, puede convenirse con posterioridad a la celebración del contrato.

En algunas entidades federativas se concede al inquilino, además, la *prórroga legal*,[128] la cual está sujeta a *a)* que esté al corriente en el pago de la renta y *b)* que la prórroga se solicite antes de terminarse el arrendamiento (art. 2375, CCEC). La prórroga legal es hasta por un año más y es posible aumentar la renta hasta un 10% sobre la anterior. La obligación de prorrogar el contrato queda excluida en aquellos casos donde el propietario quiere habitar la casa o cultivar la finca (art. 2375, CCEC).

[124] ARRENDAMIENTO, PLAZO CONVENCIONAL PARA EL AVISO DE TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE. Sexta época. Registro: 270627. Tercera Sala. Tesis Aislada. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*. Volumen LXIV, Cuarta Parte. Materia(s): Civil. Tesis: Página: 11.

[125] ARRENDAMIENTO POR TIEMPO INDEFINIDO, AVISO DE TERMINACIÓN DEL, EN CASO DE RENUNCIA AL PLAZO DE DOS MESES QUE ESTABLECE EL ARTÍCULO 2478 DEL CÓDIGO CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL (CONTRADICCIÓN DE TESIS ENTRE EL PRIMERO Y SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL PRIMER CIRCUITO EN MATERIA CIVIL). Séptima época. Registro: 818955. Tercera Sala. Jurisprudencia. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*. Volumen 151-156, Cuarta Parte. Materia(s): Civil. Tesis: Página: 47.

[126] ARRENDAMIENTO DE FINCAS URBANAS DESTINADAS A LA HABITACIÓN. ES IRRENUNCIABLE EL TÉRMINO QUE ESTABLECE EL ARTÍCULO 2478 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL. (REFORMAS DE 1985). Octava época. Registro: 820104. Tercera Sala. Jurisprudencia. Fuente: *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Núm. 32, agosto de 1990. Materia(s): Civil. Tesis: 3a. 66. Página: 17.

[127] ARRENDAMIENTO. EL MANDATARIO GENERAL PARA PLEITOS Y COBRANZAS ESTÁ FACULTADO PARA DAR EL AVISO DE TERMINACIÓN DEL CONTRATO. Octava época. Registro: 206840. Tercera Sala. Jurisprudencia. Fuente: *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Núm. 52, abril de 1992. Materia(s): Civil. Tesis: 3a./J. 5/92. Página: 14.

[128] La *prórroga legal* fue excluida del *Código Civil Federal* al derogarse el art. 2485 que la contemplaba, el 21 de julio de 1993.

Es preciso señalar que la prórroga del arrendamiento, cualquiera que sea su naturaleza (convencional o legal), no puede operar cuando exceda el plazo máximo de duración establecido por la ley, que es de 20 años para fincas destinadas al comercio o a la industria (art. 2398, CCDF) –el arrendamiento para fines de habitación no está sujeto a un plazo máximo, sino más bien a un *plazo mínimo* de un año.

No obstante, las partes en el contrato de arrendamiento pueden celebrar, antes de que el plazo máximo concluya, una promesa de arrendamiento respecto del mismo bien arrendado, para que el contrato definitivo se concrete después del vencimiento del plazo máximo. Un *fraude a la ley* es que la promesa de arrendamiento se celebre al mismo tiempo que el arrendamiento sujeto a la duración máxima autorizada por la ley.[129]

Se entiende que se produce la prórroga convencional de la duración del arrendamiento cuando opera la tácita reconducción; esto es, cuando después de vencido el plazo del arrendamiento continúa el arrendatario en el uso del bien arrendado sin oposición del arrendador, según quedó explicado.

5. La rescisión del arrendamiento. El contrato de arrendamiento concluye por rescisión (art. 2483, fracc. IV, CCDF) en caso de incumplimiento de las obligaciones a cargo de la partes o por imposibilidad objetiva de dar cumplimiento a las que corresponden a una de las partes.

a) El incumplimiento del arrendador. En relación con las *obligaciones del arrendador*, el art. 2490 del CCDF contempla tres supuestos de rescisión:

- Por contravenir la obligación de conservar el bien arrendado en el mismo estado durante el arrendamiento, en particular el deber de realizar las reparaciones necesarias (art. 2412, fracc. II, CCDF).
- Por la pérdida total o parcial del uso del bien arrendado (arts. 2431, 2434 y 2445, CCDF), lo cual comporta la insatisfacción de la obligación de mantener al arrendatario en el uso útil del mencionado bien. Como ha quedado señalado, la pérdida total o parcial del uso puede tener su causa en las circunstancias siguientes: *a)* por caso fortuito o fuerza mayor (arts. 2431 y 2432, CCDF); *b)* por efectuar reparaciones en el bien arrendado (art. 2445, CCDF); *c)* por vicios o defectos del bien otorgado en arrendamiento, siempre que sean anteriores al arrendamiento y fueren desconocidos por el arrendatario (arts. 2412, fracc. V, y 2421, CCDF), o *d)* por evicción del referido bien (art. 2434, CCDF).
- Salvo el caso de evicción del bien arrendado, en los demás supuestos el arrendatario solo puede pedir la rescisión del arrendamiento cuando la pérdida del uso (sea total o parcial) se prolonga por más de dos meses (arts. 2431, 2432, 2434, 2445 y 2490, fraccs. II y III, CCDF).

[129] De acuerdo con Sánchez Medal, esta operación no entraña un fraude a la ley (Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 276).

- Por último, es causa de rescisión del arrendamiento el hecho de que "el arrendador, sin motivo fundado, se [oponga] al subarriendo que con derecho pretenda hacer el arrendatario" (art. 2492, CCDF).

b) El incumplimiento del arrendatario. Respecto de las *obligaciones del arrendatario*, el art. 2489 del CCDF establece cinco causas de rescisión:

- Por falta de pago de la renta, en la forma y tiempo convenidos (art. 2425, fracc. I, CCDF).
- Por usarse el bien arrendado para un fin distinto del convenido o del que fuere conforme con la naturaleza del mismo (art. 2425, fracc. III, CCDF).
- Por subarrendar el bien sin autorización del arrendador (art. 2480, CCDF).
- Por causar el arrendatario daños graves al bien arrendado (art. 2489, fracc. IV, CCDF).
- Por variar la forma del bien arrendado sin contar con el consentimiento expreso del arrendador (art. 2441, CCDF).

Las causas de rescisión del arrendamiento que por razones atribuibles al arrendatario establece la referida disposición legal han de entenderse en forma enunciativa o ejemplificativa,[130] y, de ninguna manera, en forma taxativa o limitativa. Incluso la regulación del derecho de propiedad y, en concreto, en materia de tesoros el art. 882 del CCDF, prevén como causa de rescisión del contrato de arrendamiento el hecho de que el inquilino realice excavaciones en el inmueble arrendado, sin consentimiento del propietario, para buscar tesoros.

La rescisión del contrato podrá solicitarse por el arrendador ante el incumplimiento del arrendatario de cualquiera de las obligaciones sustanciales que haya asumido. En este sentido, incumplir las obligaciones que no sean sustanciales no justifica la rescisión; por ejemplo, si el arrendatario dejara de realizar las reparaciones locativas (art. 2444, CCDF), como la reposición del vidrio de una ventana que se rompió o la compostura de la chapa de alguna puerta que se averió.

La rescisión del contrato por incumplimiento del arrendatario obliga a este a cubrir los daños y perjuicios causados al arrendador; entre ellos, pagar las rentas por el tiempo que faltare para concluir el plazo fijado para el arrendamiento,[131] salvo que antes del vencimiento del plazo el arrendador que ya tuviera la posesión del bien arrendado lo diere en arrendamiento a una tercera persona.

6. Otras causas de terminación. El arrendamiento también puede terminar por los motivos siguientes:

a) Por *consentimiento* de ambos contratantes (art. 2483, fracc. II, CCDF).

b) Por haberse *satisfecho la finalidad* por la cual se arrendó el bien (art. 2483, fracc. I, CCDF).

[130] *Cfr.* Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, pp. 277 y 278.

[131] Este aspecto está previsto en el art. 1760 del Código Civil francés y en el art. 1945 del Código Civil chileno.



c) Por *confusión*, eso es, cuando la calidad de arrendatario y de propietario del bien arrendado se reúnen en una misma persona, como ocurre –por ejemplo– cuando el arrendatario adquiere por cualquier título el bien arrendado o, en su caso, el usufructo[132] sobre el mismo (art. 2483, fracc. V, CCDF).

d) Por la *pérdida o destrucción total* de la cosa arrendada, por caso fortuito o fuerza mayor (art. 2483, fracc. VI, CCDF).

e) Por expropiación del bien arrendado por causa de utilidad pública, lo cual puede considerarse un caso de evicción (arts. 2410 y 2483, fracc. VII, CCDF). En tal supuesto, el arrendador y el arrendatario deberán ser indemnizados por el expropiador: al arrendador, solo que sea el propietario del bien; al arrendatario, con un monto equivalente a seis meses de renta, si comprueba haber habitado el inmueble al menos por un año; además, el arrendatario tendrá derecho a que se le indemnice con el importe de las mejoras que acredite haber realizado en el inmueble arrendado, siempre y cuando hayan sido necesarias y efectuadas durante los últimos seis meses (art. 2410, CCDF).

f) *La venta judicial*, cuando el bien fue dado en arrendamiento dentro del plazo de dos meses anteriores al embargo (arts. 2483, fracc. IX, y 2495, CCDF).

g) Por *extinción del usufructo*, cuando el usufructuario ha arrendado el bien sobre el que recae el referido derecho real, pues el arrendamiento termina al concluir el usufructo (art. 1002, CCDF).

En particular, debe señalarse el caso en que el usufructuario omite indicar su carácter de tal al celebrar el arrendamiento, y el usufructo se llega a consolidar con la propiedad en una persona distinta del usufructuario. En este supuesto, el arrendamiento termina si el propietario exige la desocupación del inmueble (art. 2493, CCDF). Según Sánchez Medal, este es un caso de *caducidad del arrendamiento*.[133]

h) En Colima, es causa de terminación del arrendamiento el "abandono injustificado de la cosa por un plazo mínimo de tres meses, sin previo aviso por escrito al arrendador" (art. 2373, fracc. IX, CCEC).

7. La muerte del arrendador o del arrendatario. La subrogación del arrendatario. El arrendamiento no termina con la muerte del arrendador o del arrendatario, salvo que se convenga por las partes que ese hecho cause la terminación del contrato (art. 2408, CCDF).[134]

En el caso del arrendamiento de fincas urbanas destinadas a la habitación, las partes no pueden pactar que el contrato termine por la muerte del arrendador o del arrendatario. En particular, la muerte del inquilino produce la subrogación en sus derechos y deberes, en los mismos términos del contrato de arrendamiento, en favor del cónyuge, del o de la concubina, los hijos, los ascendientes en línea consanguínea o por afinidad, siempre y cuando hubieran

[132] *Cfr.* Jorge Alfredo Domínguez Martínez, *op. cit.*, p. 468.

[133] *Cfr.* Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 279.

[134] Los códigos civiles de Alemania y Suiza facultan a los herederos de cualquiera de las dos partes a denunciar el contrato.

habitado real y permanentemente el inmueble en vida del arrendatario. Ese derecho no lo tienen las demás personas que ocupen el inmueble como subarrendatarias, cesionarias o por otro título semejante (art. 2448-H, CCDF).

Otro caso de subrogación en la posición del arrendatario se presenta cuando este se divorcia durante el arrendamiento y la guarda y custodia de los hijos menores se otorga a su cónyuge, quien se subrogará de manera voluntaria en los derechos y deberes derivados del arrendamiento, por lo cual quedará en posesión del inmueble arrendado, siempre y cuando lo haya cohabitado durante el matrimonio. La misma regla aplica para el concubinato (art. 2448-M, CCDF).

8. La enajenación del inmueble arrendado. La *enajenación voluntaria* o *judicial* del inmueble arrendado tampoco es causa de terminación del arrendamiento (arts. 2409 y 2495, CCDF), pues en tales casos el contrato subsiste en sus términos.

El adquirente debe notificar de manera judicial o extrajudicial, ante notario o ante dos testigos, que el bien arrendado le ha sido transmitido en propiedad para que el arrendatario pague la renta al nuevo propietario a partir de la fecha de la notificación. El arrendatario no podrá alegar haber pagado la renta al anterior propietario, a menos que el adelanto de rentas aparezca estipulado de manera expresa en el propio contrato de arrendamiento (art. 2409, CCDF).

No obstante, las partes podrían convenir que el contrato termine por la enajenación voluntaria de la finca arrendada, en razón de que, en principio, los derechos del arrendatario se consideran renunciables,[135] salvo las disposiciones relativas al arrendamiento con fines habitacionales, que por ser de orden público en interés social no admiten pacto en contrario (arts. 2433, 2448, 2448-A a 2448-M, CCDF).

Por último, el arrendamiento podrá darse por concluido de manera anticipada cuando el bien arrendado fuere enajenado judicialmente, si el arrendamiento se celebró dentro de los 60 días anteriores al embargo del referido bien (arts. 2495, CCDF, y 590, *Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal*, CPCDF).

9. El concurso mercantil del arrendador o del arrendatario. El *concurso mercantil del arrendador* o *del arrendatario* no es causa de terminación del arrendamiento (art. 106, *Ley de Concursos Mercantiles*, LCM).

Sin embargo, tratándose del *concurso mercantil del arrendatario*, el conciliador podrá optar por la resolución del contrato, en cuyo caso deberá pagarse al arrendador la indemnización pactada en el contrato para este supuesto o, en su defecto, una indemnización equivalente a tres meses de renta por el vencimiento anticipado (art. 106, segundo párrafo, LCM).

10. La huelga de los trabajadores del patrón arrendatario. El art. 924 de la *Ley Federal del Trabajo* establece que a partir de la notificación del pliego de peticiones con emplazamiento a huelga, se debe suspender la ejecución de sentencia de desahucio (o embargos,

[135] *Cfr.* Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 279.

aseguramientos u otras diligencias) en contra del patrón titular de la empresa o establecimiento que ocupe el inmueble arrendado.

No obstante, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha señalado que el referido artículo viola el *derecho de audiencia* establecido en el art. 14, segundo párrafo, de la Constitución,

> al no señalar un procedimiento que dé oportunidad de defensa a aquellos que con tal suspensión puedan ser afectados o privados de sus derechos; máxime que la suspensión puede ser prorrogada indefinidamente y, con ello, en vez de proteger a los trabajadores, la norma protege al patrón, propiciando que deje de cumplir con las obligaciones contraídas con otros acreedores, ya que los priva del derecho de ejecutar las sentencias que tengan en contra de aquél o del de asegurar sus créditos.[136]

[136] TRABAJO, LEY FEDERAL DEL. EL ARTÍCULO 924 ES VIOLATORIO DE LA GARANTÍA DE AUDIENCIA. Octava época. Registro: 206094. Pleno. Jurisprudencia. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*. Tomo I, Primera Parte-1, enero-junio de 1988. Materia(s): Constitucional. Tesis: P. 11. Página: 167.

Autoevaluación

1. ¿Qué es el arrendamiento financiero y cómo se diferencia del arrendamiento puro?
2. ¿Cuál es la diferencia entre el arrendamiento y el contrato de garaje?
3. ¿Cuál es la diferencia del arrendamiento con el contrato de cajas de seguridad?
4. ¿Cuáles son los contratos de arrendamiento cuya celebración se equipara a un acto de dominio o de administración extraordinaria?
5. ¿Cuáles son los bienes que no pueden ser objeto de arrendamiento?
6. ¿Por cuál razón se establece una duración máxima para el arrendamiento de bienes inmuebles?
7. ¿Cuáles son las maneras de efectuar la entrega en el arrendamiento?
8. ¿Cuáles son las reparaciones que corresponden al arrendador y cuáles al arrendatario, respecto del bien arrendado?
9. ¿Qué consecuencias se producen cuando el arrendador omite realizar las reparaciones que le corresponden?
10. Explique el tema relativo a la evicción del bien arrendado.
11. Comente el deber de responder por los vicios ocultos que se atribuyan al arrendador.
12. ¿En qué casos debe el arrendador reembolsar al arrendatario el importe de las obras realizadas en el bien arrendado?
13. ¿Cuál procedimiento debe seguirse para respetar el derecho de preferencia que tiene el arrendatario para adquirir el bien arrendado, en caso de que este se venda?
14. ¿Qué privilegio tiene el arrendador respecto del pago de la renta?
15. ¿Qué derechos tiene el arrendatario que pierde el uso de la cosa arrendada?
16. ¿Cuál es el grado de diligencia que debe emplear el arrendatario en la conservación del bien arrendado?
17. ¿Qué aspectos comprende el deber de conservar la cosa arrendada respecto del arrendatario?
18. ¿Cuál es la diferencia entre el subarrendamiento y la cesión de arrendamiento?
19. ¿En qué consiste la tácita reconducción del arrendamiento?



Autoevaluación

20. ¿De qué manera concluye el arrendamiento por tiempo indefinido de bienes inmuebles?

21. Explique la confusión como causa de terminación del arrendamiento.

22. Comente el caso de la subrogación en la posición del arrendatario, cuando este se divorcia durante el arrendamiento.

23. ¿Cómo debe procederse en el caso de enajenación del inmueble arrendado?

24. ¿Qué ocurre con el arrendamiento cuando se produce el concurso mercantil del arrendatario?

capítulo 7

Comodato

Propósitos

Al finalizar el capítulo, el alumno identificará con precisión los rasgos que caracterizan el contrato de *comodato*, sus diferencias con figuras afines, las modalidades que presenta en la práctica, el contenido obligacional del contrato, los efectos jurídicos que produce y la manera como termina.

7.1 Concepto

El comodato es el contrato por el cual el comodante se obliga a conceder, de manera gratuita, el uso de un bien no fungible al comodatario, quien se obliga a restituir ese mismo bien (art. 2497, CCDF).

Como ha quedado señalado en el capítulo relativo al mutuo, este contrato y el comodato fueron considerados una especie del *préstamo* en los códigos civiles de 1870 y 1884: el *mutuo* como *préstamo de consumo* y el *comodato* como *préstamo de uso*.

El concepto de *bienes no fungibles* abarca bienes tanto muebles como inmuebles.

El comodato es, por lo general, un contrato de carácter *civil*; sin embargo, también podría ser *mercantil*, "a pesar de ser gratuito, cuando es *accesorio* de un contrato principal" de tal naturaleza.[1]

7.2 Clasificación

El comodato es un contrato *consensual* por oposición a *real*: se perfecciona por el mero consentimiento de los contratantes sin que sea necesaria la entrega del bien objeto del contrato.

En los códigos civiles de 1870 y 1884 el comodato requería la entrega del bien para perfeccionarse, por lo cual era considerado un contrato *real*. En este sentido, se acudía a la *promesa de*

[1] Ramón Sánchez Medal, *De los contratos civiles*, 25ª ed., Porrúa, México, 2013, p. 286.

comodato para que el *promitente comodante* quedara obligado a entregar el bien a la otra parte, para su uso gratuito.

Es un contrato *traslativo de uso*, *gratuito* (crea gravámenes para el comodante y provechos para el comodatario),[2] *consensual* por oposición a formal, *principal* (pero también podría ser *accesorio*) y de *tracto sucesivo*.

El hecho de que en el contrato de comodato se establezca una *pena convencional* por incumplimiento de alguna obligación no desvirtúa su naturaleza gratuita.[3] Tampoco se modifica el carácter gratuito del comodato cuando se establece, a cargo del comodatario, la obligación de "cubrir gastos de administración, mantenimiento, así como el pago por concepto de diversos vicios", porque no constituye una contraprestación por el uso y goce del bien dado en comodato.[4]

En cambio, no se considera comodato el contrato por el cual se concede el uso de la cosa a cambio de que una persona cuide el inmueble, como velador, en razón de que estos servicios constituyen una contraprestación.[5]

El comodato es también un contrato *intuitu personae*, pues el comodante considera las cualidades personales del comodatario para realizar el contrato con este, a quien le hará una liberalidad. Esta característica del comodato se manifiesta en dos aspectos fundamentales: *a)* el comodatario no puede conceder el uso del bien a terceras personas sin permiso del comodante (art. 2500, CCDF); y *b)* el comodato termina con la muerte del comodatario (art. 2515, CCDF).

Es un contrato *bilateral*, por cuanto impone obligaciones para ambas partes; sin embargo, es un contrato *sinalagmático imperfecto* en virtud de que dichas obligaciones –la entrega del bien por el comodante y la restitución del mismo bien por el comodatario– no son correlativas o interdependientes entre sí.

Según Ramón Sánchez Medal, el comodato no está sujeto a *rescisión por incumplimiento* de las obligaciones de alguna de las partes, ni tampoco la falta de cumplimiento podría sustentar la *exceptio non adimpleti contractus*, ni confiere el *derecho de retención* (art. 2509, CCDF).[6]

[2] La obligación del comodante constituye un gravamen, por cuanto a que se desprende de un bien sin recibir compensación alguna; en cambio, la obligación del comodatario de restituir no comporta un gravamen, en razón de que no resiente una disminución en su patrimonio. El comodatario recibe un provecho al recibir el bien para su uso, de manera gratuita (*cfr.* Rafael Rojina Villegas, *Derecho civil mexicano*, t. VI, "Contratos", vol. I, 9ª ed., Porrúa, México, 2010, p. 518).

[3] COMODATO, CONTRATO DE. LA PENA CONVENCIONAL CONSISTENTE EN UNA PRESTACIÓN ECONÓMICA NO DESVIRTÚA SU NATURALEZA GRATUITA (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE PUEBLA). Novena época. Registro: 184202. Tribunales Colegiados de Circuito. Tesis aislada. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Tomo XVII, junio de 2003. Materia(s): Civil. Tesis: VI.2o.C.321 C. Página: 940.

[4] COMODATO, DETERMINACIÓN JURÍDICA DEL CONTRATO DE. Octava época. Registro: 226795. Tribunales Colegiados de Circuito. Tesis aislada. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*. Tomo IV, Segunda Parte-1, julio-diciembre de 1989. Materia(s): Civil. Tesis: Página: 143.

[5] COMODATO, INEXISTENCIA DEL. Octava época. Registro: 219285. Tribunales Colegiados de Circuito. Tesis aislada. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*. Tomo IX, mayo de 1992. Materia(s): Civil. Tesis: Página: 407.

[6] *Cfr.* Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 286.

7.3 Diferencias con figuras afines

a) Diferencia con el mutuo. Las diferencias entre el *mutuo* y el *comodato* se presentan en el cuadro 7.1.

Cuadro 7.1 Diferencias entre mutuo y comodato.

Mutuo	Comodato
Transmite la propiedad de la cosa.	Faculta solo a un determinado uso de la cosa.
Obliga a devolver otro tanto de la misma especie y calidad.	Obliga a restituir individualmente la cosa.
La pérdida de la cosa por caso fortuito o fuerza mayor la sufre el mutuatario, por transmitirse a este la propiedad de dicha cosa (art. 2384, CCDF).	Los riesgos de la cosa corren por cuenta del comodante, quien por seguir siendo el dueño de la cosa, sufre su pérdida por caso fortuito o fuerza mayor, salvo diversas excepciones (art. 2502, *a contrario sensu*, 2507, 2504 a 2506, CCDF).
Puede ser gratuito (o sin interés) u oneroso (o con interés).	Es esencialmente gratuito.
El objeto solo puede ser dinero u otras cosas fungibles (art. 2384, CCDF).	El objeto deben ser bienes no fungibles.
	De manera excepcional, puede recaer sobre bienes fungibles siempre que deban restituirse estos mismos, por haberse prestado solo para su exhibición (arts. 2497 y 2498, CCDF).
No puede el mutuante exigir la devolución de la cosa antes del vencimiento del plazo (art. 2385, CCDF).	Por ser un contrato de amistad o complacencia, puede el comodante, en caso de necesidad urgente de la cosa, exigir su devolución antes de la terminación del plazo o uso convenido (art. 2512, CCDF).

b) Diferencia con el contrato de precario. En el derecho romano se llamó *precario* (de *preces*, "ruego", "imprecación") al contrato por el cual una persona otorgaba a otra el uso gratuito de una cosa y se reservaba la facultad de revocarlo a su arbitrio.[7]

El precario era un contrato innominado distinto del *comodato*. A diferencia del primero, el comodato requería que la cosa se entregara para ser usada con un fin determinado y así el contrato se entendiera celebrado. El uso se determinaba por el *modo*, la *finalidad* o el

[7] *Cfr.* José Castán Tobeñas, *Derecho civil español, común y foral*, t. IV, "Derecho de las obligaciones", 14ª ed., Reus, Madrid, 1998, p. 447.



tiempo. En cambio, el contrato de precario permitía conceder el uso de la cosa sin que se determinara el modo, la finalidad o el tiempo.[8]

En la actualidad, el precario ha quedado incluido en el comodato. Nuestro Código Civil recoge alguna reminiscencia del precario; en particular, cuando se ha omitido pactar la duración del comodato o el uso a que habrá de destinarse el bien prestado, supuestos en los que el comodante puede reclamar el bien a su arbitrio.[9]

En Coahuila, el art. 1686 del Código Civil señala que la posesión precaria es "la que se tiene o ejerce sobre un bien que se ha recibido de un poseedor originario o derivado, a ruego o en virtud de una concesión graciosa revocable en cualquier momento y a discreción del concedente. El poseedor precario o precarista tiene la obligación de restituir el bien recibido al concedente tan pronto como sea requerido por éste", por lo que "carece de toda acción o excepción relacionadas con el bien que posee".[10]

Entre las diferencias que se han señalado respecto de la *posesión precaria* y el *comodato*, según la citada disposición, están las siguientes:

- En cuanto al origen, habrá posesión precaria cuando se trata de

  un acto de buena voluntad, una concesión graciosa ausente del deseo o intención de sujetarse el concedente y el favorecido con el disfrute material del bien en una relación de derechos y deberes para ambos, en tanto que la posesión precaria es de *facto* y no tiene relación contractual, lo que normalmente sucede cuando sin mayor formalidad se otorga la posesión de buena fe y con la seguridad de que la persona la devolverá en el momento que se le pida.[11]

- En la posesión precaria, el poseedor originario o derivado en ningún momento queda obligado frente al futuro precarista a entregar el bien; en cambio, en el comodato, el comodante contrae la obligación de conceder el uso gratuito de la cosa por el tiempo convenido o necesario para servirse de ella conforme el uso estipulado, de tal suerte que el comodatario cuenta con el correlativo derecho de exigirle la entrega del bien.[12]

- En la posesión precaria, el precarista siempre tiene la obligación de restituir el bien recibido al concedente tan pronto como este lo requiera, mientras que en el comodato,

[8] *Ibidem*, pp. 446 y 447.

[9] *Ibidem*, p. 448.

[10] En la Ciudad de México se considera que existe la posesión precaria o detentación, en los términos del art. 793 del CCDF, cuando "una persona tiene en su poder una cosa en virtud de la situación de dependencia en que se encuentra respecto del propietario de esa cosa, y que la retiene en provecho de éste en cumplimiento de las órdenes e instrucciones que de él ha recibido". El referido artículo agrega que, en ese caso, no se considera a la persona como poseedor.

[11] POSESIÓN PRECARIA Y COMODATO. PARA DESENTRAÑAR EL TIPO DE POSESIÓN SE DEBE ATENDER A LA INTENCIÓN DE LAS PARTES, CONSIDERANDO, EN LO CONDUCENTE, LAS REGLAS DE INTERPRETACIÓN DE LOS NEGOCIOS JURÍDICOS (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE COAHUILA). Novena época. Registro: 171408. Tribunales Colegiados de Circuito. Tesis aislada. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Tomo XXVI, septiembre de 2007. Materia(s): Civil. Tesis: VIII.4o.24 C. Página: 2601.

[12] POSESIÓN PRECARIA Y COMODATO. SIMILITUDES Y DIFERENCIAS (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE COAHUILA). Novena época. Registro: 171407. Tribunales Colegiados de Circuito. Tesis aislada. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Tomo XXVI, septiembre de 2007. Materia(s): Civil. Tesis: VIII.4o.25 C. Página: 2601.

cuando se ha fijado un plazo, el comodante no podrá exigir la devolución del bien hasta que fenezca, a menos que demuestre que hay peligro de que el bien perezca si continúa en poder del comodatario o si este ha autorizado a un tercero a servirse del bien sin su consentimiento.[13]

c) Diferencia con la compraventa a vistas. En la compraventa a vistas, también se otorga el uso gratuito del bien materia del contrato por un corto periodo, para que el eventual comprador compruebe si el bien es apto para las actividades a las cuales pretende destinarlo. En esta clase de contratos, el vendedor permite el uso del bien solo para ese fin concreto, razón por la cual el uso del bien constituye una etapa del *iter contractual* de la compraventa a vistas, donde media una oferta de venta por parte del eventual vendedor.[14]

7.4 Las partes contratantes en el comodato

El comodante no requiere ser propietario del bien otorgado en comodato para que el contrato sea válido. Para tal efecto, es suficiente que el comodante esté autorizado por el propietario o el usufructuario para darlo en comodato.[15]

Los administradores de bienes ajenos requieren autorización especial para dar en comodato los bienes confiados a su guarda (art. 2499, CCDF). En ese sentido, el representante voluntario está impedido para conceder en comodato tales bienes sin autorización de su propietario, y los representantes legales (padres, tutores, etc.) requieren autorización judicial previa para dar en comodato los bienes de su representado. La señalada limitación se sustenta en el hecho de que el comodato es una liberalidad, esto es, un contrato gratuito.[16]

El comodatario es el único autorizado para hacer uso del bien dado en comodato, por tratarse precisamente de un contrato *intuitu personae*, salvo que se pacte lo contrario (arts. 2500 y 2515, CCDF).

Sin embargo, el comodatario puede celebrar, a su vez, un *subcomodato* si ha sido autorizado previamente para ello por el comodante (art. 2500, CCDF). También el arrendatario requiere autorización del arrendador para realizar el *comodato*,[17] que en este supuesto tendría el carácter de una *subcontratación impropia* (art. 2480, CCDF).

En términos generales, todas aquellas personas que tengan el uso de un bien ajeno por virtud de un derecho real o personal y cuenten con autorización, por disposición legal o autorización del propietario, para transmitir el uso de dicho bien, pueden celebrar el contrato de comodato. De este modo, el usufructuario puede dar en comodato el bien materia del

[13] *Idem.*

[14] Para Sánchez Medal, en la venta a vistas precede una promesa unilateral de venta (Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 287).

[15] *Idem.*

[16] *Cfr.* Rafael Rojina Villegas, *op. cit.*, p. 531. En el mismo sentido, Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 287.

[17] *Cfr.* Rafael Rojina Villegas, *op. cit.*, p. 530; Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 287.

usufructo (art. 1002, CCDF); en tanto que el usuario y el habituario no pueden celebrar el comodato, porque el ejercicio de tales derechos reales es *personalísimo* (art. 1051, CCDF).

El copropietario necesita autorización de los demás condueños para otorgar en comodato la cosa común, en virtud de que, aun cuando "tiene la plena propiedad de la parte alícuota que le corresponde y la de sus frutos y utilidades" y, en consecuencia, puede enajenarla, gravarla y "aún sustituir a otro en su aprovechamiento", para realizar esto último requiere el consentimiento de los copropietarios cuando se trata de conceder un derecho personal (art. 950, CCDF), como el comodato.[18]

En el caso de que haya varios comodatarios, quedan sujetos de manera solidaria a satisfacer las obligaciones derivadas del comodato (art. 2510, CCDF).

7.5 El objeto en el comodato

El comodato debe tener por objeto *bienes no fungibles*. Aun cuando la diferencia entre bienes fungibles y no fungibles se predica respecto de bienes muebles, el hecho de que el comodato se refiera a bienes no fungibles de ninguna manera excluye a los bienes inmuebles.[19]

No obstante, el comodato podría recaer sobre bienes fungibles[20] cuando hayan sido prestados como no fungibles y, por tanto, para ser restituidos esos mismos bienes (art. 2498, CCDF), como sucede –por ejemplo– cuando se presta de manera gratuita alguna mercancía que por naturaleza es fungible, para servir como muestra o exhibirse en alguna exposición (*ad pompam vel ostentationem*) con el compromiso de restituirla individualmente.[21]

Como lo dejamos asentado respecto del mutuo, un bien no puede calificarse como *fungible* o *no fungible* considerándolo en sí mismo, sino que dicho carácter se atribuye a los bienes en la medida en que se entreguen para ser devueltos después; en otro contexto, la fungibilidad carece de importancia. En tal virtud, el carácter fungible o no fungible depende, en realidad, de la voluntad de los contratantes:[22] el bien será fungible cuando se ha acordado que la obligación de devolverlo se satisfaga con otro bien de la misma especie, cantidad y calidad; en cambio, el bien será no fungible si el deudor ha de devolver el mismo bien que le fue entregado.

[18] COMODATO SOBRE UN BIEN INDIVISO. EL COMODANTE DEBE TENER LA AUTORIZACIÓN Y CONSENTIMIENTO DE TODOS LOS COPROPIETARIOS, PORQUE SE TRATA DE UN DERECHO PERSONAL SOBRE UNA COSA COMÚN. Décima época. Registro: 160939. Tribunales Colegiados de Circuito. Tesis aislada. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Libro I, octubre de 2011, Tomo 3. Materia(s): Civil. Tesis: I.3o.C.992 C (9a.). Página: 1613.

[19] En la doctrina se ha admitido que los bienes inmuebles, en ciertas circunstancias, pueden ser considerados bienes fungibles. Es lo que sucede con los lotes de terreno en desarrollos inmobiliarios, los cuales son trazados por los desarrolladores con características similares que les otorgan equivalencia entre sí, al compensar ubicación, orientación, superficie y demás cualidades (*cfr.* Rafael Rojina Villegas, *op. cit.*, p. 528).

[20] El art. 2498 del CCDF se refiere a bienes consumibles, los cuales son, por lo general, fungibles.

[21] *Cfr.* Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, pp. 287 y 288; Rafael Rojina Villegas, *op. cit.*, p. 527.

[22] Rojina cree que tanto la fungibilidad como la consumibilidad pueden ser alteradas por convenio de las partes (Rafael Rojina Villegas, *op. cit.*, p. 529).

En el comodato opera un principio considerado esencial: la *restitución individual* del bien otorgado en comodato, lo cual excluye la *fungibilidad* de los bienes. Rojina ha resaltado que, en realidad, el comodato recae sobre *bienes no consumibles* y que se comete un error al señalar que el objeto del comodato son bienes no fungibles. De acuerdo con el citado autor, lo "que interesa es que el comodatario pueda restituir la misma cosa, y que pueda usarla a la vez", ya que si por el uso se consume o deteriora, la cosa no podrá restituirse de manera individual.[23]

En este sentido, quedan excluidos del comodato los bienes no fungibles que a la vez sean consumibles. En otras palabras, podrán ser objeto del comodato bienes fungibles y no fungibles, en la medida en que también sean no consumibles.[24]

Por último, los bienes objeto del comodato podrían estar fuera del comercio, pues este rasgo atañe, más bien, a la posibilidad de que los bienes sean enajenados o apropiados. Como ejemplo se ha citado el comodato sobre una pintura que pertenece a una pinacoteca oficial, que es prestada para una exposición privada.[25]

7.6 La forma en el comodato

El contrato de comodato es *consensual*: no requiere formalidad alguna para su celebración (art. 1832, CCDF).

En opinión de Sánchez Medal, el comodato es una especie de los *contratos fácticos* o *contratos tácitos* porque se configura por la sola circunstancia de que "el dueño o poseedor de un bien permite de hecho a un familiar o amigo el uso u ocupación de ese bien, sin exigirle pago de renta o compensación alguna".[26]

El referido autor cita una precedente de la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la que esta resolvió que:

> para acreditar la existencia del comodato de un inmueble en un juicio de terminación de dicho contrato y de devolución del inmueble, es una prueba idónea *una presunción derivada del antecedente de una relación familiar (y podría también ser de amistad o de negocios) que se haya probado en autos y que explique y haga verosímil la ocupación gratuita de dicho inmueble por el demandado,* unida dicha presunción al hecho de no haberse acreditado la existencia de una compraventa o de otro acto traslativo de propiedad o de uso a favor del demandado.[27]

No obstante, la misma Tercera Sala sostuvo en un asunto en el que resolvió la *contradicción de tesis* 19/93, que no puede tenerse por demostrada la existencia del contrato de comodato por exclusión del examen de la totalidad de las pruebas aportadas por el demandado,

[23] *Cfr.* Rafael Rojina Villegas, *op. cit.*, pp. 528 y 529.

[24] *Ibidem*, p. 529.

[25] *Cfr.* Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 288.

[26] *Ibidem*, pp. 288 y 289.

[27] *Ibidem*, p. 289.

cuando este opone por vía de excepción o reconvención "determinadas situaciones jurídicas (arrendamiento, compraventa, etcétera), a fin de destruir la acción ejercitada, y no logra demostrarlas, existiendo su sola confesión en el sentido de que habita el inmueble objeto del contrato de manera gratuita, porque ello implicaría... invertir la carga de la prueba a la parte demandada, acerca de hechos que por su propia naturaleza deben ser a cargo del demandante".[28, 29]

7.7 Contenido obligacional

7.7.1 Obligaciones del comodante

El comodante tiene cuatro obligaciones esenciales: *a)* conceder el uso gratuito del bien objeto del comodato al comodatario, *b)* entregar el bien, *c)* reembolsar al comodatario los gastos extraordinarios y urgentes, y *d)* responder por los defectos del bien otorgado en comodato.

Las dos primeras obligaciones son contemporáneas "a la celebración del contrato y tiene[n] su fuente en él, [mientras que] las otras dos surgen de manera eventual durante la ejecución del contrato, pues se originan en hechos posteriores a la celebración del contrato".[30]

a) Entregar y conceder el uso gratuito del bien al comodatario. Esta es la obligación principal del contrato (art. 2497, CCDF).

b) Realizar los gastos extraordinarios para la conservación del bien. En su caso, reembolsar tales gastos al comodatario. Como veremos enseguida, corren por cuenta del comodatario los *gastos ordinarios* para conservar el bien objeto del comodato (art. 2508, CCDF), por lo cual el comodatario puede realizar tales gastos sin consultar al comodante.

Respecto de los *gastos extraordinarios*, en principio debe realizarlos el comodante, para lo cual el comodatario habrá de avisarle con oportunidad para que esté en condiciones de efectuarlos.

El comodatario está autorizado para hacer los gastos extraordinarios que, por la urgencia de realizarlos, no tenga tiempo suficiente de avisar al comodante antes de sufragarlos. En este

[28] COMODATO. CORRESPONDE AL ACTOR DEMOSTRAR SU EXISTENCIA Y NO DEDUCIRLA EL JUZGADOR, POR EXCLUSIÓN, DEL EXAMEN DE OTRAS SITUACIONES JURÍDICAS QUE NO DEMOSTRÓ EL DEMANDADO. Octava época. Registro: 206670. Tercera Sala. Jurisprudencia. Fuente: *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Núm. 72, diciembre de 1993. Materia(s): Civil. Tesis: 3a./J. 40/93. Página: 46.

[29] Este criterio ha sido recogido por algún Tribunal Colegiado de Circuito, que resolvió que la existencia del comodato "no es factible establecerla mediante la exclusión de otros actos jurídicos no acreditados por el demandado". Por consiguiente, para tener por acreditado el comodato, es necesario demostrar "que hubo por parte del actor la voluntad de conceder el uso gratuito del bien en disputa y que el demandado se obligó a restituirlo de manera individual, por ser éstos los elementos" que configuran el comodato, sobre todo porque "existen otros tipos de actos por los cuales una persona puede recibir de otra la posesión derivada de un determinado bien, tales como el depósito, el usufructo, la aparcería, el arrendamiento, etcétera". Véase: COMODATO, CONTRATO DE. NO ES DABLE TENERLO POR ACREDITADO POR EXCLUSIÓN DE OTROS ACTOS JURÍDICOS (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE MICHOACÁN). Novena época. Registro: 193486. Tribunales Colegiados de Circuito. Tesis aislada. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Tomo X, agosto de 1999. Materia(s): Civil. Tesis: XI.2o.82 C. Página: 735.

[30] *Cfr.* Rafael Rojina Villegas, *op. cit.*, p. 293.

supuesto, el comodante estará obligado a reembolsar los gastos erogados por el comodatario (art. 2513, CCDF).

c) Indemnizar los daños causados por los defectos del bien. El comodante solo responde por los defectos del bien dado en comodato, si tales defectos eran conocidos del comodante y omitió darlos a conocer al comodatario de manera oportuna (art. 2514, CCDF).

En los contratos gratuitos, como el comodato y la donación, la responsabilidad derivada por los vicios ocultos es subjetiva, en tanto que en los contratos onerosos, como la compraventa y el arrendamiento, tal responsabilidad es objetiva.

7.7.2 Obligaciones del comodatario

Las obligaciones del comodatario son tres: *a)* conservar la cosa, *b)* destinarla al uso convenido y *c)* devolverla al comodante.

a) Conservar la cosa. El comodatario está obligado a conservar el bien y, por tanto, habrá de conducirse con toda diligencia en su cuidado (art. 2502, CCDF). En este sentido, el comodatario debe observar la diligencia máxima del diligentísimo padre de familia.[31] Este grado de responsabilidad en el cuidado del bien entregado en comodato se explica en atención al carácter gratuito de esta clase de contratos.

El comodatario responde de cualquier deterioro que sufra el bien por su culpa o negligencia (arts. 2502 y 2025, CCDF). De hecho, se presume que el deterioro ha sido por su culpa, salvo que pruebe lo contrario (art. 2018, CCDF).

No obstante, el comodatario no responde de los deterioros que haya sufrido la cosa por el solo efecto del uso para el cual se prestó, a menos que también haya habido culpa del mismo (art. 2507, CCDF).

Tampoco responde el comodatario de la pérdida de la cosa por caso fortuito o fuerza mayor (art. 2018, CCDF). Sin embargo, responde por caso fortuito o fuerza mayor en tres casos: *a)* si la pérdida ocurre por emplear la cosa en un uso diferente del convenido o *b)* por más tiempo del acordado (art. 2504, CCDF). Asimismo, *c)* si la cosa se pierde cuando se ha estimado su valor al prestarla, supuesto en el cual se presume que, por el solo hecho de establecer el valor del bien otorgado en comodato, las partes han tenido la intención de restituir el precio del bien, si se pierde por caso fortuito o fuerza mayor, a menos que se pacte lo contrario (art. 2506, CCDF).

Como sostiene Rojina, no "tendría sentido ninguno valorar la cosa, si no fuera para que el comodatario respondiera incluso en el caso fortuito. No es menester estipularlo así para que se pague la cosa, pues basta con su valorización, para que incluso se responda del caso fortuito".[32]

[31] *Cfr.* Rafael Rojina Villegas, *op. cit.*, p. 535.

[32] *Ibidem*, p. 538.

El comodatario habrá de sufragar todos los *gastos ordinarios* necesarios para conservar el bien dado en comodato; por tanto, no tiene *derecho a repetir* por el importe de tales gastos (art. 2508, CCDF), esto es, a que se le reembolsen dichas erogaciones.

Si se trata de *gastos extraordinarios*, el comodatario debe avisar al comodante la necesidad de realizarlos; sin embargo, si esos gastos son urgentes, de tal manera que deba sufragarlos sin dar el citado aviso previo al comodante, tendrá derecho a que le sean reembolsados por este (art. 2513, CCDF).

El comodatario tiene el deber de salvar el bien dado en comodato, con prioridad sobre sus propios bienes, cuando estos estén expuestos a sufrir daños por caso fortuito o fuerza mayor. Sánchez Medal considera que el comodatario debe ser indemnizado por el comodante al haber sacrificado aquel su propio bien para salvar el que recibió en comodato, porque en este supuesto se trata de un gasto extraordinario.[33]

En tal virtud, el comodatario responde del caso fortuito o fuerza mayor si el bien otorgado en comodato se pierde *a)* por haber empleado sus propios bienes en lugar de aquel, o *b)* por haber preferido salvar el bien de su propiedad (art. 2505, CCDF).

En el caso de que el deterioro del bien materia del comodato sea de tal relevancia que resulte imposible emplearlo para su uso ordinario, el comodante puede optar entre recibir el bien y reclamar la reparación de los daños y perjuicios,[34] o exigir el valor anterior de la cosa, esto es, el valor que tenía al celebrarse el contrato. Para ello, debe abandonar la propiedad del bien en favor del comodatario (arts. 2503 y 2112, CCDF).[35]

Desde luego, en dicho supuesto el comodatario está en aptitud de probar *a)* que el deterioro se debió al uso de la cosa para el que fue prestada y sin culpa suya (art. 2507, CCDF) o *b)* que tal deterioro se debió a caso fortuito o fuerza mayor (art. 2018, CCDF).

b) Destinar el bien al uso que corresponda. El comodatario debe usar el bien de la manera convenida. A falta de acuerdo expreso, lo empleará de acuerdo con su uso ordinario (art. 2503, CCDF) o su destino natural (art. 2425, fracc. III, CCDF, por analogía).

El uso del bien en comodato solo comprende el derecho a servirse de este, por lo que el comodatario no está facultado para percibir los frutos ni accesiones del bien; sin embargo, las partes pueden pactar en sentido distinto (art. 2501, CCDF).

Cuando se ha omitido determinar el uso que habrá de darse al bien por virtud del comodato, el comodante podrá exigir al comodatario la devolución del referido bien en cualquier momento (art. 2511, CCDF).

[33] *Cfr.* Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, pp. 290 y 293.

[34] *Cfr.* Rafael Rojina Villegas, *op. cit.*, p. 539.

[35] "Si la cosa se ha perdido, o ha sufrido un detrimento tan grave que, a juicio de peritos, no pueda emplearse en el uso a que naturalmente está destinada, el dueño debe ser indemnizado de todo el valor legítimo de ella" (art. 2112, CCDF).

Es preciso mencionar que en el comodato, el uso del bien no puede catalogarse como una obligación a cargo del comodatario, sino más bien como un derecho.[36] Este rasgo diferencia el comodato de otros contratos: en el *arrendamiento*, el arrendatario está obligado a usar el bien arrendado; en la *prenda* y el *depósito*, tanto el acreedor prendario como el depositario carecen del derecho a usar el bien objeto de tales contratos.

El comodatario no está autorizado para alterar la forma ni la sustancia del bien objeto del comodato. Esta es una obligación presente en los contratos traslativos de uso y en algunos derechos reales como el usufructo, el uso o la habitación. La obligación señalada se sustenta, a la vez, en el deber que tiene el deudor de restituir el bien de manera individual,[37] como ocurre en las referidas relaciones jurídicas.

En el supuesto de que el comodatario destine el bien para un uso diverso de aquel que corresponde según lo acordado o su naturaleza, el comodante podrá pedir la devolución anticipada del bien, esto es, antes del término fijado para tal efecto. Además, si el bien se deteriora o pierde por emplearse de manera distinta, el comodatario incurre en responsabilidad civil, aun cuando la pérdida sobrevenga por caso fortuito o fuerza mayor (art. 2504, CCDF).

El uso del bien entregado en comodato solo puede hacerlo el propio comodatario, pues se trata de un contrato *intuitu personae* (en consideración a la persona).

De esta manera, el comodatario no puede transmitir el uso del bien a otra persona. No obstante, podrá concederlo a terceros si cuenta con autorización expresa del comodante; es decir, podrá celebrar un *subcomodato* respecto del mismo bien que ha recibido del comodante (art. 2500, CCDF). Asimismo, el comodatario podrá dar en arrendamiento –*subcontrato impropio*– el referido bien, si se le autorizó para adquirir los frutos civiles que este produzca. De acuerdo con Planiol,[38] el uso podría consistir, incluso, en entregar el bien en prenda.

En caso de que el comodatario permita a un tercero servirse del bien objeto del comodato sin autorización del comodante, este podrá exigir la devolución del bien antes de terminar el plazo o el uso convenido (art. 2512, CCDF).

c) Devolver el bien individualmente. En principio, el bien dado en comodato debe restituirse de manera individual (arts. 2497, 2511 y 2512, CCDF).

No obstante, el comodatario no estará obligado a restituir el bien si este ha perecido por caso fortuito o fuerza mayor, pues el riesgo por la pérdida en tal supuesto corre a cargo del comodante.

El comodatario habrá de *restituir el bien por equivalente*, esto es, entregando el valor que haya tenido al celebrarse el contrato (art. 2503, CCDF), aunque el referido bien perezca por caso fortuito o fuerza mayor, en los casos siguientes:

[36] *Cfr.* Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 291.

[37] *Cfr.* Rafael Rojina Villegas, *op. cit.*, p. 540.

[38] Citado por Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 288.

- Cuando el comodatario haya usado el bien en forma distinta de la convenida (art. 2504, CCDF).
- Cuando el uso del referido bien se haya prolongado más tiempo del acordado (art. 2504, CCDF).
- Cuando el bien se deterioró de tal manera que resulte imposible emplearlo en el uso ordinario que le corresponde, siempre que dicho deterioro se haya producido por culpa o negligencia del comodatario (art. 2503, CCDF), esto es, que no se deba al mero uso del bien (art. 2507, CCDF).
- Cuando el comodatario haya preferido salvar sus propios bienes en lugar del bien dado en comodato (art. 2505, CCDF).
- Cuando se estimó el valor del bien al realizarse el contrato, sin que haya pacto expreso en contrario (art. 2506, CCDF).

El comodatario debe restituir el bien o, en su caso, su valor equivalente al vencimiento del plazo o al concluir el uso para el cual fue prestado. En el supuesto de que, vencido el plazo, el comodatario continuara usando el bien sin oposición del comodante, no opera la *tácita reconducción* o *prórroga tácita*, como ocurre en el arrendamiento.[39]

No obstante, el comodante podrá exigir la devolución del bien objeto del comodato antes de la terminación del plazo o del uso convenido en los casos siguientes: *a)* cuando le sobrevenga necesidad urgente del bien; *b)* cuando haya peligro de que este perezca si continúa en poder del comodatario, lo cual habrá de probar; *c)* cuando el comodatario ha autorizado a un tercero a servirse del bien, sin consentimiento del comodante (art. 2512, CCDF), y *d)* por haber empleado el bien en un uso distinto al acordado.

De igual manera, el bien entregado en comodato habrá de devolverse en el momento en que lo pida el comodante, cuando no se ha pactado el plazo ni el uso que debe darse al referido bien (art. 2511, CCDF). Las hipótesis mencionadas corresponden al *contrato de precario*.[40]

Debe señalarse que el comodatario carece del *derecho de retención* respecto del bien comodatado, aun cuando se le adeude alguna cantidad por virtud del propio comodato. En ese sentido, está obligado a devolver el bien de manera oportuna, sin que esté autorizado para retenerlo (art. 2509, CCDF), ya que se trata de un contrato gratuito.

Fijar un plazo para la terminación del comodato tiene relevancia, en especial, para el caso de que el comodatario continuara usando el bien dado en comodato después de ese tiempo y el referido bien se perdiera, supuesto en el cual el comodatario responde por tal pérdida, aun cuando provenga de caso fortuito o fuerza mayor (art. 2504, CCDF).

Es preciso señalar que si el comodatario se niega a devolver el bien objeto del préstamo al término del contrato, podría quedar obligado a satisfacer daños y perjuicios consistentes en

[39] *Cfr.* Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 292.

[40] *Idem.*

"la cantidad que el comodante pudo haber recibido como producto por la utilización del inmueble durante el tiempo que indebidamente el comodatario se negó a devolverlo".[41]

7.8 Terminación del comodato

El comodato puede terminar por las causas siguientes:

a) Por *muerte del comodatario* (art. 2515, CCDF), pues el comodato es un contrato *intuitu personae*. En este caso, la acción de terminación del comodato se debe enderezar contra los parientes del comodatario fallecido que continúen en la ocupación del inmueble, porque entraron a poseerlo con autorización del comodatario y resultan sus causahabientes. De esta manera, su posesión deriva del comodato celebrado con el comodatario y no poseen por causa diversa de la posesión del comodatario.[42]

b) Por *denuncia* o *desistimiento unilateral* del comodante. Como se ha señalado con antelación, el comodante puede terminar el comodato por desistimiento unilateral antes de terminar el plazo o el uso convenido, en los casos siguientes: *i)* cuando el comodante tenga necesidad urgente del bien; *ii)* cuando haya peligro de que el bien perezca si este continúa en poder del comodatario; *iii)* cuando el comodatario ha permitido que un tercero use el bien, sin autorización del comodante (art. 2512, CCDF), y *iv)* cuando el comodatario use el bien en forma distinta de la pactada.

Incluso, las partes podrían pactar una causa de terminación anticipada distinta, como sería –por ejemplo– que el comodatario quede obligado a entregar el inmueble tan pronto como el comodante esté "en posibilidad de remodelar la finca, sin fijar fecha para la terminación" del comodato. En este supuesto, el contrato se tendrá por concluido cuando el comodante haga saber al comodatario que está en aptitud de efectuar la remodelación, porque el comodato sin plazo de terminación autoriza al comodante a exigir el bien cuando le parezca.[43]

La denuncia o desistimiento unilateral también es causa de terminación del comodato, en el caso del *contrato de precario*; esto es: *i)* cuando no se ha convenido el uso del bien dado en comodato o *ii)* cuando no se ha fijado plazo para el mismo (art. 2511, CCDF).

Es preciso señalar que en estos dos últimos casos el comodante puede exigir el bien cuando le pareciere. En este sentido, el comodato termina sin necesidad de que el comodante entregue un aviso previo al comodatario, por lo que será "suficiente con

[41] COMODATO. PAGO DE DAÑOS Y PERJUICIOS, PROCEDENCIA DE. Octava época. Registro: 217235. Tribunales Colegiados de Circuito. Tesis aislada. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*. Tomo XI, febrero de 1993. Materia(s): Civil. Tesis: IX.2o.42 C. Página: 220.

[42] TERMINACIÓN DE COMODATO. LA ACCIÓN PROCEDE CONTRA LOS PARIENTES DEL COMODATARIO FALLECIDO. Novena época. Registro: 191159. Tribunales Colegiados de Circuito. Tesis aislada. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Tomo XII, septiembre de 2000. Materia(s): Civil. Tesis: I.4o.C.38 C. Página: 818.

[43] COMODATO, TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE SAN LUIS POTOSÍ). Novena época. Registro: 194200. Tribunales Colegiados de Circuito. Tesis aislada. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Tomo IX, abril de 1999. Materia(s): Civil. Tesis: IX.1o.33 C. Página: 508.



que hubiera presentado su demanda manifestando su deseo de dar por terminado el comodato para que prospere su acción".[44] Tampoco es necesario que se requiera al comodatario por la devolución del bien antes de intentar la acción, por tratarse de una obligación de dar que carece de plazo para su cumplimiento (art. 2080, CCDF).[45]

c) *Enajenación del bien otorgado en comodato.* En el caso de que el comodante venda el bien objeto del comodato, el adquirente se subroga en los derechos y deberes inherentes al contrato de comodato, por lo cual puede ejercer la acción de terminación, desocupación y entrega del referido bien, incluso por las causas que permiten concluirlo antes de que fenezca el plazo o el uso convenido. Y es que la compraventa implica, también, la transmisión de los derechos y deberes relativos al bien objeto de la misma.[46]

   No obstante, en el estado de Guanajuato, el comodato termina "por la enajenación de la cosa comodada. En este caso el comodatario deberá restituir la cosa al comodante, aun cuando no hubiere terminado el plazo o uso convenidos", como lo prevé el art. 2023, segundo párrafo, del Código Civil. Al respecto, se ha considerado que el comodante se encuentra legitimado para ejercer la acción de terminación del comodato cuando enajena el bien objeto del préstamo, porque el contrato ha fenecido, lo cual impide que opere la subrogación de derechos en favor del adquirente.[47]

d) La *acción de terminación* del comodato celebrado respecto de un bien en copropiedad puede ser ejercida por cualquiera de los copropietarios, sin que sea menester el consenso de los demás condueños. Esto se debe a que el comunero puede deducir las acciones relativas a la cosa común, en calidad de dueño, salvo pacto en contrario o ley especial. Sin embargo, no puede transigir ni comprometer en árbitros el negocio sin el consentimiento unánime de los demás condueños (art. 15, CPCDF).[48]

[44] COMODATO. EL COMODANTE PODRÁ DARLO POR TERMINADO SIN NECESIDAD DE NOTIFICAR PREVIAMENTE AL COMODATARIO. Novena época. Registro: 203743. Tribunales Colegiados de Circuito. Tesis aislada. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Tomo II, noviembre de 1995. Materia(s): Civil. Tesis: I.3o.C.65 C. Página: 511.

[45] COMODATO. TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE, CUANDO NO SE HA DETERMINADO PLAZO. Octava época. Registro: 213082. Tribunales Colegiados de Circuito. Tesis aislada. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*. Tomo XIII, marzo de 1994. Materia(s): Civil. Tesis: I.3o.C.661 C. Página: 328.

[46] COMODATO, TERMINACIÓN DEL. Novena época. Registro: 204941. Tribunales Colegiados de Circuito. Tesis aislada. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Tomo I, Junio de 1995. Materia(s): Civil. Tesis: VII.2o.C.4 C. Página: 415.

[47] COMODATO. EL COMODANTE SE ENCUENTRA LEGITIMADO PARA EJERCER LA ACCIÓN DE TERMINACIÓN DEL CONTRATO, AL ENAJENAR LA COSA COMODADA, SIN QUE POR ELLO OPERE SUBROGACIÓN DE DERECHOS EN FAVOR DEL NUEVO ADQUIRENTE (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE GUANAJUATO). Novena época. Registro: 180697. Tribunales Colegiados de Circuito. Tesis aislada. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Tomo XX, septiembre de 2004. Materia(s): Civil. Tesis: XVI.5o.15 C. Página: 1737.

[48] TERMINACIÓN DE COMODATO, ACCIÓN DE. CUALQUIERA DE LOS CONDUEÑOS ESTÁ LEGITIMADO PARA EJERCERLA. (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE CHIAPAS). Novena época. Registro: 204844. Tribunales Colegiados de Circuito. Tesis aislada. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Tomo II, julio de 1995. Materia(s): Civil. Tesis: XX.17 C. Página: 281.

Autoevaluación

1. Señale tres diferencias entre el contrato de comodato y el mutuo.
2. ¿En qué consiste el contrato de precario?
3. ¿Qué se requiere para que los administradores de bienes ajenos puedan dar en comodato los bienes confiados a su guarda?
4. ¿Qué se requiere para que un copropietario pueda dar en comodato la cosa común?
5. ¿Cuál es el objeto del contrato de comodato?
6. ¿Quién debe realizar los gastos ordinarios y los gastos extraordinarios para conservar el bien dado en comodato?
7. ¿En qué casos responde el comodatario por la pérdida o el deterioro del bien dado en comodato, por caso fortuito o fuerza mayor?
8. ¿En qué casos debe el comodatario restituir el bien por equivalente?
9. ¿En qué supuestos puede el comodante exigir la devolución del bien antes de terminar el plazo o el uso convenido?
10. ¿Cuáles consecuencias se producen por la enajenación del bien otorgado en comodato?

capítulo 8

PARTE 4: LOS CONTRATOS DE CUSTODIA

Depósito

Propósitos

Al finalizar el capítulo, el alumno identificará con precisión los rasgos que caracterizan el contrato de *depósito*, sus diferencias con figuras afines, las modalidades que presenta en la práctica, el contenido obligacional del contrato, los efectos jurídicos que produce y la manera como termina.

8.1 Concepto

El depósito es el contrato por virtud del cual el *depositario* se obliga a recibir un bien mueble o inmueble que el *depositante* le confía, para que lo guarde y restituya cuando este se lo pida (art. 2516, CCDF).

El contrato de depósito se caracteriza por que la *custodia de los bienes* muebles o inmuebles que recae sobre el depositario es la obligación principal, lo que diferencia al referido contrato de otros, como la compraventa, el arrendamiento, la prenda, el transporte, el mandato, etc., en los que también existe el deber de custodiar bienes a cargo de una de las partes, solo que en estos casos el deber señalado es secundario.[1] La finalidad de estos contratos *no es la custodia*, sino la *transmisión de la propiedad*, la *transmisión del uso o goce*, la *garantía de un crédito* y el *traslado de los objetos*, respectivamente.

8.2 Clasificación

El *depósito civil* es un contrato *consensual* por oposición a *real*, por lo cual no es menester la entrega del bien objeto del negocio jurídico para que este se perfeccione;[2] por consiguiente, el depositante estará obligado a hacer la entrega por mero efecto del contrato. En cambio,

[1] *Cfr.* Ramón Sánchez Medal, *De los contratos civiles*, 25ª ed., Porrúa, México, 2013, p. 297.

[2] El depósito era considerado contrato *real* en el Código Civil de 1884.

el *depósito mercantil* es un *contrato real*, que solo se perfecciona por la entrega del bien.[3] De conformidad con el art. 334 del *Código de Comercio* (CCom), "el depósito queda constituido mediante la entrega al depositario de la cosa que constituye su objeto".

El depósito es, asimismo, un contrato *consensual* por oposición a *formal*, porque para su validez basta el mero consentimiento, sin que se requiera la forma escrita.

Es un contrato *principal*, aun cuando también podría tener carácter *accesorio* de manera excepcional si se trata de un *depósito en garantía*, en el cual el depósito se constituye *en interés del depositario*.[4]

Es un contrato *oneroso* por naturaleza, en razón de que el depositario tiene derecho a cobrar una retribución, por lo cual, para que sea *gratuito,* requiere pacto expreso. En ese sentido, el contrato es, además, *bilateral en sentido amplio*, pues produce derechos y obligaciones recíprocos: el depositario debe custodiar el bien dado en depósito y el depositante tiene que pagar la retribución, así como reembolsar los gastos por la custodia.

No obstante, el depósito es un negocio jurídico *sinalagmático imperfecto***;** esto es, no es un contrato *bilateral en sentido estricto*,[5] toda vez que las obligaciones de ambas partes no son interdependientes o correlativas: *a)* el depositario no está autorizado para dejar de custodiar los bienes por falta de pago de la retribución; *b)* tampoco tiene el *derecho de retención* para asegurar el reembolso de los gastos por la custodia (art. 2533, CCDF); *c)* el depositario debe devolver la cosa depositada cuando el depositante lo solicite, aun cuando el depósito se hubiera constituido a plazo (art. 2522, CCDF), pero en este supuesto el depositante ha de pagar íntegra la retribución por el depósito. En este sentido, el depósito no está sujeto a rescisión, ni confiere al depositario el derecho de retención, ni tampoco existe la excepción de contrato no cumplido (*exceptio non adimpleti contractus*).[6]

Por último, el depósito es un contrato *intuitu personae*, por cuanto se atiende a las cualidades personales del depositario para su celebración.

8.3 Tipos de depósito

a) Depósito civil y depósito mercantil. El depósito es *mercantil* cuando se celebra entre comerciantes, o sobre bienes que son objeto de comercio, o cuando se realiza como consecuencia de una operación mercantil (arts. 75, fracc. VII, y 332, CCom).

Entre los depósitos mercantiles se encuentran: *a)* el *depósito bancario de dinero*, que puede ser a la vista, retirable en días preestablecidos, de ahorro y a plazo o con previo aviso (arts. 46, fracc. I, 56 a 62, *Ley de Instituciones de Crédito*, LIC); *b)* el *depósito en administración* o *custodia*,

[3] *Cfr.* Joaquín Rodríguez Rodríguez, *Derecho mercantil*, 27ª ed., Porrúa, México, 2004, p. 552.

[4] *Cfr.* Rafael Rojina Villegas, *Derecho civil mexicano*, t. VI, vol. II, 7ª ed., Porrúa, México, 2001, pp. 10 y 11.

[5] *Cfr.* Ramón Sánchez Medal, *op. cit*., p. 297.

[6] *Idem*.



o *en garantía* por cuenta de terceros, de títulos o valores y, en general, de documentos mercantiles (art. 46, fracc. XVI, LIC); *c)* el *depósito de mercancías* en almacenes generales de depósito, que son organizaciones auxiliares de crédito, los cuales se documentan en certificados de depósito (arts. 229 a 251, *Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito*, LGTOC), y *d)* el *depósito de valores* que se realiza en instituciones para el depósito de valores (arts. 280 a 294, *Ley del Mercado de Valores*, LMV), como el Instituto para el Depósito de Valores (Indeval).

Al lado de estos dos tipos de depósito, la doctrina también se ha ocupado de las siguientes clases de depósito:

- El *depósito administrativo*, que se constituye ante una autoridad administrativa, por ejemplo, para garantizar el cumplimiento de las obligaciones impuestas con motivo de una concesión, un permiso o una autorización; o en materia fiscal, como garantía de un crédito fiscal.
- El *depósito judicial*, que se otorga ante una autoridad judicial en calidad de caución, por ejemplo, en materia penal para obtener la libertad. En este caso, según Rojina, "se desvirtúa la naturaleza del contrato para convertirse en una prenda".[7]

b) Depósito regular y depósito irregular. El *depósito regular* es la modalidad ordinaria del depósito que se caracteriza por que el depositante conserva la propiedad de los bienes depositados y, por consiguiente, el depositario no puede usar ni disponer de tales bienes, los cuales habrán de ser restituidos de manera individual.

En el *depósito irregular*, en cambio, el depositante *transmite la propiedad* de los bienes depositados al depositario porque recae sobre *bienes fungibles* y, por tanto, el depositario está en condiciones de disponer de tales bienes, pero habrá de restituir otro tanto de la misma especie y calidad. El tipo característico de esta clase de negocio jurídico es el *depósito bancario de dinero*.

El *Código Civil para el Distrito Federal* (CCDF) no contempla el depósito irregular,[8] a diferencia del CCom, que lo prevé en el art. 338 según el cual: "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 aquel le encomendare, cesarán los derechos y obligaciones propias del depositante y depositario, surgiendo los del contrato que se celebrare."

El depósito irregular también está previsto en el art. 267 de la *Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito* (LGTOC), que señala: "El depósito de una suma determinada de dinero en moneda nacional o en divisas o monedas extranjeras, transfiere la propiedad al depositario y lo obliga a restituir la suma depositada en la misma especie…"

[7] Rafael Rojina Villegas, *op. cit.*, p. 17.

[8] *Cfr.* Joaquín Rodríguez Rodríguez, *op. cit.*, p. 555.

Para Rojina Villegas[9] y Sánchez Medal,[10] el depósito irregular es, en realidad, un mutuo. En principio, el depósito irregular se diferencia del mutuo en que el primero se celebra en interés del depositante y, por ello, este puede solicitar la devolución de los bienes depositados en cualquier momento (art. 2522, CCDF); mientras que el segundo se concreta en interés del mutuatario y, por tal motivo, el mutuante no puede pedir la devolución de los bienes mutuados a su arbitrio, antes del vencimiento del plazo. No obstante, esa distinción se desvanece cuando el depósito irregular se ha pactado a plazo, supuesto en el que el depositante no puede exigir la devolución de los bienes en forma anticipada, lo cual lo asemeja al mutuo.[11]

Con todo, el dato de "la custodia, en cuanto conservación del valor sustancial de la cosa, es la que distingue el depósito de otras figuras jurídicas", incluido el *mutuo*, porque en el depósito, la custodia de los bienes depositados y la restitución de los mismos "es la finalidad que las dos partes han tenido en cuenta al dar vida a este negocio jurídico".[12]

c) Depósito en garantía. El depósito en garantía suele constituirse sobre una cantidad de dinero que se entrega en depósito a un tercero o al propio acreedor, para garantizar el cumplimiento de una obligación que, por lo general, es una obligación futura. En caso de incumplimiento, la garantía se hace efectiva. Este contrato ha sido calificado por la doctrina mexicana como *semejante a la prenda*.[13]

d) Contrato de secuestro. El secuestro es el depósito de una cosa litigiosa en poder de un tercero hasta que se decida a quién debe entregarse (art. 2539, CCDF).

El secuestro puede ser *convencional* o *judicial* (art. 2540, CCDF). El primero se verifica cuando los litigantes depositan la cosa litigiosa en poder de un tercero que se obliga a entregarla, concluido el pleito, al que conforme a la sentencia tenga derecho a ella (art. 2541, CCDF). En este sentido, el secuestro convencional es un contrato de depósito. En cambio, el secuestro judicial se constituye por decreto del juez (art. 2544, CCDF), por lo que se trata de "un acto plurilateral de autoridad, que no tiene las características de un contrato". Y es que en este no existe el consentimiento libre entre el depositante y el depositario, porque el depósito se ordena "por el juez con motivo de un litigio, para asegurar ciertos bienes" contra la voluntad del propietario o poseedor de estos. En este caso, el secuestro como depósito se refiere al acto mismo del depósito, sin que se configure un contrato.[14]

En el secuestro convencional, el depositario no puede desvincularse del contrato antes de que concluya el litigio, a menos que consientan en ello todas las partes interesadas, o bien, que lo ordene el juez con base en una causa que considere legítima (art. 2542, CCDF).

[9] *Cfr.* Rafael Rojina Villegas, *op. cit.*, p. 18.

[10] *Cfr.* Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, pp. 298 y 299.

[11] *Ibidem*, p. 299.

[12] Joaquín Rodríguez Rodríguez, *op. cit.*, p. 564.

[13] *Cfr.* Rafael Rojina Villegas, *op. cit.*, pp. 11 y 17.

[14] *Ibidem*, pp. 30, 31 y 33.

Por consiguiente, "se deroga la regla de que el depositario deberá entregar la cosa cuando el depositario se lo pida", pues la misma está en disputa.[15]

El *secuestro convencional* se rige por las mismas disposiciones que norman el contrato de depósito en general (art. 2543, CCDF), en tanto que el *secuestro judicial* se rige por las disposiciones del Código de Procedimientos Civiles y, en su defecto, por las mismas reglas que el secuestro convencional (art. 2545, CCDF).

8.4 Diferencias con figuras afines

1. En algunos contratos existe, a cargo de una de las partes, el deber de custodiar los bienes de que son objeto; a esas partes se les imponen las obligaciones y los derechos de un *depositario*. Es lo que acontece, por ejemplo, en los casos siguientes:

a) En la *compraventa*, cuando se produce la *entrega virtual* de la cosa vendida al comprador, quien acepta que la misma quede a su disposición y se da por recibido de ella, de manera virtual; "el vendedor que la conserve en su poder [la cosa vendida] sólo tendrá los derechos y obligaciones de un depositario" (art. 2284, CCDF).

b) En el *mandato*, el mandante puede exigir del mandatario, en caso de nulidad por falta de forma del mandato, la devolución de las sumas que le hubiera entregado y respecto de las cuales se considera simple depositario (art. 2559, CCDF).

c) En la prenda sobre frutos pendientes de los bienes inmuebles que serán recogidos en tiempo determinado, el deudor prendario se considera depositario de tales frutos, salvo convenio en contrario (art. 2857, CCDF).

En supuestos como los señalados, en realidad, no existe un contrato de depósito ligado al contrato del cual deriva el deber de custodia, sino que se trata, más bien, de aplicar el régimen jurídico que corresponde al depositario, al contratante que tiene el referido deber de custodia.

2. Diferente es el caso del bien pignorado que se entrega a un tercero para su guarda, en el que se ha considerado que existe un contrato de depósito vinculado con la prenda (arts. 2859 y 519, CCDF).[16]

3. Por último, algunos *contratos atípicos* se forman por prestaciones características de ciertos contratos típicos, como el *contrato de garaje* o *de estacionamiento*, en el que una de las prestaciones principales es justo el *deber de custodia* que lo aproxima, en ese aspecto, al *depósito*, pero sin identificarse con este. El régimen jurídico del depósito resulta aplicable a esa clase de contratos, con base en la *teoría de la combinación*.

[15] *Ibidem*, p. 34.

[16] *Cfr.* Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 301.

8.5 Las partes contratantes en el depósito

Las partes en el contrato de depósito son el *depositante*, que es la persona que entrega los bienes objeto del referido negocio jurídico, y el *depositario*, quien recibe tales bienes y se obliga a restituirlos de manera individual.

En realidad, para celebrar el contrato es suficiente que uno de los contratantes cuente con la capacidad general para obligarse, pues la discapacidad de cualquiera de ellos "no exime al otro de las obligaciones" a que estuviera sujeto (art. 2519, CCDF).

De este modo, aunque el *depositario* fuera discapaz y opusiere la excepción de nulidad del depósito, "no podrá eximirse de restituir la cosa depositada si [la] conserva aún en su poder", y en caso de que la cosa haya sido enajenada, habrá de restituir "el provecho que hubiere recibido de su enajenación" (art. 2520, CCDF). De hecho, la restitución sería, en todo caso, una consecuencia de la nulidad (art. 2239, CCDF) del contrato. Además, cuando la discapacidad "no fuere absoluta", esto es, cuando el depositario tuviere intervalos de lucidez,[17] podría ser condenado a pagar daños y perjuicios si procedió con dolo o mala fe (art. 2521, CCDF) al contratar en uno de esos momentos de lucidez.

Asimismo, el depositante discapaz debe pagar la retribución al depositario y reembolsarle los gastos por la conservación de la cosa (art. 2519, CCDF), pues este caso será tratado en forma similar a la gestión de negocios,[18] en la que "deben pagarse al gestor los gastos necesarios que hubiere" realizado con motivo de la gestión (art. 1904, CCDF).

El depositante no requiere tener la propiedad de los bienes para darlos en depósito, en razón de que aquellas personas que tuvieran el uso y disfrute de bienes ajenos pueden constituir el depósito, como el arrendatario, el comodatario, el usufructuario, el mandatario o el poseedor, porque pueden exigir la restitución de los bienes depositados en todo tiempo.

No obstante, el depositario no puede encomendar a un tercero, a la vez, el depósito de los bienes que ha recibido, a menos que haya sido autorizado de manera expresa para celebrar el subcontrato de depósito (o *subdepósito*), dado que la guarda de tales bienes debe ser personal.[19]

8.6 El objeto del depósito

El depósito puede tener por objeto bienes muebles o inmuebles. Los bienes muebles pueden ser corpóreos o incorpóreos (como créditos). De acuerdo con Sánchez Medal, una cosa que esté fuera del comercio puede ser, también, objeto de un contrato de depósito.[20]

[17] *Cfr.* Rafael Rojina Villegas, *op. cit.*, 21.

[18] *Cfr.* Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 302.

[19] *Idem.*

[20] *Idem.*

Los bienes *fungibles* (como el dinero) podrían ser entregados en depósito para ser restituidos de manera individual (*depósito regular*), como cuando se entrega el dinero "con especificación de las monedas que los constituyan, o cuando se entreguen [en sacos] cerrados y sellados" (art. 336, CCom); o bien, para devolver otros bienes de la misma especie y calidad (*depósito irregular*).[21]

Por lo que se refiere a la *retribución*, en general, su objeto es una cantidad de dinero, pero nada obsta que sea otra clase de bienes.

8.7 La forma en el contrato de depósito

Como ha quedado señalado, el *depósito civil* es un contrato *consensual* por oposición a *real* y a *formal*. No es necesaria la entrega de los bienes objeto del depósito para que el contrato se perfeccione. La entrega es, en ese sentido, una obligación que habrá de satisfacer el depositante, la cual puede cumplirse en el momento mismo de la concreción del depósito o en un instante posterior a su celebración. En todo caso, la *forma* sería solo *ad probationem*; esto es, para probar los términos del contrato y para la seguridad de las partes contratantes.

8.8 Contenido obligacional

8.8.1 Las obligaciones del depositario

a) Recibir los bienes en depósito. El depositario está obligado a recibir los bienes otorgados en depósito (art. 2516, CCDF); obligación que podría implicar, incluso, el deber de acondicionar los espacios donde habrán de depositarse los bienes o rentar tales espacios (bodegas, graneros, etc.) o los recipientes apropiados (art. 2531, CCDF, por analogía).

b) Cuidar o conservar los bienes. El depositario tiene el *deber de custodiar o conservar* los bienes objeto del depósito, en el mismo estado en que los recibió (arts. 2522, CCDF, y 335, primer párrafo, CCom).

Esta obligación comprende la *custodia material* y la *custodia jurídica*. La primera se refiere a la conservación física de los bienes depositados, en tanto que la segunda consiste en la ejecución de todos los actos necesarios para que los referidos bienes conserven la situación jurídica que tenían al constituirse el depósito (art. 2518, segunda parte, CCDF); por ejemplo, realizar la interpelación judicial para impedir la prescripción extintiva de un crédito, o efectuar la presentación y, en su caso, el protesto de un título-valor por falta de pago.

[21] Según Sánchez Medal, en el depósito "se requiere que la cosa no sea *fungible*, porque de lo contrario se trataría de un mutuo o del llamado depósito irregular" (*cfr.* Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 302).

Además, tratándose del depósito de títulos, valores, efectos o documentos que devenguen intereses, el depositario queda obligado al cobro de estos en las fechas de vencimiento (art. 2518, primera parte, CCDF).

De acuerdo con Sánchez Medal, la responsabilidad del depositario no se presume, sino que es preciso probar que la pérdida o el deterioro se debió a su malicia o negligencia (arts. 2522, segundo párrafo, CCDF, y 335, segundo párrafo, CCom). Este trato que se da al depositario es diferente de aquel que se otorga al deudor de un bien determinado cuando la pérdida de la cosa en su poder se presume por culpa suya, a menos que se pruebe lo contrario (art. 2018, CCDF). Esta atenuación de responsabilidad del depositario se debe a que el depósito fue considerado en el derecho romano un contrato *gratuito por naturaleza*, por lo cual solo el dolo o la culpa grave del deudor lo hacían responsable;[22] esto es, debía observar la *diligencia mínima* de un buen padre de familia.[23]

No obstante, tratándose del *depósito oneroso*, el depositario responde por la culpa leve, por no observar la *diligencia media* de un buen padre de familia.[24]

Por último, el depositante está obligado a indemnizar al depositario por los gastos necesarios que hiciere para conservar los bienes depositados, así como por los daños que resintiere por el depósito (art. 2532, CCDF).

Cuando el depósito mercantil recae sobre dinero que se entrega con especificación de las monedas que lo componen o cuando estas se entreguen en sacos cerrados y sellados (art. 336, CCom), el aumento o disminución de su valor será por cuenta del depositante.

En este caso, los *riesgos del depósito* corren a cargo del depositario, por lo que habrá de soportar las consecuencias de los daños que sufran los bienes depositados, a menos que pruebe que ocurrieron por caso fortuito o fuerza mayor insuperables.

Cuando el depósito de dinero se constituya sin especificar las monedas y los sacos se entreguen sin cerrar o sellar, el depositario responderá de su conservación y riesgo, en términos similares a los indicados en el párrafo anterior.

c) Abstenerse de usar los bienes depositados. Nada obsta, sin embargo, para que el depositante autorice al depositario el uso de tales bienes. Con independencia de ello, el depositario está autorizado para usar los bienes en cuestión cuando su empleo se requiera como parte de su conservación o mantenimiento; por ejemplo, poner a caminar un caballo, encender el motor de un vehículo e, incluso, hacerlo circular.

d) Restituir los bienes en el estado en que los recibió, a menos que se hubieran deteriorado o perdido por *caso fortuito* o *fuerza mayor* (art. 2018, CCDF).

[22] *Cfr.* Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 308. En el mismo sentido Rafael Rojina Villegas, *op. cit.*, p. 23.

[23] *Cfr.* Rafael Rojina Villegas, *op. cit.*, p. 23.

[24] *Idem*.

- La devolución de los bienes depositados debe hacerse en el plazo fijado para el depósito, e incluso antes, cuando lo solicite el depositante (art. 2516, CCDF), pues el depósito se celebra, por regla general, en beneficio de este.

  De igual manera, cuando no se hubiera establecido plazo para la devolución, el depositante puede devolver los bienes cuando quiera, siempre que avise al depositante con un tiempo prudente de anticipación, para que este prepare la guarda de los bienes (art. 2531, CCDF).

  El momento de la restitución comporta en el depósito una excepción al principio de que la validez de los contratos no depende del arbitrio de las partes, que se justifica en que el depósito constituye una relación fiduciaria o de confianza, por lo cual el depositante está autorizado para requerir a su arbitrio la restitución de los bienes, aunque exista plazo.[25]

  El depositario puede devolver los bienes antes del plazo convenido cuando tuviere justa causa para hacerlo (art. 2529, CCDF), como sería una enfermedad, la realización de un viaje, etc. En este caso, el depositante reducirá la retribución que estaría obligado a cubrir por el depósito.

- La restitución se hará precisamente al depositante, aun cuando no sea el propietario de los bienes depositados. Si el depositario tuviere conocimiento, después de constituido el depósito, de que los bienes son robados y quién es su dueño, habrá de dar aviso a este o a la autoridad competente con la reserva debida (art. 2523, CCDF). Tal como lo ha señalado Sánchez Medal, esta es "una autorización legal para [que] en este caso excepcional no se respete la lealtad o el secreto que debe guardar el depositario al depositante por la confianza demostrada a aquél".[26] El depositario podrá devolver los bienes a quien los depositó, sin ninguna responsabilidad de su parte, si en el plazo de ocho días siguientes al referido aviso no se ha emitido orden judicial para retener o entregar los citados bienes (art. 2524, CCDF).

  Cuando fueren varios los depositantes de un mismo bien, el depositario solo podrá entregarlo con el consentimiento previo de la mayoría de ellos, que se calcula por cantidades y no por personas, a menos que se hubiere establecido entre los depositantes la *solidaridad activa* al constituirse el depósito, para entregar el bien a cualquiera de los depositantes (art. 2525, CCDF).

  El depositario podrá entregar a cada depositante una parte del bien, si este es divisible y al realizarse el depósito se indicó la parte que a cada uno debía corresponder (art. 2526, CCDF).

- La devolución de los bienes depositados habrá de efectuarse en el lugar convenido. A falta de lugar designado, la entrega se hará en el sitio en donde se encontraban los

[25] *Ibidem*, p. 29.

[26] Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 304.

bienes al constituirse el depósito. Los gastos de entrega son por cuenta del depositante (art. 2527, CCDF).

- La restitución de los bienes depositados podría quedar suspendida por virtud de una determinación judicial que ordene retenerlos o embargarlos (art. 2528, CCDF).
- El depositario no tiene un *derecho de retención* sobre los bienes depositados para asegurar el pago de los gastos de conservación, pues solo podrá retenerlos por virtud de una determinación judicial que ordene hacerlo (art. 2533, CCDF).

  El depositario tampoco puede retener la cosa como prenda para garantizar otro crédito que tenga contra el depositante (art. 2534, CCDF).

  Ni siquiera tendrá el derecho de retención cuando el depositario descubra que los bienes depositados son suyos, ya que si el depositante insiste en tener derecho sobre ellos, el depositario habrá de solicitar al juez que ordene la retención o los ponga en depósito judicial (art. 2530, CCDF).

8.8.2 Las obligaciones del depositante

a) Retribuir al depositario. El depositario tiene derecho a exigir retribución por el depósito, salvo pacto en contrario. La retribución habrá de realizarse en los términos en que lo hayan convenido los contratantes o, en su defecto, conforme los usos del lugar de constitución del depósito (arts. 2517, CCDF, y 333, CCom).

La retribución debe pagarse íntegra, aun cuando el depositante pida la devolución de los bienes depositados antes del plazo fijado para el depósito (art. 2522, CCDF).

Las partes podrían convenir que el monto de la retribución abarque los gastos de conservación de los bienes depositados, los cuales quedarían, en ese supuesto, a cargo del depositario.

b) Indemnizar al depositario por los gastos necesarios que realizó para la conservación de los bienes depositados (art. 2532, primera parte, CCDF). Es preciso que antes de efectuar las erogaciones pertinentes avise al depositante para que le provea de los fondos suficientes, excepto que, por tratarse de *gastos urgentes*, resulte imposible avisarle antes de efectuar los gastos.

El depositante también será responsable de los daños que se causen al depositario por el depósito (art. 2532, segunda parte, CCDF).

No existe en el depósito una obligación a cargo del depositante para entregar al depositario los bienes materia del depósito, como la hay en el comodato, pues sería inútil considerarla como tal, al concederse al depositante la posibilidad de exigir la devolución de los bienes en cualquier momento, incluso antes de la expiración del plazo fijado para el depósito (art. 2516, CCDF).[27] No obstante, aun en el supuesto de que el depositante se negara a entregar los bie-

[27] *Ibidem*, p. 307.

nes al depositario, este tendría el derecho a la retribución, en especial cuando haya realizado preparativos para la guarda de los bienes, como desocupar o rentar inmuebles o recipientes.[28]

8.9 Modos de terminación del depósito

El depósito termina por *denuncia* o *desistimiento unilateral* del depositante, aunque no haya vencido el plazo del depósito (arts. 2516 y 2522, CCDF), o del depositario, cuando el depósito se ha celebrado por tiempo indefinido (art. 2531, CCDF), o bien, si hubiere causa para devolver el depósito antes de la llegada del plazo al que se sujetó el depósito (art. 2539, CCDF).

[28] *Idem.*

Autoevaluación

1. ¿Por qué el depósito es un contrato sinalagmático imperfecto?
2. Señale tres casos de depósito mercantil.
3. ¿En qué consiste el depósito irregular?
4. ¿Qué es el depósito en garantía?
5. Explique el contrato de secuestro.
6. ¿Cuáles son las consecuencias de la discapacidad de uno de los contratantes en el depósito?
7. ¿Cuál es el grado de diligencia que debe observar el depositario en la conservación de los bienes depositados?
8. Explique el tema del derecho de retención en el depósito.

9 capítulo

PARTE 5: LOS CONTRATOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS

Mandato

Propósitos

Al finalizar el capítulo, el alumno identificará con precisión los rasgos que caracterizan el contrato de *mandato*, sus diferencias con figuras afines, las modalidades que presenta en la práctica, su contenido obligacional, los efectos jurídicos que produce y la manera como termina.

9.1 Concepto

Desde su origen etimológico, la palabra *mandato* proviene del latín *mandatum*, que a la vez deriva de *manus datio* y significa "dar la mano", lo cual simbolizaba la confianza del *mandante* y la fidelidad que le prometía el *mandatario*.[1]

El mandato es el contrato por el cual el *mandante* encarga la ejecución de ciertos *actos jurídicos* al *mandatario*, quien se obliga a ejecutarlos *por cuenta* de aquel (art. 2546, CCDF).

La obligación principal del mandato es la *ejecución de actos jurídicos*, que es una *obligación de hacer*. Aun cuando esta clase de obligaciones recaen, por lo general, sobre *actos materiales*, por excepción también pueden tener por objeto *actos jurídicos*, como ocurre en la promesa de contratar y en el mandato.[2] El mandato no se refiere a *actos materiales* –esto es, los servicios que son objeto de diversos negocios jurídicos, como el contrato de trabajo, de prestación de servicios, de obra a precio alzado y de transporte–,[3] sino a *actos jurídicos*.

9.2 Clasificación

El mandato es un contrato *principal*, pero también puede ser *accesorio* cuando se ha pactado como condición en un contrato bilateral o cuando constituye un medio para cumplir con una obligación contraída previamente por el mandante (art. 2596, CCDF).

[1] *Cfr.* José Castán Tobeñas, *Derecho civil español, común y foral*, t. 4, 14ª ed., Reus, Madrid, 1988, pp. 527-529. En el mismo sentido, Jorge Mosset Iturraspe, *Mandatos*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 1996, p. 17.

[2] *Cfr.* Rafael Rojina Villegas, *Derecho civil mexicano*, t. VI, *Contratos*, vol. II, 7ª ed., Porrúa, México, 2001, p. 43.

[3] *Ibidem*, p. 44.

Ejemplo: *A* es deudor de *B*. Con la finalidad de cubrir la referida deuda, *A* le otorga a *B* un mandato representativo para que cobre determinados créditos que le pertenecen y aplique su producto al pago de la deuda.

El mandato es un contrato *bilateral*, pues produce derechos y deberes recíprocos. Además, es por naturaleza *oneroso*, en razón de que impone provechos y gravámenes para ambas partes: mientras el mandatario debe ejecutar los actos que le son encomendados, el mandante debe retribuir al mandatario. Sin embargo, tales obligaciones no son correlativas o interdependientes, por lo cual se trata de un contrato *sinalagmático imperfecto*.[4] Este rasgo se advierte en ciertos aspectos del mandato, como los siguientes:

a) El mandatario no puede rescindir el contrato por incumplimiento de la obligación de retribuir a cargo del mandante.

b) El mandatario tiene derecho a la retribución, aun cuando no realice los actos jurídicos encomendados porque así se lo haya ordenado el mismo mandante o porque haya surgido alguna circunstancia que haga inconveniente la realización de los actos encomendados.

c) El mandatario carece del *derecho de retención* por falta de pago de la retribución que le corresponde. Solo puede realizar la retención mientras el mandante le reembolse las erogaciones efectuadas y le cubra los daños y perjuicios que hubiera resentido (art. 2579, CCDF).

De acuerdo con Ramón Sánchez Medal,[5] en este contrato no se concede la *exceptio non adimpleti contractus* (excepción de contrato no cumplido).

El mandato puede ser *gratuito* (art. 2549, CCDF), pero para ello es indispensable pactar la gratuidad de manera expresa; de lo contrario, se entenderá que el mandato es oneroso. En el primer caso, el contrato se considera *unilateral*.

El mandato es, además, un contrato *intuitu personae* (arts. 2574 y 2575, CCDF). Este carácter se advierte en dos aspectos fundamentales: *a)* el mandatario no puede encomendar a un tercero la ejecución del mandato, a menos que el mandante le autorice para ello; *b)* el mandato concluye con la muerte de cualquiera de las partes (art. 2585, fracc. III, CCDF).

El contrato de mandato es *formal*, pues se otorga por escrito. Aun cuando el mandato puede ser *verbal* si se trata de actos de menor cuantía, esto es, menores que 50 veces la Unidad de Cuenta de la Ciudad de México, el mandato así conferido debe ratificarse por escrito (art. 2552, CCDF).

[4] Sánchez Medal considera que en este contrato, como en otros contratos unilaterales, "no es muy exacta la denominación de contratos sinalagmáticos imperfectos", debido a que las obligaciones del mandante "no nacen al momento mismo de perfeccionarse el contrato, sino con posterioridad y a consecuencia de hechos eventuales" (Ramón Sánchez Medal, *De los contratos civiles*, 25ª ed., Porrúa, México, 2013, p. 310).

[5] *Idem*.

Por último, el mandato es calificado como contrato *preparatorio* –igual que la promesa de contratar–, en razón de que su otorgamiento facilita la realización *posterior* de los actos jurídicos que han sido encomendados por el mandante.

9.3 Poder, mandato y representación

El *mandato* ha sido confundido con el *poder* y la *representación*, porque en una época estas figuras estuvieron estrechamente relacionadas.

El desarrollo histórico de la relación entre el *mandato* y la *representación* está enmarcado en tres etapas concretas. La primera se sitúa en el derecho romano, donde el fenómeno de la representación no era conocido[6] y se entendía que, respecto de terceros, "el mandatario era considerado como alguien que obraba por cuenta propia. El acto en cuestión [tenía] sus consecuencias, en primer término, en el patrimonio del mandatario". Así, en esa época nunca se reconoció que "los actos realizados por el mandatario, en ejecución del mandato, [pudieran] tener sus consecuencias, directamente, en el patrimonio del mandante".[7]

En la segunda etapa, la representación se consideraba como un rasgo esencial del mandato. El art. 1984 del Código Civil francés puso "la esencia [del mandato] en la representación del mandante por el mandatario",[8] con lo cual la representación recibió un tratamiento vinculado con el mandato, a cuya regulación quedó sometida. De este modo, la representación voluntaria quedó encerrada "en el molde jurídico de la relación del mandato". Como lo señala Mosset, "*obligatio mandati* y representación venían a ser elementos indispensables de toda relación de mandato, aquélla como la cara externa de dicha relación".[9]

En esta segunda etapa se produce la confusión entre poder y mandato, pues este se concibió como un *mandato representativo*, que comprendía los actos ejecutados en nombre y por cuenta del mandante. Este concepto del mandato se recogió en el *Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California* de 1884, que estableció que el mandato era un "acto por el cual una persona da a la otra la facultad de hacer en su nombre alguna cosa" (art. 2342). De esta forma, en México, la representación se consideró un elemento de la definición del mandato y se rechazó el *mandato no representativo*,[10] que era la manera como había sido considerado en la tradición romana.[11] Además, el mandato se concibió como un *simple acto*

[6] *Cfr.* José Castán Tobeñas, *op. cit.*, pp. 531 y 532.

[7] Guillermo Floris Margadant S., *El derecho privado romano*, 7ª ed., Esfinge, México, 1977, pp. 418 y 419.

[8] José Castán Tobeñas, *op. cit.*, p. 532.

[9] Jorge Mosset Iturraspe, *op. cit.*, p. 83.

[10] Para entonces, el mandato no representativo no era una novedad, pues en materia comercial ya se había admitido, primero por la doctrina y después en el derecho positivo, por medio de la comisión o mandato mercantil no representativo (*cfr.* Rafael Rojina Villegas, *op. cit.*, pp. 45 y 46).

[11] *Idem.*

(no como contrato), era *gratuito* y podía tener por objeto *actos materiales* (no solo *actos jurídicos*, como ahora).[12]

La tercera etapa –que es la actual– se caracteriza por la separación absoluta entre el mandato y la representación.[13] Ihering y Hunger fueron los primeros en afirmar que la representación podría tener un origen legal, distinto del mandato, y que el mandato sin representación era posible. Sin embargo, sostuvieron que la representación voluntaria solo podía tener su causa en el mandato, por lo cual la separación entre ambas figuras quedó incompleta. El mérito de haber separado de manera radical el mandato y el poder ha sido atribuido a Laband, quien afirmó que se trata de dos negocios distintos, de contenido y efectos diversos.[14]

En México, la definición del *mandato* prevista en el art. 2546 del Código Civil de 1928 excluye el dato relativo a la *representación* y alude a la obligación del mandatario de "ejecutar por cuenta del mandante, los actos jurídicos que éste le encarga", con lo cual dejó de ser característico del mandato que los actos se realicen en nombre del mandante. No obstante, en el referido código, el *poder* se regula en el mismo apartado que el *mandato*, lo que causa confusión entre ambas figuras.

Los aspectos que permiten diferenciar *poder*, *mandato* y *representación* son los siguientes:

a) El *poder* consiste en la *facultad* que se concede a una persona, denominada *representante*, para actuar en nombre y por cuenta de otra, conocida como *representada*. En este sentido, el poder estriba, en esencia, en la *facultad de representar* a otra persona.

La referida *facultad de representar* puede tener su origen: *i)* en una *disposición legal*, como sucede con las personas que ejercen la patria potestad, los tutores o el órgano de administración de una sociedad civil o mercantil; *ii)* en una *resolución judicial*, como el caso del representante común o del autorizado para actuar por alguna de las partes en un procedimiento judicial, o *iii)* en un *negocio jurídico unilateral*, caso en el cual la *facultad de representar* tiene su causa en la voluntad de la persona que confiere dicha facultad a otra. Este último –el *poder como negocio jurídico unilateral*– habrá de diferenciarse del mandato.

El poder como *negocio jurídico* es una *declaración unilateral de voluntad* mediante la cual el *poderdante* confiere a una persona, denominada *apoderado*, la *facultad de representarlo*. El poder es un negocio jurídico *abstracto* por cuanto que no es indispensable que tenga por causa un negocio jurídico que le sirva de base. De hecho, con frecuencia se otorga sin que haya en ese preciso momento algún acto que el apoderado deba realizar en representación del poderdante, e incluso sin que se conozca con certeza si el poder que se confiere habrá de ejecutarse en realidad. De este modo, puede haber *poder sin mandato*.

[12] *Idem*. En el mismo sentido: Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 309.

[13] *Cfr.* José Castán Tobeñas, *op. cit.*, p. 532.

[14] *Cfr.* Jorge Mosset Iturraspe, *op. cit.*, p. 84.



No obstante, también es común que el poder se otorgue por virtud de un *negocio jurídico subyacente*, por lo general un *mandato*, aunque también puede ser un contrato distinto: *comisión mercantil*, *agencia*, *corretaje*, *cesión de bienes en pago*, *intermediación bursátil* (en estos últimos casos también existe *poder sin mandato*), etc. En estos supuestos, el negocio jurídico que sirve de soporte al poder constituye la relación jurídica que vincula al poderdante con el apoderado. De este modo, se diferencia el *negocio de base* o *subyacente* del *negocio de autorización* o *de apoderamiento*.

b) El *mandato*, a diferencia del poder, es un contrato por el cual el *mandante* encarga al *mandatario* la ejecución de ciertos actos jurídicos. El *mandato* puede ir acompañado de un *poder* –un *mandato con representación*–, lo cual permite que el mandatario actúe a nombre y por cuenta del mandante. En este caso, el mandato funge como *negocio de base* del poder en tanto *negocio de autorización*. No obstante, el poder puede estar ausente del mandato –*mandato sin representación*– y, por consiguiente, el mandatario ha de cumplir el encargo a nombre propio y no del mandante, pero por cuenta de este. Por ello se dice que puede haber *mandato con poder* y *mandato sin poder*.

c) La *representación* es, en realidad, la *acción de representar*, esto es, el ejercicio efectivo de la *facultad de representar*. La representación consiste en el acto por el cual el *representante* obra a nombre y por cuenta del *representado*; por tanto, se requiere que el representante declare precisamente esa circunstancia frente a los terceros con quienes se vincula (*contemplatio domini*).

De acuerdo con el origen que tenga la facultad de representar, la representación puede ser *legal* o *necesaria* (patria potestad, tutela, declaración de ausencia, etc.), *judicial* (representante común, autorizado) y *voluntaria* o *convencional* (poder como negocio jurídico). Al lado de estas se suele situar la *representación orgánica* o *estatutaria* si se trata de personas jurídicas, que en sus relaciones con terceros actúan por conducto del órgano de administración (o de representación) cuya conformación debe quedar prevista en los estatutos sociales.

La *representación* tiene como consecuencia que los actos que realiza el representante repercuten de manera directa en la esfera jurídica del representado, quien queda vinculado con los terceros con quienes se relaciona el representante. En principio, este permanece del todo ajeno respecto de los efectos jurídicos que produce la referida relación. De esta forma, la representación es el medio más importante de la *colaboración* o *cooperación* de una persona en las relaciones jurídicas de otra.[15]

Nuestro derecho ha acogido la *teoría de la ficción* para explicar el fenómeno de la representación (Borja Soriano). De acuerdo con esta teoría, la actuación del representante se considera realizada, de manera ficta, por el propio representado (Pothier, Laurent).

No obstante, se ha estimado que la *teoría de la sustitución real* explicaría mejor lo que ocurre en la representación. Según esta posición, la voluntad del representado es sustituida por la

[15] *Cfr.* Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 312.

voluntad del representante en la realización del contrato y, de esta manera, este produce efecto en la esfera jurídica de aquel (Planiol, Colin y Capitant, Messineo).[16]

De acuerdo con lo anterior, pueden presentarse los supuestos siguientes:[17]

a) *Poder sin mandato ni representación*, como el caso del tutor que tiene la facultad de representar al pupilo pero no ejerce dicha facultad. Habrá *poder y representación, sin mandato*, en caso de que el tutor ejerza en efecto la facultad de representar al pupilo; por ejemplo, cuando el tutor vende el bien inmueble que le pertenece al pupilo, previa autorización judicial que al efecto le ha sido otorgada.

b) *Poder y mandato, sin representación*, cuando se otorga un mandato con poder pero este no se ejerce. Habrá *poder, mandato y representación* si el mandatario ejerce en efecto el poder que le fue conferido; por ejemplo, cuando el mandatario facultado para ello compra un determinado bien a nombre del mandante.

c) *Mandato sin poder ni representación*, cuando se otorga un mandato sin poder; de esta manera, al ejecutar el encargo, el mandatario actuará a nombre propio pero por cuenta del mandante. Por ejemplo, si el mandante no le confirió poder al mandatario pero le encomendó comprar un determinado bien inmueble por cuenta del mismo mandante, en efecto lo comprara a nombre propio. Después, el mandatario habrá de transmitir la propiedad de dicho bien al mandante, en ejecución del mandato.

Por último, la diferencia entre la *representación* y el *mandato* puede apreciarse de forma particular en las personas jurídicas. Estas requieren un *órgano de administración* que las represente en sus relaciones con terceros y es indispensable para la formación y ejecución de la voluntad social. Por esta razón, la ley contempla la existencia de tales órganos que forman parte de la misma persona jurídica: son sus *representantes legales*.

En cambio, los *mandatarios* (o los *apoderados*) no tienen el carácter de órgano de las personas jurídicas y, por consiguiente, no son parte de estas. Su presencia depende de la voluntad de la propia persona jurídica, por lo cual tienen el carácter de *representantes voluntarios*.

Los *representantes legales* de una persona jurídica están autorizados, en principio, para realizar todos los actos relacionados con el objeto social de la misma –incluidos los *actos materiales*–, pues la *capacidad* de las personas jurídicas se determina precisamente por su objeto social. Los actos ajenos al referido objeto social (actos *ultra vires*) son nulos respecto de la persona jurídica. Por el contrario, los *mandatarios* (o *apoderados*) solo pueden realizar los actos jurídicos que estén dentro de las facultades que les hayan sido conferidas de manera expresa, pero no los *actos materiales*.

[16] También se ha tratado de explicar el fenómeno de la representación por medio de *a)* la *teoría del nuncio*, donde el representante es un mensajero o portador de la voluntad del representado (Savigny), o de *b)* la *teoría de la cooperación*, según la cual participa en la formación del acto jurídico la voluntad del representado (por medio de instrucciones) y del representante (al ejecutar las instrucciones recibidas), aunque en distinta medida (Mitteis y Vivante) (*cfr.* Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 312).

[17] *Cfr.* Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 314.

9.4 Tipos de mandato

a) Mandato civil y mandato mercantil. El *mandato civil* tiene por objeto actos jurídicos de naturaleza civil, mientras que el *mandato mercantil* y la *comisión* se refieren a actos concretos de comercio. La diferencia entre estas dos últimas figuras se desarrolla en el apartado de las *figuras afines* al mandato.

El *endoso en procuración* (o *al cobro*) de un título de crédito es de naturaleza mercantil (art. 35, LGTOC).

b) Mandato con representación y mandato sin representación. En el *mandato con representación* –mandato representativo o con poder–, el mandatario ejecuta los actos jurídicos que le han sido encargados, en nombre y por cuenta del mandante.

En este caso, la actuación del mandatario vincula al tercero de manera directa con el mandante, en la medida en que el mandatario se haya mantenido dentro de las facultades e instrucciones ostensibles que le hayan sido dadas.

En el *mandato sin representación* –mandato no representativo o sin poder–, el mandatario está autorizado para realizar los actos jurídicos solo por cuenta del mandante, por lo cual actúa en nombre propio.

El mandato sin representación ha sido denominado de manera errónea *mandato de testaferro*, "porque no hay en éste ninguna simulación relativa o por interposición de persona", en virtud de que el acto jurídico que ejecuta "el mandatario por cuenta del mandante, pero en nombre propio, es un acto real y no un acto simulado".[18]

En este supuesto, el mandatario queda obligado directamente con el tercero con quien ha contratado, como si el asunto fuera suyo, justo por haber actuado en nombre propio (art. 2561, segundo párrafo, CCDF). El tercero carece de la posibilidad de dirigirse en contra del mandante, que tampoco podrá hacerlo en contra del tercero (art. 2561, primer párrafo, CCDF).

Como lo ha precisado Rojina, "ejecutar actos por cuenta del mandante, significa que la operación jurídica sólo afectará al patrimonio del mandante, pero cualquier relación de derecho se originará directamente entre el mandatario y el tercero. Posteriormente, como consecuencia del mandato, aquellos efectos que se vincularon con la persona del mandatario, repercutirán en el patrimonio del mandante".[19]

No obstante, esta regla presenta una excepción en "el caso en que se trate de cosas propias del mandante" (art. 2561, segundo párrafo, CCDF), en la cual el vínculo se entiende establecido entre el mandante y el tercero. No es indispensable, en este supuesto, que el mandatario actúe en nombre del mandante.[20]

[18] *Ibidem*, pp. 314 y 329.

[19] Rafael Rojina Villegas, *op. cit.*, pp. 44 y 45.

[20] Ni siquiera cuando se trate de actos traslativos de dominio, en los que se entenderá que el mandatario ha dispuesto de ellos con la autorización del mandante, propietario del bien de que se trate.

El hecho de que la actuación del mandatario sea en ambos casos *por cuenta del mandante* significa que la misma repercute de manera inmediata o mediata en la esfera jurídica de este,[21] lo cual es diferente a que tal actuación también se realice en interés del propio mandante, ya que también puede ser en interés del mandatario, de un tercero o de ambos, aunque tales actos repercutan en la esfera jurídica del mandante.

El mandato puede ser conferido: *a)* en *interés del mandante*, que es lo ordinario; *b)* en *interés de un tercero*, como acontece cuando el mandante encarga al mandatario que se constituya fiador de un tercero; *c)* en *interés del mandante y de un tercero*, como cuando se encarga al mandatario que compre una casa para ambos; *d)* en *interés del mandante y del mandatario*, como sucede en la *cesión de bienes en pago* a los acreedores, en la que "el deudor cede a sus acreedores la *facultad de disponer* de todos o parte de sus bienes, para que se vendan y, con el producto de la enajenación, se paguen los créditos que se les adeudan, hasta el importe líquido de tales bienes";[22] *e)* en *interés del mandatario y de un tercero*, como ocurre en el *mandato de crédito*, donde el mandante encarga al mandatario que preste una cantidad de dinero a un tercero.

La doctrina señala que el mandato otorgado en interés exclusivo del mandatario no es en realidad un mandato, sino más bien una *recomendación* o consejo.[23] No obstante, nosotros consideramos que el mandato puede celebrarse en *interés del mandatario* (mandato *in rem suam*), como cuando el mandatario ha adquirido del mandante un determinado bien inmueble cuyo precio ha sido satisfecho en su totalidad, motivo por el cual el mandante le confiere un *mandato con representación* para que disponga de dicho bien.

Es preciso señalar que en el *mandato con representación*, el mandatario está autorizado para actuar en su propio nombre o en el del mandante –desde luego, por cuenta del mandante–, salvo convenio en contrario (art. 2560, CCDF). Esta posibilidad de optar por ejecutar el mandato de una u otra manera es lo que caracteriza este contrato.[24]

El *mandato sin representación* –o la actuación del mandatario en *nombre propio*, en el *mandato con representación*– tiene algunas ventajas para el mandante:

> ***Ejemplo:*** El mandatario a quien se le ha encomendado adquirir el lote de terreno que está situado al lado de la casa del mandante, lo compra en nombre propio para evitar que el vendedor incremente en forma desmedida su precio, al saber que el interesado en adquirirlo es el vecino. Después de comprarlo, el mandatario tendrá que transmitir la propiedad del terreno al mandante, en ejecución del mandato. No obstante, el mandatario también podría celebrar en nombre propio una promesa

[21] *Cfr.* Rafael Rojina Villegas, *op. cit.*, pp. 44 y 45. En el mismo sentido, Miguel Ángel Zamora y Valencia, *Contratos civiles*, 13ª ed., Porrúa, México, 2012, p. 279, y Jorge Alfredo Domínguez Martínez, *Derecho civil. Contratos*, 4ª ed., Porrúa, México, 2011, p. 521.

[22] Mario de la Madrid Andrade, *La cesión de bienes en pago a los acreedores*, Perspectiva Jurídica UP, año 02, número 03, agosto de 2014, Guadalajara, p. 45.

[23] *Cfr.* Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 326.

[24] *Cfr.* Jorge Alfredo Domínguez Martínez, *op. cit.*, p. 522.

de compraventa sobre el terreno, en la que se incluya la estipulación por persona a nombrar, para designar al mandante como comprador, al momento de concretar el contrato definitivo.

c) Mandato general, mandato limitado y mandato especial. El *mandato con representación* ha sido clasificado, de acuerdo con la extensión de los asuntos que comprende, como *mandato general*, *mandato limitado* y *mandato especial*. Esta clasificación se refiere a la clase de poder que se otorga al mandatario. En realidad, el poder es el general, limitado o especial, dado que el mandato tiene, más bien, un objeto determinado o determinable. Por tanto, nos referiremos en lo sucesivo al *poder general*, al *poder limitado* y al *poder especial*, en el entendido de que se trata del *mandato general*, *limitado* o *especial*, si se acepta esta clasificación.

El *poder general* es aquel que se otorga en sentido amplio, sin indicar de manera concreta los actos que el apoderado ha sido autorizado para ejecutar, sino que se concede señalando, en términos generales, la categoría de actos objeto del poder. En este sentido, el poder general se subdivide en tres, conforme la clase de actos sobre los que recae: para *actos de dominio*, para *actos de administración* y para *pleitos y cobranzas* (art. 2554, CCDF).

- Los *actos de dominio* se refieren a todos los actos que implican la *facultad de disponer* de los bienes del *poderdante*, es decir, los actos de disposición que comúnmente le corresponde ejercer al propietario sobre sus bienes, los cuales pueden ser: *a) dispositivos traslativos*, cuando producen la transmisión de derechos (venta, permut*a*); *b) dispositivos constitutivos*, que constituyen un derecho real de uso, goce o garantía (usufructo, uso, habitación, servidumbre, hipoteca, prend*a*), y *c) dispositivos extintivos*, los cuales extinguen un derecho. No obstante, es preciso señalar que el apoderado solo estará autorizado para ejecutar los actos de dominio en interés del propio poderdante.
- Los *actos de administración* son, desde una perspectiva objetiva y funcional, aquellos que tienen por objeto "bienes de capital sin modificarlos, con una finalidad de explotación: hacerles producir los beneficios que normalmente pueden obtenerse de ellos, de acuerdo a su naturaleza y destino".[25] También comprenden aquellos actos que "tienen por objeto evitar que un bien se pierda para su propietario",[26] como conservar, mantener o administrar los bienes del mandante.
- Los actos para *pleitos y cobranzas* comprenden la facultad de ejercer acciones y defender al mandante ante las autoridades jurisdiccionales (en sentido material), exigir el cumplimiento de obligaciones, realizar el cobro de cualquier deuda, etcétera.

Es preciso mencionar que el *poder general para actos de dominio* fue una innovación del derecho mexicano introducida por el Código Civil de 1928. De acuerdo con Lozano, por tradición "en todos los códigos del mundo… el mandato general no recae sino sobre actos

[25] Alfredo Orgaz, "El acto de administración", en *Nuevos estudios de derecho civil*, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1954, pp. 59 y siguientes, número 9.

[26] *Cfr.* Bernardo Pérez Fernández del Castillo, *Representación, poder y mandato*. Prestación de Servicios Profesionales, 15ª ed., Porrúa, México, 2012, p. 33.

de administración. Para actos de riguroso dominio se necesita expresamente enunciar la categoría de actos que puede realizar el mandatario".[27, 28]

En los códigos civiles de 1870 y 1884, la distinción entre el *mandato general* y el *mandado especial* atendía a la generalidad o particularidad de negocios que podía emprenderse en función del mandato:[29] el mandato general se refería a todos los negocios del mandante y solo abarcaba los actos de administración, en tanto que el mandato especial se limitaba a ciertos y determinados actos: para enajenar, hipotecar y realizar cualquier otro acto de riguroso dominio, el mandato debía ser especial (arts. 2481 y 2482, Código Civil de 1870, y 2349 y 2350, Código Civil de 1884). El mandato para actos de dominio se consideraba *enumerativo* o *casuístico*; esto es, debían enumerarse los actos de disposición que el mandatario estaría autorizado para realizar.[30] Esos códigos tampoco regularon el mandato general para pleitos y cobranzas, sino el mandato judicial (arts. 2514, Código Civil de 1870, y 2382, Código Civil de 1884).

El Código Civil de 1928 establece un *poder enunciativo*,[31] en razón de que las facultades para actos de dominio comprenden, a su vez, las facultades para actos de administración y para pleitos y cobranzas; y las facultades para actos de administración incluyen estas últimas.[32] Existe una especie de *graduación* o *jerarquía* entre las diversas clases de poderes generales que se rige por el principio *quien puede lo más, puede lo menos*,[33, 34] el cual impide que la representación otorgada en esos términos se considere insuficiente. Ese sistema se tomó de la *Ley*

[27] Francisco Lozano Noriega, *Cuarto curso de derecho civil. Contratos*, 6ª ed., Asociación Nacional del Notariado Mexicano, México, 2001, p. 269.

[28] En su *Tratado teórico y práctico de derecho notarial*, el profesor argentino Neri nos confirma esa tendencia, y escribe que el mandato "concebido en términos generales no comprende más que los actos de administración", y agrega que "para enajenar, hipotecar, transigir, comprometer o para cualquier otro acto de propiedad, es necesario que el mandato sea expreso, pues como tales actos son mucho más importantes que los de pura administración, respecto de que pueden extinguir o al menos modificar los derechos de propiedad que el mandante tiene en la cosa, no puede prescindirse de que éste dé para ellos su consentimiento especial" (Argentino I. Neri, *Tratado teórico práctico de derecho notarial*, t. v, Depalma, Buenos Aires, 1981, p. 422).

[29] Manuel Borja Martínez, *Representación, poder y mandato*, Colección de Temas Jurídicos en Breviarios número 12, 2ª ed., Porrúa-Colegio de Notarios del Distrito Federal, México, 2007, pp. 22, 23 y 28.

[30] *Cfr.* Francisco Lozano Noriega, *op. cit.*, p. 269.

[31] Bernardo Pérez Fernández del Castillo, *op. cit.*, p. 169.

[32] No obstante, Pérez Fernández del Castillo considera que el poder general para pleitos y cobranzas y para actos de administración regulado por los dos primeros párrafos del art. 2554 del CCDF es un poder enumerativo, en razón de que las facultades que confiere cada una de esas categorías de poderes solo atribuyen esas mismas facultades y no otras distintas, es decir, únicamente para pleitos y cobranzas o para actos de administración, tratándose de cada clase de poderes (Bernardo Pérez Fernández del Castillo, *op. cit.*, pp. 168 y 169).

No obstante, el mencionado autor señala en otra parte de su libro que el que puede lo más puede lo menos, por lo cual el poder para actos de dominio comprende implícitamente los actos de administración, así como pleitos y cobranzas; y el poder para actos de administración incluye facultades para pleitos y cobranzas (Bernardo Pérez Fernández del Castillo, *op. cit.*, pp. 28 y 36).

[33] *Cfr.* Francisco Lozano Noriega, *op. cit.*, p. 268. En el mismo sentido, Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 311.

[34] Véase la tesis poder general para actos de dominio, efectos del. Novena época. Registro: 191548. Tribunales Colegiados de Circuito. Tesis aislada. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Tomo XII, julio de 2000. Materia(s): Civil. Tesis: I.6o.C.204 C. Página: 802.



Orgánica del Notariado del Estado de Jalisco de 1887[35] y de la *Ley de Poderes para el Estado de Michoacán* de 1906.[36]

El referido código abandona también –igual que lo hicieran las leyes que le antecedieron– la distinción entre mandato general y especial, fundada en los negocios de que se ocuparía el mandatario, y la sustituye por un criterio que atiende para considerar como general el mandato que se otorga para realizar una categoría de actos, y como especial, el mandato que se da para uno o varios actos jurídicos concretos y determinados.[37]

El *Código Civil para el Estado de Jalisco* no regula el poder general para pleitos y cobranzas, sino el *poder general judicial*, que es una combinación de aquel y del mandato judicial.[38] Esa clase de poderes solo puede otorgarse a quien tenga título de abogado o de licenciado en derecho, o bien, a cualquier persona que esté asesorada "necesariamente por profesionales del derecho, quien deberá suscribir y actuar conjuntamente con el apoderado, en todos los trámites judiciales" (art. 2207, CCEJ).

En ocasiones se confunden los actos de administración con los de dominio, en virtud de que algunos actos de disposición se consideran dentro de las facultades de administración, en tanto que ciertos actos de administración extraordinaria requieren facultades de dominio para poder realizarse.

Para determinar cuándo se trata de un acto de administración o un acto de dominio, debe atenderse a la clase de patrimonio al que están afectos los bienes que serán objeto del acto. Al respecto, se suelen distinguir tres clases: el *patrimonio de derecho común*, el *patrimonio de explotación* y el *patrimonio de liquidación*.

- Los bienes que integran el *patrimonio de derecho común* están destinados a permanecer de manera más estable y prolongada en el ámbito patrimonial de su propietario, como ocurre, por ejemplo, con la casa donde habita o el vehículo que utiliza para sus propios asuntos.
- El *patrimonio de explotación* está constituido por bienes que serán objeto de transmisión a terceros y, por tanto, habrán de ser sustituidos por otros. En este caso, los bienes se aprecian más por su valor que por su individualidad. Un ejemplo de esa clase de patrimonio es el que destinan los comerciantes para la explotación de la negociación mercantil de la que son titulares.
- El *patrimonio de liquidación* es aquel formado por un conjunto de bienes que está en proceso de liquidación, esto es, de enajenación, con la finalidad de pagar las deudas a

[35] *Cfr.* Francisco Lozano Noriega, *op. cit.*, p. 266. Al parecer, también tuvo su antecedente en la *Ley Orgánica del Notariado de Michoacán de Ocampo* de 1907.

[36] Jorge Alfredo Domínguez Martínez, *El poder general para pleitos y cobranzas. Contenido y limitaciones*, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Consultable en http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/8/3694/2.pdf

[37] Manuel Borja Martínez, *op. cit.*, p. 28.

[38] *Cfr.* Fernando Antonio Cárdenas González, *Mandatos y poderes*, 2ª ed., Porrúa, México, 2013, p. 50.

cargo de su propietario, o bien, de distribución del producto de la venta o de los bienes que lo conforman entre los cotitulares del referido patrimonio. Tales son los casos del patrimonio de una sociedad en liquidación, de la sucesión hereditaria o del quebrado.

De este modo, la venta de los bienes del patrimonio de derecho común es un acto de dominio, en tanto que la venta de los bienes del patrimonio de explotación o del patrimonio de liquidación es un acto de administración.

Asimismo, el arrendamiento de inmuebles del patrimonio de derecho común, si bien representa un acto de administración, cuando tal arrendamiento se celebra por más de seis años o con anticipos de renta por más de tres años, se considera equiparable a un acto de dominio por ser un acto de administración extraordinaria.

Además, el poder general puede *limitarse*. El art. 2554 del CCDF señala que cuando se quisieren restringir las facultades de los apoderados generales, se habrán de consignar en el poder las limitaciones a las que quedará sujeto. En este caso, se trata de un *poder general limitado*, esto es, *general* en cuanto a sus facultades y *limitado* en relación con su objeto.

> ***Ejemplo:*** *A* otorga un poder general para actos de dominio a *B*, pero limitado a un determinado bien inmueble propiedad del poderdante. También se entenderá limitado si, en lugar de circunscribirlo a un cierto bien, quedan excluidas expresamente las facultades para permutar y donar.

De hecho, el mandante puede limitar el mandato como y cuando le parezca, tal como puede hacerlo respecto de la revocación del mandato.[39]

El *poder especial* se concede para realizar uno o varios actos concretos, esto es, determinados de manera específica. Esta clase de poderes puede combinarse con un poder general otorgado exclusivamente para la ejecución de los actos objeto del poder especial.[40] Así, se está ante un poder *especial* en cuanto a su objeto y *general* respecto de sus facultades. De esta manera, se evita que las facultades conferidas sean insuficientes, pero también que excedan la medida requerida para la ejecución del encargo.

> ***Ejemplo:*** *A* otorga un poder para vender determinado inmueble a *B* –por tanto, especial para ese objeto–, pero además un poder general para pleitos y cobranzas, actos de administración y de dominio solo para los efectos de la venta autorizada.

La diferencia entre un *poder general limitado* y un *poder especial* radica en las facultades que en cada uno se confieren. En el poder general limitado, el apoderado puede realizar, fuera de

[39] MANDATO. EL MANDANTE PUEDE LIMITARLO CUANDO Y COMO LE PAREZCA. Séptima época. Registro: 240797. Tercera Sala. Tesis aislada. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*. Volumen 139-144, Cuarta Parte. Materia(s): Civil. Tesis: Página: 79. Genealogía: Informe 1980, Segunda Parte, Tercera Sala, tesis 49, página 52.

[40] Borja Martínez afirma que es absurdo otorgar "un poder especial para tal o cual cosa, con la amplitud del artículo 2554", porque "es volver a no distinguir entre lo que es un poder general de lo que es un poder especial" (Manuel Borja Martínez, *op. cit.*, p. 29).

las restricciones impuestas, todos los actos que permita la generalidad del poder conferido. En cambio, en el poder especial, el apoderado solo puede hacer aquello que esté expresamente encomendado, así como los hechos y actos indispensables para ello.[41]

Es importante hacer notar que los *poderes generales* se refieren exclusivamente al ejercicio de facultades patrimoniales (*poderes patrimoniales*), mientras que los *poderes especiales* pueden referirse, además, al ejercicio de facultades extrapatrimoniales (*poderes extrapatrimoniales*).[42]

Se requiere poder o cláusula especial para *a)* desistirse, *b)* transigir,[43] *c)* comprometer en árbitros, *d)* absolver y articular posiciones, *e)* hacer cesión de bienes,[44] *f)* recusar, *g)* recibir pagos y *h)* para los demás actos que expresamente determine la ley (art. 2587, CCDF), como: reconocer documentos privados (arts. 338 y 310, CPCDF), consentir sentencias (art. 427, fracc. I, CPCDF), rematar para un tercero (art. 576, CPCDF).

Se exige cláusula especial para realizar esta clase de actos en razón de que traen implícitas facultades de dominio.[45] No obstante, será suficiente que al otorgarse el *poder general para pleitos y cobranzas* se estipule que se confiere con "todas las facultades generales y las especiales que requieran cláusula especial" para que se entiendan comprendidas las señaladas facultades "sin limitación alguna" (arts. 2554, primer párrafo, y 2587, último párrafo, CCDF).[46] Para ello es necesario que se trate de actos cuya naturaleza corresponda a la categoría de actos para pleitos y cobranzas, pues si fueran ajenos a esa clase de actos estarán excluidos de las facultades conferidas (como otorgar poderes, suscribir títulos de crédito, etc.). Tampoco quedarán incluidos aquellos actos para los cuales alguna disposición legal requiera poder especial para su ejecución por medio de representante.

Es preciso señalar que la Ley de Amparo de abril de 2013 no exige *cláusula especial* para que el mandatario pueda desistirse del juicio de amparo (como lo requería la legislación anterior); para tal efecto será suficiente el poder de representación con facultades generales y las especiales que requieran cláusula especial conforme a la ley, siempre que no se haya limitado dicha facultad.[47]

[41] MANDATO GENERAL LIMITADO Y MANDATO ESPECIAL. CARACTERÍSTICAS Y DIFERENCIAS (LEGISLACIÓN CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL). Décima época. Registro: 2003866. Tribunales Colegiados de Circuito. Tesis aislada. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Libro XXI, junio de 2013, Tomo 2. Materia(s): Civil. Tesis: I.3o.C.93 C (10a.). Página: 1276.

[42] Manuel Borja Martínez, *op. cit.*, p. 29.

[43] La expresión *transigir* se refiere a la celebración del contrato de transacción, esto es, aquel por el que las partes terminan una controversia presente o previenen una controversia futura, para lo cual se hacen concesiones recíprocas (art. 2944, CCDF).

[44] La cesión de bienes es el contrato por el cual el deudor cede a sus acreedores la *facultad de disponer* de todos o parte de sus bienes, para que se vendan y, con el producto de la enajenación, se paguen los créditos que se les adeudan hasta el importe líquido de tales bienes, salvo pacto en contrario.

[45] *Cfr.* Bernardo Pérez Fernández del Castillo, *op. cit.*, p. 43.

[46] *Cfr.* Rafael Rojina Villegas, *op. cit.*, p. 52.

[47] DESISTIMIENTO EN EL AMPARO REALIZADO POR EL APODERADO. ES SUFICIENTE PARA ELLO, EL PODER DE REPRESENTACIÓN CON FACULTADES GENERALES Y ESPECIALES QUE SE LE HAYA CONFERIDO, SIN NECESIDAD DE CLÁUSULA ESPECIAL (LEY DE AMPARO VIGENTE A PARTIR DEL 3 DE ABRIL DE 2013). Décima época. Registro: 2007254. Tribunales Colegiados de Circuito. Tesis aislada. Fuente: *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Libro 9, agosto de 2014. Tomo III. Materia(s): Común. Tesis: (V Región) 5o.17 K (10a.). Página: 1732.

Debe tenerse presente que en los códigos civiles de algunos estados, como Jalisco (art. 2207), Zacatecas (art. 1972) y el Estado de México (art. 7.807), se requiere que las facultades especiales se transcriban de manera textual en el poder que se otorgue, para que se entiendan conferidas.

Asimismo, se exige *poder especial* (la doctrina se refiere a este como *especialísimo*) para realizar algunos actos del *derecho de familia*, como contraer matrimonio, promover el divorcio, reconocer un hijo, adoptar, etc. (art. 44, CCDF). El carácter especial del poder se traduce en que, al conferirlo, habrá de precisarse el acto concreto que el apoderado realizará y la persona designada de manera individual, que será parte del referido acto. La ejecución de tales actos requiere poder especial debido a que se trata del ejercicio de derechos personales y no patrimoniales.[48]

El apoderado necesita poder especial para *donar* los bienes del poderdante. En dicho poder habrá de especificarse, además de la facultad expresa de donar, el bien que será objeto de la donación y la persona a quien será donado.[49, 50]

Asimismo, se ha señalado que para otorgar *hipoteca* sobre un bien inmueble con el fin de garantizar un crédito concedido a un tercero o incluso al propio apoderado, el poder conferido a este también debe ser especial.

En realidad, la necesidad de que el poder contenga disposición expresa para donar –y realizar el comodato, el depósito gratuito, la repudiación de la herencia, la remisión de la deuda, la renuncia de derechos o cualquier otro acto de liberalidad– o hipotecar –y otorgar garantías reales (prenda) o personales (fianza, obligación solidaria, fideicomiso en garantía) respecto de deudas del propio mandatario o de terceros– se sustenta en que el poder (y el mandato) se refiere, en principio, a la realización de actos en interés del poderdante (o del mandante). Si bien podrían otorgarse en interés del apoderado (o del mandatario) o de un tercero, es menester que la ejecución del poder (o del mandato) en interés de ellos quede de manifiesto, de manera expresa, en el propio poder (o mandato).[51]

Además, el poder se confiere para conservar y hacer productivo el patrimonio del poderdante, no para disponer de dicho patrimonio en perjuicio de su titular. Un acto de administración o de disposición gratuito perjudica al propietario de los bienes, quien se verá afectado por la gratuidad de la operación, al dejar de recibir contraprestación por la transmisión de la propiedad de sus bienes, o, en su caso, por el uso y goce de ellos.

Como puede advertirse, las facultades especiales pueden conferirse de dos maneras: por medio de un poder especial otorgado justo para el asunto específico de que se trate, o bien,

[48] *Cfr.* Bernardo Pérez Fernández del Castillo, *op. cit.*, p. 36.

[49] *Cfr.* Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 319.

[50] Al respecto, la doctrina mexicana no es uniforme. Rojina Villegas, Lozano Noriega y Domínguez Martínez sostienen que el apoderado con facultades generales para actos de dominio puede realizar la donación de bienes sin que sea necesario poder especial (Jorge Alfredo Domínguez Martínez, *op. cit.*, pp. 587 y 588).

[51] Por razones análogas, los padres y los tutores están impedidos para donar bienes de sus representados (arts. 436 y 576, CCDF) (*cfr.* Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 319).



por virtud de una *estipulación* o *cláusula especial* en un poder general o en un poder que comprenda otra clase de facultades.[52]

De ahí que, en realidad, el sistema adoptado por el Código Civil de 1928 sea mixto: se acoge el *sistema enunciativo* como regla general y, en determinados casos concretos, el *sistema enumerativo* o *casuístico*, como regla excepcional. Con la salvedad de que alguna disposición legal exija enunciar de manera específica los actos que habrá de realizar el apoderado, el poder podrá otorgarse conforme a cualquiera de los sistemas señalados, o bien, será posible combinar tales sistemas.

Además, la interpretación de un poder general y de un poder especial es diferente. El primero debe interpretarse de manera *extensiva*, por cuanto a que se entienden otorgadas las *facultades implícitas* necesarias para la ejecución del poder, en tanto que el segundo habrá de interpretarse en forma *restrictiva*.[53] Sin embargo, coincidimos con Sánchez Medal en que cabe admitir, en ciertos casos, facultades implícitas en el poder especial (el citado autor se refiere al mandatario especial).[54]

En materia fiscal, para inscribir a las personas jurídicas en el Registro Federal de Contribuyentes se requiere un poder notarial o carta poder ante dos testigos, ratificada ante las autoridades fiscales, ante notario o fedatario público. Si se quieren tramitar los datos para la creación de firma electrónica avanzada de una persona jurídica –esto es, solicitar y obtener el certificado de firma electrónica avanzada ante el Sistema de Administración Tributaria–, solo lo podrá efectuar un representante de dicha persona, a quien le haya sido otorgado ante fedatario público un poder general para actos de dominio o de administración; en este caso, el representante deberá contar previamente con un certificado vigente de firma electrónica avanzada (art. 19-A, *Código Fiscal de la Federación*, CFF). Esos poderes pueden limitarse a realizar el referido trámite; por consiguiente, se rechaza el poder especial para tal efecto.

Un caso problemático se presenta respecto de la exención del *impuesto sobre la renta por enajenación de casas habitación*, cuando quien enajena es un apoderado. La referida exención se otorga cuando el monto de la contraprestación obtenida por la enajenación no exceda de 700 mil unidades de inversión y la transmisión se formalice ante fedatario público (art. 93, fracc. XIX, *Ley del Impuesto sobre la Renta*, LISR). Además, la superficie del terreno no excederá más de tres veces el área cubierta por las construcciones que integran la casa habitación (art. 154, *Reglamento de la Ley del Impuesto sobre la Renta*, RLISR).

Esta clase de enajenaciones está exenta del referido impuesto cuando se trata de la *casa habitación del enajenante*, que no habrá enajenado ninguna otra casa habitación durante los últimos tres años anteriores por la que haya exentado el referido impuesto.

[52] *Cfr.* Fernando Antonio Cárdenas González, *op. cit.*, p. 64.

[53] *Cfr.* Francisco Lozano Noriega, *op. cit.*, pp. 267, 269 y 270.

[54] *Cfr.* Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 324.

Cuando el que realiza la enajenación de la casa habitación del poderdante es un apoderado que cuenta con *poder especial para actos de dominio*, para efectos de la exención del impuesto sobre la renta es menester:

- Que conste en el mismo poder la declaración del poderdante, bajo protesta de decir verdad, en el sentido de *i)* que es su casa habitación y *ii)* que no ha enajenado otra casa habitación durante esos últimos cinco años por la que haya exentado el referido impuesto.
- Que se incluya en el poder una *cláusula especial* por la que se encomiende al apoderado *i)* solicitar la exención, *ii)* realizar las declaraciones pertinentes ya incluidas en el texto mismo del poder[55] y *iii)* acreditar ante el fedatario público que el inmueble es la casa habitación del contribuyente, con cualquiera de los documentos comprobatorios pertinentes,[56] siempre que el domicilio consignado en dicha documentación coincida con el domicilio del bien inmueble enajenado.

En el caso de que se omitan esos datos en el *poder especial*, el apoderado no estará autorizado para emitir la declaración respectiva para efectos de la exención.

No obstante, si el apoderado cuenta con *poder general para actos de dominio* sin ninguna limitación, estará autorizado para solicitar la exención, hacer las declaraciones respectivas y cumplir los demás requisitos para la exención.[57]

Por último, en materia laboral se requiere que el representante o el apoderado de una persona jurídica tenga facultades para asumir una *solución conciliatoria* que obligue a su representada, lo cual es indispensable para atender la *audiencia de conciliación* (art. 876, fracc. I, *Ley Federal del Trabajo*, LFT).

En la práctica, se suele otorgar un poder general para actos de administración laboral en el que se incluye, entre otras, esa clase de facultades especiales.

d) Mandato judicial. El mandato judicial se otorga exclusivamente para la atención de asuntos que han de tramitarse ante las *autoridades jurisdiccionales* (en sentido material).

El *mandato judicial* y el *poder para pleitos y cobranzas* son figuras jurídicas distintas. En general, el segundo es más amplio que el primero, dado que comprende las facultades de este, pero no a la inversa. Las diferencias que existen entre ambas figuras se muestran en el cuadro 9.1.[58]

[55] La declaración bajo protesta de decir verdad no la puede realizar el apoderado, porque el hecho sobre el que recae dicha declaración es propio del poderdante, quien ya ha efectuado dicha declaración en el propio poder, de manera previa, y a ella habrá de remitirse.

[56] Dichos documentos son los siguientes: *a)* la credencial de elector, expedida por el Instituto Nacional Electoral; *b)* los comprobantes fiscales de los pagos efectuados por la prestación de los servicios de energía eléctrica o de telefonía fija; *c)* los estados de cuenta que proporcionan las instituciones que componen el sistema financiero o por casas comerciales o de tarjetas de crédito no bancarias. La documentación debe estar a nombre del contribuyente, de su cónyuge o sus ascendientes o descendientes en línea recta (art. 155, RLISR).

[57] *Cfr.* Fernando Antonio Cárdenas González, *op. cit.*, p. 92.

[58] *Ibidem*, pp. 45-48.

Cuadro 9.1 Diferencias entre poder para pleitos y cobranzas y mandato judicial.

Poder para pleitos y cobranzas	Mandato judicial
Comprende negocios jurídicos, asuntos judiciales y extrajudiciales.	Solo comprende asuntos judiciales.
Puede conferirse con carácter general, general limitado o especial.	Debe otorgarse con carácter especial.
Se rige por el *método enunciativo*: basta que se otorgue respecto de "todas las facultades generales y las especiales que requieran cláusula especial conforme a la ley", para que comprenda las facultades especiales.	Se rige por el *método casuístico*: deben precisarse las facultades especiales (art. 2587, CCDF) de manera expresa, para que se entiendan otorgadas.
Puede conferirse a cualquier persona con capacidad de ejercicio.	Debe otorgarse a quienes sean *licenciados en derecho o abogados*.

Estas figuras se diferencian en cuanto a la *forma*, los deberes que se le imponen al mandatario judicial y las causas de terminación, aspectos que se tratan en los apartados correspondientes.

e) Mandato expreso, mandato tácito y mandato aparente

1. El mandato expreso y tácito. En el *mandato expreso*, el mandante manifiesta su voluntad expresa de conferir el encargo al mandatario. Empero, la *aceptación* del encargo por el mandatario puede ser *expresa* o *tácita*.

El *mandato tácito* se presenta cuando la voluntad del mandante se manifiesta en forma tácita, esto es, por medio de actos u omisiones –incluso el silencio cualificado–, de los cuales se infiere de manera concluyente que el mandante ha encomendado a otra persona la realización de ciertos actos jurídicos. Esto ocurre, por ejemplo, cuando el mandante sabe que una persona está efectuando actos en su nombre, pero se abstiene de impedir que los siga realizando.

En México, el mandato tácito no se reconoce de manera general y solo se admite en casos concretos, como los siguientes:

a) En *materia cambiaria*, el mandato tácito se halla en el art. 11 de la *Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito* (LGTOC), según el cual: "Quien haya dado lugar, con actos positivos o con omisiones graves, a que se crea, conforme a los usos del comercio, que un tercero está facultado para suscribir en su nombre títulos de crédito", estará obligado a cubrir el importe de los títulos de crédito al tenedor de buena fe. La buena fe se presume, salvo prueba en contrario.

b) Los contratos celebrados por los *factores* del principal que recaigan sobre objetos comprendidos en el giro o tráfico de que están encargados, se entenderán hechos

por cuenta del principal, aun cuando el factor no lo haya expresado así al celebrarlos, o haya trasgredido sus facultades o cometido abuso de confianza (art. 315, CCom).

c) Los actos de los *dependientes* obligan a sus principales en todas las operaciones que estos les tuvieren encomendadas (art. 321, CCom). En ese sentido, los dependientes encargados de vender se reputarán autorizados para cobrar el importe de las ventas y extender los correspondientes recibos a nombre de los principales, siempre que las ventas sean en almacén público y al por menor; o siendo al por mayor, se hayan verificado al contado y el pago se hiciera en el almacén (art. 322, CCom). Asimismo, la recepción de mercancías que el dependiente hiciere por encargo de su principal se tendrá como hecha por este (art. 324, CCom).

d) Puede señalarse como mandato tácito el caso en que el mandante ratifica expresa o tácitamente los actos ejecutados por el mandatario, en *exceso de los límites* del mandato (arts. 2583, 2584, 2565 y 2568, CCDF).

2. Mandato aparente. El tema del *mandato aparente* es un asunto relacionado con la *teoría de la apariencia jurídica*. El derecho mexicano se apoya en esta teoría para reconocer efectos en determinadas situaciones y los negocios jurídicos celebrados por quien, en apariencia, tiene el derecho de realizarlos, con lo cual se protege a los terceros de buena fe que han confiado en esa circunstancia. Tales son los casos, por ejemplo, del *heredero aparente*, de las *sociedades de hecho*[59] –y las *sociedades irregulares*–, de la *simulación*,[60] de la *propiedad aparente*,[61] etc. De hecho, en un asunto resuelto en 1953, la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación señaló que "la apariencia razonable de un derecho debe, en las relaciones con terceros de buena fe, producir el mismo efecto que el propio derecho".[62]

Y es que, en principio, las consecuencias jurídicas que se han reconocido a la apariencia se relacionan con la *buena fe subjetiva*, esto es, con la confianza que produce en un tercero un determinado hecho que se manifiesta como real.[63] De lo que se trata, en definitiva, es de otorgar seguridad jurídica a las operaciones realizadas por terceros de buena fe que han descansado en una situación aparente.

[59] SOCIEDAD DE HECHO. Quinta época. Registro: 363235. Tercera Sala. Tesis aislada. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*. Tomo XXXIV. Materia(s): Civil. Tesis: Página: 2663.

[60] SIMULACIÓN, ELEMENTOS QUE LA CONSTITUYEN. Octava época. Registro: 215698. Tribunales Colegiados de Circuito. Tesis aislada. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*. Tomo XII, agosto de 1993. Materia(s): Civil. Tesis: XVI.2o.25 C. Página: 572.

[61] El art. 3009 del *Código Civil Federal* dispone que: "El registro protege los derechos adquiridos por tercero de buena fe, una vez inscritos, aunque después se anule o resuelva el derecho del otorgante, excepto cuando la causa de la nulidad resulta claramente del mismo registro. Lo dispuesto en este artículo no se aplicará a los contratos gratuitos, ni a actos o contratos que se ejecuten u otorguen violando la Ley."

[62] El asunto se refirió a la falta de anotación en el Registro Público de la Propiedad de una demanda judicial sobre un bien inmueble que había sido adquirido por un tercero. Al respecto se consideró que "la apariencia de la libertad de gravámenes, derivada del Registro Público de la Propiedad, favorece el interés de la persona que adquirió un inmueble, cierto y seguro de que no pesaba sobre el mismo ningún gravamen". Véase la tesis: TERCEROS DE BUENA FE. Quinta época. Registro: 814976. Tercera Sala. Tesis aislada. Fuente: Informes. Informe 1954. Materia(s): Civil. Tesis: Página: 42.

[63] *Cfr.* Jorge Mosset Iturraspe, *op. cit.*, p. 226.

En particular, el *mandato aparente* se configura cuando un tercero ha creído que la persona con quien ha contratado tenía en realidad facultades suficientes para representar a otro en esa operación.[64] En este sentido, solo puede hablarse de mandato aparente respecto del mandato con representación y, por consiguiente, de *representación aparente*.

En el mandato aparente, "el supuesto mandante crea, por su culpa, descuido o mala fe y a través de sus actos u omisiones, la apariencia engañosa o equívoca que induzca a terceros de buena fe a reputar como mandatario de aquél a una determinada persona".[65]

En México, en principio, se han considerado en el CCDF dos casos especiales de mandato aparente: la *revocación o renuncia del mandato* ignorada por terceros y la *muerte del mandante* desconocida por el mandatario.

Aun cuando estos supuestos serán analizados en un apartado posterior, conviene aquí señalar que, respecto de la revocación o renuncia del mandato, el mandante "queda obligado por los actos del mandatario aún después de la revocación o de la renuncia del mandato, cuando en un mandato conferido para tratar con determinada persona se omite por el mandante notificar a esta persona dicha revocación o renuncia" (art. 2597, CCDF). Lo mismo ocurre "cuando, en un mandato general o especial, se omite por el mandante recoger al mandatario los documentos en que conste el poder y demás documentación relativa al negocio" encomendado (art. 2598, CCDF).[66]

No solo estas disposiciones legales, sino también aquellas que se refieren al principio de protección de terceros en la propiedad aparente (art. 3009, CCDF),[67] son susceptibles de ser extendidas por analogía a otras situaciones similares en las que intervenga la buena fe subjetiva en un tercero.

Así, se ha sostenido que existe un mandato aparente "cuando se han omitido las formalidades legales para la celebración del mandato", caso en el cual "se hace responsable al supuesto mandante que de mala fe, con sus actos u omisiones, hubiera dado motivo para que los terceros creyeran que aquél había conferido un mandato a una determinada persona, con la cual dichos terceros hubieran contratado en esa falsa creencia" (arts. 2597 y 2598, CCDF, por analogía).[68]

A tales supuestos podría agregarse el hecho de haber redactado el poder de tal manera inapropiada que el significado de las palabras o la sintaxis utilizada produzca la creencia fundada de que el apoderado ha sido investido de ciertas facultades.

[64] De acuerdo con Mazeaud, "existe el mandato aparente cuando los terceros han creído que la persona con la que trataban había recibido poder de representar a otro" (Henri Mazeaud, León Mazeaud y Jean Mazeaud, *Derecho civil*, parte III, tomo IV, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1986, p. 390).

[65] Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 321.

[66] *Idem*.

[67] Según Mosset Iturraspe, en el tema del mandato aparente se plantean los mismos problemas que origina la propiedad aparente (Jorge Mosset Iturraspe, *op. cit.*, pp. 228 y 229).

[68] Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, pp. 321, 322 y 330.

Es posible considerar, además, que el principio que señala que lo actuado por el mandatario fuera de los límites del mandato carece de efectos respecto del mandante, debe ceder en protección de los terceros que han creído de manera razonable, en atención a las circunstancias, que el mandatario se desenvolvía dentro de los límites de sus facultades.

Es menester advertir que en las hipótesis planteadas aparece un ingrediente adicional en que se sustenta la responsabilidad del supuesto mandante: su culpa o negligencia *a)* al haber omitido advertir a los terceros de la revocación del mandato; *b)* al haber omitido requerir la entrega de los documentos en que conste el poder y demás documentos; *c)* al haber omitido dar al mandato la formalidad debida, o *d)* al haber redactado el poder con torpeza.

En 2005, algún tribunal federal acudió a la teoría de la apariencia jurídica para considerar que "cuando una institución aseguradora consiente o permite que otra persona actúe en su representación, debe responder por los actos u omisiones de quien actúa en su nombre", con la finalidad precisa de brindar seguridad jurídica a los clientes, a quienes protege de este modo.[69]

Tal como lo ha resaltado Mosset Iturraspe, desde "el ángulo de la apariencia originada en la *buena fe-creencia*, la situación que decide la controversia es la del tercero; si su error es insuperable y excusable, si ha obrado con toda la diligencia exigible, si ha creído en aquello en que razonablemente se puede creer, su situación queda legitimada".[70]

El Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Segundo Circuito ha señalado que si

> alguien ostenta la representación de una sociedad mercantil, aduciendo ser representante necesario o contractual, administrador, funcionario, mandatario, o gerente general, y con ello se genera en terceros una convicción de que efectivamente dicha persona tiene una representación suficiente con una apariencia de legitimidad, esos actos aparentes, en caso de ser puestos en duda, pueden dar lugar a considerar y resolver (según las peculiaridades de cada asunto) que la apariencia fue suficiente para lograr el acto jurídico pretendido, caso en el cual no podría alegarse que, quien actuó en la supuesta "representación aparente", en realidad no tenía facultades para obligar a su representada.[71]

Por su parte, el Quinto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito ha considerado que se

> falta a la buena fe cuando se realizan uno o varios actos para beneficiarse, directa o indirectamente, de modo intencional, con la creación de una apariencia jurídica, que a la postre defrauda la confianza depositada por otros sujetos, en tanto con dicho proceder se contradice una inicial manifestación de voluntad, que

[69] Véase la tesis del Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito: SEGUROS. LAS INSTITUCIONES RESPONDEN POR ACTOS DE PERSONAS A LAS QUE PERMITEN ACTUAR EN SU REPRESENTACIÓN. Novena época. Registro: 178307. Tribunales Colegiados de Circuito. Tesis aislada. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Tomo XXI, mayo de 2005. Materia(s): Civil. Tesis: I.4o.C.88 C. Página: 1547.

[70] Jorge Mosset Iturraspe, *op. cit*., p. 229.

[71] APARIENCIA JURÍDICA. CUANDO DICHA TEORÍA SE UTILIZA INTENCIONALMENTE HACIA TERCEROS, PUEDE PRODUCIR EFECTOS LEGALES EN FUNCIÓN DEL CASO CONCRETO, ESPECIALMENTE EN AQUELLOS DE REPRESENTACIÓN DE SOCIEDADES MERCANTILES. Décima época. Registro: 2005901. Tribunales Colegiados de Circuito. Tesis aislada. Fuente: *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Libro 4, marzo de 2014. Tomo II. Materia(s): Civil. Tesis: II.3o.A.133 A (10a.). Página: 1612.



> generó expectativas de derechos, que no se cumplen hasta su normal culminación; lo que a su vez atenta contra la seguridad jurídica que debe existir en todo ámbito para el eficaz desarrollo de las relaciones de derecho; de ahí que no puede desconocerse la existencia de ciertas situaciones de hecho, revestidas de una apariencia de solidez y rectitud.[72]

Si bien el *mandato aparente* guarda cierta semejanza con el *mandato tácito*, ambas figuras no deben confundirse. En el mandato tácito existe la voluntad del mandante de otorgar el mandato, solo que dicha voluntad se manifiesta de manera tácita, esto es, por medio de actos u omisiones que permiten concluir que el mandante ha conferido el mandato. En cambio, en el mandato aparente, la voluntad del mandante de conferir el mandato está ausente.[73]

f) Mandato con garantía y mandato sin garantía. El mandato puede ser *con garantía* y *sin garantía*, en atención a la certeza del resultado. En el *mandato con garantía*, el mandatario asume la obligación de responder, frente al mandante, por la solvencia de los deudores con los cuales ha contratado en representación del propio mandante. De esta manera, el mandatario corre con el riesgo de la cobranza, por lo cual habrá de satisfacer las cantidades adeudadas al mandante por los deudores que omitan efectuar el pago. En este caso, el mandatario tiene derecho a cobrar –por asumir la deuda– una *comisión de garantía* denominada *star del credere*,[74] que es adicional a la *comisión ordinaria*.

9.5 Diferencias con figuras afines

a) Diferencia con la comisión mercantil. El mandato mercantil. La comisión mercantil es "el mandato aplicado a actos concretos de comercio" (art. 273, CCom). En este sentido, puede definirse como el contrato por el cual el *comitente* encarga la realización de determinados actos de comercio al *comisionista*, quien se obliga a ejecutarlos *por cuenta* de aquel.

La doctrina mexicana es uniforme en señalar que la comisión, al igual que el mandato, puede ser *con representación* o *sin representación*. De hecho, según el art. 283 del CCom, el comisionista, salvo pacto expreso, "podrá desempeñar la comisión tratando en su propio nombre o en el de su comitente".

No obstante, el art. 285 del CCom señala que cuando el comisionista contratare expresamente a nombre del comitente, tendrá el carácter de un *simple mandatario mercantil* y su relación se regirá por las disposiciones del derecho común.[75]

[72] PRINCIPIO CONTRACTUAL DE BUENA FE. EL GENERAR UNA APARIENCIA JURÍDICA ATENTA EN SU CONTRA. Décima época. Registro: 2004282. Tribunales Colegiados de Circuito. Tesis aislada. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Libro XXIII, agosto de 2013. Tomo 3. Materia(s): Civil. Tesis: I.5o.C.47 C (10a.). Página: 1696.

[73] *Cfr.* Henri Mazeaud, León Mazeaud y Jean Mazeaud, *op. cit.*, p. 390.

[74] *Cfr.* Javier Arce Gargollo, *Contratos mercantiles atípicos*, 15ª ed., Porrúa, México, 2012, p. 281.

[75] **Artículo 285 (CCom):** "Cuando el comisionista contratare expresamente en nombre del comitente, no contraerá obligación propia, rigiéndose en este caso sus derechos y obligaciones como simple mandatario mercantil, por las disposiciones del derecho común."

De ahí que la diferencia entre la *comisión* y el *mandato mercantil* esté en que la primera siempre será *sin representación*, en tanto que el segundo será *con representación*.[76] Esta diferencia entre ambas figuras contractuales se reconoce en los derechos francés e italiano. Como lo explica Rodríguez, es "cierto que el comisionista puede actuar en nombre propio o en nombre ajeno, pero cuando esto último ocurre, el comisionista y la comisión dejan de serlo, para convertirse en simple mandatario y mandato mercantil, relación ésta que como no tiene regulación peculiar, se regirá por lo dispuesto en el derecho común, es decir, en el derecho civil".[77]

La *comisión* y el *mandato mercantil* tienen por objeto actos de comercio, mientras que el *mandato civil* no puede recaer sobre esa clase de actos jurídicos. A su vez, la *comisión* se diferencia del *mandato mercantil* en atención al carácter *no representativo* del primero y el carácter *representativo* del segundo.

b) Diferencia con el contrato de agencia. De acuerdo con Arce Gargollo, el contrato de agencia "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".[78]

La obligación principal del agente consiste en promover la venta de bienes o la prestación de servicios por cuenta del principal, de manera estable y permanente, por lo que debe "desplegar una actividad adecuada para lograr clientes" para el principal.[79] Esto significa la realización de actos materiales por cuenta del principal.

Se diferencia de la *comisión mercantil* en que esta se refiere a la celebración de actos jurídicos y no de actos materiales; además, la actuación del comisionista se relaciona con actos *concretos* de comercio, por lo que no desarrolla su actividad de manera estable y permanente en beneficio del principal.

Como característica fundamental, el agente es un intermediario independiente y el propietario de la empresa que desempeña la agencia, por lo que cuenta con una organización propia e independiente del principal.

La agencia puede ser *sin representación* y *con representación*. En el primer caso, el agente se concreta a promover los negocios del principal, contacta a los clientes y documenta sus requerimientos de bienes o servicios para remitirlos al principal, quien finalmente celebrará la operación al aceptar los pedidos. El agente no es, por tanto, parte del contrato, sino un mero intermediario.[80]

[76] *Cfr.* Joaquín Rodríguez y Rodríguez, *Derecho mercantil*, 27ª ed., Porrúa, México, 2004, pp. 538 y 539. En el mismo sentido, Soyla H. León Tovar, *op. cit.*, p. 293.

[77] Joaquín Rodríguez y Rodríguez, *op. cit.*, pp. 538 y 539.

[78] Javier Arce Gargollo, *op. cit.*, pp. 335 y 336.

[79] Juan M. Farina, *Contratos comerciales modernos*, Astrea, Buenos Aires, 1994, p. 395.

[80] *Cfr.* Juan M. Farina, *op. cit.*, p. 409.



En la segunda modalidad, se confieren facultades al agente para actuar en nombre y por cuenta del principal, lo que le permite celebrar los contratos en representación de este. El vínculo jurídico se establece entre el tercero y el principal.

c) Diferencia con el contrato de intermediación bursátil. El contrato de *intermediación bursátil* es aquel por el cual el *cliente* confiere un mandato para que, por su cuenta, la *casa de bolsa* realice operaciones sobre valores autorizadas por la *Ley del Mercado de Valores* (LMV), en nombre de la misma casa de bolsa, salvo que, por la propia naturaleza de la operación, deba convenirse en nombre y representación del cliente (art. 199, segundo párrafo, LMV).[81]

Como se desprende de la definición legal, la intermediación bursátil es, por lo general, un contrato *sin representación*; sin embargo, si la naturaleza misma de las operaciones lo requiere, habrá de ser un contrato *con representación*.

En cuanto al manejo de la cartera de valores, el contrato de intermediación bursátil puede ser *discrecional* o *no discrecional*. La regla es la no discrecionalidad, pues el manejo discrecional de la referida cuenta requiere pacto expreso.

- *Intermediación bursátil no discrecional.* Cuando el manejo de la cuenta es *no discrecional*, la casa de bolsa actuará solo cuando tenga instrucciones del cliente, a las cuales deberá sujetarse (art. 200, fracc. I, CCDF). Esto implica que el cliente esté pendiente de las circunstancias que pudieran influir en los valores objeto de la intermediación bursátil.[82]

  Las instrucciones del cliente para ejecutar operaciones específicas o movimientos en su cuenta pueden hacerse de manera escrita, verbal, electrónica o telefónica; pero deberá precisarse en todo caso el tipo de operación o movimiento, así como el género, especie, clase, emisor, cantidad, precio y cualquier otra característica necesaria para identificar los valores materia de cada operación o movimiento en la cuenta (art. 200, fracc. II, CCDF).[83, 84]

- *Intermediación bursátil discrecional.* Cuando el manejo de la cuenta es *discrecional*, la casa de bolsa está autorizada para actuar a su arbitrio, conforme la prudencia le dicte; debe cuidar las inversiones como propias y ajustarse en todo caso al perfil del cliente (arts. 190, último párrafo, 200, fracc. VIII, CCDF). En este supuesto, las operaciones que celebre la casa de bolsa por cuenta del cliente no requieren la previa autorización o ratificación de este para cada operación (art. 200, fracc. VIII, CCDF).

[81] El art. 199, segundo párrafo, de la LMV señala que en ninguno de ambos casos es necesario que el poder correspondiente (más bien, mandato) se otorgue en escritura pública. El contrato de intermediación bursátil debe constar por escrito, a menos que la ley establezca una forma de contratación distinta.

[82] *Cfr.* Erik Carvallo Yáñez, *Tratado de derecho bursátil*, 4ª ed., Porrúa, México, 2006, p. 92.

[83] Las instrucciones del cliente para la celebración de operaciones por su cuenta serán ejecutadas por la casa de bolsa, de acuerdo con el *sistema de recepción y asignación de operaciones* que tenga establecido conforme a las disposiciones de carácter general que al efecto expida la Comisión (art. 200, fracc. III).

[84] En ningún supuesto la casa de bolsa estará obligada a cumplir las instrucciones que reciba para el manejo de la cuenta, si el cliente no la ha provisto de los recursos o valores necesarios para ello, o si no existen en su cuenta saldos acreedores por la cantidad suficiente para ejecutar las instrucciones relativas (art. 200, fracc. VII).

Es preciso señalar que el cliente puede revocar, en cualquier momento, la facultad discrecional en el manejo de la cuenta; sin embargo, tal revocación surte efectos desde la fecha en que haya sido notificada por escrito a la casa de bolsa. La revocación no afecta las operaciones pendientes de liquidar (art. 200, fracc. VIII, CCDF).

Asimismo, el cliente podrá limitar la discrecionalidad a la realización de determinadas operaciones o al manejo de valores específicos (art. 200, fracc. VIII, CCDF).

La casa de bolsa está facultada, por virtud del contrato de intermediación bursátil, para suscribir en nombre y representación del cliente, los endosos y cesiones de valores nominativos expedidos o endosados en favor del propio cliente, que este confiera a la casa de bolsa en depósito, en administración o custodia (art. 200, fracc. VI, CCDF).

La diferencia entre el contrato de *intermediación bursátil* y el *mandato* puede afrontarse a partir de la diferencia entre aquel y la *comisión mercantil*.

- La intermediación bursátil comporta no solo la realización de actos jurídicos, sino también la ejecución de actos materiales, pues, como lo ha puesto de relieve Carvallo, mediante ese contrato es posible que la casa de bolsa "ponga en contacto a sus clientes con otras personas oferentes o demandantes de valores y efectúe las proposiciones, sean de compra o de venta",[85] que es una característica del *corretaje* o *mediación*. En cambio, como se ha señalado, el mandato y la comisión mercantil se caracterizan por recaer sobre actos jurídicos y no sobre actos materiales.
- Además, el carácter discrecional o no discrecional que puede adoptar la ejecución del encargo en la intermediación bursátil no se aprecia en el mandato ni en la comisión mercantil.
- En estos, el mandatario y el comisionista deben sujetarse invariablemente a las instrucciones recibidas del mandante y del comitente, de manera respectiva; en tanto, cuando la intermediación bursátil es discrecional, la casa de bolsa está autorizada para actuar a su arbitrio.
- La intermediación bursátil se refiere específicamente a *valores*, mientras que la ejecución del mandato y de la comisión mercantil se relaciona con otra clase de *bienes* o *servicios*.

d) Diferencia con el contrato de expedición. El derecho italiano regula el contrato de expedición como una subespecie del *mandato sin representación*, pero en su particular manifestación de *comisión*.[86] El art. 1737 del Código Civil italiano de 1942 lo define como el "mandato por el cual el *expedicionista* asume la obligación de concluir, en nombre y por cuenta del mandante, un contrato de transporte y de llevar a cabo las operaciones accesorias".

[85] Erik Carvallo, *op. cit.*, p. 91.

[86] *Cfr.* Francesco Messineo, *Manual de derecho civil y comercial*, t. VI, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1979, p. 59.



En México se refieren al contrato de expedición los arts. 296 y 297 del CCom, los cuales están ubicados dentro las disposiciones que norman la comisión mercantil.

El "comisionista que hubiere de remitir efectos a otro punto, deberá contratar el transporte, cumpliendo las obligaciones que se imponen al cargador" (art. 296, CCom). El expedicionario deberá asegurar los efectos de comercio "si tuviere orden para ello, y la provisión de fondos necesaria", a menos que se hubiera obligado a anticiparlos (art. 297, CCom).

Se trata de una *comisión de transporte* en la que el expedicionario o comisionista se obliga a hacer transportar, no a transportar; esto es, a contratar el transporte, pero no a realizarlo por sí mismo o por medio de sus auxiliares. En este sentido, no debe confundirse la figura del comisionista de transporte con el porteador.[87]

La doctrina mexicana reconoce que el expedicionario o comisionista de transporte puede obrar en nombre propio (supuesto en el cual asume las obligaciones del cargador) o del comitente (en cuyo caso su intervención será la propia de un representante).[88]

e) Diferencia con el contrato de prestación de servicios profesionales. El mandato se distingue del contrato de *prestación de servicios profesionales* en que este tiene por objeto actos materiales, en tanto que el objeto de aquel son actos jurídicos.[89] Esta misma diferencia se da respecto del contrato de *obra a precio alzado*.

Asimismo, para diferenciar ambos contratos se ha de atender al hecho de que el mandatario realiza el acto *por cuenta* o *encargo* de otra persona; así, el mandato tiene como finalidad la gestión o cuidado de negocios del mandante, entendidos estos en la acepción amplia de *asuntos* y no en la acepción restringida de *negocios jurídicos*.[90]

9.6 Las partes contratantes en el mandato

Las partes contratantes en el mandato son el *mandante*, que es la persona que *encarga* la realización de los actos jurídicos, y el *mandatario*, que es quien ejecuta tales actos por cuenta del mandante.

El mandante debe tener *legitimación* para realizar los actos jurídicos objeto del mandato, dado que tales actos habrán de repercutir en su esfera patrimonial. El mandatario –en cambio– no requiere tal legitimación porque los actos que efectúa, en principio, no surtirán efectos en su ámbito jurídico. Nos parece que esta regla sufre una excepción cuando se trata de un mandato sin representación, en el cual las consecuencias jurídicas de los actos ejecutados se manifestarán, en primer término, en su propio patrimonio.

[87] *Cfr.* Joaquín Rodríguez y Rodríguez, *op. cit.*, p. 747.

[88] *Idem.*

[89] *Cfr.* Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 315.

[90] José Castán Tobeñas, *op. cit.*, p. 537.

Los representantes legales –ascendientes titulares de la patria potestad, tutores, curadores (en algunas situaciones particulares), representantes del ausente, albaceas, síndicos en el concurso civil o mercantil– pueden celebrar el mandato.[91]

En un caso relacionado con la vigencia de un poder general para pleitos y cobranzas otorgado por quien ejerce la patria potestad de un menor, se señaló que si "al adquirir éste la mayoría de edad no lo revoca, el mandato sigue surtiendo todos sus efectos legales, pues si ante su nueva situación jurídica está en aptitud legal de revocarlo y no lo hace, es porque acepta seguir siendo representado por el mismo mandatario con todas las facultades legalmente concedidas, y al quedar patente su voluntad así manifestada, no puede producir incertidumbre o inseguridad jurídica a terceros".[92]

El albacea puede actuar como tal por medio de mandatario que obre de acuerdo con sus instrucciones. En este sentido, no está obligado a actuar de manera personal. Lo que tiene prohibido es *delegar* el cargo de albacea (art. 1700, CCDF).

El *administrador* o el *consejo de administración* y los *gerentes* están autorizados, dentro de sus respectivas facultades, a conferir poderes en nombre de la sociedad, los cuales pueden ser revocados en cualquier tiempo (art. 149, *Ley General de Sociedades Mercantiles*, LGSM).

El mandato se perfecciona con la *aceptación expresa* o *tácita* del mandatario. Se considera *aceptación tácita* cualquier acto que comporte ejecución del mandato.

No obstante, como lo ha puesto de relieve Rojina, el *silencio* en el mandato es una forma de aceptación, en particular cuando el mandato implica el ejercicio de una profesión, caso en el cual se presume aceptado si el mandato se confiere a quienes "ofrecen al público el ejercicio de su profesión, por el solo hecho de que no lo rehúsen dentro de los tres días siguientes" (art. 2547, CCDF). De este modo, el mandato es el único contrato que se entiende celebrado por el silencio de una de las partes, en este caso, del mandatario.[93]

En la doctrina ha sido reconocida la eficacia del denominado *mandato en blanco* o *mandato al portador* (Planiol),[94] por virtud del cual el mandante autoriza, con su sola firma, que la persona que recibe el documento designe al mandatario. Esta operación comprende, en realidad, dos mandatos subsecuentes: por el primero se autoriza la designación del mandatario y, por el segundo, el encargo se concreta en el momento en que la designación se efectúa.[95]

[91] *Cfr.* Jorge Alfredo Domínguez Martínez, *op. cit.*, pp. 602-604. En el mismo sentido: Miguel Ángel Zamora y Valencia, *op. cit.*, p. 288. En general, en "todos aquellos actos jurídicos en que cabe la representación, el mandato sí puede otorgarse" (Rafael Rojina Villegas, *op. cit.*, p. 54).

[92] PODER OTORGADO EN EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD DE UN MENOR DE EDAD. SU VIGENCIA. Novena época. Registro: 198117. Tribunales Colegiados de Circuito. Tesis aislada. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Tomo VI, agosto de 1997. Materia(s): Civil. Tesis: I.7o.C.11 C. Página: 781.

[93] *Cfr.* Rafael Rojina Villegas, *op. cit.*, pp. 53 y 54. En el mismo sentido, Miguel Ángel Zamora y Valencia, *op. cit.*, p. 285.

[94] La doctrina francesa considera nulo el mandato en blanco o mandato al portador (Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 316).

[95] *Cfr.* Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 316.

Una manifestación práctica de esta clase de mandatos se observa en el endoso en procuración, firmado en blanco: con frecuencia, el endosante solo firma el título de crédito y el endosatario completa los datos faltantes del endoso, incluso, el nombre de los endosatarios.

En el caso de que *varios mandantes* hayan encomendado la ejecución de un mismo negocio a un mismo mandatario, quedarán obligados de manera solidaria frente a dicho mandatario (arts. 2580 y 1987, CCDF).

Por el contrario, cuando el mismo mandato haya sido conferido a *varios mandatarios*, entre estos no existirá solidaridad pasiva respecto del mandante, a menos que se pacte lo contrario (arts. 2573 y 1987, CCDF).

Asimismo, el mandato otorgado a un comisario de una sociedad anónima no puede tener eficacia, por ser incompatible con las funciones de vigilancia que como comisario de la misma debe ejercer (art. 126, LGSM). Por consiguiente, de actuar como representante de una sociedad, existiría conflicto de intereses en detrimento de la sociedad y de terceras personas.[96]

Por último, aun cuando los liquidadores de una sociedad disuelta sean sus propios representantes legales (art. 235, LGSM), ello no implica que tengan facultades para conferir poderes en nombre de la sociedad, pues la ley no les ha concedido tales atribuciones (art. 242, LGSM). Por consiguiente, la facultad para que puedan otorgar mandato a terceros habrá de estar consignada en el acuerdo de asamblea donde se les designe (art. 2574, CCDF).[97]

En relación con el *mandato judicial*, el mandatario también se denomina *procurador*. Están impedidos de ser procuradores en un proceso judicial: *a)* los discapaces; *b)* los jueces, magistrados y demás funcionarios y empleados de la administración de justicia, en ejercicio, dentro de los límites de su jurisdicción; *c)* los empleados de la Hacienda Pública de la Ciudad de México, en cualquier causa en que puedan intervenir de oficio, dentro de los límites de sus respectivos ámbitos de competencia (art. 2585, CCDF).

9.7 El objeto en el mandato

Como quedó señalado, el mandato ha de recaer sobre *actos jurídicos*. Sin embargo, tales actos no deben ser aquellos cuya ejecución corresponda de manera estricta al mandante; esto es, actos que tengan un *carácter personalísimo*, para los cuales la ley exija la intervención personal del interesado (art. 2548, CCDF), por ejemplo, otorgar un testamento o declarar como testigo.

[96] MANDATO. EL QUE SE OTORGA A UN COMISARIO DE UNA SOCIEDAD ANÓNIMA PARA REPRESENTARLA ES INEFICAZ. Octava época. Registro: 215518. Tribunales Colegiados de Circuito. Tesis aislada. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*. Tomo XII, agosto de 1993. Materia(s): Civil. Tesis: Página: 477.

[97] SOCIEDADES MERCANTILES DISUELTAS. OTORGAMIENTO DE MANDATO A TERCEROS. LOS LIQUIDADORES SOLO PUEDEN EFECTUARLO SI TIENEN FACULTADES EXPRESAS. Octava época. Registro: 218694. Tribunales Colegiados de Circuito. Tesis aislada. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*. Tomo X, septiembre de 1992. Materia(s): Civil. Tesis: Página: 376.

El mandato tampoco puede tener por objeto *actos materiales* que, como también se asentó, se refieren a los servicios que son materia de otros negocios jurídicos, como el contrato de transporte, de prestación de servicios y de obra a precio alzado.

De hecho, el mandato ha sido calificado con el rasgo primordial que permite diferenciarlo del contrato de prestación de servicios, en particular, de los servicios profesionales: aquellos realizados en ejercicio de una profesión.[98]

Asimismo, son objeto del mandato los bienes que constituyen la retribución del mandatario, dado que el mandato es, por regla general, un contrato oneroso, según quedó apuntado. En el caso de que las partes hayan omitido establecer el monto de la retribución, se acudirá a los *usos del lugar* (arts. 1796, 2517, CCDF, por analogía) y en su defecto, al *juicio de peritos*, para cuantificar su importe.

9.8 La duración del mandato

En la mayoría de los códigos civiles de los estados de la República mexicana, el *mandato* y el *poder* no están sujetos a un plazo de duración específico. Nada obsta, sin embargo, para que al momento de otorgarse –o en un tiempo posterior– se establezca un plazo de duración, llegado el cual esa clase de negocios jurídicos dejará de producir efectos (art. 2595, fracc. V, CCDF).

La duración del *mandato especial* queda circunscrita, en todo caso, a la conclusión del negocio para el cual fue otorgado (art. 2595, fracc. V, CCDF).

En Jalisco, ningún poder puede otorgarse por un tiempo mayor de cinco años. El plazo se prorroga de manera automática cuando, durante la vigencia del poder, se hubiere iniciado un negocio cuya duración trascienda el término de su vigencia, prórroga que abarca hasta la conclusión de dicho negocio (art. 2214, Código Civil). En este sentido, en esa entidad federativa se establece, de inicio, un plazo legal máximo de duración de los poderes, el cual está sujeto a prórroga legal en la hipótesis que quedó señalada. Nos parece que nada obsta para que el poderdante prorrogue el plazo de duración del poder.

Asimismo, en el Estado de México, el mandato necesita sujetarse a un plazo al momento de otorgarse. De omitirse dicho plazo, se presume que el mandato se otorgó hasta por tres años (art. 7.768, Código Civil). De este modo, el mandante está autorizado para fijar el plazo de duración que considere conveniente, sin limitación alguna; pero se prevé un mecanismo residual de la autonomía privada para el caso de que el mandante omita establecer la duración del mandato, que limita su vigencia a tres años.

[98] *Cfr.* Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 317.

9.9 La forma en el mandato

El mandato es un contrato *formal*, dado que *siempre* debe constar por *escrito*. Si bien dicho contrato puede otorgarse de manera *verbal* para realizar negocios de *menor cuantía* (inferiores a 50 veces la Unidad de Cuenta de la Ciudad de México), está sujeto a *ratificación por escrito* antes de que concluya el negocio (arts. 2552, segundo párrafo, y 2556, segundo párrafo, CCDF). Se entiende por *mandato verbal* el que es otorgado de palabra entre presentes (art. 2552, primer párrafo, CCDF).

La forma escrita en el mandato puede adoptar diversas modalidades, de acuerdo con la clase de negocio de que se trate (arts. 2551 y 2555, CCDF):

a) *Escritura pública o carta poder* (escrito privado) firmada por el otorgante y dos testigos, con la ratificación de la firma de todos ellos ante notario o ante la autoridad judicial o administrativa que corresponda, en los casos siguientes: *i)* cuando se trate de un mandato general; *ii)* cuando el interés del negocio sea superior al equivalente a mil veces la referida Unidad de Cuenta, al momento de otorgarse el mandato; *iii)* cuando el negocio que ha de ejecutar el mandatario en nombre del mandante (mandato representativo) deba constar en instrumento público por disposición legal.

b) *Escrito privado* (carta poder) firmado ante dos testigos, sin necesidad de ratificación, cuando el interés del negocio no exceda de mil veces la Unidad de Cuenta en cuestión, al momento de otorgarse el mandato (art. 2556, primer párrafo, CCDF).

Cuando el mandato se otorgue en *escritura pública* ante notario, este habrá de insertar el texto íntegro del art. 2554 del CCDF en los testimonios que expida. La Suprema Corte de Justicia de la Nación (Tercera Sala) ha sostenido que insertar el referido artículo no constituye un requisito formal del mandato cuya omisión anule el mismo, porque tal inserción no debe realizarse en el *protocolo notarial*, sino en el testimonio de los poderes expedidos por los notarios, lo cual "obedece a una finalidad publicitaria; esto es, para que las partes que vayan a contratar con el mandatario tengan pleno conocimiento de los alcances de las facultades que le han sido conferidas".[99, 100]

El mandatario no tiene la posibilidad de ejercer la *acción pro forma* para que se le otorgue la forma debida al mandato, pues se trata de un contrato por naturaleza *revocable* (art. 2232, CCDF).[101]

[99] MANDATO. INSERCIÓN DEL ARTÍCULO 2554 DEL CÓDIGO CIVIL EN LOS TESTIMONIOS DE LOS PODERES QUE OTORGUEN LOS NOTARIOS NO CONSTITUYEN UN REQUISITO FORMAL. Séptima época. Registro: 241970. Tercera Sala. Tesis aislada. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*. Volumen 47, Cuarta Parte. Materia(s): Civil. Página: 45.

[100] No obstante, algún tribunal colegiado ha considerado, de manera errónea, que la omisión de insertar el art. 2554 del CCF sí causa la invalidez del documento respectivo. Véase la tesis: PERSONALIDAD. NO SE ACREDITA CUANDO EN EL TESTIMONIO NOTARIAL RELATIVO SE OMITE LA TRANSCRIPCIÓN DEL ARTÍCULO 2554 DEL CÓDIGO CIVIL FEDERAL. Octava época. Registro: 215580. Tribunales Colegiados de Circuito. Tesis aislada. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*. Tomo XII, agosto de 1993. Materia(s): Civil. Página: 514.

[101] El art. 2232 del CCDF señala que cuando "la falta de forma produzca nulidad del acto, si la voluntad de las partes ha quedado constante de una manera indubitable y no se trata de un acto revocable, cualquiera de los interesados puede exigir que el acto se otorgue en la forma prescrita por la ley".

La nulidad por *falta de forma* es una *nulidad relativa*. Y es que el mandato celebrado sin la forma debida puede convalidarse mediante la *ratificación* que el mandante realice de los actos ejecutados por el mandatario. No es indispensable que la referida ratificación satisfaga la misma formalidad requerida para el mandato (arts. 2583 y 2594, CCDF). De hecho, la ratificación puede ser *tácita*, como ocurre cuando el mandante cumple las obligaciones o ejerce los derechos derivados de los actos jurídicos realizados por el mandatario.

Una de las consecuencias que produce la nulidad por la referida causa es que "deja subsistentes las obligaciones contraídas entre el tercero que haya procedido de buena fe y el mandatario, como si éste hubiese obrado en negocio propio" (art. 2557, CCDF).

En este caso, el mandante podrá exigir al mandatario la devolución del dinero y demás bienes que le hubiera entregado. En tal virtud, el mandatario será considerado simple depositario respecto de tales bienes (art. 2559, CCDF).

No obstante, en el supuesto de que el mandante, el mandatario y el tercero hayan procedido de mala fe, ninguno podrá argumentar la falta de forma del mandato (art. 2558, CCDF).

Además, debe señalarse que no existe ninguna disposición en el Código Civil que exija la inscripción del mandato en el Registro Público de la Propiedad, por lo que la falta de registro en nada afecta la eficacia del mandato.[102]

En Coahuila, los poderes para actos de dominio y administración que afecten inmuebles y derechos reales constituidos sobre los mismos están sujetos a inscripción en el registro inmobiliario (art. 3592, fracc. XIII, Código Civil).

Los poderes generales no están sujetos a inscripción en el Registro Público de Comercio, pues esta, en la actualidad, es optativa.[103]

Aparte, los *poderes para actos de dominio sobre inmuebles* otorgados por personas físicas podrían estar sujetos a inscripción en el Registro Nacional de Avisos de Poderes Notariales (Renap), de acuerdo con la legislación de algunas entidades federativas, como Colima (arts. 44 bis, 44 ter y 44 quáter, Ley del Notariado). Dicho registro ha sido creado[104] con la finalidad de otorgar

[102] MANDATO. EL CÓDIGO CIVIL NO DISPONE SU INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO PÚBLICO DE LA PROPIEDAD. Octava época. Registro: 223953. Tribunales Colegiados de Circuito. Tesis aislada. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*. Tomo VII, enero de 1991. Materia(s): Civil. Tesis: Página: 307.

[103] Antes de la reforma del 2 de junio de 2009 al CCom, los poderes generales que estaban sujetos a inscripción en el Registro Público de Comercio solo eran aquellos otorgados para realizar actos de administración o de dominio. Los poderes generales para pleitos y cobranzas no debían inscribirse en el referido registro, en razón de que los actos que el mandatario habría de ejecutar no eran de naturaleza mercantil y, por tanto, no estaban regulados por la legislación mercantil (*cfr.* Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 318).

[104] La Secretaría de Gobernación federal y la Asociación Nacional del Notariado Mexicano propusieron a los gobiernos de los estados y de la Ciudad de México la creación conjunta de un Registro Nacional de Avisos de Poderes Notariales. La citada propuesta se difundió durante la reunión de trabajo del Consejo Consultivo del Registro Nacional de Avisos de Testamento, que se llevó a cabo el 25 de febrero de 2005 y posteriormente, en la XX sesión del citado consejo, celebrada el 8 de diciembre del mismo año en la ciudad de Aguascalientes, se presentó el proyecto a los directores de Archivos de Notarías y de Registros Públicos de la Propiedad de todo el país, así como a los representantes del notariado mexicano.

certeza y seguridad jurídica a los actos traslativos de dominio de bienes inmuebles realizados por personas físicas mediante el apoderado.

El Renap solo tiene efectos informativos; sin embargo, la inscripción de esa clase de poderes notariales constituye una *buena práctica notarial*. En la actualidad, solo se consideran para su incorporación en el Renap[105] los poderes notariales otorgados por personas físicas que incluyan facultades para actos de dominio sobre bienes inmuebles. Los actos susceptibles de inscripción en el Renap son los atinentes al otorgamiento, revocación y terminación de esa clase de poderes notariales.[106]

De esta manera, es posible verificar,[107] previo al acto que pretenda realizarse, la existencia del instrumento y en su caso la vigencia de los efectos de la representación conferida, haya sido otorgada ante notario público en alguna de las entidades federativas de la República mexicana o ante cónsul mexicano en el extranjero.

El mandato para realizar *actos del estado civil*, además de ser un *mandato especial*, habrá de otorgarse en instrumento privado ante dos testigos. En los casos de *matrimonio* o *de reconocimiento de hijos*, será necesario que el mandato conste en escritura pública o en escrito privado firmado por el otorgante y dos testigos, quienes ratificarán sus firmas ante notario o ante la autoridad judicial (art. 44, CCDF). Esto se debe a que esa clase de actos se documenta en actas del Registro Civil, las cuales tienen carácter de instrumento público (art. 2555, fracc. III, CCDF).

El poder para *asuntos laborales* otorgado por una persona física o una persona jurídica puede constar en un *poder notarial* o en *carta poder* firmada por el otorgante ante dos testigos, sin necesidad de ser ratificada ante la junta (art. 692, fracc. I, CCDF); pero si es otorgado por una *persona jurídica* se debe acreditar, además, que la persona está legalmente autorizada para ello (art. 692, fracc. III, LFT).

La representación para *otorgar o suscribir títulos de crédito* se da: *a)* mediante poder inscrito debidamente en el Registro de Comercio, en cuyo caso la representación se confiere respecto de cualquier persona; o bien, *b)* por simple declaración escrita dirigida al tercero con quien habrá de contratar el representante, supuesto en el cual la representación se otorga solo respecto de la persona a quien la declaración escrita va dirigida. En ambos casos, la representación solo tendrá los límites que el representado haya fijado de manera expresa en el instrumento o declaración respectiva (art. 9º, LGTOC).

[105] La captura, integración, almacenamiento, custodia, consulta, verificación y transmisión de la información relacionada con los avisos de poderes notariales, en el nivel local y nacional, se realiza mediante un sistema informático por internet. De este modo, el Registro Nacional de Avisos de Poderes Notariales opera únicamente por vía electrónica.

[106] Al respecto, se ha adoptado un formato único de aviso de otorgamiento, revocación o terminación de poder notarial, en el que se han homologado los datos de su contenido para la adecuada operación tanto de las bases de datos locales como de la base de datos nacional.

[107] La base de datos nacional se consulta por medio del Archivo de Notarías, de los registros públicos o de la dependencia local que corresponda, mediante solicitud telemática formulada por el notario público o autoridad ante quien el poder notarial pretenda ejercerse, la cual será específica respecto del instrumento notarial cuya existencia o vigencia sean materia de la verificación. Únicamente los titulares de los Archivos de Notarías o de los registros públicos o dependencias similares serán las autoridades facultadas para hacer la consulta o enlace a la base de datos nacional vía internet.

El *mandato cambiario* o *endoso en procuración* de un título de crédito se otorga mediante la anotación realizada *al dorso* del mismo título o en una hoja adherida a este y firmada por el endosante. Esta clase de endosos autorizan al endosatario para cobrar el título de crédito, endosarlo en procuración y protestarlo, en su caso (art. 35, LGTOC).

El *mandato judicial* debe conferirse *a)* en escritura pública o *b)* en escrito presentado y ratificado por el otorgante ante el juez que conozca del procedimiento judicial. En el supuesto de que el juez no conozca al otorgante, exigirá testigos de identificación. La *sustitución del mandato judicial* debe realizarse en la misma forma en que fue otorgado (art. 2586, CCDF).

Especie de mandato judicial es la *autorización* que faculta a las partes para realizar algunos procedimientos judiciales como los *juicios mercantiles* (art. 1069, CCom) y el *juicio de amparo* (art. 12, Ley de Amparo), en favor de los abogados, para que reciban notificaciones y efectúen ciertas promociones en esa clase de juicios.

Por último, el mandato y el poder pueden otorgarse ante *cónsul mexicano*, en el extranjero, cuando han de surtir efectos en la República mexicana. Los *cónsules mexicanos* pueden "ejercer funciones notariales en los actos y contratos celebrados en el extranjero que deban ser ejecutados en territorio mexicano". Los actos y contratos se hacen constar en escritura que se asienta y autoriza en el *protocolo consular*, aprobado previamente por la Secretaría de Relaciones Exteriores (arts. 44, *Ley del Servicio Exterior Mexicano*, y 86, *Reglamento de la Ley del Servicio Exterior Mexicano*).

9.10 Contenido obligacional

9.10.1 Obligaciones del mandatario

El mandatario tiene dos obligaciones principales: *a)* ejecutar el mandato y *b)* rendir cuentas al mandante.

a) Ejecutar el mandato. El mandatario debe ejecutar el mandato, esto es, realizar los actos jurídicos que le han sido encomendados. Y lo hará de manera personal por tratarse, precisamente, de un contrato *intuitu personae* (en atención a la persona).

No obstante, el mandatario podrá cumplir el encargo por conducto de terceros, cuando el mandante lo haya *autorizado* de manera expresa para *delegar* o *sustituir* el mandato. La *delegación* del mandato es diferente de la *sustitución*.

La *delegación* del mandato se conoce también como *submandato* o *subapoderamiento*. En esta, el mandatario –ahora *submandante*– otorga un nuevo mandato al tercero –*submandatario*– y entre ambos se establece la relación jurídica. Incluso, el submandante (mandatario en la relación original) conserva las facultades que le confirió el mandante; sin embargo, el submandante no puede "revocar el submandato, a menos que expresamente se le haya conferido esta



facultad especial".[108] Aun cuando esta exigencia está prevista de manera expresa para el mandato judicial (art. 2593, CCDF), también resulta aplicable a todo mandato en general, de acuerdo al criterio *restrictivo* que rige para la interpretación del mandato (art. 2582, CCDF).[109]

El mandato delegado en un tercero no se extingue por el hecho de que termine –por ejemplo, por revocación– el mandato primordial conferido al mandatario que lo delegó.[110, 111]

En la *sustitución* se produce una *cesión del mandato*: el mandatario original sale de la relación jurídica que lo vincula con el mandante, para ser sustituido por el *mandatario sustituto*. En tal virtud, la relación jurídica queda establecida entre este y el mandante; por tanto, se extinguen las facultades concedidas al mandatario original.[112]

No obstante, en el derecho mexicano, para que el tercero a quien el mandatario ha encomendado el desempeño del mandato sustituya al propio mandatario y este quede privado de sus facultades, será necesario que esta circunstancia se asiente de manera expresa al otorgarse la sustitución. Esto es así porque el Código Civil emplea la palabra *sustituto* en forma indistinta, para referirse al submandato (delegación) y a la cesión de mandato (sustitución).[113]

Es menester señalar que el mandatario está obligado a comunicar al mandante la *delegación* o la *sustitución* que haya realizado del mandato que le fue otorgado.

Asimismo, el hecho de que el mandatario cuente "con facultades para sustituir el mandato, ello no significa que pueda, a su vez, transmitir tales facultades [de sustitución] en algún tercero si no se encuentra facultado expresamente para ello, pues la celebración de ese negocio jurídico depende en buena medida de la apreciación de las calidades o cualidades de una persona en específico, seleccionada por el mandante por virtud de las características que reúna y que a su juicio la hacen ideal para cumplir con la encomienda".[114]

[108] Cárdenas es de la idea de que en el caso de *sustitución del mandato*, el mandatario original ya no tiene facultades para revocar el mandato, pues ha quedado fuera de la relación jurídica que lo vinculaba con el mandante al ser sustituido. En cambio, si se trata de la *delegación del mandato*, cualquiera de los dos –mandante y mandatario original– está legitimado para revocar el mandato (*cfr.* Fernando Antonio Cárdenas González, *op. cit.*, p. 84).

[109] Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 322.

[110] MANDATO MERCANTIL. LA REVOCACIÓN DEL NOMBRAMIENTO DEL PODERDANTE NO EXTINGUE EL OTORGADO CON ANTERIORIDAD A ELLA. Novena época. Registro: 198569. Tribunales Colegiados de Circuito. Tesis aislada. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Tomo V, junio de 1997. Materia(s): Civil. Tesis: VI.2o.121 C. Página: 763.

[111] Por tanto, no estamos de acuerdo con Cárdenas, quien sostiene que los "poderes delegados conservarán su vigencia, siempre y cuando el poder inicial no se extinga; de ser así, aquéllos también terminarán" (Fernando Antonio Cárdenas González, *op. cit.*, p. 84).

[112] MANDATO. EL MANDATARIO SUSTITUIDO EN ÉL, CON LA SUSTITUCIÓN PIERDE LAS FACULTADES QUE SE LE HABÍAN CONFERIDO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE SONORA). Novena época. Registro: 190488. Tribunales Colegiados de Circuito. Tesis aislada. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Tomo XIII, enero de 2001. Materia(s): Civil. Tesis: V.1o.23 C. Página: 1747.

[113] *Cfr.* Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 322.

[114] MANDATO. EL PODER OTORGADO AL MANDATARIO CON FACULTADES PARA SUSTITUIRLO, NO COMPRENDE LA POSIBILIDAD DE QUE, AL EJERCERLO, PUEDA TRANSMITIR TALES FACULTADES SUSTITUTORIAS A UN TERCERO (CÓDIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE SONORA). Novena época. Registro: 192847. Pleno. Jurisprudencia. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Tomo X, noviembre de 1999. Materia(s): Civil. Tesis: P./J. 111/99. Página: 31.

La autorización otorgada al mandatario para contratar consigo mismo o intervenir en asuntos en los que tenga conflicto de interés no puede transmitirse a los nuevos mandatarios, al delegarse o sustituirse el mandato.[115]

El mandatario está impedido de utilizar la sustitución del mandato para eludir la prohibición de contratar consigo mismo; por ejemplo, si el mandatario tiene la encomienda de vender un bien inmueble y sustituye el mandato para después contratar con el nuevo mandatario la compraventa del referido bien,[116] en esta hipótesis se estaría ante un *fraude a la ley.*

La autorización para delegar o sustituir el mandato puede ser *general* o *especial.*

La autorización general faculta al mandatario para delegar o sustituir el mandato de manera libre y, por tanto, elegir a la persona en quien delegará o sustituirá las facultades que le han sido conferidas. En este supuesto, el mandatario habrá de proceder con cautela en la elección de la persona,[117] pues responderá por los daños y perjuicios causados al mandante si la persona elegida es de mala fe o de notoria insolvencia (art. 2575, segunda parte, CCDF).

La autorización especial, por el contrario, se refiere a la delegación o sustitución del mandato solo en favor de la persona que de manera previa ha sido designada por el propio mandante, caso en el cual el mandatario no puede delegar o sustituir el mandato en una persona distinta (art. 2575, primera parte, CCDF).

El mandatario debe ejecutar el mandato de acuerdo con las facultades que al efecto le fueron conferidas (art. 2562, CCDF); por consiguiente, de ninguna manera puede exceder tales facultades y habrá de sujetarse a las limitaciones que, en su caso, le hayan sido señaladas.

Los actos ejecutados por el mandatario en *exceso* del mandato conferido resultan ineficaces, a menos que el mandante los ratifique; sin embargo, el mandatario estará obligado a pagar los daños y perjuicios causados al mandante, aun cuando este ratifique los actos realizados en exceso (arts. 2565 y 2568, CCDF).[118]

En relación con el tercero con quien el mandatario haya contratado, los actos realizados en exceso de facultades serán válidos y, por tanto, vincularán al mandatario con el tercero, en la medida en que este pueda cumplir por sí mismo las obligaciones que contrajo; por ejemplo, el mandatario estará obligado a pagar la cantidad adeudada al tercero, derivada del contrato celebrado por aquel en representación del mandante. Además, el mandatario tendrá que pagar al tercero los daños y perjuicios (arts. 2565, 2568 y 1802, CCDF), salvo que este –el tercero– haya actuado de mala fe; esto es, con conocimiento de que el mandatario carecía de facultades suficientes para obligar al mandante. Y es que el tercero que haya contratado con el mandatario que se ha excedido en el ejercicio de sus facultades carece de acción en contra

[115] *Cfr.* Fernando Antonio Cárdenas González, *op. cit.*, pp. 80 y 86.

[116] *Ibidem*, p. 86.

[117] *Cfr.* Rafael Rojina Villegas, *op. cit.*, p. 63.

[118] Sánchez Medal señala que los actos realizados por el mandatario en exceso del mandato conferido, "le obligan a pagarle daños y perjuicios [al mandante], a menos que [éste] los ratifique" (Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 323).

de este si tales facultades le fueron dadas a conocer, a menos que el mandatario se hubiera obligado en lo personal por el mandante (arts. 2568 y 2584, CCDF).

Los actos realizados por el mandatario al traspasar los límites del mandato pueden ratificarse en forma expresa o tácita (arts. 2565 y 2583, CCDF), sin que deban satisfacerse las formalidades del negocio jurídico de que se trate. Incluso, según Sánchez Medal, el tercero no está en condiciones de retractarse del acto.[119]

No obstante, cuando se trata de actos celebrados por un *falso mandatario*, la ratificación *debe ser expresa* y cumplir con las mismas formalidades que para el negocio exija la ley. En este supuesto, el tercero puede retractarse del acto, por lo que la ratificación debe darse antes de que la retractación se materialice (art. 1802, CCDF). Desde luego, una vez ratificada la actuación del mandatario, la retractación ya no podrá tener lugar.

La ratificación manifiesta la voluntad del mandante, por virtud de la cual reconoce como propio el negocio jurídico realizado en su nombre por quien se ha ostentado como su representante sin serlo, o bien, por quien es en realidad su representante, pero ha traspasado los límites del mandato.

Ratificar la actuación del mandatario convalida o subsana el negocio jurídico,[120] el cual padece una *ineficacia superable* –consentimiento emitido por falso representante o al traspasar los límites del poder conferido– que causa la nulidad relativa.[121]

Nada obsta para que el tercero pueda pedir al mandante que ratifique los actos realizados por el mandatario, dentro de un plazo determinado; pero si esto no sucede transcurrido el plazo, la ratificación se entenderá denegada. Asimismo, el mandatario y el tercero podrían celebrar el negocio jurídico encomendado al primero, pero sujetándolo a ratificación expresa del mandante para su eficacia posterior, de tal manera que si no se ratifica, el negocio se tornará ineficaz.

El mandato debe cumplirse de conformidad con las *instrucciones* del mandante, por lo que "en ningún caso podrá proceder contra disposiciones expresas" de este (art. 2562, CCDF). Dichas instrucciones producen efecto respecto a terceros cuando se trata de *instrucciones ostensibles* o *manifiestas*; esto es, aquellas que han quedado asentadas en el mismo documento en que se otorgó el mandato y, por consiguiente, pueden ser conocidas por los terceros. En cambio, si las instrucciones son *privadas* o *confidenciales*, los terceros solo estarán vinculados por estas al conocerlas por cualquier medio. En todo caso, el mandatario está obligado a observar, incluso, esta clase de instrucciones.

[119] *Cfr.* Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 321.

[120] En especial, tratándose del negocio jurídico realizado por un falso representante, una parte de la doctrina se inclina por entender que la ratificación origina que el referido negocio se complete y permita que conserve su eficacia (*cfr.* Fernando Antonio Cárdenas González, *op. cit.*, p. 152).

[121] Véase la tesis: CONTRATOS. SE AFECTAN DE NULIDAD RELATIVA CUANDO SON CELEBRADOS POR FALSO REPRESENTANTE O TRASPASANDO LOS LÍMITES DEL PODER CONFERIDO, SIN QUE SE RATIFIQUE POR EL MANDANTE. Novena época. Registro: 172566. Primera Sala. Jurisprudencia. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Tomo XXV, mayo de 2007. Materia(s): Civil. Tesis: 1a./J. 7/2007. Página: 251.

Asimismo, el mandatario habrá de *consultar* al mandante respecto de la forma de cumplir con el encargo, siempre que así lo requiera la naturaleza del negocio y, en especial, tratándose de aquellas cuestiones que hayan quedado sin previsión expresa al otorgarse el mandato (art. 2563, primera parte, CCDF). No obstante, cuando no fuere posible la consulta previa o el mandatario haya sido autorizado para proceder a su arbitrio, este habrá de actuar con prudencia, como si se tratase de negocio propio (art. 2563, segunda parte, CCDF).

Sánchez Medal es de la idea de que, en la ejecución del mandato, debe dejarse al mandatario cierta iniciativa; de lo contrario, "desaparecería el mandato propiamente dicho".[122]

De acuerdo con Rojina, en este caso, el mandatario responde por *culpa in concreto*; por tanto, en este contrato no existe la *culpa in abstracto*.[123, 124]

Para determinar el alcance de las facultades conferidas al mandatario, el mandato debe *interpretarse de manera restrictiva*, sobre todo tratándose de un *mandato especial*. Según Sánchez Medal, "en esta materia no rige el principio de que quien puede lo más puede lo menos".[125]

La extensión del *mandato general* estará determinada, en principio, por el amplio significado de un acto de administración y un acto de dominio. En particular, la precisión del alcance de las facultades para actos de administración habrá de considerar la clase de patrimonio sobre el que tales facultades recaerán; esto es, si se trata de un *patrimonio de derecho común*, de un *patrimonio explotación* o de un *patrimonio liquidación*, según se explicó en el apartado relativo al *mandato general, limitado y especial*.

No obstante, es factible admitir la presencia de algunas *facultades implícitas*, incluso en el mandato especial;[126] por ejemplo: se entiende que la persona autorizada para cobrar un crédito también cuenta con facultades para cancelar o extinguir la garantía otorgada a fin de asegurar su pago.

En el caso de que alguna circunstancia imprevista perjudicara la ejecución del mandato, el mandatario deberá –no solo podrá–[127] suspender su cumplimiento y avisar al mandante por el medio más rápido posible (art. 2564, CCDF).

Asimismo, el mandatario debe dar oportuna noticia al mandante sobre todos los hechos o circunstancias que puedan originar la revocación o modificación del encargo (art. 2556, primera parte, CCDF).

[122] Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 323.

[123] *Cfr.* Rafael Rojina Villegas, *op. cit.*, p. 64.

[124] Según Sánchez Medal, para determinar la responsabilidad del mandatario en la ejecución del mandato se aplica la teoría de la *culpa leve en concreto* (art. 2563, CCDF), pero cuando el mandato es *gratuito*, como en todos los contratos gratuitos, el mandatario solo responde de su *culpa grave* (Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 323).

[125] Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 324.

[126] *Idem*.

[127] *Ibidem*, p. 325.



De igual manera, el mandatario le comunicará al mandante, sin demora, la ejecución del mandato (art. 2566, segunda parte, CCDF).

Un aspecto relevante en la ejecución del mandato es el relativo a la *contratación consigo mismo o autocontratación*. Se trata del negocio jurídico "que una persona celebra consigo misma y en el cual actúa a la vez como parte directa y como representante de la otra o como representante de ambas partes".[128] En este sentido, el contrato consigo mismo o autocontrato se presenta en dos supuestos concretos:

- Cuando el mandatario *A*, por su propio derecho, celebra un contrato con una persona *B* que es representada, a la vez, por el propio mandatario *A*.
- Cuando el mandatario *A*, como representante de una persona *B*, celebra un contrato con un tercero *C*, que es representado, a la vez, por el propio mandatario *A*.

En principio, en nuestro derecho no existe una *prohibición general* para esa clase de operaciones, solo las siguientes *prohibiciones excepcionales*:[129]

- El tutor tiene prohibido adquirir o arrendar para sí o sus parientes los bienes de su pupilo (art. 569, CCDF).[130]
- Cuando "las personas que ejercen la patria potestad [tengan] un interés opuesto al de los hijos, serán éstos representados en juicio y fuera de él, por un tutor nombrado por el Juez para cada caso" (art. 440, CCDF), lo cual ha sido interpretado en el sentido de que las personas que ejercen la patria potestad sí podrían celebrar el contrato consigo mismas en representación de los discapaces, cuando estos se beneficien con el contrato.
- El mandatario tiene prohibido comprar los bienes del mandante (art. 2280, fracc. II, CCDF). De acuerdo con Sánchez Medal, no existe prohibición para que el mandatario venda bienes suyos al mandante.[131]
- Los encargados de los establecimientos paraestatales y organismos descentralizados y los servidores públicos están impedidos para tomar en arrendamiento los bienes que estén bajo su cuidado (arts. 2404 y 2405, CCDF).

De esta manera, se entiende que está permitido que el mandatario sea "la contraparte de su mandante en la celebración de cualquier otro contrato". De igual manera, tampoco existe

[128] AUTOCONTRATACIÓN O CONTRATO CONSIGO MISMO, NATURALEZA JURÍDICA. Novena época. Registro: 162212. Tribunales Colegiados de Circuito. Tesis aislada. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Tomo XXXIII, mayo de 2011. Materia(s): Civil. Tesis: I.3o.C.962 C. Página: 1036.

[129] *Cfr.* Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 325.

[130] CONTRATO CONSIGO MISMO, CON LA REPRESENTACIÓN DE TUTOR DE UN INCAPACITADO (TUTORES, SERVICIOS PROFESIONALES PRESTADOS POR LOS). Quinta época. Registro: 348984. Tercera Sala. Tesis aislada. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*. Tomo LXXXIV. Materia(s): Civil. Página: 2241.

[131] *Cfr.* Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 325.

impedimento alguno para el *mandato doble*, esto es, "para que la misma persona sea mandataria de las dos partes en un determinado contrato".[132]

Al resolver el amparo directo 544/2009, el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito sostuvo que fuera de esos supuestos específicos previstos por el Código Civil –y, en su caso, de aquellos que existan de manera expresa en otras leyes–, se entenderá permitida la contratación consigo mismo o autocontratación, con base en el *principio de la autonomía privada*. Y dado que no hay una prohibición general para realizar esa clase de negocios jurídicos, en todo caso serán inadmisibles en dos supuestos concretos: *a)* cuando la ley lo prohíba y *b)* cuando sean susceptibles de generar un conflicto de intereses entre los dos patrimonios representados.[133]

En ese mismo asunto, el referido tribunal señaló que "la contratación del representante consigo mismo está permitida mientras no se reciba una instrucción en contrario del representado o bien exista un conflicto de interés entre la voluntad del representante y la del representado", como podría suceder en los contratos onerosos.[134]

La prohibición que tiene el mandatario de comprar los bienes del mandante se justifica en el hecho de que aquel podría obtener un beneficio económico de la operación al establecer un precio inferior al que en realidad le correspondiera a los bienes, o bien, establecer condiciones de pago desfavorables para el mandante.

Esta prohibición ha sido considerada como una norma de interés privado y no de interés público, porque busca proteger los intereses del mandante (art. 2280, fracc. II, CCDF) y de nadie más. Se trata de una norma a la que puede renunciarse, al solo tener consecuencias patrimoniales para el mandante. Es posible renunciar a los derechos privados cuando *a)* no afecten directamente el interés público y *b)* la renuncia no perjudique derechos de tercero (art. 6º, CCDF). La renuncia solo produce efectos cuando se hace "en términos claros y precisos, de tal suerte que no quede duda del derecho que se renuncia" (art. 7º, CCDF).

De ahí que, de acuerdo con los fines que la señalada prohibición legal pretende lograr, se afirme que el mandatario podría comprar un bien del mandante y celebrar el contrato consigo mismo, si el mandato se ha otorgado *a)* para que el mandatario venda ese bien –incluso a un determinado precio–; *b)* autorizando de manera expresa al mandatario para que adquiera ese mismo bien, si así lo decidiera, y *c)* al hacer constar la renuncia expresa del mandante a la norma que prohíbe al mandatario adquirir los bienes del mandante, dado que en ese

[132] *Idem*.

[133] CONTRATO CONSIGO MISMO. ES UNA FIGURA PERMITIDA POR EL ORDENAMIENTO JURÍDICO, EN RESPETO AL PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD. Novena época. Registro: 162179. Tribunales Colegiados de Circuito. Tesis aislada. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Tomo XXXIII, mayo de 2011. Materia(s): Civil. Tesis: I.3o.C.963 C. Página: 1060.

[134] CONTRATO CONSIGO MISMO. ESTÁ PERMITIDO MIENTRAS NO SE RECIBA UNA INSTRUCCIÓN EN CONTRARIO DEL REPRESENTADO O BIEN EXISTA UN CONFLICTO DE INTERÉS ENTRE LA VOLUNTAD DEL REPRESENTANTE Y LA DEL REPRESENTADO. Novena época. Registro: 162178. Tribunales Colegiados de Circuito. Tesis aislada. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Tomo XXXIII, mayo de 2011. Materia(s): Civil. Tesis: I.3o.C.964 C. Página: 1062.

supuesto la finalidad de la norma se satisface con plenitud.[135] Incluso *d)* se le podría autorizar al mandatario aplicar el precio de la venta en su favor y *e)* eximírsele de rendir cuentas al mandante, cuando el mandatario tuviera derecho sobre dicho precio, de acuerdo con el negocio jurídico subyacente que sirviera de base al mandato.

En todo caso, la facultad conferida al mandatario para contratar consigo mismo e intervenir en asuntos que le comporten un conflicto de interés no exime al mandatario de rendir cuentas al mandante.

Al respecto, el Segundo Tribunal Colegiado del Noveno Circuito resolvió en un asunto que "el hecho de que se haya insertado una cláusula de irrevocabilidad del mandato y de que el mandatario haya entregado al mandante el precio de la cosa objeto del contrato para quedar eximido de rendir cuentas, no significa que el [mandatario] haya adquirido la propiedad del bien cuya venta se le encomendó (a un tercero), ya que no se está en presencia de un acto traslativo de dominio a su favor. Suponer lo contrario implicaría inobservar" la disposición legal que prohíbe al mandatario comprar los bienes de cuya venta se halle encargado.[136]

En Coahuila, el representante puede celebrar, en nombre del representado, un negocio jurídico consigo mismo, sea en nombre propio o como representante de un tercero, siempre que *a)* el referido negocio jurídico consista exclusivamente en cumplir una obligación preexistente, *b)* el representante esté autorizado de manera expresa para autocontratar o *c)* el contenido del negocio jurídico esté predeterminado de modo que excluya la posibilidad de un conflicto de intereses. Fuera de esos supuestos, el representante está impedido de contratar consigo mismo (art. 1955, Código Civil).

Por último, cuando el mandato es *irrevocable* y se ha conferido en *interés exclusivo del mandatario*, este no siempre estará obligado a ejecutar el mandato,[137] por lo que habrán de atenderse las circunstancias del caso concreto para determinar esa cuestión.

b) Rendir cuentas. El mandatario está obligado a *rendir cuentas* exactas de su administración al mandante (art. 2569, primera parte, CCDF). Dicha obligación comprende varios aspectos: *i)* el *deber de informar*, de manera oportuna, acerca de la ejecución del encargo (art. 2566, última parte, CCDF); *ii)* el *deber de proporcionar* al mandante una relación de las cantidades recibidas y erogadas, así como el balance de las entradas y salidas, acompañado de los recibos y comprobantes respectivos (art. 520, CPCDF); y *iii)* el *deber de entregar* al mandante todo lo que haya recibido en virtud del mandato (art. 2570, CCDF), aun cuando no se adeuden al mandante (art. 2571, CCDF).

[135] *Cfr.* Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 325.

[136] MANDATARIO FACULTADO PARA ENAJENAR UN INMUEBLE DEL MANDANTE. NO PUEDE COMPRARLO PARA SÍ, AL TRATARSE DE UNA RESTRICCIÓN PREVISTA EN EL ARTÍCULO 2111, FRACCIÓN II, DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE SAN LUIS POTOSÍ, SIN QUE OBSTE PARA ELLO QUE EL MANDATARIO HAYA ENTREGADO DE SU PECULIO Y EN EL ACTO AL MANDANTE EL PRECIO DE LA COSA, NI QUE HAYAN INSERTADO UNA CLÁUSULA ESPECIAL DE IRREVOCABILIDAD DEL MANDATO. Novena época. Registro: 168458. Tribunales Colegiados de Circuito. Tesis aislada. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Tomo XXVIII, noviembre de 2008. Materia(s): Civil. Tesis: IX.2o.49 C. Página: 1361.

[137] *Cfr.* Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 325.

El mandatario no está autorizado para *compensar* los perjuicios que cause al mandante con los provechos que por otro motivo le haya procurado a este (art. 2567, CCDF).

El mandatario está obligado a pagar intereses sobre las cantidades que pertenezcan al mandante, si dispuso de ellas en provecho propio, desde la fecha de la disposición. Asimismo, pagará intereses por las cantidades que deba entregar desde la fecha en que se haya constituido en mora (art. 2572, CCDF).

La rendición de cuentas habrá de realizarse en la fecha convenida o, en su defecto, cuando lo solicite el mandante y, en todo caso, al final del contrato (art. 2569, CCDF).

Es importante tener en cuenta que cuando el mandato ha sido conferido a varios mandatarios respecto del mismo asunto, aunque este sea uno solo, los mandatarios no quedarán obligados de manera solidaria frente al mandante, a menos que así se hubiera convenido expresamente (art. 2573, CCDF).

9.10.2 Obligaciones del mandante

Las obligaciones del mandante son cuatro: *a)* pagar la retribución al mandatario, *b)* reembolsar los gastos erogados, *c)* indemnizar al mandatario por los daños y perjuicios y *d)* cumplir las obligaciones contraídas por el mandatario en nombre del mandante.

a) Pagar la retribución convenida. Como quedó señalado, el mandato es por naturaleza un contrato *oneroso*, lo cual significa que solo será *gratuito* cuando así se haya pactado de manera expresa (art. 2549, CCDF).

El mandatario tiene derecho a la retribución, aun en el supuesto de que el mandante no haya obtenido el resultado favorable que esperaba de la ejecución del encargo. Esto se debe a que "el mandatario no es socio [del mandante] en el éxito o fracaso [del] negocio".[138]

Además, la ejecución del mandato a cargo del mandatario es una *obligación de medio* y no *de resultado*;[139] es decir, el mandatario no está obligado a lograr un resultado concreto al ejecutar el encargo, sino que solo adquiere el compromiso de desplegar con diligencia la actividad necesaria para obtener el resultado.

Según Sánchez Medal, "aunque el mandatario hubiera incurrido en culpa en el desempeño del mandato, lo que procedería, sería exigirle pago de daños y perjuicios por su culpa… pero no perdería su derecho al cobro de la retribución".[140]

[138] Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 327.

[139] *Idem.* No obstante, Mosset Iturraspe considera que la obligación del mandatario es una obligación de resultado (Jorge Mosset Iturraspe, *op. cit.*, p. 223).

[140] Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 327.

Dado que no existe disposición legal que regule el pago de la retribución en el mandato, habrán de aplicarse por *analogía* las reglas previstas para el *depósito* (art. 2517, CCDF) y para la *prestación de servicios profesionales* (art. 2607, CCDF).[141]

b) Reembolsar los gastos erogados. El mandatario debe solicitar al mandante, de manera oportuna, que le anticipe las cantidades necesarias para ejecutar el mandato; de lo contrario, el mandatario tendrá que erogarlas (art. 2577, CCDF).[142]

No obstante, el mandatario tiene el derecho a que se le reembolse el importe de los gastos que haya efectuado para cumplir el encargo, "aunque el negocio no haya salido bien", a menos que el fracaso se deba a culpa o negligencia del propio mandatario.

Los gastos habrán de reembolsarse, en principio, al momento de que el mandatario rinda cuentas al mandante; dicho reembolso comprende también los intereses legales de la cantidad anticipada (art. 2395, CCDF), calculados desde la fecha en que la referida cantidad fue erogada.

c) Indemnizar al mandatario por los daños y perjuicios. El mandante está obligado a indemnizar por los daños y perjuicios que resienta el mandatario en virtud del mandato, con excepción de aquellos que se deban a la culpa o imprudencia del mandatario (art. 2578, CCDF).

El mandatario tiene el *derecho de retener* los bienes recibidos con motivo de la ejecución del encargo, en tanto el mandante le reembolse las cantidades que haya anticipado o, en su caso, lo indemnice por los daños y perjuicios sufridos en la ejecución del mandato (art. 2579, CCDF).

No obstante, el referido derecho de retención no se concede al mandatario para exigir la retribución por el desempeño del encargo. De acuerdo con Sánchez Medal, esto "obedece sólo a una razón histórica, ya que cuando se estableció ese derecho de retención en los Códigos civiles de 1870 y de 1884, el mandato era por su naturaleza gratuito".[143] Para que el mandante estuviera obligado a retribuir, debía pactarse así de manera expresa en el mandato.

El hecho de que el mandatario esté impedido de retener los bienes por falta de pago de la retribución, "confirma que el mandato no es un contrato bilateral en sentido estricto" porque tales obligaciones no son correlativas o interdependientes. Por consiguiente, el mandatario no podrá oponer la excepción de contrato no cumplido para suspender el cumplimiento de las obligaciones a su cargo.[144]

Cuando el mandato ha sido otorgado *a)* por varios mandantes *b)* a un solo mandatario *c)* para un negocio común, los referidos mandantes serán obligados solidarios respecto del mandatario "para todos los efectos del mandato", en especial, para hacer efectivo el reembolso de los gastos y el pago de la indemnización.

[141] *Idem.*

[142] Sánchez Medal considera que el mandatario no está obligado a erogar los gastos para la ejecución del mandato (Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 327).

[143] *Ibidem*, p. 328.

[144] *Idem.*

d) Cumplir las obligaciones contraídas por el mandatario en nombre del mandante. El mandante debe cumplir las obligaciones que el mandatario haya contraído (art. 2581, CCDF). En parte, esta obligación deriva del negocio jurídico realizado por el mandatario; sin embargo, en realidad tiene su origen en el propio mandato, pues este se cumple *por cuenta* del mandante, quien debe asumir las obligaciones que en ejecución del mismo contrajo el mandatario, precisamente en interés del mandante.[145]

Entendemos que, en principio, se está ante un *mandato con representación* y que el mandatario actuó dentro de los *límites expresos* del mandato (art. 2581, CCDF); de lo contrario, los actos celebrados por el mandatario serán *nulos en relación con el mandante*, si este no los ratifica expresa o tácitamente (art. 2583, CCDF). En este caso, el mandante puede *optar* entre *ratificar* las operaciones realizadas por el mandatario "con violación o con exceso del encargo recibido" o *dejarlas a cargo* del mandatario (art. 2565, CCDF).

Desde luego, si el mandante ratifica las obligaciones asumidas por el mandatario más allá de los límites del mandato, quedará obligado por virtud de la ratificación a cumplir con tales obligaciones.

El mandatario no está autorizado para exigir judicialmente el cumplimiento de las obligaciones contraídas en nombre del mandante, a menos que dicha facultad se haya incluido también en el mandato (art. 2582, CCDF).

9.10.3 Obligaciones del procurador en el mandato judicial

El procurador que ha aceptado el mandato judicial está obligado a (art. 2588, CCDF):

a) *Seguir el procedimiento judicial* por todas sus instancias mientras no haya cesado en su encargo por alguna causa (art. 2595, CCDF). Por consiguiente, el procurador no puede abandonar el encargo y, en el caso de que tuviere justo impedimento para desempeñarlo, deberá *sustituir el mandato*, pues tiene facultades legales para hacerlo; o bien, dará aviso a su mandante para que este designe a otra persona (art. 2591, CCDF).

El procurador que ha sustituido un mandato judicial puede revocar la sustitución si tiene facultades para hacerlo (art. 2593, CCDF).

b) *Anticipar o pagar los gastos* que se causen, respecto de los cuales tiene el derecho de reclamar su reembolso posterior al mandante. No obstante, no está obligado a erogar algunos *gastos extraordinarios*, como los relacionados con peritos.

c) *Practicar cuanto sea necesario* para la defensa de su mandante, arreglándose a las instrucciones que este le hubiere dado, y si no las tuviere, a lo que exija la naturaleza e índole del litigio.

[145]Para Sánchez Medal, se "trata de una obligación que más bien dimana del acto jurídico realizado por el mandatario, que del propio mandato" (Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 329).

En el supuesto de que el procurador se excediera de las facultades que le fueron conferidas, el mandante podría ratificar lo que el procurador hubiere realizado en exceso, antes de que la sentencia cause ejecutoria (art. 2594, CCDF).

d) Guardar *secreto profesional*; es decir, tiene prohibido revelar a la parte contraria los secretos de su poderdante o cliente, o a suministrar documentos o datos que lo perjudiquen. En caso de hacerlo, será responsable de los daños y perjuicios causados al cliente; además, quedará sujeto a las sanciones penales que correspondan (art. 2590, CCDF).

e) *Evitar el prevaricato*; esto es, está impedido para admitir la representación de la parte contraria en el mismo procedimiento judicial, aunque renuncie al mandato que le ha sido otorgado por una de las partes (art. 2589, CCDF).

9.11 Terminación del mandato

La terminación del mandato nunca produce efectos retroactivos, por lo que las obligaciones contraídas entre las partes y respecto de terceros por virtud del mandato subsisten hasta su cumplimiento o extinción.[146] El mandato puede concluir por las causas ordinarias que originan la terminación de todos los contratos, o por situaciones especiales o propias del mandato.

9.11.1 Causas de terminación del mandato que son comunes a todos los contratos

Tales causas son *a)* el vencimiento del plazo al que haya quedado sujeto el mandato, *b)* la conclusión del negocio para el que se otorgó el mandato (art. 2595, fracc. V, CCDF), *c)* la nulidad del mandato y *d)* la rescisión del mandato en el caso del mandato irrevocable, por incumplimiento de alguna de las obligaciones contraídas por una de las partes por virtud del negocio jurídico o la relación obligatoria que sustenta la irrevocabilidad (Planiol).[147]

9.11.2 Causas de terminación especial o propia del mandato

a) Por revocación del mandante. En general, el mandato termina por revocación del mandante (art. 2595, fracc. I, CCDF). En principio, el mandante puede realizar la revocación *ad nutum*, esto es, sin que haya causa concreta que la justifique: *cuando y como le parezca* (art. 2596, primera parte, CCDF). Por eso la revocación no es un negocio causal.

El fundamento de la revocabilidad del mandato está en el derecho que tiene el mandante, quien es el titular del patrimonio sobre el cual recaen los efectos de la ejecución del encargo, para manejarlo como lo crea más conveniente y en forma exclusiva.[148]

[146] *Cfr.* Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 329.

[147] Trabucchi opina en contra. *Cfr.* Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, pp. 329 y 330.

[148] *Cfr.* Alberto Pacheco Escobedo, "La terminación del mandato irrevocable", *Revista Ars Iuris*, 2-1989, Universidad Panamericana, México, 1989, p. 95.

La revocación puede ser *expresa* o *tácita*. La *revocación tácita* se produce cuando el mandante designa a un nuevo mandatario para el mismo asunto, pero la revocación surte efectos desde la fecha en que al mandatario primigenio se le notifica la designación (art. 2599, CCDF). Asimismo, el mandato se entiende revocado tácitamente "cuando el mandante realiza por sí mismo el acto jurídico que encomendó al mandatario". [149]

Una vez revocado el mandato, el mandante habrá de proceder de la manera siguiente:

- Debe notificar la revocación al mandatario de manera fehaciente en todos los casos para que produzca efectos, pues el mandatario podría seguir ejecutando el mandato si desconoce que le ha sido revocado.[150] De hecho, la sola revocación no extingue el mandato, que en realidad "termina cuando la revocación es notificada al mandatario o al tercero con quien el mandatario está tratando".[151]

  La revocación es, en este sentido, un *negocio jurídico unilateral* de carácter *recepticio*; esto es, debe dirigirse al mandatario, quien necesita conocerlo para que produzca efectos.

  La revocación del mandato puede darse por notificada si se inscribe en el Registro Público de Comercio y se cancela la inscripción del mandato, porque de este modo la revocación surte efectos frente a terceros y se consideraría de *mala fe* a quien contratara con el mandatario.[152]

  El mandato también se extingue cuando el mandatario o el tercero con quien ha contratado tienen conocimiento de la revocación por un medio distinto a la notificación.[153]

  Es preciso tener presente que la revocación del poder podría no implicar, a la vez, la revocación del mandato, en especial cuando quisiera transformarse en un mandato sin representación.

- Cuando el mandato es para tratar con determinada persona, la revocación debe notificarse al tercero; de lo contrario, el mandante quedará obligado con el tercero, si este, de buena fe, contrata con el mandatario. La buena fe se presume, en particular, cuando el tercero desconoce que el mandato ha sido revocado (arts. 2597 y 2604, CCDF). En este sentido, lo que el mandatario realice con el tercero, sabiendo ambos que el mandato ha cesado, no obliga al mandante (art. 2604, CCDF). De igual manera, si el tercero conoce la revocación del mandato pero no así el mandatario, el mandante tampoco quedará obligado por los actos del mandatario. En tal virtud,

[149] Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 330.

[150] MANDATO, REVOCACIÓN DEL. DEBE NOTIFICARSE FEHACIENTEMENTE AL MANDATARIO. Octava época. Registro: 220209. Tribunales Colegiados de Circuito. Tesis aislada. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*. Tomo IX, marzo de 1992. Materia(s): Civil. Tesis: I.5o.C.448 C. Página: 240.

[151] Alberto Pacheco Escobedo, *op. cit.*, p. 97.

[152] *Idem*.

[153] *Idem*.



bastará notificar al tercero para que la revocación surta efectos aunque nada se avise al mandatario, porque el mandato ha sido otorgado para tratar precisamente con dicho tercero (art. 2597, CCDF).[154]

Cuando se trata de un mandato general, no debe notificarse la revocación a nadie, porque no se ha otorgado para contratar con una persona concreta. Sin embargo, si el mandante sabe con qué personas ha estado contratando el mandatario, la revocación del mandato también habrá de darse a conocer a los terceros.

- El mandante debe exigir la devolución del instrumento o documento en que conste el mandato, así como los demás documentos relativos al negocio objeto del mandato. La razón estriba en que, si descuida exigir los documentos que acrediten los poderes del mandatario, será responsable de los daños que resulten por esa causa respecto de terceros de buena fe (art. 2598, CCDF). Se ha considerado que en este caso se daría un *mandato aparente* y, por ese motivo, el mandante quedaría obligado frente al tercero.[155]
- Por último, la revocación se comunicará al mismo notario que haya intervenido en el otorgamiento del mandato, para que lo asiente al margen de la propia escritura pública relativa al mandato y evite expedir nuevos testimonios de dicha escritura.

Si el notario que interviene en la revocación del mandato avisa al notario ante quien se ha otorgado el mismo que este ha terminado –para que lo anote al margen de la escritura pública por la que se formalizó el mandato–, tal aviso no puede considerarse notificación. El referido aviso solo hará las veces de notificación cuando el mandatario solicite un testimonio notarial de la escritura pública en cuestión y tenga conocimiento del aviso de revocación.[156]

Aun si se presenta la revocación del mandato, el mandante está obligado a retribuir al mandatario, excepto si este todavía no ha aceptado el mandato, dado que en este caso el mandato no se ha perfeccionado.

Por último, la revocación debe realizarse en tiempo oportuno; esto es, en un momento tal que no dañe al mandatario por el mero hecho de la revocación, como ocurriría –por ejemplo– si ha realizado algunas erogaciones con motivo de preparativos o actuaciones para ejecutar el mandato.[157] La revocación inoportuna sujeta al mandante[158] a responsabilidad por los daños y perjuicios causados al mandante (art. 2596, CCDF).

b) El mandato irrevocable. No obstante, el mandato puede tener carácter *irrevocable* en aquellos casos en que su otorgamiento se hubiere estipulado *a)* como una condición en un contrato bilateral, o *b)* como un medio para cumplir con una obligación contraída (art.

[154] *Ibidem*, p. 96.

[155] *Cfr.* Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 331.

[156] *Cfr.* Alberto Pacheco Escobedo, *op. cit.*, p. 96.

[157] De acuerdo con Sánchez Medal, también sería inoportuna la revocación si el mandante no hubiera respetado el plazo fijado en el contrato o acostumbrado por los usos (Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 331).

[158] Jorge Mosset Iturraspe, *op. cit.*, pp. 219 y 220.

2596, primer párrafo, CCDF). Y es que la "revocabilidad hace a la naturaleza y no a la esencia" del mandato, "en el sentido de que es efecto normal o natural, dispuesto por la ley, pero no constitutivo o esencial".

En el primer caso se trata "de dos contratos que suponen la preexistencia de un pacto principal (coaligados) en el que la voluntad de las partes es celebrar uno en el que se estipule el otorgamiento de un mandato a determinada persona, es decir, la condición es que se otorgue un mandato, dentro del diverso contrato celebrado".[159]

> ***Ejemplo:*** El vendedor de una fábrica confiere mandato irrevocable al comprador para que este solicite y tramite ante las autoridades correspondientes el cambio de determinada concesión.

El segundo supuesto se refiere al mandato que se otorga para que el mandatario cumpla una obligación contraída, por lo que debe entenderse que dicha obligación es anterior –o contemporánea– al mandato, supuesto que este se confiere para que se cumpla la misma.[160]

> *Ejemplos:*
>
> 1. El deudor alimentista confiere poder irrevocable al acreedor alimentista para que cobre otros créditos en favor de aquel, a fin de cubrir de esta forma la deuda alimenticia.
> 2. El vendedor (deudor hipotecario) transmite al comprador la propiedad de un inmueble que se encuentra hipotecado, por lo que el vendedor se compromete a entregar el inmueble físicamente una vez que lo libere. Por virtud de esa obligación contraída (compraventa), otorga al mismo comprador un poder irrevocable para actos de dominio sobre el inmueble objeto de la compraventa.

La doctrina mayoritaria sostiene que se requiere un *pacto de irrevocabilidad* del mandato para que este adquiera dicho carácter. Empero, hay quienes opinan que el mandato es irrevocable por disposición de la ley, la cual determina en qué casos no está sujeto a revocación y, por consiguiente, basta actualizar cualquiera de las hipótesis que justifican la irrevocabilidad para que esta opere, sin requerir pacto expreso que establezca la irrevocabilidad del mandato.[161]

Como sea, el pacto de irrevocabilidad puede ser *expreso* o *tácito*. Y es que el carácter irrevocable del mandato podría deducirse de las circunstancias concretas en que se otorgó; por ejemplo, cuando por medio del mandato se protegen intereses ajenos de manera ostensible,

[159] MANDATO. CASOS EN QUE ES IRREVOCABLE. CÓDIGO CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL. Séptima época. Registro: 387708. Tercera Sala. Tesis aislada. Fuente: *Informes*. Informe 1979, Parte II. Materia(s): Civil. Tesis: 49. Página: 40.

[160] *Idem*.

[161] *Cfr.* Bernardo Pérez Fernández del Castillo, *op. cit.*, p. 40.

supuesto en el cual, de admitirse la revocación, esta equivaldría a modificar una situación jurídica determinada, de manera unilateral.[162]

El pacto de irrevocabilidad puede ser simultáneo al mandato y estar contenido en él –que es lo ordinario–; o bien, quedar comprendido en el contrato bilateral que le sirve de base. Incluso, las partes podrían darle carácter irrevocable a un mandato otorgado previamente.[163]

Asimismo, el pacto de irrevocabilidad puede realizarse entre el mandante y el mandatario –como es común–, pero nada obsta para que dicho acuerdo se celebre también entre el mandante y un tercero o entre los diversos mandatarios que lo hayan otorgado, como sucede en el caso de los copropietarios que confieren en común el mandato y se obligan a no revocarlo por separado.[164]

La doctrina ha distinguido entre la *irrevocabilidad absoluta* (o real) y la *irrevocabilidad relativa* (u obligacional). La primera comporta la *renuncia del derecho a revocar* el mandato, así que el mandato no se extingue por revocación y si esto ocurre, no surte efecto alguno. En cambio, en la segunda, el mandante asume frente al mandatario o un tercero la *obligación de no revocar* el mandato, lo cual implica que la eventual revocación del mandato sí lo extingue, pero obliga al mandante a indemnizar los daños y perjuicios que se causen por la revocación.[165]

El CCDF no distingue entre ambas clases de irrevocabilidad. De hecho, se ha considerado que el art. 2596, el cual prevé los supuestos en que el mandato *puede ser* irrevocable –esto es, *a)* mandato otorgado como condición en un contrato bilateral o *b)* como medio para cumplir una obligación–, se refiere a la *irrevocabilidad absoluta* o *real*, que es la "verdadera irrevocabilidad".[166]

En opinión de Sánchez Medal, esos dos supuestos tienen carácter limitativo, por lo cual, fuera de ambos, no sería posible convenir la irrevocabilidad del mandato.[167, 168] Al respecto, el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Séptimo Circuito ha considerado que la irrevocabilidad de un mandato depende de que "su otorgamiento se hubiere estipulado como parte de un contrato o convenio para cuya realización sea necesaria la subsistencia del mandato". En este sentido, las partes deben acreditar la existencia del negocio jurídico relacionado con el mandato, sin que baste para considerar la irrevocabilidad aquella manifestación general inserta en el mandato de que se otorgó "en virtud de un compromiso

[162] *Cfr.* Alberto Pacheco Escobedo, *op. cit.*, pp. 104 y 105.

[163] *Ibidem*, p. 105.

[164] *Ibidem*, pp. 105 y 106.

[165] *Ibidem*, p. 101.

[166] *Ibidem*, pp. 101 y 107.

[167] *Cfr.* Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 332.

[168] Es el criterio adoptado por el Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Tercer Circuito, que ha señalado que "fuera de estos dos casos de excepción enunciados por el legislador en forma limitativa, no es posible convenir que el mandato sea irrevocable, [ni tampoco] irrenunciable". MANDATO. PACTO DE IRREVOCABILIDAD. Octava época. Registro: 209776. Tribunales Colegiados de Circuito. Tesis aislada. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*. Tomo XIV, diciembre de 1994. Materia(s): Civil. Tesis: III. 1o. C. 335 C. Página: 405.

contraído con anterioridad".[169] Será preciso especificar la causa concreta en que se sustenta la irrevocabilidad, para que el mandato goce del carácter señalado.[170, 171]

En ambas hipótesis, "se trata siempre de un mandato indivisible ligado a un determinado contrato o una determinada relación jurídica". La renuncia o la revocación "implicaría la modificación o la extinción por voluntad unilateral de una de las partes, bien sea de la obligación a cuyo cumplimiento sirve de medio el mandato en cuestión, o bien el contrato bilateral, en el que dicho mandato figuró como condición".[172]

Nada obsta para que las partes pacten la irrevocabilidad del mandato con base en causas distintas a las contempladas por el Código Civil, dado que no existe razón alguna para limitar la autonomía privada y circunscribirla solo a los supuestos legales, los cuales no parecen ser taxativos.[173] En ese supuesto, se estaría ante una *irrevocabilidad relativa*.

La irrevocabilidad del mandato puede sustentarse –por ejemplo– en el interés que tiene el mandatario en el mandato; es decir, "el interés del mandatario puede ser causa suficiente para pactar la irrevocabilidad, aunque no haya obligación que cumplir, ni contrato bilateral del que sea condición el mandato".[174] De hecho, la razón de la irrevocabilidad estriba en que en los supuestos a que se refiere el art. 2596 del CCDF, el mandato se celebra en beneficio del mandatario.[175]

El art. 2493, fracc. II, del *Código Civil para el Estado de Puebla* parece apoyarse en ese aspecto, al establecer que el mandato es irrevocable cuando se otorga "para un acto o asunto determinado y se [estipula] que se otorga con el carácter de irrevocable, aun cuando no constituya una condición de un contrato bilateral, o no sea medio para cumplir una obligación anterior". En tal supuesto, el mandato *tampoco puede renunciarse* por el mandatario.

[169] MANDATO. SU IRREVOCABILIDAD DEPENDE DE LA EXISTENCIA DEL CONTRATO O CONVENIO DEL QUE SE DICE FORMÓ PARTE SU OTORGAMIENTO. (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE VERACRUZ). Octava época. Registro: 208537. Tribunales Colegiados de Circuito. Tesis aislada. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*. Tomo XV-2, febrero de 1995. Materia(s): Civil. Tesis: VII.2o.C.53 C. Página: 404.

[170] *Cfr.* Alberto Pacheco Escobedo, *op. cit.*, p. 102.

[171] En sentido similar se ha pronunciado el Quinto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, al sostener que "a efecto de salvaguardar la seguridad jurídica resulta pertinente que en [el mandato con cláusula de irrevocabilidad] se precise en qué consiste la obligación (la cual debe ser anterior a la celebración del mandato) que debe satisfacer el mandante, pues una vez realizada ésta, ya no tiene razón de existir la estipulación de referencia". De ahí que "la razón por la que [el mandato no puede ser revocable], no puede establecerse de manera genérica, sino que debe plasmarse de forma que no quede duda en qué consiste el cumplimiento a dicha obligación". Véase la tesis: MANDATO. ES NECESARIO ESTABLECER LA CLÁUSULA DE IRREVOCABILIDAD EN EL DOCUMENTO QUE CON TAL CARÁCTER SE OTORGUE. Décima época. Registro: 2000844. Tribunales Colegiados de Circuito. Tesis aislada. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Libro VIII, mayo de 2012. Tomo 2. Materia(s): Civil. Tesis: I.5o.C.1 C (10a.). Página: 2067.

[172] MANDATO. PACTO DE IRREVOCABILIDAD. Octava época. Registro: 209776. Tribunales Colegiados de Circuito. Tesis aislada. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*. Tomo XIV, diciembre de 1994. Materia(s): Civil. Tesis: III. 1o. C. 335 C. Página: 405.

[173] *Cfr.* Alberto Pacheco Escobedo, *op. cit.*, p. 103.

[174] *Idem*.

[175] MANDATO ESPECIAL. CLÁUSULA DE PODER IRREVOCABLE (ARTÍCULO 2596 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL). Décima época. Registro: 2003864. Tribunales Colegiados de Circuito. Tesis aislada. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Libro XXI, junio de 2013. Tomo 2. Materia(s): Civil. Tesis: I.3o.C.90 C (10a.). Página: 1274.

La irrevocabilidad también podría tener su origen en una condición impuesta por el testador; por ejemplo: "el testador, para conservar unida la representación de acciones ante la sociedad emisora, condiciona el legado que hace de sus acciones a varios legatarios, a que éstos otorguen al aceptarlo, un mandato irrevocable a una sola persona para que los represente ante la referida sociedad".[176]

De cualquier manera, en el derecho mexicano, el *mandato irrevocable* es un *negocio causal*, ya que el *pacto de irrevocabilidad* –sea absoluta o relativa– habrá de estar sustentado en una *causa suficiente* que justifique la irrevocabilidad. La causa que sustente la irrevocabilidad del mandato debe constar de manera explícita en el mismo mandato o en instrumento separado –de fecha anterior o posterior al mandato– que esté vinculado con este.[177]

En realidad, la irrevocabilidad del mandato se justifica en "razones de conveniencia innegables: si el interés es ajeno, de un tercero, o un interés compartido, en la celebración del negocio encomendado no puede, quien es sólo titular de una parte o porcentaje de interés, revocar, que equivale a extinguir por su sola voluntad".[178]

Por consiguiente, en atención a la causa que sustenta el pacto de irrevocabilidad del mandato, pueden presentarse los escenarios siguientes:[179]

- Cuando no se exprese causa alguna que justifique el pacto de irrevocabilidad, el mandato podrá revocarse sin ninguna responsabilidad para el mandante (con excepción de aquellos sistemas jurídicos que consienten esa clase de mandatos, como sucede en Puebla).
- Cuando se exprese la causa de la irrevocabilidad, pero no sea suficiente para justificarla o sea desproporcionada con el resultado que se busca obtener,[180] habrá *irrevocabilidad relativa* u *obligacional*, por lo que el mandato podrá revocarse, pero habrán de resarcirse los daños y perjuicios que esto llegara a causar.
- Por último, cuando existe causa suficiente para sustentar la irrevocabilidad, esta será *absoluta* o *real*, supuesto en el que el mandato no se verá afectado por una eventual revocación.

En tal virtud, en el derecho mexicano puede hablarse de la presencia de dos clases de irrevocabilidad –absoluta y relativa– y no de un concepto unitario de irrevocabilidad.[181]

[176] *Cfr.* Alberto Pacheco Escobedo, *op. cit.*, pp. 103, 104 y 106.

[177] *Ibidem*, pp. 101 y 102.

[178] Jorge Mosset Iturraspe, *op. cit.*, p. 220.

[179] *Cfr.* Alberto Pacheco Escobedo, *op. cit.*, p. 104.

[180] La causa de la irrevocabilidad debe ser proporcional al resultado que se busca obtener (*cfr.* Alberto Pacheco Escobedo, *op. cit.*, p. 103).

[181] *Ibidem*, p. 101.

Asimismo, es preciso señalar que solo el *mandato especial* o el *mandato limitado* pueden ser irrevocables, pero no el mandato general.[182] Esto se debe a que el mandato siempre ha de referirse "a algo especial: condición en un contrato bilateral; medio para cumplir una obligación contraída".[183] Además, el hecho de aceptar la posibilidad de pactar la irrevocabilidad de un mandato general comportaría una limitación injustificada que obligaría al mandante "a defender, administrar o disponer de su patrimonio a través de un mandatario forzoso", lo que se equipararía a una especie de "enajenación perpetua de todo el patrimonio" del mandante.[184]

El mandato irrevocable es, a la vez, *irrenunciable* (art. 2596, CCDF). La razón es que la renuncia, al igual que la revocación, "implicaría la modificación o la extinción por voluntad unilateral de una de las partes, bien sea de la obligación a cuyo cumplimiento sirve de medio el mandato en cuestión, o bien del contrato bilateral en el que dicho mandato figuró como condición. Se violaría, por tanto, el *principio de la intangibilidad* del contrato" (véase el art. 1797 del CCDF).[185]

No obstante, hay quien opina que el mandato irrevocable sí puede terminar por renuncia del mandatario –aunque exista disposición legal que señale lo contrario–, "cuando la causa de la irrevocabilidad ha sido el interés que el mandatario tiene en el mandato". De esta manera, al renunciar al mandato, el mandatario renuncia también al interés que pudiera tener; por ejemplo, cuando el encargo consiste en el cobro de las rentas de un inmueble para pagar un crédito que se le adeuda al propio mandatario y este renuncia al mandato, habrá de entenderse que renuncia también al crédito porque el mandato ha sido otorgado como un medio para cumplir con una obligación, la cual no tiene por qué cumplirse de otra forma. Como lo señala Alberto Pacheco, "sería absurdo pensar que se puede renunciar sólo al mandato y [dejar subsistente] la obligación".[186]

Un punto interesante es el relativo a la aparente posibilidad de *revocar* el mandato irrevocable, lo cual daría lugar solo a la indemnización de los daños y perjuicios causados al mandante, según parece desprenderse del art. 2596, último párrafo, del CCDF: "La parte que revoque o renuncie el mandato en tiempo inoportuno, debe indemnizar a la otra de los daños y perjuicios que le cause." Sin embargo, esta disposición se refiere en realidad a los mandatos revocables, no a los irrevocables,[187] por lo cual el mandato irrevocable no puede ser revocado.[188]

Sánchez Medal es de la idea de que la revocación, cuando el mandato es irrevocable, no produce efecto alguno y "el mandatario continúa investido de las facultades que se le

[182] *Cfr.* Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 332. En el mismo sentido: Bernardo Pérez Fernández del Castillo, *op. cit.*, pp. 39 y 40.

[183] Francisco Lozano Noriega, *op. cit.*, p. 271.

[184] Alberto Pacheco Escobedo, *op. cit.*, p. 99.

[185] *Cfr.* Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 332.

[186] *Cfr.* Alberto Pacheco Escobedo, *op. cit.*, pp. 108 y 109.

[187] *Cfr.* Francisco Lozano Noriega, *op. cit.*, p. 271.

[188] *Cfr.* Bernardo Pérez Fernández del Castillo, *op. cit.*, p. 39.



confirieron". No obstante, el mandato irrevocable sí podría ser revocado mediante resolución judicial, "cuando el mandatario ha incurrido en culpa".[189]

Esta perspectiva es coherente con los efectos de la *irrevocabilidad absoluta* del mandato, pero debe matizarse tratándose de la *irrevocabilidad relativa*, en la que el mandato puede revocarse, pero habrán de indemnizarse los daños y perjuicios ocasionados por la revocación.

Asimismo, en el mandato sujeto a una *irrevocabilidad absoluta* el mandante queda impedido de realizar por sí mismo el negocio jurídico objeto del encargo, porque hacerlo equivaldría a una revocación tácita. Incluso se ha afirmado que en ese caso se "sustrae los bienes a la unilateral disposición del mandante, creando una especie de vínculo de indisponibilidad".[190]

Sin embargo, en un asunto en el que se otorgó un mandato irrevocable para ejercer actos de dominio con la finalidad de que el mandatario se cobrara el adeudo contraído por el mandante, se resolvió que esa clase de mandatos "de ninguna manera significa que se transmita la propiedad de los bienes sobre los que se debe ejercer el mandato, pues no se está frente a un acto jurídico que implique el traslado de dominio de los bienes, sino que se trata de un contrato que tiene por objeto la representación derivada de la confianza, en el que se delegan facultades para ejercer derechos reales o personales".[191]

En el mandato irrevocable, el mandatario está sujeto a todas las obligaciones ordinarias que corresponden a su calidad de tal. No obstante, podría liberarse de la obligación de rendir cuentas al mandante "cuando de la causa que dio origen a la irrevocabilidad se deduzca, sin lugar a dudas, que el mandatario puede disponer para sí o para otro del producto o resultado de los negocios que realice en ejecución del mandato", como sucede –por ejemplo– cuando se autoriza al mandatario "que conserve para sí el producto de la venta de un inmueble, o las rentas cobradas hasta el pago de una deuda específica".[192]

Es preciso señalar que el *mandato irrevocable* es un *negocio jurídico indirecto*, por cuanto que se utiliza con una finalidad económica distinta de aquella que le es característica. En efecto, el propósito natural del mandato es que el mandatario ejecute, por cuenta del mandante, los negocios jurídicos que este le encarga (art. 2546, CCDF); su finalidad no consiste en "garantizar obligaciones o ser accesorio de contratos bilaterales", como sucede en el mandato irrevocable.[193]

Por su parte, el mandato irrevocable siempre está vinculado a un contrato bilateral o a determinada relación jurídica, por lo cual se presenta, en ese supuesto, la *conexidad contractual*

[189] *Cfr.* Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 332.

[190] *Cfr.* Alberto Pacheco Escobedo, *op. cit.*, p. 107.

[191] MANDATO IRREVOCABLE. NO IMPLICA EL TRASLADO DE DOMINIO DE LOS BIENES AFECTOS A ÉL, AUN CUANDO NAZCA CON MOTIVO DE GARANTIZAR EL PAGO DE UNA DEUDA (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE MORELOS). Novena época. Registro: 188396. Tribunales Colegiados de Circuito. Tesis aislada. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Tomo XIV, noviembre de 2001. Materia(s): Civil. Tesis: XVIII.2o.16 C. Página: 517.

[192] *Cfr.* Alberto Pacheco Escobedo, *op. cit.*, p. 107.

[193] *Ibidem*, p. 100.

entre el mandato y la relación obligatoria que lo justifica. Algunas consecuencias de la referida *conexidad* que han sido tratadas por los tribunales colegidos son las siguientes:

- La nulidad de la cláusula de irrevocabilidad, por ser esencial, comporta también la nulidad del mandato.[194]
- En el caso de que se demanden prestaciones derivadas del contrato que le dio origen al mandato irrevocable, será preciso oír también al mandante en el procedimiento judicial respectivo.[195]

Por último, la cláusula de irrevocabilidad ha sido considerada un instrumento de garantía para que el obligado cumpla la obligación contraída con el mandante (o con terceros). Al otorgarse el poder irrevocable, el mandatario recibe facultades para dar cabal cumplimiento a una obligación del mandante, por lo que la referida cláusula opera como un acto de garantía.[196]

c) Por renuncia del mandatario. El mandato puede terminar por renuncia del mandatario, con excepción del mandato irrevocable, en el cual, como quedó señalado, la renuncia no surte efecto alguno.

En forma similar a lo que ocurre en la revocación, la renuncia debe ser comunicada al mandante para que esté en condiciones de atender, por sí mismo o mediante otro mandatario, el asunto para el cual otorgó el mandato. En este sentido, el mandatario está obligado a continuar con el negocio encomendado hasta que el mandante se encargue del mismo, para evitarle que resienta algún perjuicio (art. 2603, CCDF).

El mandatario podrá solicitar al juez que fije un plazo prudente para que el mandante se encargue del negocio objeto del mandato; por ello, una vez transcurrido el plazo establecido, el mandatario quedará relevado de la obligación de seguir atendiendo el asunto.

Según quedó señalado, el mandato irrevocable tampoco es renunciable; por consiguiente, la renuncia (que pretenda hacer valer el mandatario) no produce efecto alguno y el mandatario debe continuar ejecutando el mandato; de lo contrario, será responsable de los daños ocasionados al mandante por su inactividad, salvo que el mandato se haya otorgado (en interés exclusivo del mandatario).

[194] MANDATO, SIENDO ESENCIAL LA CLÁUSULA EN QUE SE PACTA SU IRREVOCABILIDAD, SU NULIDAD IMPLICA LA DEL CONTRATO DE. Séptima época. Registro: 247017. Tribunales Colegiados de Circuito. Tesis aislada. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*. Volumen 217-228, Sexta Parte. Materia(s): Civil. Página: 387.

[195] MANDATO. CUANDO ES OTORGADO DE MANERA IRREVOCABLE DEBE SER OÍDO EN JUICIO DIRECTAMENTE EL MANDANTE SI SE RECLAMAN PRESTACIONES DERIVADAS DEL CONTRATO QUE LE DIO ORIGEN. Novena época. Registro: 190135. Tribunales Colegiados de Circuito. Tesis aislada. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Tomo XIII, marzo de 2001. Materia(s): Civil. Tesis: III.3o.C.118 C. Página: 1775.

[196] MANDATO ESPECIAL. CLÁUSULA DE PODER IRREVOCABLE (ARTÍCULO 2596 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL). Décima época. Registro: 2003864. Tribunales Colegiados de Circuito. Tesis aislada. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Libro XXI, junio de 2013. Tomo 2. Materia(s): Civil. Tesis: I.3o.C.90 C (10a.). Página: 1274.



d) Por muerte del mandante o del mandatario. En principio, el mandato termina con la muerte del mandante o del mandatario (art. 2595, fracc. III, CCDF).

No obstante, en realidad el mandato no termina de inmediato, sino que su eficacia continúa, aunque de manera provisional y parcial.[197]

En efecto, ante la muerte del mandante, el mandatario está obligado a realizar los actos de administración relacionados con los bienes del mandante, para evitar que los herederos resulten perjudicados mientras se hacen cargo de los negocios del mandante (art. 2600, CCDF). En este sentido, el mandato termina hasta que la sucesión tiene la representación legal del *de cujus*;[198] sin embargo, el mandato solo podrá ser ejercido por el mandatario respecto de los actos de administración y conservación de los bienes del mandante, pero no de los actos de dominio.[199]

En cambio, el mandato sujeto a pacto de *irrevocabilidad absoluta* que ha sido otorgado para cumplir con una obligación contraída debe continuar aun después de la muerte del mandante, mientras subsista la referida obligación (aunque la satisfacción de esa obligación comporte realizar actos de dominio, en especial si el mandato se otorgó en *interés del mandatario*). La razón de lo anterior estriba en que los herederos adquirirán el patrimonio del mandante a título universal, en el cual está la obligación contraída por este, pero también la forma de cumplirla por medio del mandato.[200]

El mandatario puede solicitar al juez que establezca un plazo prudente –corto– a los herederos para que se encarguen de los asuntos objeto del mandato; de esta manera, una vez transcurrido el plazo, el mandatario estará autorizado para cesar en el desempeño del mandato (art. 2601, CCDF). La petición puede formularse en la vía de *jurisdicción voluntaria*.[201]

El *endoso en procuración o mandato cambiario* no termina con la muerte ni con la interdicción del endosante (art. 35, LGTOC).

En el caso del fallecimiento del mandatario, sus herederos deben informarlo al mandante para que atienda los negocios objeto del encargo; además, están obligados a practicar, mientras este resuelva, solo aquellos actos que sean indispensables para evitar cualquier perjuicio al mandante (art. 2602, CCDF).

Los herederos también podrán acudir al juez, a fin de que fije plazo al mandante para que atienda el encargo encomendado al mandatario (art. 2601, CCDF, por analogía).

[197] *Cfr.* Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 333.

[198] MANDATO, TERMINACIÓN DEL, EN CASO DE MUERTE. Octava época. Registro: 225817. Tribunales Colegiados de Circuito. Tesis aislada. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*. Tomo V, Segunda Parte-1, enero-junio de 1990. Materia(s): Civil. Tesis: Página: 291.

[199] MANDATO. TERMINA POR LA MUERTE DEL MANDANTE EN CUANTO A ACTOS DE DOMINIO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE PUEBLA). Octava época. Registro: 211606. Tribunales Colegiados de Circuito. Tesis aislada. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*. Tomo XIV, julio de 1994. Materia(s): Civil. Tesis: Página: 661.

[200] *Cfr.* Alberto Pacheco Escobedo, *op. cit.*, p. 108.

[201] *Cfr.* Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 333.

e) Por interdicción del mandante o del mandatario. El mandato también termina por la interdicción del mandante o del mandatario (art. 2595, fracc. IV, CCDF). El tratamiento que debe darse a la situación que se presenta en estos casos es similar al que se da con la muerte del mandante o del mandatario.

En este sentido, la interdicción del mandante de ninguna manera cesa de inmediato los efectos del mandato, por lo que el mandatario habrá de realizar los actos de administración necesarios para evitar perjuicios a la esfera patrimonial del mandante, hasta que se nombre tutor y este se encargue de los negocios objeto del mandato. El mandatario podrá solicitar al juez que fije un plazo razonable para que quienes estén legitimados promuevan el estado de interdicción y se designe tutor.

Asimismo, en caso de interdicción del mandatario, las personas legitimadas para promover la declaración de interdicción habrán de continuar ejecutando los actos de administración y avisar al mandante para que atienda los asuntos encomendados al mandatario. Son estos quienes podrán pedir al juez que señale un plazo prudente al mandante para que asuma los asuntos relacionados con el encargo.

f) Causa especial de terminación del mandato. El concurso mercantil de una de las partes no causa la terminación del *mandato* –ni del *depósito*, de la *apertura de crédito* y de la *comisión*–, salvo que el conciliador considere que debe darse por concluido (art. 100, *Ley de Concursos Mercantiles*, LCM).

El mandato otorgado por una persona jurídica en disolución subsiste hasta que esta sea liquidada, pues conserva su personalidad aun después de disuelta (art. 244, LGSM).[202, 203]

Contrario a lo sostenido por Sánchez Medal,[204] la *transformación de la sociedad mandante* no produce la extinción del mandato, pues en este caso la persona moral continúa existiendo y solo sufre una modificación respecto de su régimen jurídico. Aun cuando la exposición de motivos de la LGSM señala que la transformación extingue la personalidad de la sociedad transformada, en realidad dicha personalidad subsiste.

g) Terminación del mandato judicial. La representación del *procurador* en el *mandato judicial* cesa, además de concluir por las causas que originan la terminación del mandato en general (arts. 2592 y 2595, CCDF), en los casos siguientes:

- Por separarse el poderdante de la acción u oposición que haya formulado.

[202] MANDATO. NO TERMINA POR DISOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD, SINO HASTA QUE ÉSTA SE LIQUIDE. Octava época. Registro: 206855. Tercera Sala. Tesis aislada. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*. Tomo IX, marzo de 1992. Materia(s): Civil. Tesis: 3a. XXI/92. Página: 22.

[203] Sánchez Medal opina que el inicio "del estado de *disolución de una sociedad mercantil mandante* también pone fin al mandato, ya que en ese momento cesan de tener la representación los administradores y cualesquiera representantes de ella, y los únicos representantes de la misma, a partir de entonces, son exclusivamente los liquidadores o las personas a quienes ellos confieren nuevos mandatos" (Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 334).

[204] *Cfr.* Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 334.



- Por desaparecer la legitimación del poderdante. El CCDF se refiere a que haya "terminado la personalidad del poderdante". Esta causa de terminación se actualiza, en realidad, cuando el mandante *pierde la legitimación* para intervenir en un determinado procedimiento judicial o esta *se le desconoce*.
- Por transmitir el mandante a otra persona sus derechos sobre la cosa litigiosa, luego de que la transmisión o cesión sea debidamente notificada y se haga constar en autos.
- Por hacer el dueño del negocio alguna gestión en el juicio, manifestando que revoca el mandato. Esta causa de terminación alcanza, también, al *sustituto* designado por el propio mandatario o procurador (art. 2593, CCDF).
- Por nombrar el mandante a otro procurador para el mismo negocio.

Autoevaluación

1. ¿Cuál es la diferencia entre *poder*, *mandato* y *representación*?
2. ¿Cuál es la diferencia entre el mandato con representación y el mandato sin representación?
3. ¿Cómo se distinguen el mandato limitado y el mandato especial?
4. ¿Qué criterios permiten distinguir los actos de dominio y los actos de administración?
5. ¿En qué casos se requiere poder o cláusula especial para que el apoderado realice los actos correspondientes?
6. ¿De qué manera deben interpretarse un poder general y un poder especial?
7. ¿Cuáles son las diferencias entre el poder para pleitos y cobranzas y el mandato judicial?
8. ¿En qué casos se presenta el mandato tácito?
9. ¿Cuándo existe el mandato aparente?
10. ¿En qué consiste el mandato con garantía?
11. ¿Cuál es la diferencia entre el mandato y la comisión mercantil?
12. ¿Cuál es la diferencia entre el mandato y el contrato de agencia?
13. ¿Cuál es la diferencia entre el mandato y el contrato de intermediación bursátil?
14. ¿Cuál es la diferencia entre el mandato y el contrato de prestación de servicios profesionales?
15. ¿De qué maneras puede aceptarse el mandato por el mandatario?
16. ¿Cuál es el objeto del contrato de mandato?
17. ¿Qué forma debe revestir el mandato?
18. ¿Qué requisitos debe satisfacer el mandato para realizar actos del estado civil?
19. ¿De qué manera se confiere la facultad de representación para otorgar o suscribir títulos de crédito?
20. ¿Cuál es la diferencia entre la delegación y la sustitución del mandato?
21. ¿Cuáles son las consecuencias derivadas del hecho de que el mandatario se exceda en las facultades que le fueron conferidas al ejecutar el mandato?
22. Explique la contratación consigo mismo o autocontratación.



Autoevaluación

23. ¿Qué aspectos comprende el deber de rendir cuentas a cargo del mandatario?

24. ¿Qué deberes tiene el procurador en el mandato judicial?

25. ¿De qué manera debe proceder el mandante al revocar el mandato?

26. ¿En qué casos el mandato puede ser irrevocable?

27. ¿Cuál es la diferencia entre la irrevocabilidad absoluta y relativa del mandato?

28. ¿Qué clase de mandato puede ser irrevocable?

29. Explique el tema relativo a la posibilidad de revocar el mandato irrevocable.

30. Desarrolle el tema de la renuncia del mandatario.

31. ¿Qué efectos se producen respecto del mandato por la muerte del mandante y del mandatario?

32. ¿Cuáles son las causas de terminación especiales del mandato judicial?

Contrato de obra

capítulo 10

Propósitos

Al finalizar el capítulo, el alumno identificará con precisión los rasgos que caracterizan el contrato de *obra*, sus diferencias con figuras afines, las modalidades que presenta en la práctica, el contenido obligacional del contrato, los efectos jurídicos que produce y la manera como termina.

10.1 Concepto

El *contrato de obra* es aquel por virtud del cual una persona denominada *empresario*, *contratista* o *constructor*, se obliga a ejecutar, a cambio de un *precio*, la obra que le encarga el *comitente* o *propietario de la misma*. Cuando se trata de una *obra a precio alzado*, esta se realiza por un *precio global* y es el *empresario* quien *dirige la obra* y *pone los materiales* (art. 2616, CCDF).

El contrato de obra ha sido regulado en el *Código Civil para el Distrito Federal* (CCDF) a partir de una de sus modalidades, que es el *contrato de obra a precio alzado* (o *por ajuste cerrado*), aunque también prevé algunas disposiciones que se refieren al *contrato de obra a precios unitarios*, esto es, *por piezas o medida*.

En el derecho romano, la *locatio* comprendía el *alquiler de cosas* (*locación de cosas o locatio conductio rerum*) y el *alquiler de hombres*. Este último abarcaba la *locación de servicios*, por la que se aprovechaban temporalmente los servicios de los *hombres locados* (*locatio conductio operarum*) y la *locación de obra*, que consistía en la promesa de levantar una obra bajo la dirección y responsabilidad del *locador* (*locatio conductio operis*).[1] En esta, "se atendía más bien al resultado del trabajo que al trabajo mismo y de acuerdo con ese criterio se fijaba la retribución respectiva".[2]

[1] Humberto Podetti, *El contrato de construcción*, Astrea, Buenos Aires, 2004, p. 41.

[2] Ramón Sánchez Medal, *De los contratos civiles*, 25ª ed., Porrúa, México, 2013, p. 349.

En México, el contrato de obra ha sido clasificado dentro del género de los *contratos de prestación de servicios*.[3]

En el derecho francés recibe el nombre de *contrato de empresa*, que se identifica por que el empresario solo dirige la obra sin aportar los materiales; mientras, en el derecho italiano se conoce como *contrato de appalto* aquel en el que participa una entidad o una amplia organización de medios, por lo que la muerte del empresario no es causa de terminación del contrato.[4]

Un sector de la doctrina se inclina por sostener que el *contrato de construcción* –y el *contrato de ingeniería*– debe tener una regulación diferente a la del *contrato de obra*, del que necesita segregarse. De hecho, como lo expresa Humberto Podetti, "el contrato de construcción quizá sea, después que el de compraventa, el de mayor significación".[5]

Las diversas modalidades que en la práctica puede adoptar una obra han sido señaladas como inconvenientes para mantener la uniformidad de tratamiento de los diferentes supuestos de hecho que encuadrarían en el contrato de obra. La obra puede referirse tanto a obras muebles como inmuebles y tanto a obras materiales como inmateriales. Pero, además –y de mayor importancia–, en el *concepto de obra* cabe una variedad de actividades: la pintura de un cuadro, el modelado de una escultura, la confección de un traje a la medida, la construcción de un avión o de un buque, la producción de muebles para el hogar, etcétera.

Todas estas *clases de obra* guardan sustanciales diferencias con la realización de una obra inmueble, lo que justifica, según aquella corriente doctrinal, la creación de un marco normativo especial.[6]

Para Podetti, el contrato de construcción es aquel por virtud del cual

> una de las partes, el constructor, se compromete a construir y entregar a la otra, el comitente, a través de la organización de los medios necesarios, una obra inmueble o a suministrar su producto o a producir un resultado en una obra inmueble ya existente, asumiendo o no el riesgo técnico o económico, sin subordinación jurídica, y la otra parte a pagarle a cambio un precio determinado o determinable, equivalente para ambas partes a la obra prometida.[7]

Según el referido profesor, habrá "contrato de ingeniería o diseño cuando la obra prometida sea un proyecto de obra inmueble, que será contenido en archivos materiales de carácter simbólico o representativo, y tendrá como característica la de ser una obra inmaterial".[8]

[3] Está ubicado en el *Código Civil para el Distrito Federal*, en el Libro cuarto: "De las obligaciones", segunda parte: "De las diversas especies de contratos", título décimo: "Del contrato de prestación de servicios", capítulo III: "Del contrato de obra a precio alzado".

[4] *Cfr.* Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 349.

[5] Humberto Podetti, *op. cit.*, pp. 48 y 49.

[6] *Ibidem*, pp. 44, 49-51.

[7] *Ibidem*, pp. 51 y 52.

[8] Humberto Podetti, *op. cit.*, p. 52.

Sánchez Medal ha señalado que la "naturaleza compleja del contrato de obra a precio alzado y las variadas situaciones de hecho a que puede dar lugar la ejecución del mismo, hacen de este contrato uno de los más difíciles en su estructuración teórica y en la práctica del mismo".[9]

En este capítulo nos referimos al *contrato de obra*, sin circunscribirlo a la *obra a precio alzado*, porque ese es solo un sistema de determinación del precio. Aunque partimos de la regulación de esa modalidad, ya que ha sido recogida en el CCDF, como quedó señalado, procuraremos hacer las matizaciones que las demás modalidades requieren para su adecuado tratamiento.

En este sentido, hemos preferido mantener la denominación de *contrato de obra* incluso para la *obra inmueble*, por lo que el *contrato de construcción* podría ser considerado un *subtipo* de aquel, supuesto en el que ambas denominaciones podrían ser empleadas como equivalentes.

10.2 Clasificación

El contrato de obra es *bilateral*, *sinalagmático*, *oneroso*, *conmutativo* (arts. 1836, 1837 y 1838, CCDF), *de duración* (*ejecución continuada*), *formal* cuando recae sobre inmuebles (art. 2618, CCDF) y *consensual* respecto de muebles (art. 1832, CCDF); en ocasiones, es un *contrato por adhesión*.

En principio, como tendremos oportunidad de analizar, en el *contrato de obra a precio alzado* no es posible modificar el precio pactado ante el incremento que sufran los materiales o la mano de obra durante la realización del encargo. No obstante, como sostiene Sánchez Medal, esa circunstancia es insuficiente para considerarlo un *contrato aleatorio*, pues la eventual variación es un riesgo inherente a todo contrato de duración o sujeto a plazo.[10]

Es un contrato *intuitu personae*, por lo que el empresario está impedido de *subcontratar* la ejecución de la obra, a menos que haya sido autorizado para ello. En este último supuesto, subsiste la responsabilidad del empresario frente al propietario de la obra (art. 2633, CCDF). Además, el contrato puede terminar durante la ejecución del trabajo por la muerte del empresario (art. 2638, CCDF).

Por último, este contrato tiene carácter *mercantil* cuando se celebra por el comerciante titular de una *empresa de construcción* (art. 75, fracc. VI, *Código de Comercio*, CCom), sea persona física o jurídica.

No obstante, la Sala Auxiliar de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) sostuvo en el amparo directo 747/70 promovido por Helen Stuart, S. A., que el "contrato de obra a precio alzado es un acto de carácter civil por su propia naturaleza, ya que el mismo se define y reglamenta en el Código Civil, y no hay que recurrir a la calidad de los sujetos contratantes ni al fin indirecto que se persiga con la obra ejecutada al amparo del contrato para determinar su

[9] Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 351.

[10] *Ibidem*, p. 350.

naturaleza". Según la sala, las acciones que se ejerzan con motivo de la falta de cumplimiento de esa clase de contratos tienen carácter civil.[11]

En el ámbito internacional se han aprobado diversos instrumentos que sirven como guía o modelo para que las partes los adopten al celebrar contratos internacionales de construcción. El contenido de tales instrumentos se considera *lex mercatoria*; esto es, como los *usos* en materia de construcción. Entre los citados instrumentos están los siguientes:

a) La *Guía Uncitral para la redacción de Contratos Internacionales para la Construcción de Plantas Industriales*, publicada en 1988 por la Organización de Naciones Unidas.

b) La *Guide for Drawing up International Contracts on Consulting Engineering, Including some Related Aspects of Technical Assistance*, que se refiere al contrato internacional de consultoría en ingeniería.

c) Los modelos de contratos elaborados por la Organización de las Naciones Unidas para el Desarrollo Industrial (ONUDI), para facilitar la construcción de plantas de proceso en los países en desarrollo.

d) Los modelos de contratos de construcción preparados en 1999 por la Federación Internacional de Ingenieros Consultores (FIDIC).

10.3 Diferencias con figuras afines

a) Distinción con la venta de cosa futura. El criterio de distinción entre el *contrato de obra* y la *venta de cosa futura* no ha sido uniforme.

Algunos parten de un *criterio mixto*, según el cual el contrato de obra se caracteriza por que la cosa futura que habrá de entregar el empresario se producirá a partir del trabajo de este, aun cuando sea con el auxilio o colaboración de otras personas (Planiol), sin considerar relevante el hecho de que el empresario proporcione los materiales, siempre que tengan una importancia secundaria o accesoria (Colín y Capitant). En la *venta de cosa futura*, en cambio, el objeto de la operación es un bien que llegará a existir por un fenómeno natural o el trabajo de un tercero (Planiol).

Otros autores proponen un *criterio subjetivo* que atiende a la intención de las partes. En este sentido, sería una *venta de cosa futura* cuando se ha tomado en cuenta la entrega de un determinado bien dentro de cierto plazo, sin considerar relevante el trabajo que se requiere para producirlo; por lo contrario, el *contrato de obra* se refiere, principalmente, al trabajo que tendría que desarrollarse para realizar la obra conforme a un diseño o modelo específico (De Diego y Puig Peña).[12]

[11] CONTRATO DE OBRA A PRECIO ALZADO, SU CUMPLIMIENTO DEBE DEMANDARSE EN LA VÍA CIVIL. Séptima época. Registro: 245802. Sala Auxiliar. Tesis aislada. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*. Volumen 87, Séptima Parte. Materia(s): Civil. Página: 61. Genealogía: Informe 1976, Segunda Parte, Sala Auxiliar, tesis 8, página 13.

[12] *Cfr.* Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, pp. 350 y 351.

La diferencia entre estos dos contratos es importante, porque en la *venta de cosa futura* la responsabilidad del vendedor por los *vicios ocultos* de la cosa vendida está sujeta a ciertos requisitos (art. 2143, CCDF) y se extingue por caducidad en un breve plazo de seis meses desde que se realizó la operación (art. 2149, CCDF); pero en el *contrato de obra* la responsabilidad del empresario por los defectos que aparezcan después de entregada la obra no está supeditada a esos mismos requisitos y subsiste por el plazo de 10 años (arts. 2634, 1159, CCDF).

Además, en el *contrato de obra* el propietario de la obra está facultado para desistirse de manera unilateral del contrato (art. 2635, CCDF), en tanto que en la venta de cosa futura el comprador carece de dicha facultad.

b) Distinción con el contrato de servicios. El criterio que la doctrina ha considerado certero para distinguir entre el *contrato de servicios* y el *contrato de obra* se basa en la diferencia formulada por Demogue y Enneccerus, respecto de las *obligaciones de medio* (o *de actividad*) y las *obligaciones de resultado*.[13]

En este sentido, en el *contrato de servicios* el *prestador* asume una *obligación de medios;* esto es, se obliga a realizar un determinado servicio, trabajo o esfuerzo en favor del *prestatario*. Pero aunque lo efectúa con miras a obtener un resultado, el *prestador* tiene derecho a la remuneración por el solo hecho de prestar el servicio, con independencia del resultado. En cambio, en el contrato de obra el *empresario* tiene una *obligación de resultado*, porque la remuneración queda supeditada al alcance del resultado prometido, es decir, a realizar la obra tal como fue encomendada.[14]

El art. 5.4 de los *Principios Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales* contempla las obligaciones de resultado y las obligaciones de medios, en los términos siguientes:

> (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 tales medios, tal como lo haría una persona razonable de la misma condición colocada en las mismas circunstancias.

La distinción entre esa clase de obligaciones reviste particular relevancia por cuanto a que el "grado de diligencia que se exige a una parte en el cumplimiento de una determinada obligación varía considerablemente de acuerdo a la naturaleza de la obligación".[15]

De esta manera, cuando una de las partes solo se obliga a emplear su mejor diligencia, dicha parte debe conducirse con la diligencia de una persona razonable de la misma condición colocada en las mismas circunstancias, sin garantizar la obtención de un resultado específico. En este caso, el criterio para determinar el incumplimiento de la obligación es menos severo,

[13] *Cfr.* Humberto Podetti, *op. cit*., pp. 44-47.

[14] *Ibidem*, pp. 45 y 46.

[15] *Idem*.

pues se basa en la comparación con la diligencia que hubiera desplegado una persona razonable de la misma condición en circunstancias similares.

En cambio, en una obligación de resultado, una de las partes garantiza la obtención de un resultado específico. La obligación resulta más onerosa, pues si el resultado no se logra, se incurre en incumplimiento.

Así, la distinción entre ambas clases de obligaciones "se corresponde con los diversos grados de severidad perfilados en la práctica para valorar el cumplimiento de una obligación contractual".[16]

Es preciso señalar que en un mismo contrato pueden coexistir obligaciones de ambas especies.

> ***Ejemplo:*** Una empresa que arregla máquinas descompuestas asume una obligación de medios respecto a la calidad de la reparación en general y una obligación de resultado en lo que se refiere a la reposición de ciertas piezas.

Como lo expresa el comentario a la referida disposición, esta "distinción conduce a que se justifique una mayor expectativa acerca del nivel de cumplimiento de una compañía altamente especializada que ha sido escogida por su experiencia, que de una compañía competidora menos especializada".[17]

c) Diferencia con el mandato. El *contrato de obra*, igual que el *contrato de servicios*, se diferencia del *mandato* en que este tiene por objeto la realización de *negocios jurídicos*, mientras que en aquellos, el objeto se refiere a la ejecución de *actos materiales*.

Además, en el *contrato de obra* el empresario realiza los actos materiales por *cuenta propia*; en cambio, en el mandato los negocios jurídicos se ejecutan siempre por *cuenta de otro*, esto es, del mandante. Incluso, en este último contrato suele otorgarse un *poder* que le permite al mandatario actuar en representación del mandante.

d) Diferencia con el contrato de construcción. La corriente doctrinal que propugna una regulación especial para el contrato de construcción, diferente a la del contrato de obra, señala que las diferencias entre ambas figuras pueden resumirse como sigue:[18]

- El contrato de construcción se refiere a una obra inmueble, a diferencia de todos los demás contratos de obra, que tienen por objeto obras muebles o inmuebles.
- El proyecto, la dirección de la obra y la construcción requieren la participación de profesionales especializados.

[16] *Idem.*

[17] *Idem.*

[18] *Ibidem*, pp. 50 y 51.

- Se requiere la autorización previa y definitiva de la obra por las autoridades administrativas en materia de desarrollo urbano y construcción.
- Las actividades necesarias para la construcción o la instalación de la obra son diferentes de las actividades relacionadas con la ejecución de cualquier otra obra.

Es menester tener en cuenta que la construcción de una obra inmueble está regulada por disposiciones administrativas relativas al desarrollo urbano y a la construcción, las cuales deben ser observadas al efectuarse la obra.

10.4 Las partes en el contrato de obra

Las partes en el contrato de obra son el *empresario*, *contratista* o *constructor*, que es la persona que se obliga a ejecutar la obra, y el *comitente*, *propietario o dueño de la obra*, que es la persona que encarga la ejecución de la obra y que está obligada a pagar el precio por la misma.

a) Capacidad. Los menores de edad tienen capacidad para celebrar esta clase de contratos, cuando la obra que realicen corresponda a la profesión o el arte en que sean peritos. Los menores pueden contraer obligaciones sobre materias propias de su profesión o arte, supuesto en el cual estarán impedidos de alegar la nulidad de las obligaciones asumidas por ellos mismos, por lo que tales obligaciones serán plenamente eficaces (arts. 635, 636 y 639, CCDF).

b) Legitimación. Cuando la obra se vaya construir sobre un bien inmueble, el comitente o dueño de la obra debe ser el propietario del mismo, o bien, estar autorizado por el propietario para encomendar la realización de la obra en cuestión. La falta de legitimación del comitente o dueño de la obra es causa de nulidad del contrato y, en caso de que el comitente haya actuado de mala fe, habrá de indemnizar al empresario los daños y perjuicios que le ocasionó (arts. 900 a 905, CCDF).

En el caso de que la realización de la obra requiera conocimientos técnicos propios de una profesión que exija título profesional para su ejercicio (art. 2, *Ley Reglamentaria del Artículo 5º Constitucional, relativo al Ejercicio de las Profesiones en el Distrito Federal*), el empresario, contratista o constructor –si es una persona física– habrá de contar con dicho título para estar en condiciones de celebrar el contrato de obra.

El *ejercicio profesional* consiste en "la realización habitual a título oneroso o gratuito de todo acto o la prestación de cualquier servicio propio de cada profesión, aunque sólo se trate de simple consulta" (art. 24, Ley Reglamentaria). En ese sentido, en el caso de que el empresario o contratista se encargue de efectuar obras de manera habitual, requerirá tener título profesional.

10.5 El objeto en el contrato de obra

El *objeto* del contrato de obra es, por una parte, la *obra* misma que el empresario, comisionista o constructor se obliga a realizar y, por la otra, el *precio de la obra* que el *comitente* o *propietario de la obra* habrá de satisfacer.

10.5.1 La obra

La *obra concluida* en la forma debida es el objeto del contrato en relación con el *comitente* o *propietario de la misma* y puede referirse a un *bien mueble* o *inmueble*, o incluso, a una *obra material* o *inmaterial*.

La obra debe ser *posible física* y *jurídicamente* (arts. 1827 y 1828, CCDF); sería imposible en sentido jurídico, por ejemplo, construir una determinada edificación que contraviniera las disposiciones en materia de asentamientos humanos y construcción.

Una de las causas más frecuentes de conflicto entre las partes es, precisamente, el alcance o la extensión del objeto del contrato. El comitente tiende a considerar con amplitud el objeto prometido por el constructor, mientras que este suele estimar que aquello que no ha quedado señalado de manera expresa está fuera del alcance del contrato.

Para evitar discusiones respecto de lo que está comprendido o excluido del objeto del contrato, es indispensable que la obra y el modo de construirla estén descritos de manera adecuada, con la mayor precisión y claridad posible, en instrumentos escritos y gráficos, planos, diseños, presupuestos, programas de cómputo, etc. (art. 2618, CCDF); descripción que puede complementarse con las especificaciones técnicas requeridas (en particular, cuando se trate de una *obra a precio alzado* o *por ajuste cerrado*). Como señala Podetti, por lo general se "incluyen detalles y exigencias sobre las operaciones materiales que han de realizarse para construir, aplicando las reglas del arte y las normas técnicas nacionales e internacionales exigidas para una correcta ejecución de los trabajos".[19]

En la determinación precisa del objeto del contrato son de utilidad los croquis, esquemas, diagramas y planos, que representan a escala el proyecto. Incluso, en las obras de gran envergadura es frecuente que los comitentes describan el objeto del contrato en las *bases de la convocatoria* dirigida a los constructores para que participen en *licitaciones privadas* (o públicas).

En el caso de que no haya planos, diseños, presupuestos u otros instrumentos escritos o gráficos que permitan determinar el alcance o la extensión de la obra y surjan dificultades respecto de su ejecución entre el empresario y el propietario, serán resueltas con base en la *naturaleza de la obra*, el *precio* de esta y la *costumbre del lugar*, para lo cual habrá de considerarse el *dictamen de peritos* (art. 2619, CCDF).

Se ha considerado que el *contrato de construcción* es un sistema dinámico por cuanto a que el *objeto* –la *obra*– y el *precio* se transforman conforme se desarrolla la construcción, de tal manera que el objeto concebido originalmente al celebrarse el contrato será diferente, en mayor o menor medida, al concluirse la obra.

En este sentido, la descripción inicial de la obra contratada, por más precisa y detallada que sea, difícilmente coincidirá de manera exacta con la obra construida. De hecho, es común

[19] Humberto Podetti, *op. cit.*, p. 203.

que en los contratos de construcción se exija al empresario o constructor la entrega de "planos conforme a obra" cuando concluye.[20]

Como ha resaltado Podetti, el señalado *dinamismo* del contrato de construcción causa que el *contrato original* sufra modificaciones a lo largo de su ejecución, por lo que habrá un *contrato final* diferente de aquel, "que refleja cómo se modificó el objeto o sus alcances, el tiempo, el precio, etc., a lo largo de la ejecución de las obligaciones de cada parte". Incluso, el contrato podría quedar "integrado por un laudo arbitral o por una sentencia judicial, que describe cómo las partes dieron cumplimiento de modo efectivo a sus obligaciones originales".[21]

De ahí que sea relevante prever en el contrato el "régimen de cambios, modificaciones y variaciones del contrato".

10.5.2 El precio de la obra

El *precio* de la obra constituye el objeto del contrato desde la perspectiva del empresario, contratista o constructor. Por lo general, el precio se establece en *dinero*, pero nada obsta para que consista en una prestación de distinta naturaleza; por ejemplo, otra clase de bienes, servicios o, incluso, el uso y goce de un determinado bien. En cualquier caso, habrá de precisarse el *precio*, la *moneda de pago*, el *plazo* y el *lugar* de pago.

El precio es *determinado* o *determinable*. Es determinable cuando, para fijarlo, se remite a ciertas tarifas o aranceles, a la determinación de un tercero –por ejemplo, al dictamen de peritos (art. 2624, CCDF)– o al precio corriente en un lugar o fecha específicos (art. 2552, CCDF, por analogía).

De hecho, cuando al celebrarse el contrato de obra no se ha establecido el precio, se habrá de tener como tal el que designen los aranceles o, a falta de estos, el que fijen peritos. Desde luego, los contratantes pueden establecer el precio de la obra después de celebrar el contrato respectivo (art. 2624, CCDF).

a) Sistemas de determinación del precio. En el contrato de obra se debe considerar el *sistema de determinación del precio* que han adoptado las partes, el cual supone en todos los casos una relación con la obra.[22]

En este sentido, el precio puede consistir *i)* en una *cantidad alzada* o *global*, por la obra en su totalidad, como en el *contrato de obra a precio alzado*, o en *ii)* un precio por unidad de medida o piezas, como en el *contrato de obra a precios unitarios* (arts. 2630 y 2636, CCDF). Asimismo, *iii)* es factible fijar la contraprestación del empresario, contratista o constructor con base en un porcentaje calculado sobre el costo de los materiales y del salario de los trabajadores; o bien, puede establecerse una cantidad fija adicional al costo de los insumos y salarios, como sucede en el *contrato de obra por administración* (o *por costos y beneficios*).

[20] *Ibidem*, pp. 33, 203-204.

[21] *Ibidem*, pp. 33, 204.

[22] *Cfr.* Humberto Podetti, *op. cit.*, p. 204.

Nos ocuparemos del análisis de cada una de estas modalidades en un apartado posterior.

b) Variaciones en el precio de la obra. Uno de los problemas que se presentan en este tipo de contrato es el relativo a la variación del precio de la obra, el cual puede ocurrir *i)* en el proceso de *formación del contrato* (esto es, en la etapa precontractual) o *ii)* durante el periodo de *ejecución del contrato.*

Este problema puede solucionarse en la etapa precontractual al precisar que el precio propuesto se mantendrá hasta cierta fecha y que, a partir de la misma, habrá de incrementarse en la proporción en que aumente el costo de los materiales y la mano de obra.

Respecto de la variación del precio durante la ejecución del contrato, se han propuesto tres remedios posibles: *i)* establecer un precio base y un procedimiento para actualizarlo por medio de *fórmulas matemáticas* o *cláusulas de indexación* que permitan ajustarlo; *ii)* dejar la determinación del precio para cada etapa de ejecución del contrato o conforme periodos temporales específicos; de esta manera, se considerará el costo de los insumos en cada periodo para determinar el precio; *iii)* señalar que el precio se revisará por imprevisión.[23]

c) Exigibilidad del precio. Anticipos a cuenta del precio. El pago del precio es exigible, en principio, cuando el empresario o constructor entregue la obra (art. 2625, CCDF); esto es, cuando ha cumplido su obligación, a menos que se pacte lo contrario. Es posible aplicar el sistema de pago total contra entrega de la obra terminada cuando se trata de construcciones pequeñas o de plazo muy breve.

No obstante, es factible pactar *adelantos o anticipos a cuenta del precio*, que pueden ser satisfechos por el propio comitente o un tercero que financie la obra. La forma en que podría establecerse el pago de tales adelantos o anticipos es la siguiente:[24]

- Por *cantidades fijas*, con independencia del avance de la obra, las cuales se establecen en general por periodos.
- Por *avance de la obra*, de acuerdo con el trabajo efectivamente realizado durante un periodo específico (por ejemplo, por semana, quincena, mes), para lo cual se presentan *estimaciones de avance de obra*; de esta manera, se efectúa el pago de la obra realizada hasta el momento en que el avance de obra fue estimado.
- Por *hitos* específicos que se precisan en el contrato, cuyo precio habrá de ser cubierto conforme se van concluyendo.

> ***Ejemplo:*** En obras de gran envergadura es frecuente establecer que el pago del anticipo por parte del comitente se realice "contra entrega de una garantía de fiel cumplimiento de las obligaciones asumidas por el constructor", el cual se va descontando de los pagos provisionales sucesivos, conforme el avance de obra.[25]

[23] *Ibidem*, p. 206.

[24] *Cfr.* Humberto Podetti, *op. cit.*, p. 207.

[25] *Ibidem*, pp. 207 y 208.

Todos los pagos efectuados como adelanto o anticipo tienen carácter provisional respecto de la *liquidación final*, la cual se hará de manera simultánea a la recepción de la obra.[26]

10.6 La forma del contrato de obra

El contrato debe constar por escrito cuando se refiera a bienes inmuebles y el valor de la obra exceda 100 pesos (art. 2618, CCDF). En cambio, cuando la obra se refiere a bienes muebles, el contrato es consensual, cualquiera que sea el valor de la obra.

La modificación del proyecto de la obra encomendada o del precio también habrá de constar por escrito (art. 2627, CCDF). Al respecto, el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Segundo Circuito ha señalado que cuando las referidas modificaciones "no son reconocidas expresamente por el dueño de la obra y con expresa designación del precio que debía cubrirse por tales modificaciones, es indudable que el empresario no puede exigirle su pago, en virtud de que no existe el reconocimiento manifiesto de éste, en el que conste su exteriorización de voluntad en este sentido".[27]

10.7 Tipos de contrato de obra

10.7.1 En atención a la determinación del precio de la obra

En atención a la forma como se determina el precio –o la remuneración, según Lozano–,[28] el contrato presenta tres modalidades: *a)* el *contrato de obra a precio alzado* (o por ajuste cerrado), *b)* el *contrato de obra a precios unitarios* (o por unidad de medida) y *c)* el *contrato de obra por administración* (o por *costos y beneficios*).

a) El contrato de obra a precio alzado (o por ajuste cerrado). Como ha quedado señalado, el contrato de obra a precio alzado está regulado en el CCDF.[29] Se caracteriza por fijar un *precio global* por la totalidad de la obra, el cual se considera inmodificable.

Se entiende que las partes asumen obligaciones definitivas, con la intención de que el *precio* y la *obra* se mantengan sin cambio hasta que la construcción se concluya, se entregue y se realice la liquidación final.[30] De esta manera, "la invariabilidad del precio supone también la invariabilidad de la obra".[31] Se parte de la idea de que las *condiciones externas* que prevalecen

[26] *Ibidem*, p. 208.

[27] CONTRATO DE OBRA A PRECIO ALZADO. SU CELEBRACIÓN Y MODIFICACIÓN POSTERIOR DEBEN SER POR ESCRITO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE MÉXICO, VIGENTE HASTA EL 21 DE JUNIO DE 2002). Novena época. Registro: 184513. Tribunales Colegiados de Circuito. Tesis aislada. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta.* Tomo XVII, abril de 2003. Materia(s): Civil. Tesis: II.3o.C.52 C. Página: 1068.

[28] *Cfr.* Lozano, *op. cit.*, p. 299.

[29] *Idem.*

[30] *Cfr.* Humberto Podetti, *op. cit.*, p. 251.

[31] Eduardo L. Gregorini Clusellas, *Locación de obra*, La Ley, Buenos Aires, 1999, p. 34.

en el momento de celebrar el contrato serán las mismas o tendrán ligeras variaciones durante la ejecución del encargo, de tal manera que tales variaciones, de hecho, son consideradas al establecer el precio.

El Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito ha sostenido que el *contrato de obra a precio alzado* es:

> aquel por el que una persona (llamada empresario o contratista) se obliga a ejecutar una obra en beneficio de otra, quien se obliga a pagar por ella un precio cierto, en donde el objeto de este contrato es la obra concluida y ejecutada; y por regla general el precio pactado que hayan fijado las partes, es inalterable, salvo el caso de excepción que legalmente se consigne en el acuerdo de voluntades.[32]

En opinión del referido tribunal, en esa clase de contratos "el precio de la obra se pagará al entregarse ésta, salvo convenio en contrario".[33]

En el *contrato de obra a precio alzado*, la remuneración se paga en consideración de un precio alzado por la obra total. Las características de este contrato son las siguientes: el *empresario a)* pone su trabajo, *b)* la dirección técnica en la ejecución de la obra, *c)* los materiales, *d)* asume el riesgo de la obra y, por regla general, *e)* establece el precio en forma global, por ajuste cerrado.[34]

Esta modalidad se conoce como *a forfait* en el derecho francés y *per aversionem* en el derecho italiano.

El *precio alzado* es *absoluto* o *relativo*.[35] Es *absoluto* cuando el precio y la obra se consideran invariables; por consiguiente, así como el precio se establece de manera definitiva, también la obra habrá de mantenerse sin alteraciones. El art. 2626 del CCDF prevé un sistema de ajuste cerrado, rígido en extremo respecto de las variaciones del precio de la obra por el incremento del costo de los materiales o de los salarios.[36]

En cambio, el precio alzado es *relativo* en los casos en que, aun cuando el precio y la obra se han fijado, se admite la eventual modificación del precio en el supuesto de que cambie el costo de los insumos que lo componen o de alguna variable determinada, con lo cual se mantiene la *equivalencia de las prestaciones*.

Como ha resaltado Podetti, la verdadera naturaleza del sistema de ajuste cerrado es "la equivalencia de las prestaciones de cada una de las partes a lo largo de todo el contrato".[37] Dado

[32] CONTRATO DE OBRA A PRECIO ALZADO Y CONTRATO DE OBRA A PRECIOS UNITARIOS. SUS DIFERENCIAS. Novena época. Registro: 167953. Tribunales Colegiados de Circuito. Tesis aislada. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Tomo XXIX, febrero de 2009. Materia(s): Civil. Tesis: I.3o.C.719 C. Página: 1838.

[33] *Idem*.

[34] *Cfr.* Lozano, *op. cit.*, p. 299.

[35] *Cfr.* Eduardo L. Gregorini Clusellas, *op. cit.*, pp. 34 y 35.

[36] El carácter rígido del sistema de ajuste cerrado ha sido consagrado en varios códigos civiles de América Latina, pero la doctrina y la jurisprudencia se han encargado de morigerar dicha rigidez (*cfr.* Humberto Podetti, *op. cit.*, pp. 252 y 253).

[37] *Ibidem*, p. 254.

que es prácticamente imposible mantener la obra sin cambios durante su ejecución, hay que entender que el sistema de ajuste cerrado significa, en realidad, que las partes han considerado la equivalencia de las prestaciones que cada una asume, porque el contrato de obra comporta una relación sinalagmática. Las partes "han determinado de modo preciso y claro el *quantum* de las obligaciones de cada una, estableciendo una verdadera ecuación".[38]

En ese sentido, nada obsta para que las partes establezcan disposiciones contractuales que permitan mantener la equivalencia en el precio de la obra, en caso de aumentos o disminuciones en el costo de los insumos que el constructor empleará en la ejecución de la obra, por medio tanto de fórmulas matemáticas como de la remisión a índices de precios o a los precios del mercado de todos o algunos de los insumos.[39]

Al respecto, se ha recomendado señalar en el contrato que los precios se han calculado a una determinada fecha, "sin consideración alguna de la eventual variación de la situación del mercado en el futuro", lo cual "permitirá incluir, sin mayores dificultades, las variaciones que se produzcan en el mercado con posterioridad a esa fecha".[40]

En aquellos sistemas jurídicos donde se contempla la posibilidad de aplicar la *teoría de la imprevisión* para restablecer el equilibro contractual de la relación, cuando la prestación a cargo de una de las partes se vuelve más onerosa a causa de acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, el sistema de ajuste cerrado se relativiza. En México, el *Código Civil para el Estado de Jalisco* (arts. 1787 y 1788)[41] y, en el derecho extranjero, el Código Civil italiano de 1942 (art. 1467) y el Código Civil argentino (art. 1198), acogen el principio *rebus sic stantibus*.

Asimismo, el sistema por ajuste alzado puede establecerse de manera parcial; esto es, solo respecto de algunas partes o etapas de la obra, pero no sobre otras partes de la obra que podrían quedar sujetas al sistema de precios unitarios, o bien, por administración (o costos y beneficios).

El sistema de ajuste alzado es más factible de concretar en obras de corta duración, porque en obras de ejecución prolongada (por ejemplo, para más de un año) podría resultar difícil sostenerlo.

En esta clase de contratos, la obra debe quedar determinada con precisión, con el mayor detalle posible, sin que esté a discreción del comitente determinarla cuantitativa o cualitativamente durante la ejecución de la obra.[42]

[38] *Ibidem*, p. 252.

[39] *Cfr.* Humberto Podetti, *op. cit.*, pp. 253 y 254.

[40] *Ibidem*, pp. 251 y 252.

[41] En Jalisco se prevé la *reducción* de la prestación en el art. 1795 del Código Civil, para restablecer "la equidad contractual cuando sobrevienen hechos o causas que no existían al momento de otorgarse el acto jurídico y que de haber existido reducirían o anularían las prestaciones otorgadas".

[42] *Cfr.* Humberto Podetti, *op. cit.*, p. 252.



b) Contrato de obra a precios unitarios (o por unidad o medida). En este contrato, las partes no establecen el precio por la totalidad de la obra, sino por cada parte, en atención a una determinada unidad o medida de la obra o de los trabajos que habrá de ejecutar el empresario o contratista. Este contrato está previsto en los arts. 2630, 2631 y 2632 del CCDF.

El sistema de precios unitarios (o por unidad de medida) presenta cierta flexibilidad en cuanto al precio y la obra, los cuales habrán de quedar determinados al concluir la obra. Hasta entonces se podrá conocer "con exactitud la cantidad de unidades ejecutadas por el constructor y, del mismo modo, el precio definitivo a ser pagado por el comitente".[43]

Este sistema reduce "los riesgos relativos a la falta de equivalencia entre el precio y la obra, particularmente los derivados de su extensión", pero subsisten "los relativos a la variación de las condiciones económicas o de mercado".[44]

Para el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito,

> en el *contrato de obra a precios unitarios* se estipula el pago a base de estimaciones, por el trabajo realizado en periodos determinados, de tal manera que conforme se acredite su cumplimiento se deben cubrir los mismos; el precio se establece alzadamente por la totalidad de la obra, pero es exigible parcialmente, a medida que ésta se realiza en periodos determinados dentro de un plazo en el cual ha de quedar terminada, lo que permite la entrega parcial de la obra, respecto a los avances que estén concluidos, hasta su totalidad; para el caso de que la obra sea ajustada por peso o medida, sin designación del número de piezas o de la medida total, el contrato puede resolverse por uno u otro de los contratantes, concluidas que sean las partes designadas, mediante el pago de la parte concluida.[45]

Este concepto, sin embargo, no es del todo correcto. El contrato de obra a precios unitarios puede referirse a una cantidad específica de unidades que habrán de realizarse, respecto de las cuales se establece un precio por unidad. En este supuesto, el precio total de la obra será invariable, como si se tratara de una obra a precio alzado, por lo cual el contrato concluirá cuando se realicen las unidades convenidas.

> ***Ejemplo:*** Se encarga la construcción de un tramo de carretera de 10 kilómetros, a razón de un determinado precio por kilómetro; se conviene la edificación de un muro de ciertos metros lineales, a un precio específico por metro.

No obstante, el contrato de obra a precios unitarios también puede tener por objeto una obra que estará sujeta a determinación en atención al número de unidades que se construirán, sin que exista una cantidad específica de estas. El precio se establece por unidad, pero la cantidad total de unidades y, por consiguiente, el precio total de la obra, se conocerá

[43] *Ibidem*, pp. 254 y 255.

[44] *Ibidem*, p. 255.

[45] CONTRATO DE OBRA A PRECIO ALZADO Y CONTRATO DE OBRA A PRECIOS UNITARIOS. SUS DIFERENCIAS. Novena época. Registro: 167953. Tribunales Colegiados de Circuito. Tesis aislada. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Tomo XXIX, febrero de 2009. Materia(s): Civil. Tesis: I.3o.C.719 C. Página: 1838.

una vez que esta se concluya en su totalidad. Incluso, el comitente podría ordenar unidades adicionales, caso en el cual, el precio total se ajustaría de manera proporcional al número de unidades definitivas.

En la obra a precios unitarios se fija un precio por cada *concepto específico* que la obra requiere para su realización, el cual permanece, en principio, como inmodificable, a menos que se establezca la *escalación* de precios. En este sentido, la invariabilidad de los precios unitarios también puede ser *absoluta* o *relativa*.

Este contrato es útil cuando la obra no está completamente determinada, lo cual, de hecho, resulta imposible en obras de cierta extensión y duración. La realidad es que, en la mayoría de los casos, la obra se va determinando conforme avanza su realización, dado que, al constar la descripción en planos, diseños, dibujos o presupuestos, por lo general llega a requerir adecuaciones al momento de ejecutarse la obra.

Cuando la cantidad de unidades no está especificada en el contrato de obra a precios unitarios, el riesgo por la cantidad de trabajo realizado pesa sobre el comitente o dueño de la obra. Las *cantidades suplementarias* requeridas para concluir la obra no podrán ser consideradas *trabajos imprevistos*.

En este sentido, una de las diferencias entre el contrato de obra a precio alzado y el contrato de obra a precios unitarios:

> radica en que para el precio alzado, se debe ejecutar la totalidad de la obra y contra la entrega de ésta se paga el precio y en relación con los contratos de obra a precios unitarios. . . la obra se paga de acuerdo al avance que se tenga, aunque sea parcial, con base en las estimaciones presentadas por el constructor, con la finalidad de guardar en todo tiempo una sana proporción en el cumplimiento de las obligaciones recíprocas.[46]

El contrato de obra a precios unitarios no es una subespecie del contrato de obra a precio alzado, como lo señala el referido Tribunal Colegiado.

c) Contrato de obra a destajo. El *contrato de obra a destajo* se relaciona con la forma como se cubren los salarios de los trabadores de la obra, a quienes se paga la *mano de obra* según lo que hayan efectivamente realizado en un determinado periodo –por lo general, por semana–; para ello, se establecen en el contrato los precios unitarios por la mano de obra, en tabuladores autorizados. *A destajo* significa por *un tanto*.

> ***Ejemplo:*** A los albañiles se les paga una loza de concreto, con base en metros cuadrados de cimbra instalada, kilogramos de varilla armada, metros cúbicos de concreto colado. En la construcción de una barda perimetral, los salarios se pagan con base en los metros lineales realizados.

En este sentido, podría decirse que el *contrato de obra a destajo* es una modalidad del *contrato de obra a precios unitarios*, referida a la manera como se paga la mano de obra.

[46] *Idem*.

En opinión de Sánchez Medal, en el *contrato de obra a precios unitarios*, los "precios unitarios se aplican a los volúmenes de obra que vayan a realizarse", mientras en el *contrato de obra a destajo*, "la obra se realiza por piezas o por medidas y el propietario la recibe en partes y paga el precio en proporción de las que recibe"; en otras palabras, el precio se paga por piezas o por medida, esto es, por unidad terminada (arts. 2630 y 2636, CCDF).[47]

Por su parte, Lozano considera que en el *contrato de obra a destajo* el *dueño de la obra* se obliga a pagar la remuneración según el número de unidades que integren la obra. El pago se efectúa conforme se vayan ejecutando y recibiendo las diversas unidades, al precio que por unidad se haya establecido. En este caso, la remuneración queda supeditada, en forma directa, al resultado del trabajo.[48]

d) Contrato de obra por administración (o por costos y beneficios). De acuerdo con Podetti, en este contrato, el *comitente* define las pautas generales de la obra que desea construir; contrata a un ingeniero o arquitecto que elabore los planos correspondientes y le confía la dirección de la obra; selecciona y adquiere los materiales necesarios; elige y contrata a las personas que harán la construcción; gestiona las aprobaciones necesarias y obtiene los permisos o licencias requeridas; se encarga de administrar y vigilar el cumplimiento de cada uno de los contratos; supervisa los aspectos técnicos de la ejecución y la fidelidad de los trabajos a los planos o diseños de arquitectura o ingeniería.[49]

De esta manera, el *comitente* es quien celebra los *contratos de ingeniería, arquitectura* u *obra inmaterial* (para el proyecto); *de prestación de servicios* o *de empresa* (para la dirección de la obra); de *compraventa* de materiales, insumos y equipos requeridos, etcétera.[50]

En la doctrina mexicana se ha denominado *contrato de empresa* aquel por el cual el empresario contrae la obligación de dirigir la obra; es decir, tomar a su cargo la parte técnica para hacer la ejecución. El empresario no trabaja en forma material ni pone los materiales. En opinión de Lozano, "esta figura también cabe dentro de lo reglamentado por nuestro Código".[51]

El comitente o dueño de la obra tiene el carácter de patrón de los trabajadores de la obra, por lo cual debe cubrir las cuotas obrero-patronales al Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS) y hacer las aportaciones que correspondan al Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores (Infonavit).

Este contrato se caracteriza, según Podetti, por el hecho de que el propietario es quien "administra de manera directa el sistema de contratos necesarios para realizar la obra".[52]

[47] Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 350.

[48] *Cfr.* Lozano, *op. cit.*, p. 299.

[49] Humberto Podetti, *op. cit.*, p. 243.

[50] *Idem.*

[51] Lozano, *op. cit.*, p. 299.

[52] Humberto Podetti, *op. cit.*, p. 243.

El comitente paga todos los costos que la ejecución de la obra requiere y, de manera adicional, la retribución que corresponde al *constructor*, la cual se determina, por lo general, con base en un porcentaje sobre los costos de la obra, aunque también puede consistir en cierta cantidad de dinero.

En este contrato, el comitente podría realizar el pago directo a los diversos proveedores de bienes y servicios. Cuando esto sucede, los honorarios del empresario o constructor suelen reducirse.

Nada obsta, sin embargo, para que el empresario o constructor pague los materiales y los salarios por cuenta del comitente, previa provisión de los fondos requeridos, que son administrados por este. En la práctica, el comitente suele abrir una *cuenta de cheques* a su nombre, en la que este deposita las cantidades requeridas para la obra; el empresario o constructor queda autorizado para librar cheques con cargo a la cuenta en cuestión, por ser quien administra la obra y los recursos. Así, el comitente conserva el control de la cuenta y, en cierta forma, de los recursos depositados.

Como señala Sánchez Medal, en el *contrato de obra por administración*, "el empresario o contratista cobra al propietario de la obra los materiales conforme los va empleando, así como la mano de obra o el salario que ha pagado y la comisión o porcentaje que le corresponde, a medida del avance de obra".[53]

En el *contrato de obra por administración*, el propietario de la obra asume la responsabilidad y el riesgo propio de la obra.[54]

Entre las ventajas que este sistema proporciona, están las siguientes: garantiza la equivalencia entre las prestaciones de las partes: el comitente paga lo que en realidad cuesta la obra y el constructor recibe la compensación que le corresponde por el trabajo realizado; evita incertidumbres y divergencias connaturales a los contratos de ejecución diferida; favorece el empleo de materiales de mejor calidad y la intervención de personas más calificadas en la ejecución de los trabajos.

No obstante, una de las desventajas que el sistema representa consiste en que desalienta el ahorro en los costos y el esfuerzo del constructor por evitar errores en la ejecución de la obra que influyan en el incremento de la misma.[55]

Tanto las ventajas como las desventajas del sistema pueden aumentarse o disminuirse, respectivamente, por medio de ciertas estipulaciones que permiten regularlas: por ejemplo, otorgar premios por los ahorros obtenidos respecto del presupuesto original o la reducción del beneficio del constructor cuando se supera dicho presupuesto.[56]

[53] Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 350.

[54] *Cfr.* Humberto Podetti, *op. cit.*, p. 243.

[55] *Ibidem*, pp. 255 y 256.

[56] *Ibidem*, p. 256.

Es preciso señalar que la construcción puede adoptar un régimen mixto: "una parte de la obra por administración y las restantes por otro u otros de los sistemas posibles. Por ejemplo, contratar la ingeniería y realizar la compra de los materiales, dejando al constructor la realización material de la obra".[57]

10.7.2 En atención a la determinación del objeto de la obra

En atención al *sistema de determinación del objeto* de la obra,[58] el contrato de construcción presenta diversas modalidades, entre las cuales están: *a)* el contrato "llave en mano", *b)* el contrato "producto en mano" y *c)* el contrato "mercado en mano", los cuales suponen, en ese orden, la ampliación progresiva de las obligaciones asumidas por el constructor.[59]

a) Contrato "llave en mano", en el que la obra queda "lista para su uso"; esto es, en condiciones de funcionar de acuerdo con los parámetros establecidos en el contrato. La expresión indica, en sentido práctico, que el propietario *recibe la llave* una vez concluida la obra.[60] De acuerdo con Podetti,

> el contrato llave en mano incluye el diseño básico y de detalle, la construcción, la adquisición e instalación de los equipos y sistemas necesarios, la transferencia al propietario de la tecnología, las pruebas de funcionamiento previas a la recepción y, en algunos casos, el entrenamiento del personal del comitente y la puesta en marcha comercial, aunque es frecuente que, respecto de esta última, el constructor y sus proveedores de equipos solamente presten asistencia técnica, sin perjuicio, obviamente, de las garantías correspondientes.[61]

b) Contrato "producto en mano", en que el constructor se obliga frente al comitente "a concebir, ejecutar y entregar en funcionamiento una determinada obra industrial, [y] a garantizar una producción específica, en cantidad, precio y calidad, con personal que él mismo previamente ha formado". Esta clase de contratos comprende, por consiguiente, "dos operaciones esenciales: por una parte, la concepción y construcción de una unidad industrial, y por otra, la transferencia de la capacidad tecnológica necesaria para su explotación".[62]

> ***Ejemplo:*** Construir una planta industrial con capacidad para procesar determinadas toneladas de limón por día, a fin de obtener aceite de limón por medio del destilado o centrifugado del jugo de limón.

[57] *Ibidem*, p. 243.

[58] *Ibidem*, pp. 247-250.

[59] *Cfr.* Aurora Hernández Rodríguez, *Los contratos internacionales de construcción "llave en mano"*, p. 182; http://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/viewFile/1915/908-. Consulta hecha el 21 de diciembre de 2015.

[60] *Cfr.* Humberto Podetti, *op. cit.*, p. 248.

[61] *Ibidem*, pp. 248 y 249.

[62] Aurora Hernández Rodríguez, *op. cit.*, p. 184.

c) Contrato "mercado en mano", que es el sistema más sofisticado de todos, donde el constructor asume, a su vez, la obligación de comercializar los productos derivados de la instalación industrial, o de comprar todos o parte de los productos en cuestión.[63]

10.8 Contenido obligacional

10.8.1 Obligaciones del empresario

Las obligaciones del empresario en el contrato de obra son: *a)* dirigir y ejecutar la obra, *b)* entregarla una vez concluida, *c)* garantizar la obra y *d)* observar las disposiciones legales en materia de desarrollo urbano y construcción.

1. Dirigir y ejecutar la obra. El empresario está obligado a dirigir y ejecutar la obra de manera personal, sin que pueda hacerlo por conducto de terceros ni total ni parcialmente,[64] a menos *a)* que se haya pactado lo contrario, o bien, *b)* que lo consienta el propietario.

Esta prohibición no significa, sin embargo, que el empresario esté impedido de auxiliarse de otras personas que trabajen por cuenta de él. En tales casos, "la obra se hará siempre bajo la [dirección y la] responsabilidad del empresario" (arts. 2616, 2633 y 2642, CCDF).

La *dirección de la obra* comporta planificar la realización de la obra y coordinar las diversas actividades requeridas para su debida ejecución; esto es, que cada una de las actividades y etapas en que se divide la obra se efectúen en el momento preciso, al menor costo posible y con la debida calidad.

La *ejecución de la obra* habrá de ajustarse a la descripción y las especificaciones que de la misma se hayan establecido en el contrato, así como en el diseño, proyecto, planos, presupuesto y demás instrumentos escritos o gráficos que, en su caso, se hayan considerado. En este sentido, es conveniente pormenorizar los detalles de la obra en el contrato (art. 2618, CCDF), para evitar controversias sobre su alcance y extensión, como ha quedado señalado.

En el supuesto de que se hubieran omitido los referidos elementos, la obra se ejecutará de conformidad con la naturaleza de la misma, el precio que se haya pactado y la costumbre del lugar. Las dificultades que llegaran a surgir sobre el alcance y la ejecución de la obra habrán de resolverse con base en esos mismos datos y el dictamen de peritos; esto es, un perito por cada parte y un tercero en caso de discordia (arts. 2619 y 2258, CCDF, por analogía).

En el supuesto de que se hubiera convenido realizar la obra "a satisfacción del propietario o de otra persona", se entiende reservada la aprobación al juicio de peritos (art. 2643, CCDF), en el caso de que el propietario o el tercero se nieguen a aprobar la obra.[65]

[63] *Ibidem*, p. 185.

[64] Sánchez Medal es de la opinión de que el empresario puede subcontratar parcialmente la obra, pero no encargar toda la obra a otra persona (*cfr.* Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, pp. 353 y 354).

[65] *Ibidem*, p. 354.



Por último, la obra habrá de iniciarse y concluirse en el plazo establecido en el contrato y, en defecto de este, en el plazo que sea suficiente a juicio de peritos (art. 2629, CCDF), lo cual coincide con la regla que establece que las *obligaciones de hacer* no sujetas a plazo deben cumplirse cuando lo exija el acreedor, siempre que haya transcurrido "el tiempo necesario para el cumplimiento de la obligación" (art. 2080, segunda parte, CCDF).

a) Calidad de los materiales. En el contrato de obra a precio alzado, es el empresario o constructor quien adquiere los materiales que habrán de ser utilizados en la ejecución de la obra (arts. 2616 y 2641, CCDF). En el caso de que se haya omitido precisar la calidad, tales materiales habrán de ser de mediana calidad (art. 2634, CCDF). En este sentido, si se emplearon materiales de calidad inferior a la convenida o, en su caso, a la calidad media, el comitente o dueño podrá exigir la responsabilidad civil y penal al empresario o constructor.

De manera expresa, el art. 231, fracc. V, del *Código Penal para el Distrito Federal* (CPDF) considera *delito de fraude específico* el hecho de que el "fabricante, comerciante, empresario, contratista o constructor de una obra, suministre o emplee en ésta materiales o realice construcciones de calidad o cantidad inferior a las estipuladas, si ha recibido el precio convenido o parte de él, o no realice las obras que amparen la cantidad pagada".

Es preciso señalar que el art. 5.1.6 de los *Principios Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales* contempla una regla diferente, que consiste en que cuando "la calidad de la prestación no ha sido precisada en el contrato *ni puede ser determinada en base a éste*, el deudor debe *una prestación de una calidad razonable* y no inferior a la calidad media, *según las circunstancias*".

b) Modificaciones a la obra. Un asunto problemático en el contrato de obra es el relativo a las *modificaciones de la obra originalmente contratada*, lo cual incide de manera directa en el precio de la construcción. No será lo mismo cambiar la ubicación de una puerta o una ventana sin que se altere el costo de la obra, que pedir realizar obras adicionales que no quedaron comprendidas en el proyecto original y modifican de manera sustancial el referido costo.

En principio, debe reconocerse el derecho del comitente o propietario para disponer la realización de cambios o adecuaciones a la obra y el deber del empresario o constructor de aceptar tales cambios, siempre que no le causen una afectación, como sería el caso de una modificación que impacte de manera negativa en el criterio arquitectónico o estético del profesional.[66]

Las obras adicionales pueden tener su causa *a)* en una petición del comitente o propietario de la obra, o bien, *b)* en un requerimiento del empresario o constructor.

Las obras que hayan sido *ordenadas o autorizadas* por el comitente o propietario de la obra, aunque se trate de *obras prescindibles o innecesarias*, deben ser pagadas por este.

No obstante, también puede suceder que realizar la obra exija ciertas adecuaciones o trabajos adicionales que resulten *imprescindibles o necesarios*. En este supuesto, el empresario o constructor debe comunicar de inmediato al comitente o propietario la necesidad de

[66] *Cfr.* Eduardo L. Gregorini Clusellas, *op. cit.*, p. 37.

efectuar modificaciones a la obra, en qué consisten tales modificaciones, el costo de las mismas y las causas que las originan. Debe tenerse presente que el empresario podría incurrir en responsabilidad si se tratara de *obras previsibles*, esto es, que habría podido incluir en el proyecto original si hubiera actuado con diligencia.

En ambos casos, la *sana práctica* recomienda ejecutar las obras adicionales hasta que se apruebe la *modificación del proyecto* respectivo y el *presupuesto de las obras*. Es preciso dejar constancia de tal aprobación en el *convenio modificatorio* del contrato original que al efecto se celebre, aunque la *autorización* para realizar las obras adicionales podría probarse por otros medios, en caso de controversia, siempre que tal autorización conste por escrito.

El empresario que se encargue de ejecutar alguna obra por precio determinado, esto es, una *obra a precio alzado*, no tiene derecho de exigir después ningún aumento (art. 2626, CCDF), "cuando haya habido algún cambio o [incremento] en el plano o diseño, a no ser que sean autorizados por escrito por el dueño y con expresa designación del precio" (art. 2627, CCDF).

La falta de autorización escrita del comitente o propietario de la obra impediría que el empresario o constructor cobrara las modificaciones introducidas por iniciativa de este, aunque parece que esta restricción habría de matizarse cuando las modificaciones las haya ordenado el propio comitente.

Es importante resaltar el hecho de que los trabajos que no quedaron previstos en el contrato original, pero que deben considerarse implícitos en la ejecución de la obra de acuerdo con *las reglas del buen arte en la construcción*, no tienen el carácter de *obras adicionales* ni, por consiguiente, justificarían el *incremento del precio* de la obra.

En este sentido, los *trabajos adicionales* se clasifican en *i)* trabajos innecesarios o dispensables y *ii)* trabajos necesarios o indispensables; estos últimos podrían ser, a la vez, previsibles e imprevisibles.

c) El cobro del proyecto de la obra. El perito que ha realizado el diseño, los planos o el presupuesto de la obra y la ejecute, no puede cobrarlos por separado de los honorarios que correspondan a la obra, pues la retribución correspondiente se considera incluida en estos.

No obstante, podrá cobrarlos en dos casos: *i)* cuando la obra no se ha ejecutado por causa atribuible al propietario de la misma, el perito podrá cobrar los honorarios por el diseño, los planos o el presupuesto, a menos que se haya pactado que no se pagarían si al propietario no le conviniere aceptarlos (art. 2620, CCDF); o bien, *ii)* cuando otra persona ejecute la obra conforme al plano, diseño o presupuesto que no hubiere sido aceptado, aunque se hubieren modificado los detalles (art. 2623, CCDF).

En el caso de que se haya invitado a varios peritos para realizar el diseño, los planos o el presupuesto de la obra, a fin de escoger entre ellos el que parezca mejor (mediante concurso), se habrán de observar las reglas siguientes:

- Cuando los peritos han tenido conocimiento de que el propietario de la obra escogería la propuesta que le pareciera mejor, ninguno podrá cobrar honorarios, salvo que



se hubiere convenido de manera expresa que se pagarían aunque la propuesta no fuera aprobada (art. 2621, CCDF).

- Cuando la obra se ejecute conforme al diseño, plano o presupuesto aceptado, el autor podrá cobrar su valor (art. 2622, CCDF).

2. Entregar la obra. El empresario o constructor está obligado a entregar la obra, una vez concluida.

a) Momento de la entrega. La obra debe entregarse en el plazo convenido (art. 2629, CCDF) y, a falta de convenio, habrá de efectuarse "cuando lo exija el acreedor, siempre que haya transcurrido el tiempo necesario para el cumplimiento de la obligación" (art. 2080, CCDF), como lo establece la *regla residual* que rige respecto del *plazo en el cumplimiento de las obligaciones de hacer*, cuando las partes han omitido fijar el referido plazo.

El plazo suficiente habrá de ser determinado por peritos, en especial, cuando se trate de una *obra a precio alzado* o *por ajuste cerrado* (art. 2629, CCDF). Al respecto, cada parte nombrará un perito y, en caso de discordia, se designará un tercer perito (art. 2258, segundo párrafo, CCDF, por analogía).

b) Entrega por partes. El empresario no puede efectuar la entrega de la obra por partes, lo cual coincide con la *prohibición del pago parcial* (art. 2078, CCDF), salvo que *i)* el propietario consienta en recibir la obra de esa manera, o bien, *ii)* que se trate de un *contrato de obra a precios unitarios*, esto es, de una *obra por piezas o por medida*.

En el *contrato de obra a precios unitarios*, cuando las piezas que se mandan construir *pueden ser útiles en lo individual*, sin que necesiten formar una unidad (art. 2632, CCDF), el empresario puede *i)* exigir que el propietario reciba la obra en partes y *ii)* que le pague el precio en proporción a las piezas o medidas que reciba (art. 2630, CCDF). En este supuesto, la parte pagada se *presume aprobada y recibida* por el propietario (art. 2631, primera parte, CCDF); pero para ello es menester que se exprese, además, "que el pago se [aplica] a la parte ya entregada" de la obra (art. 2631, segunda parte, CCDF).

En otras palabras, la referida presunción no opera por el solo hecho de que el propietario haya efectuado *anticipos o adelantos a cuenta del precio* de la obra, sino que se requiere: *i)* que se trate de un *contrato de obra a precios unitarios* (por piezas o medidas), *ii)* que la obra se reciba en partes, *iii)* que se pague el precio de las piezas o medidas que se reciban, *iv)* que se indique que el pago realizado se aplica a la parte recibida y *v)* que las piezas recibidas sean útiles por separado, sin constituir una unidad (art. 2632, CCDF).

c) Riesgos por pérdida o deterioro de la obra. La pérdida o deterioro de la obra *i)* por caso fortuito o fuerza mayor (temblor, huracán) o *ii)* por actos de algún tercero (obra nueva o peligrosa en el terreno contiguo), que ocurra antes de la entrega de la misma al propietario, son a cargo del empresario, salvo que se haya convenido lo contrario o que el propietario haya incurrido en *mora de recibir* (*mora accipiendi*) (art. 2617, CCDF).

Al respecto se han propuesto dos explicaciones: por una parte, se sostiene que existe una presunción *jure et de jure* de culpa del empresario, por ser este un perito en la materia (Mateos

Alarcón); por otra parte, se afirma que los materiales y la construcción levantada con ellos son propiedad del empresario hasta antes de la entrega de la obra (Castán Tobeñas), por lo que se aplica el *principio de que la cosa perece para su dueño* (*res perit domino*) (art. 2017, fracc. V, CCDF).[67]

Desde luego, el empresario conservará la acción de responsabilidad civil para reclamar al tercero los daños y perjuicios que le hubiere causado a la obra.

3. Garantizar los defectos posteriores de la obra. Una vez aprobada y recibida la obra por el propietario de la misma, el empresario es responsable de los defectos que después aparezcan y procedan de *a)* vicios en su construcción o hechura, *b)* mala calidad de los materiales empleados o *c)* vicios del suelo en que se construyó (art. 2634, primera parte, CCDF). La carga de la prueba corresponde, en principio, al propietario de la obra.[68] No obstante, el empresario no tendrá responsabilidad alguna en los casos siguientes (art. 2634, segunda parte, CCDF):

a) Cuando se hayan empleado materiales defectuosos por disposición del dueño de la obra, una vez que el empresario le haya dado a conocer sus defectos.

b) Cuando se haya edificado en terreno inapropiado, elegido por el dueño de la obra, a pesar de las observaciones del empresario.

Para que el empresario quede relevado del compromiso en el primer supuesto, debe mediar el aviso de este y la aceptación del dueño de la obra de utilizar materiales defectuosos: en el segundo caso, para exentar al empresario de responsabilidad, se requiere que le haga saber al dueño los inconvenientes de construir en el terreno que este eligió.

Sin embargo, tal requisito no le es exigible al empresario cuando el dueño de la obra es un perito, quien por razón de su oficio o profesión debe conocer con facilidad los vicios del suelo que propuso para la construcción (art. 2012, CCDF, por analogía).[69]

La responsabilidad por la edificación de la obra, después de concluida y entregada, se impone al empresario debido a que, por lo común, los defectos en las obras materia de este contrato, especialmente en la construcción de una determinada edificación, solo pueden apreciarse con el transcurso del tiempo, o después que lo edificado reciba las "cargas vivas", ya que no siempre se manifiestan desde luego.

Por esa misma razón, la acción para exigir la responsabilidad civil prescribe en el plazo de 10 años (art. 1159, CCDF) y no queda sujeta a extinción por caducidad de seis meses por vicios ocultos, como ocurre en el caso de las enajenaciones (art. 2149, CCDF).

[67] *Cfr.* Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 355.

[68] *Idem*.

[69] CONTRATO DE OBRA A PRECIO ALZADO. RESPONSABILIDAD DEL EMPRESARIO POR DEFECTOS EN LA CONSTRUCCIÓN, CUANDO EL DUEÑO ES PERITO EN LA MATERIA (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE QUERÉTARO). Novena época. Registro: 180921. Tribunales Colegiados de Circuito. Tesis aislada. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Tomo XX, agosto de 2004. Materia(s): Civil. Tesis: XXII.2o.15 C. Página: 1578.

Esta responsabilidad la tiene el empresario solo frente al propietario de la obra por ser de naturaleza contractual; esto es, se trata de una responsabilidad contractual porque se sustenta, precisamente, en el contrato de obra.

Como sostiene Sánchez Medal, no se trata de una responsabilidad *propter rem* "que subsista a favor del tercero que adquiera después la obra", salvo que haya pacto al respecto; por ello, el tercero adquirente de la obra no tendrá acción en contra del empresario, sino solo en contra del propietario de la obra, quien la habría enajenado, pero por vicios o defectos ocultos cuya responsabilidad está sujeta a un plazo de caducidad de seis meses.

En el contrato se consideran las cualidades del empresario que ejecuta la obra, mientras en la compraventa (o enajenación) de la obra concluida se atiende a la obra misma.[70] El enajenante ofrece la construcción en el estado en que se encuentra y el adquirente está en condiciones de examinarla y aceptarla a su entera satisfacción (Mateos Alarcón). Esta era la solución que ofrecía el Código Civil de 1884 (art. 2486).

En opinión de Sánchez Medal, la responsabilidad civil del empresario por defectos de la obra cesa en el momento en que la edificación es enajenada por el propietario de la misma a una tercera persona, porque esta solo cuenta con la acción por vicios ocultos que podría ejercer, en forma exclusiva, contra el enajenante (arts. 2141 y 2149, CCDF).[71] Sin embargo, consideramos que la referida responsabilidad de ninguna manera se extingue por esa causa, pues el enajenante que tuvo el carácter de propietario de la obra conservará el derecho de repetir en contra del empresario, en el supuesto de que el tercero adquirente le reclamara los defectos de construcción.

4. Observar las disposiciones legales en materia de desarrollo urbano y construcción. El derecho de buena vecindad. Cuando se trate de una obra inmueble, el empresario o constructor tiene el deber de ejecutar la obra conforme las disposiciones legales en materia de desarrollo urbano y construcción.

Aun cuando este deber tiene su fuente en disposiciones legales y reglamentarias, sin duda también deriva del contrato de obra porque vincula al empresario o constructor frente al comitente o dueño de la obra a ejecutarla de conformidad con tales disposiciones. En este sentido, el empresario no solo tiene responsabilidad administrativa por la infracción de las disposiciones administrativas que regulan el aprovechamiento urbano del suelo y la construcción, sino también responsabilidad civil respecto del comitente por los daños y perjuicios que le cause la inobservancia de esas disposiciones (art. 2645, CCDF). El empresario constructor es responsable "por la inobservancia de las disposiciones legales, reglamentarias o de policía vigentes en el Distrito Federal y por todo daño que causen a los vecinos".

En principio, la responsabilidad administrativa no pesa sobre el dueño, en virtud de que el empresario o constructor actúa por cuenta propia al dirigir y ejecutar la obra con elementos propios. De ninguna manera actúa por cuenta del comitente o dueño.

[70] *Cfr.* Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 356.

[71] *Idem.*

No obstante, cuando la obra consiste en una construcción, el comitente o dueño tiene a su cargo una *responsabilidad civil objetiva* respecto de los terceros que resultaran afectados por la realización de la obra (arts. 839 y 1932, fracc. VI, CCDF), aunque este puede repetir en contra del empresario o constructor (art. 2645, CCDF).

Un punto que es importante abordar es el relativo a las *limitaciones de dominio*, que en materia de desarrollo urbano y construcción se prevén en determinadas disposiciones legales o reglamentarias. En estas se imponen ciertas restricciones a la edificación; por ejemplo: *a)* se establece un *coeficiente de ocupación del suelo*, que es el máximo porcentaje de construcción permitida en cada lote de acuerdo con su superficie (correlación entre espacio construido y espacio libre), así como *b)* un *coeficiente de utilización del suelo*, que es la cantidad de metros cuadrados totales que se autoriza construir en cada lote (densidad de construcción); se determina también *c)* una *servidumbre* al frente de cada lote en la que se prohíbe edificar, *d)* se fijan límites en cuanto a la altura de las construcciones, etc. Se trata, en este caso, de *limitaciones al derecho de propiedad en interés público*.

Además, en el CCDF se contemplan algunas *limitaciones al derecho de propiedad en interés privado*; por ejemplo, *a)* se prohíbe hacer excavaciones o construcciones que hagan perder el sostén necesario al suelo de la propiedad vecina (art. 839, CCDF); *b)* se prohíbe construir cerca de una pared ajena, o de copropiedad, fosos, cloacas, acueductos, hornos, fraguas, chimeneas, establos; también instalar depósitos de materias corrosivas, máquinas de vapor o fábricas destinadas a usos que puedan ser peligrosos o nocivos (art. 845, CCDF); *c)* se prohíbe tener ventanas para asomarse, balcones u otros voladizos semejantes sobre la propiedad del vecino, prolongándose más allá del límite que separa las heredades. Tampoco pueden tenerse vistas de costado u oblicuas sobre la misma propiedad, si no hay un metro de distancia (art. 851, CCDF); *d)* el propietario de un edificio está obligado a construir sus tejados y azoteas de tal manera que las aguas pluviales no caigan sobre el suelo o edificio vecino (art. 853, CCDF).

Las *limitaciones de dominio* (en interés público y privado) pueden establecerse, incluso, en el régimen de propiedad y condominio, siempre que consten en la escritura constitutiva y el reglamento de condominio y administración.

Las limitaciones de dominio en interés privado forman parte del *derecho de buena vecindad*, el cual se integra por un conjunto de normas que establecen deberes y restricciones que regulan el ejercicio del derecho de propiedad en interés privado. Se trata de limitaciones inmanentes al derecho de propiedad, pues nunca se separan de este.

Los derechos que nacen de estas relaciones de vecindad tienen el carácter de *derechos reales* si se observan desde el punto de vista activo, y el de *obligaciones reales* o *propter rem*, si se aprecian desde el punto de vista pasivo, tal como lo ha considerado la Tercera Sala de la SCJN.[72]

[72] CONSTRUCCIONES, DAÑOS CAUSADOS POR LAS. RESPONSABILIDAD DEL PROPIETARIO. Registro: 273097. Tesis aislada. Materia(s): Civil. Sexta época. Tercera Sala. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*. Cuarta Parte, I. Tesis: Página: 41.

Ejemplo: El *derecho de vista* previsto en un reglamento de construcción de un régimen de propiedad y condominio será parte del *derecho de buena vecindad* y, como tal, tendrá carácter de *derecho real* establecido en beneficio de los propietarios de lotes adyacentes al terreno en que se vaya a realizar una construcción, y en beneficio de los propietarios de los demás lotes situados, por ejemplo, al otro lado de la calle.

Debe tenerse presente que el derecho de propiedad no es absoluto, sino que está limitado por las restricciones establecidas en la ley, en la escritura constitutiva y en los reglamentos del condominio. En los términos del art. 830 del CCDF, "el propietario de una cosa puede gozar y disponer de ella con las limitaciones y modalidades que fijen las leyes".

10.8.2 Obligaciones del propietario de la obra

Las obligaciones del propietario de la obra son dos: *a) recibir la obra* y *b) pagar el precio*.

1. Recibir la obra. El propietario está obligado a recibir la obra cuando el empresario la entregue; no obstante, podría negarse a recibirla cuando no esté terminada en debida forma, de conformidad con la descripción hecha de la misma en el contrato, con el diseño, los planos o el presupuesto que haya servido de base o, en defecto de estos, cuando la obra no se encuentre concluida a juicio de peritos (arts. 2619 y 2643, CCDF).

El propietario de la obra tampoco estará obligado a recibirla cuando el empresario pretenda entregarla por partes (art. 2078, CCDF), como ha quedado señalado. Esta regla tiene dos excepciones: *a)* cuando se haya convenido realizar entregas parciales, aunque sea de manera tácita, conforme se vaya pagando el precio en proporción a las entregas efectuadas; o bien, *b)* cuando la obra sea por piezas o medida, esto es, por unidades terminadas (*obra a precios unitarios*) (art. 2631, CCDF). Este punto ha sido desarrollado en el apartado correspondiente a las obligaciones del empresario.

Esta obligación del propietario consiste en recoger o retirar materialmente la obra, como ocurre cuando se trata de bienes muebles; o bien, en hacerse cargo de la obra una vez terminada, en el caso de obras sobre inmuebles.[73]

El propietario no está obligado a recibir una *obra que haya sido ejecutada de manera defectuosa*. Tampoco lo estará a recibir la obra *fuera del plazo establecido*, cuando se trate de un *plazo esencial*; esto es, de tal importancia que la entrega inoportuna no represente ninguna utilidad para el propietario. En este caso, el propietario quedará desligado de la obligación de recibir la obra y tendrá el derecho de reclamar al empresario los daños y perjuicios causados por el incumplimiento (art. 2104, CCDF). En el Código Civil italiano se contempla la terminación *ipso jure* de un contrato que ha quedado sujeto a un plazo esencial (art. 1475).

[73] *Cfr.* Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 357.

Ejemplos:

1. La entrega de determinados platillos en la fecha en que se llevará a cabo un festejo es un plazo esencial, porque no tendrán ninguna utilidad fuera de la fecha determinada.
2. La entrega de una estructura metálica o de madera para un local donde habría una exposición en una fecha específica, de nada serviría cuando ha terminado la exposición.

En el caso de que el propietario no reciba la obra, a pesar de que se hubiera concluido a tiempo y de acuerdo con las especificaciones acordadas, incurrirá en mora de recibir (*mora accipiendi*), por lo que el riesgo relacionado con la obra pasará al propietario (art. 2617, CCDF) y el empresario solo será responsable cuando actúe con dolo o culpa grave.

Además, el propietario habrá de satisfacer el alquiler de las bodegas, graneros o vasijas, así como los gastos erogados por la conservación y custodia de la obra, por ejemplo, el pago de veladores, etc. (art. 2292, CCDF, por analogía).

Asimismo, el pago de *adelantos o anticipos* de ninguna manera significa *recepción parcial* de los trabajos realizados, aunque se trate de una *obra a precios unitarios* o *por piezas o medidas*, pues para ello se deben satisfacer diversos requisitos, como se precisó en el apartado correspondiente a la *entrega por partes*. En todo caso, la obra habrá de entregarse una vez concluida en su totalidad y será hasta ese momento cuando se proceda a su verificación y recepción provisional o definitiva, según se convenga, por lo cual podrían plantearse eventuales observaciones a la obra.[74]

2. Pagar el precio. En el contrato de *obra a precio alzado*, el precio no puede aumentarse (ni disminuirse) aunque se haya incrementado (o reducido) el costo de los materiales o de los salarios de los trabajadores (art. 2626, CCDF), salvo que se hubiera pactado lo contrario. Y es que la eventual alteración del precio de los materiales o los salarios es un riesgo que ambas partes han asumido,[75] precisamente porque el empresario se obliga a ejecutar la obra a un precio determinado.

El precio de la obra tampoco puede incrementarse cuando se realice algún cambio o aumento en el proyecto, plano o diseño, a menos que el propietario de la obra haya autorizado por escrito la modificación en cuestión y admitido de manera expresa el aumento del precio (art. 2627, CCDF). De este modo se protege al propietario de la obra, al evitar que resulte afectado por el eventual abuso del empresario, que podría modificar el volumen de la obra para incrementar el precio de la misma. Como señala Sánchez Medal, el empresario es de ordinario "perito en la materia y conoce el precio real de la obra por ejecutar, en tanto que el dueño de la obra generalmente se atiene a dicha pericia y toma en cuenta el precio que se le fijó inicialmente".[76]

[74] *Cfr.* Humberto Podetti, *op. cit.*, p. 207.

[75] *Cfr.* Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 358.

[76] *Ibidem*, pp. 358 y 359.



Por regla general, el precio debe pagarse al entregarse la obra, salvo convenio en contrario (art. 2625, CCDF). No obstante, cuando la obra sea *por piezas o medidas* (*obra a precios unitarios*), el empresario puede exigir el pago por unidades concluidas y la recepción de las mismas por el propietario de la obra (art. 2630, CCDF), siempre que sean útiles en lo individual y no reunidas con otras formando un todo (art. 2632, CCDF), según quedó señalado. Nada obsta, sin embargo, para que el propietario realice pagos anticipados "a buena cuenta del precio de la obra" (art. 2631, CCDF).

En el *contrato de obra a precio alzado*, una vez pagado y recibido el precio, no hay lugar a reclamación sobre el mismo, a menos que al momento de efectuar (y recibir) el pago, las partes se hayan reservado de manera expresa el *derecho de reclamar* (art. 2628, CCDF).

De acuerdo con Sánchez Medal, el "pago del precio constituye una presunción legal de que el propietario recibió la obra a su satisfacción". De hecho, el art. 2631, primera parte, del CCDF afirma que la "parte pagada se presume aprobada y recibida por el dueño". De ahí que, para que esa presunción no opere, el propietario debe reservarse de manera expresa el derecho de *reclamar*; o bien, si se efectúan anticipos a cuenta del precio de la obra, será menester que *no* se indique que el pago se aplica a la parte entregada (arts. 2628 y 2631, CCDF).

a) Derecho de retención. Cuando se trate de un bien mueble, el constructor tiene el *derecho de retener* la obra hasta que se le pague (art. 2644, CCDF); además, cuenta con un privilegio sobre la misma para cobrarse lo que se le adeude con el precio de esta y tendrá preferencia respecto a otros acreedores, en el supuesto de concurso (arts. 2644, 2993, fracc. III, CCDF). El constructor solo tiene el derecho de retención y el privilegio mientras el bien construido está en su poder, pues tales derechos los pierde en el momento de entregar la obra al propietario (Mateos Alarcón).

Cuando se trata de la obra de un bien inmueble, habrá de considerarse quién tiene la propiedad del inmueble en el que se efectúa la construcción para determinar las consecuencias de la falta de pago del precio de la obra:

- Cuando el bien inmueble pertenece al empresario, este podrá negarse a entregar la obra, pues tiene la *excepción de contrato no cumplido* (*exceptio non adimpleti contractus*).
- En cambio, cuando el bien inmueble pertenece al comitente o dueño de la obra, el empresario estará impedido de ejercer la referida excepción porque la posesión del inmueble la conserva el comitente o propietario de la obra; posesión que de ninguna manera se traslada al empresario durante el plazo en que realiza la obra. Por consiguiente, el empresario, contratista o constructor no es un *poseedor derivado* del inmueble en cuestión.

> ***Ejemplo:*** El constructor de un edificio de 10 pisos sobre un terreno propiedad del dueño de la obra está impedido de retener la construcción porque la posesión del inmueble sobre el cual se efectúa la tiene el dueño de la obra y no el constructor (art. 791, CCDF).

b) Acción directa inversa. El precio habrá de pagarse al empresario. No obstante, los terceros a quienes el empresario adeude los materiales suministrados o los salarios devengados están legitimados para reclamar de manera directa, al propietario de la obra, el pago de lo que se adeude al empresario (art. 2461, CCDF). Esta es una *acción directa inversa* y ha sido considerada una excepción al principio de relatividad del contrato (*res inter alios acta*).

No obstante, para Sánchez Medal, se trata más bien de una *acción oblicua* o *subrogatoria* en la que los referidos terceros se consideran *sustitutos procesales* del empresario.[77] Sin embargo, el ejercicio por el acreedor de las acciones que competen a su deudor requiere *a)* que el crédito de aquel conste en título ejecutivo y *b)* que, excitado el deudor para deducir las acciones, *c)* descuide o rehúse hacerlo.

El tercero demandado puede paralizar la acción pagando al demandante el monto de su crédito (art. 29, *Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal*, CPCDF).

El multicitado profesor ha considerado que la acción en cuestión no constituye una excepción o derogación del principio de la relatividad de los contratos, por lo que el referido principio continúa rigiendo en su amplitud; esto es, "el contrato de obra a precio alzado no produce obligaciones a cargo de las partes a favor de terceras personas".[78]

c) Gastos directos e indirectos. Los costos comprenden los *gastos directos e indirectos* de la obra, mientras que los *beneficios* se refieren a la utilidad que el empresario o constructor obtendrá por la ejecución del encargo. Las utilidades, por lo general, consisten en un porcentaje sobre el costo de la obra (solo gastos directos), aun cuando pueden establecerse con base en una cantidad fija o una combinación de ambas. Incluso, es posible prever ciertos incentivos para cuando el avance de la obra alcance las metas pactadas.

Los *gastos directos* se refieren al costo de los materiales y equipo efectivamente utilizados en la obra, así como al costo de los insumos y del salario de los trabajadores. Se trata de gastos hechos en la ejecución directa de la obra. En cambio, los *gastos indirectos* son los relativos a los costos de oficina, el salario del velador, los honorarios del supervisor, los gastos del vehículo utilizado en la obra, etcétera.

Los gastos directos tienen relación proporcional con la magnitud de la obra y están de inmediato relacionados con ella; mientras, los gastos indirectos tienen carácter permanente y son independientes de la envergadura de la obra.

Los gastos directos son variables, pues están condicionados por la magnitud de la obra. Los gastos indirectos, al contrario, son fijos porque se generan para el constructor, se realice o no la obra, y no dependen del tamaño de la construcción. Estos deben ser inversamente proporcionales a la cantidad de obra a la que se asignen.

[77] *Cfr.* Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, pp. 356, 359-360 y 363.

[78] *Ibidem*, p. 356.

10.9 Terminación del contrato de obra

Además de las causas ordinarias de terminación de los contratos en general, el contrato de obra termina por algunas razones especiales, como: *a)* el *desistimiento unilateral del comitente*, *b)* la *muerte del empresario* y *c)* la *rescisión por incumplimiento*.

a) El desistimiento del comitente o propietario de la obra. El contrato de obra puede terminar por desistimiento unilateral del comitente o dueño de la obra. Esta manera de concluir la relación contractual es característica de los contratos basados en la confianza hacia una de las partes –en este caso, en el empresario o constructor–, como ocurre en el depósito, el mandato y la sociedad. Se trata de una excepción al principio que señala que "la validez y el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes" (art. 1797, CCDF).

La posibilidad de que el comitente desista de manera unilateral del contrato de obra se justifica, en parte, en que podría perder la confianza en el empresario o constructor por cualquier motivo y así determinar la conclusión del contrato. Sin embargo, el referido desistimiento también se sustenta en la inconveniencia de obligar al comitente a continuar la obra, cuando carece de los recursos suficientes para ello (Manresa).[79]

En una *obra a precio alzado* (esto es, una obra ajustada por un precio fijo), el mero desistimiento unilateral del comitente es insuficiente para su eficacia. Se requiere, además, que el comitente pague al empresario o constructor –o por lo menos, consigne en favor de este– los gastos realizados, el trabajo efectuado y la utilidad que habría podido obtener de la ejecución de la obra (art. 2635, CCDF).

En opinión de Sánchez Medal, el desistimiento no obliga al empresario o constructor a "suspender la continuación de la obra, si tal notificación no se acompaña del importe o consignación de las prestaciones mencionadas".[80]

El deber de cubrir la totalidad de la utilidad que el empresario habría obtenido por la ejecución de la obra se explica, en opinión de Sánchez Medal, en que este asumió el riesgo del incremento de los materiales y los salarios (art. 2626, CCDF), por lo que es "equitativo que a cambio de tal riesgo, tenga segura la ganancia esperada".[81]

Para evitar discusiones sobre este asunto, se recomienda establecer en el contrato el deber del empresario de rendir informes con cierta periodicidad respecto del avance de la obra y del costo de los trabajos efectuados, así como fijar, con base en tales informes, las cantidades que habrían de pagarse al empresario por concepto de utilidad, en caso de que el comitente desista del contrato.[82]

[79] *Cfr.* Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 361.

[80] *Ibidem*, pp. 361 y 362.

[81] *Ibidem*, p. 363.

[82] *Idem*.

Una vez que se pague al empresario lo que le corresponde, el dueño de la obra quedará en libertad de continuarla con otro empresario, para lo cual podrá emplear el mismo plano, presupuesto y diseño (art. 2637, CCDF).

Un *contrato de obra por piezas o medidas* donde no se ha precisado el número de las piezas o la medida a trabajar, cualquiera de las partes podrá resolverlo una vez que se concluyan las partes designadas, siempre que se pague la parte concluida (art. 2636, CCDF).

b) La muerte del empresario. Cuando el empresario o constructor es una persona física y fallece, el contrato de obra podría terminar por esto, precisamente porque se trata de un contrato *intuitu personae* y atiende a las cualidades del empresario o constructor, quien por lo común es un técnico o perito en la materia de la obra.

Se trata de una causa de terminación anticipada y no de rescisión, como lo señala el art. 2638 del CCDF, en razón de que el empresario no produce el incumplimiento del contrato.

Las consecuencias de la terminación anticipada del contrato por la causa que se analiza consisten en que el comitente queda obligado a recibir la obra en el estado en que se encuentre y a pagar a los herederos del empresario el trabajo y los gastos efectuados (art. 2638, CCDF), no en concepto de indemnización sino como compensación (respecto del trabajo) y reembolso (por lo que se refiere a los gastos). Es preciso considerar que, aun cuando se omite mencionar las utilidades que el empresario tenía derecho a recibir hasta el momento de su fallecimiento, quedan comprendidas en el pago que debe realizarse a los herederos.

La muerte del comitente o dueño de la obra no es causa de terminación del contrato, por lo cual los herederos de este serán responsables del cumplimiento frente al empresario (art. 2639, CCDF).

c) La rescisión por incumplimiento. El incumplimiento de las obligaciones asumidas por cualquiera de las partes confiere a la parte perjudicada el derecho *i)* de exigir el cumplimiento del contrato o *ii)* de rescindirlo, y, en ambos casos, el pago de los daños y perjuicios ocasionados (art. 1949, CCDF), como ocurre respecto de cualquier otro contrato.

Un problema que la doctrina se ha planteado respecto del incumplimiento del contrato de obra es el relacionado con la ejecución de la obra por el empresario en forma diferente a la convenida, incluso deficiente. El asunto estaba resuelto en el Código Civil de 1884, donde se establecía que el dueño podía exigir la destrucción de la obra mal realizada (art. 1427) y la ejecución de la misma por un tercero a costa del empresario incumplido, cuando la sustitución fuera posible, "en lugar de daños y perjuicios" (arts. 2506 y 1426).

Esta misma solución se ha propuesto conforme al art. 2017 del CCDF, según el cual, cuando el obligado a prestar un hecho no lo hiciere de la manera convenida, el acreedor podrá pedir que se deshaga lo mal hecho y se ejecute por otro, a costa de aquel, cuando la sustitución sea posible. Esto se debe a que se trata de indemnizar los *daños y perjuicios compensatorios* y *moratorios* (art. 1949, CCDF).[83]

[83] *Cfr.* Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 361.

Autoevaluación

1. Defina el contrato de obra.
2. ¿Cuál es la diferencia entre el contrato de obra y la venta de cosa futura?
3. ¿En qué se diferencian el contrato de obra y el contrato de servicios?
4. ¿Cuál es la diferencia entre el contrato de obra y el contrato de mandato?
5. ¿En qué se diferencian el contrato de obra y el contrato de construcción?
6. Explique en qué casos los menores de edad tienen capacidad para celebrar el contrato de obra.
7. ¿Por qué se dice que el contrato de construcción es un sistema dinámico?
8. ¿En qué consiste el contrato de obra a precio alzado?
9. ¿En qué consiste el contrato de obra a precios unitarios?
10. ¿En qué consiste el contrato de obra por administración?
11. ¿Cuál es el contrato "llave en mano"?
12. ¿Cuál es el contrato "producto en mano"?
13. ¿Cuál es el contrato "mercado en mano"?
14. Describa las obligaciones del empresario en el contrato de obra.
15. ¿En qué consiste la dirección de obra?
16. Escriba quién sufre la pérdida o deterioro de la obra.
17. ¿En qué casos el empresario es responsable de los defectos de la obra que aparezcan después de concluida esta?
18. ¿En qué consiste el derecho de buena vecindad?
19. ¿Cuáles son las obligaciones del propietario de la obra?
20. ¿Cuándo está obligado el propietario de la obra a recibirla por partes?
21. Explique el derecho de retención del constructor de un bien mueble.
22. ¿En qué consiste la acción directa inversa?
23. ¿Cuál es la diferencia entre los gastos directos y los indirectos?
24. ¿En qué casos puede el comitente desistir del contrato de obra y qué requisitos debe cumplir?

PARTE 6: CONTRATOS ASOCIATIVOS

Los contratos asociativos

capítulo 11

Propósitos

Al finalizar el curso, el alumno identificará con precisión los rasgos que caracterizan los contratos *asociativos*, las modalidades que presentan en la práctica, la relación entre esta clase de contratos y la personalidad jurídica, las teorías que explican la naturaleza jurídica de las sociedades y las relaciones que estos contratos producen.

11.1 Consideraciones preliminares

Una de las maneras como las personas pueden satisfacer sus intereses económicos es mediante el intercambio de bienes y servicios, lo que da lugar a los *contratos de cambio*.[1] La compraventa, permuta y arrendamiento son contratos típicos de cambio.

No obstante, cualquiera que sea la naturaleza de los intereses, no siempre se satisfacen por medio del intercambio; en ocasiones es necesario alcanzarlos por el esfuerzo compartido de varias personas, que requieren unirse con ese objetivo. La particularidad de tales relaciones estriba en la contribución o colaboración de los partícipes y la existencia de una finalidad común que pretende alcanzarse,[2] lo que da origen a los *contratos asociativos* o *contratos de organización*.

11.2 El derecho de asociación

En México, la posibilidad de que las personas físicas o morales se vinculen por medio de figuras asociativas para lograr la finalidad común que se han propuesto encuentra su fundamento en el *derecho de asociación* reconocido en el art. 9º de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, el cual ha sido configurado como un *derecho de libertad* al establecer la prohibición de "coartar el derecho de asociarse o reunirse pacíficamente con cualquier objeto lícito".

[1] *Cfr.* María del Rosario Valpuesta Fernández *et al.*, *Derecho de obligaciones y contratos*, 2ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 1995, p. 761.

[2] *Idem*.



Esta disposición constitucional se refiere a dos diferentes clases de derechos: *a)* el de asociación y *b)* el de reunión. Como rasgo particular, ambos tienen el "propósito de dos o más personas para realizar un acto en común o para obtener una finalidad que beneficie a los que intervienen en la asociación o en la reunión"; no obstante, "se distinguen en que la asociación busca fines permanentes y la reunión fines transitorios".[3]

El *derecho de asociación* presenta una triple variante: *a)* a nadie se le puede negar el derecho a asociarse, *b)* como tampoco a nadie se le puede obligar a permanecer asociado *c)* o a asociarse con determinada persona.

Este derecho está previsto en el art. 16 de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*,[4] en el art. XXII de la *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*[5] y en el art. 20 de la *Declaración Universal de los Derechos Humanos*.[6]

El legislador ha regulado diversas figuras asociativas de carácter civil y mercantil, mediante las cuales las personas pueden ejercer el *derecho de asociación*. No obstante, un aspecto trascendental del referido *derecho de libertad* estriba en que las relaciones de asociación, en sentido genérico, pueden estructurarse por medio de figuras contractuales distintas de las previstas en la legislación.

11.3 Los contratos asociativos: asociación y sociedad

Los *contratos asociativos* son aquellos por virtud de los cuales las partes realizan una contribución de diversa naturaleza, con el objetivo de alcanzar una finalidad común para satisfacer sus propios intereses.[7]

[3] Javier Arce Gargollo, "Contratos mercantiles asociativos", *Revista de Investigaciones Jurídicas*, núm. 19, Escuela Libre de Derecho, México, 1995, p. 9.

[4] **Artículo 16. Libertad de Asociación.**
1. Todas las personas tienen derecho a asociarse libremente con fines ideológicos, religiosos, políticos, económicos, laborales, sociales, culturales, deportivos o de cualquiera otra índole.
2. El ejercicio de tal derecho sólo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás.
3. Lo dispuesto en este artículo no impide la imposición de restricciones legales, y aun la privación del ejercicio del derecho de asociación, a los miembros de las fuerzas armadas y de la policía.

[5] **Artículo XXII.** Toda persona tiene el derecho de asociarse con otras para promover, ejercer y proteger sus intereses legítimos de orden político, económico, religioso, social, cultural, profesional, sindical o de cualquier otro orden.

[6] **Artículo 20.**
1. Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión y de asociación pacíficas.
2. Nadie podrá ser obligado a pertenecer a una asociación.

[7] Farina define los contratos asociativos como "aquellos en los que las partes, sin menoscabar sus intereses particulares, se vinculan con la finalidad de perseguir un objetivo común, mediante el cual los asociados tratan de satisfacer sus propios intereses particulares (económicos, intelectuales, espirituales, etcétera)". Juan M. Farina, *Contratos comerciales modernos*, Astrea, Buenos Aires, 1999, pp. 741 y 742.

En este grupo de contratos encontramos figuras de carácter *esencialmente* asociativo y otras de naturaleza societaria. El *contrato asociativo* o de *asociación* en sentido amplio funge como género del cual son una especie la *asociación* en sentido estricto y la *sociedad*. La aparcería ha sido considerada, incluso, como una especie de los contratos asociativos.[8]

Lo que diferencia la *asociación* y la *sociedad* de los demás contratos es la realización de un *fin común*.

La *asociación* se distingue de la *sociedad* en que, a diferencia de aquella, esta persigue fines lucrativos; además, la sociedad tiene por causa el interés personal de los socios, lo cual no ocurre en la asociación.[9] La asociación y la sociedad pertenecen al género *comunidad*, de la que también forma parte la *copropiedad*.[10]

11.4 Tipos de contratos asociativos

11.4.1 Los contratos asociativos de naturaleza civil y mercantil

Algunas relaciones asociativas tienen carácter civil y otras gozan de naturaleza mercantil. El derecho civil regula la asociación civil, la sociedad civil y la aparcería, además de otras figuras especiales, como las instituciones de asistencia privada, las fundaciones y la asociación de condóminos.

No obstante, el derecho mercantil ha recogido una gran variedad de contratos asociativos, entre los cuales pueden enunciarse los siguientes:

a) La sociedad en nombre colectivo, la sociedad en comandita simple y por acciones, la sociedad de responsabilidad limitada, la sociedad anónima, la sociedad por acciones simplificada y la asociación en participación, todas en la *Ley General de Sociedades Mercantiles* (LGSM).

b) La sociedad cooperativa, en la *Ley General de Sociedades Cooperativas* (LGSC), así como las sociedades cooperativas de ahorro y préstamo, en la *Ley para Regular las Actividades de las Sociedades Cooperativas de Ahorro y Préstamo* (LRASCAP).

c) La sociedad anónima promotora de inversión, la sociedad anónima promotora de inversión bursátil y la sociedad anónima bursátil, en la *Ley del Mercado de Valores* (LMV).

d) La sociedad de producción rural, en la *Ley Agraria* (LA).

[8] Para Barrera, en sentido amplio, la asociación sería el género y esas otras formas serían figuras específicas de asociación (Jorge Barrera Graf, *Instituciones de derecho mercantil*, Porrúa, México, 1989, p. 259). *Cfr.* Eduardo A. Zannoni, "Contrato asociativo y sociedad", *Revista de derecho privado y comunitario*, núm. 3, Contratos modernos, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1993, p. 72; Eugene Petit, *Derecho romano*, 13ª ed., Porrúa, México, 1997, p. 405; Joaquín Garrigues, *Curso de derecho mercantil*, t. I, Porrúa, México, 1987, p. 307; *Enciclopedia Jurídica Omeba*, tomo I, Driskill, Buenos Aires, 1986, p. 849.

[9] *Cfr.* Eugene Petit, *op. cit.*, p. 405; *Enciclopedia Jurídica Omeba*, t. I, p. 849.

[10] *Cfr.* Rafael Rojina Villegas, *Derecho civil mexicano*, t. VI, vol. II, 7ª ed., Porrúa, México, 2001, pp. 146 y 147.



e) La sociedad de responsabilidad limitada microindustrial, en la *Ley Federal para el Fomento de la Microindustria y la Actividad Artesanal* (LFFMAA).

f) La sociedad de responsabilidad limitada de interés público, en la *Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de Interés Público* (LSRLIP).

g) La sociedad de solidaridad social, en la *Ley de Sociedades de Solidaridad Social* (LSSS).

h) Las sociedades mutualistas de seguros, en la *Ley de Instituciones de Seguros y de Fianzas* (LISF).

Enseguida nos ocuparemos de la diferencia entre la asociación civil y la sociedad civil, y entre esta y las sociedades mercantiles.

a) Diferencia entre la asociación civil y la sociedad civil. La asociación civil se distingue de la sociedad civil por su *finalidad económica*; mientras la *asociación civil* tiene por objeto realizar actividades que no son de naturaleza económica preponderante (arts. 2679 y 25, fraccs. IV y VI, CCDF), como aquellas de carácter artístico, cultural, deportivo, profesional, religioso, político, de esparcimiento, altruista, de beneficencia, humanitario, etc., el fin de la *sociedad civil* es efectuar operaciones de carácter en esencia económico, que no lleguen a representar una especulación comercial (art. 2688, CCDF).

Estos contratos asociativos se diferencian a partir de otros aspectos que serán analizados en un apartado posterior.

b) Diferencia entre la sociedad civil y las sociedades mercantiles. La *sociedad civil* se diferencia de las sociedades mercantiles en que aquella, aun cuando tenga una finalidad económica, nunca debe constituir una especulación comercial o, de lo contrario, se le considerará sociedad mercantil; en cambio, las sociedades mercantiles, por lo general, persiguen un propósito lucrativo.[11]

Es preciso señalar que, en México, la regulación de las sociedades mercantiles se ha apoyado en "un sistema formal sin excepciones ni atenuaciones".[12] La enumeración de los tipos sociales en el art. 1º de la LGSM constituye un *numerus clausus*,[13] dado que "no tiene el carácter de enunciativa, sino precisamente de limitativa y para asegurar la vigencia del sistema, [la ley] adopta un criterio rigurosamente formal en lo que toca a la determinación del carácter mercantil de las sociedades", tal como se señala en la Exposición de Motivos del mencionado ordenamiento.[14] De acuerdo con ese sistema, "se reputarán mercantiles todas las sociedades que se constituyan en algunas de las formas reconocidas" en el referido artículo (arts. 2695, CCDF, y 4º, LGSM).

No obstante, la finalidad especulativa también otorga carácter mercantil a las sociedades.[15] Esto se debe a que el art. 2688 del CCDF parte de un criterio objetivo negativo para señalar que

[11] *Cfr.* Jorge Barrera Graf, *op. cit.*, p. 253.

[12] Joaquín Rodríguez y Rodríguez, *Tratado de sociedades mercantiles*, t. I, 6a. ed., Porrúa, México, 1981, p. 7.

[13] *Cfr.* Manuel García Rendón, *Sociedades mercantiles*, Harla, México, 1993, p. 152. (Véase también: *Sociedades mercantiles*, 2ª ed., Oxford University Press, México, 1999.)

[14] Joaquín Rodríguez, *op. cit.*, p. 8. Lo señalado entre corchetes es nuestro.

[15] *Cfr.* Jorge Barrera Graf, *op. cit.*, p. 261.

no será una sociedad civil aquella que realice actividades que constituyan una especulación comercial; esto es, se trata de "sociedades con forma civil que realizan habitualmente actos de comercio", las cuales tendrán el carácter de comerciantes y habrán de ser tratadas como *sociedades en nombre colectivo* por tener "una estructura prácticamente igual a la de las sociedades civiles".[16]

Para Ramón Sánchez Medal, sin embargo, una *sociedad civil* que se dedicara a realizar actos mercantiles de manera habitual o que tuviera como finalidad efectuar actos de especulación comercial se consideraría una *sociedad mercantil irregular* (Mantilla Molina).[17]

11.4.2 Las sociedades de personas, las sociedades de capital y las sociedades mixtas

En función de la relevancia que se atribuya a las personas que participan como socios en la sociedad, o bien, de las aportaciones que estos realicen a la misma, las sociedades se clasifican en *sociedades de personas*, *sociedades de capital* y *sociedades mixtas*.

En las *sociedades de personas* (o *personalistas*) son más relevantes las cualidades personales de los socios (son *intuitu personae*) que el capital que pudieran aportar a la sociedad. Esto explica el régimen jurídico al que están sujetas: son sociedades cerradas y privadas; se prohíbe el ingreso de nuevos socios sin el consentimiento unánime de los demás; se contemplan causas de separación y exclusión de socios; los socios responden de manera personal con sus bienes a las deudas de la sociedad, responsabilidad que es subsidiaria e ilimitada porque las aportaciones de los socios se colocan en un segundo plano e incluso pueden consistir en servicios; la administración de la sociedad se reserva a los socios, como una consecuencia del régimen de responsabilidad al que están sujetos. La *sociedad civil* forma parte de las *sociedades personalistas*[18] y, en la materia mercantil, la *sociedad en nombre colectivo*.

En cambio, en las *sociedades de capital* (o *capitalistas*), el peso específico descansa en el capital que los socios aportan (son *intuitu capitalis*), por lo que las cualidades personales de los integrantes no son tan relevantes. De ahí las reglas a que están sometidas: son sociedades abiertas y públicas; la calidad de socio es transmisible; las causas de separación y exclusión se restringen de manera notable; la responsabilidad de los socios por las deudas sociales se limita al monto de sus aportaciones; se permite que la administración recaiga en terceras personas. El paradigma de este tipo de sociedades es la *sociedad anónima*.[19]

Por último, en las *sociedades mixtas* se establece, en términos generales, un equilibrio entre las disposiciones de carácter capitalista y personalista que las caracterizan. El referente

[16] Con la diferencia de que la responsabilidad subsidiaria por las obligaciones civiles queda limitada en la sociedad civil, salvo pacto que la amplíe, a los administradores sociales (*cfr.* Joaquín Rodríguez, *op. cit.*, p. 10).

[17] *Cfr.* Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, pp. 405 y 406.

[18] *Cfr.* Rafael Rojina Villegas, *op. cit.*, p. 183.

[19] El carácter capitalista de esta se ha venido matizando con algunas disposiciones de naturaleza personalista que se han considerado en su regulación legal, como se deduce de las reformas a la LGSM del 13 de junio de 2014.

de estas sociedades son la *sociedad en comandita simple* y la *sociedad de responsabilidad limitada*.

11.4.3 La teoría contractual, institucional y funcional de las sociedades mercantiles

Las teorías que han pretendido explicar la naturaleza de las sociedades, en particular en el ámbito mercantil, se han dividido tradicionalmente entre aquellas que les atribuyen un *carácter contractual* y aquellas que sostienen la *esencia institucional* de las mismas.

En la *corriente contractualista*, el énfasis recae en el aspecto contractual de la sociedad. Para esta teoría, el interés de la sociedad es, en realidad, el *interés de los socios*, lo cual justifica la prevalencia del *principio de la autonomía privada* en las relaciones de sociedad. En general, las *sociedades de personas* cuentan con una organización *contractualizada* entre quienes participan en la sociedad, que se sustenta en la confianza recíproca entre ellos.

El enfoque *institucionalista* sostiene que la sociedad es una *institución* y, por consiguiente, el interés que tiene prevalece sobre el interés de los socios. Es aquel un interés superior por cuanto la persona jurídica surge de la relación, es un *ente independiente* y *autónomo* respecto de los socios. Esta corriente deja poco margen a la autonomía privada, dado que las normas que regulan a la sociedad se consideran imperativas. Las *sociedades de capital* han adoptado, de ordinario, un modelo de organización institucional y corporativo.

La corriente institucionalista dominó en Europa continental y en América Latina. En México, la LGSM reguló las sociedades con base en esa teoría, la cual perduró hasta la reforma del 13 de junio de 2014, que cambió de paradigma al establecerse que en materia de sociedades mercantiles prevalece el principio de libertad contractual (art. 8, segundo párrafo, LGSM).

Una tercera posición respecto de la naturaleza de las sociedades es aquella que adopta una concepción *funcionalista* de las mismas. Se parte de la idea de que la teoría *institucionalista* y la *contractualista* son el resultado de un enfoque meramente técnico, que solo describe *cómo* deben funcionar los mecanismos societarios, sin dilucidar *por qué*, con lo cual se ignora o niega el aspecto funcional de las sociedades.[20]

Desde esta perspectiva –que acoge una *metodología inductiva* y *realista*–, la sociedad es una *técnica de organización de una empresa*, que opera por medio de una agrupación de personas en las *sociedades personalistas*, o bien, mediante la reunión y gestión de capitales en las *sociedades capitalistas*, donde se confiere un mayor énfasis a la comprensión contractual de la sociedad y su función.

El *interés de la sociedad* es, en realidad, el *interés de la empresa* que organiza.[21] De esta manera, el interés social, esto es, el *interés de la persona jurídica*, está integrado por una pluralidad de componentes, como el interés colectivo de los trabajadores, acreedores, proveedores,

[20] Christine Pauleau, *El régimen jurídico de las joint ventures*, Biblioteca Jurídica Cuatrecasas, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 289 y 291.

[21] *Ibidem*, pp. 293, 294 y 303.

clientes, etc. No obstante, satisfacer el *interés de la empresa* implica, también, satisfacer los intereses individuales de los socios, ya que la realización del fin social les permite lograr los fines por los cuales contrataron. De ahí que "en las sociedades, el interés de la empresa [sea] inseparable del interés de los socios".[22]

De esta manera, el *interés de la sociedad*, en el sentido de *interés de la empresa*, presenta, por una parte, el *interés inmediato* de los socios, que comporta "tomar en consideración sus legítimos deseos de remuneración y de valorización de la inversión realizada"; por otra, el *interés diferido* de la persona jurídica, que implica asegurar su continuidad.[23]

La regulación de la sociedad anónima promotora de inversión en la *Ley del Mercado de Valores* (2005), las modificaciones realizadas a la sociedad anónima ordinaria (2014) y la recepción de la sociedad por acciones simplificada (2016) en la LGSM atienden, precisamente, un enfoque funcionalista de las sociedades.

11.5 Tipicidad y atipicidad de los contratos asociativos

Las figuras jurídicas pertenecientes a los *contratos asociativos* se han diversificado de forma tal que no es posible encuadrar todas las relaciones de asociación en alguna de las instituciones reguladas. Sin embargo, todas estas figuras están dentro de la especie *asociación* o *sociedad*.

Este fenómeno se debe a que las figuras asociativas y societarias tipizadas[24] han sido rebasadas por la evolución y complejidad del sistema económico,[25] por lo cual la materia de los *contratos asociativos* ha incursionado en el campo de la atipicidad contractual.[26]

Como ejemplo se pueden mencionar, en el ámbito civil, los centros comerciales, los *country clubs*, las asociaciones de condóminos, las asociaciones de colonos, las asociaciones de locatarios en mercados públicos, las asociaciones de tianguistas (en mercados ambulantes), etc. En la materia mercantil encontramos la *joint venture*, el consorcio, las agrupaciones de colaboración, las uniones transitorias de empresas, los grupos de interés económico, etcétera.

11.6 Los contratos asociativos y la personalidad jurídica

En México, la asociación civil (art. 25, fraccs. IV y VI, CCDF), la sociedad civil (art. 25, fracc. III, CCDF) y las sociedades mercantiles (arts. 25, fracc. III, CCDF, y 2, LGSM) –con excepción de la

[22] *Ibidem*, p. 304.

[23] *Ibidem*, p. 305.

[24] La tipización contractual se refiere a los contratos que se hallan debidamente regulados en cuanto a su contenido obligacional en la legislación.

[25] María del Rosario Valpuesta *et al.*, *op. cit.*, p. 762.

[26] Los contratos atípicos son aquellos cuyo contenido obligacional concreto no se encuentra regulado en la legislación.

asociación en participación– son consideradas *personas jurídicas*; esto es, se les reconoce personalidad jurídica y patrimonio propio, distintos a los de los asociados o socios que participan en ellas.

Entre las consecuencias más importantes que derivan del hecho de que la asociación y la sociedad estén dotadas de personalidad jurídica, se encuentran las siguientes:

1. La asociación y la sociedad, como se señaló, son *personas* diferentes de los asociados o socios que las conforman.
2. Tienen un *patrimonio autónomo*, esto es, un patrimonio distinto al de los asociados o socios. Por consiguiente, dicho patrimonio no constituye una copropiedad en la que los asociados o socios tengan participación.
3. Los asociados o socios tienen solo un derecho de crédito en relación con el patrimonio de la sociedad y, como tal, se considera un *bien mueble*, aunque el patrimonio en cuestión esté integrado por bienes inmuebles.
4. Las relaciones jurídicas que se establecen entre la sociedad y los terceros son distintas a las constituidas por los socios.
5. El patrimonio de la sociedad funge como garantía preferente de los acreedores de la misma.
6. La sociedad puede tener el carácter de acreedor y deudor de los socios y, a su vez, los socios pueden ser acreedores y deudores de la sociedad.

No debe identificarse la personalidad jurídica como propia de la *asociación* y de la *sociedad*, pues su rasgo primordial está en la colaboración para un fin común.

El hecho de que se atribuya personalidad jurídica a la asociación y a la sociedad constituye, en realidad, una técnica para imputar a un *ente ideal* un cúmulo de derechos y obligaciones que corresponden a todos los asociados o socios, dado que es complicado que los primeros sean ejercidos y los segundos satisfechos por todos ellos en conjunto. En algunos casos, incluso, la atribución de personalidad jurídica representa una forma de limitar la responsabilidad de los socios, especialmente en aquellas sociedades que el legislador ha estructurado justo con esa finalidad.

En este sentido, "nada impide que dos o más personas resuelvan asociarse haciendo aportes al servicio de una actividad en común, para la obtención de una finalidad cualquiera, sin constituir para ello" una persona jurídica.[27]

En México, desde el Código Civil de 1870 se reconoció que la sociedad civil constituía un ente cuya naturaleza es distinta a la de los socios: en el art. 2362 del referido código se afirmó que la sociedad tenía personalidad jurídica; por consiguiente, la sociedad podía "ser deudora o acreedora de los socios, los derechos y obligaciones de éstos [eran] independientes de los de aquélla y no se identifican" (art. 2231, Código Civil de 1884).

[27] Eduardo A. Zannoni, *op. cit.*, p. 71.

No obstante, parecía haber una contradicción con la definición del contrato de sociedad, en la que se presentaba como un rasgo fundamental la puesta en común de bienes o industria por parte de los socios, lo cual fue interpretado en el sentido de que la sociedad comportaba el establecimiento de una *comunidad de bienes* o *de copropiedad* respecto de tales bienes, por lo cual no se admitía un patrimonio autónomo de la sociedad y, por consiguiente, tampoco la existencia de una persona jurídica que fuera titular del mismo.[28]

De acuerdo con Rojina Villegas, la definición de sociedad significaba que había "un patrimonio común sujeto a copropiedad, y que los copropietarios no [constituían] una personalidad jurídica, de tal suerte que la sociedad no [ejercía] un derecho de propiedad como persona distinta de la de los socios, sobre un patrimonio que le [perteneciera] independientemente de los patrimonios de éstos". De esta manera, la sociedad tenía como finalidad que los socios se dividieran entre sí el dominio de los bienes; es decir, el objetivo primordial era llevar a cabo la división del patrimonio común.[29]

11.7 La sociedad como contrato y como persona jurídica. Las relaciones internas y externas

En especial, la sociedad ha sido estudiada desde dos perspectivas distintas:[30] *a)* en su aspecto interno, como contrato, y *b)* en su aspecto externo, como persona jurídica. De ahí derivan las diferentes relaciones jurídicas que tienen lugar a partir de la *sociedad*: *a)* los vínculos internos que se producen entre esta y cada uno de los socios, y entre los socios mismos,[31] y *b)* los nexos externos generados entre la propia sociedad y los terceros, o entre estos con la sociedad y sus socios. La sociedad como *ente* surge del contrato social debido a que la norma jurídica reconoce,[32] como consecuencia de este, la personalidad de aquella. Según Rodríguez, "la personalidad y el contrato son inseparables".[33]

El vínculo entre la sociedad como contrato y como persona jurídica se aparta de la simple relación de dependencia de una hacia el otro. Y es que una "vez que la sociedad, en cuanto ente, comienza a funcionar como tal, funcionamiento para el cual depende de la conformación de un contrato de sociedad, adquiere una existencia propia, que sólo parcialmente se ve influenciada por las vicisitudes jurídicas que afecten al contrato constitutivo y a su validez".[34]

[28] *Cfr.* Rafael Rojina Villegas, *op. cit.*, p. 134.

[29] *Ibidem*, pp. 134-136.

[30] Un tercer ángulo desde el que Barrera Graf ha recomendado analizar la sociedad es "como entes en funcionamiento", que se refiere al ejercicio de una actividad económica (*cfr.* Jorge Barrera Graf, *op. cit.*, p. 253).

[31] Barrera incluye dentro de las relaciones internas las de los órganos de administración y vigilancia (*cfr.* Jorge Barrera Graf, *op. cit.*, p. 257).

[32] Al respecto adoptamos la tesis de Ferrara.

[33] Joaquín Rodríguez, *op. cit.*, p. 103.

[34] Guillermo Cabanellas de las Cuevas, *Derecho societario. Parte general. La personalidad jurídica societaria*, Heliasta, Buenos Aires, 1994, pp. 25 y 44.



En efecto, *a)* la nulidad del vínculo que relaciona a uno de los socios con la sociedad no extingue el contrato social; *b)* la imposibilidad de cumplir la prestación por alguno de los socios solo extingue los derechos y obligaciones que a este corresponden, sin afectar el vínculo del resto de los socios; *c)* el incumplimiento de la obligación de aportar no autoriza a los demás socios a dejar de cumplir su prestación, por lo que es inadmisible la *exceptio non adimpleti contractus*. En los dos primeros casos, *d)* la ineficacia de la relación del socio con la sociedad afectará a esta en la hipótesis de que origine, a la vez, causa de disolución.[35]

La regulación de las relaciones internas en la sociedad se atribuye,[36] por tradición, a las disposiciones acordadas por los socios,[37] derivadas del contrato de sociedad, del estatuto y de los acuerdos de asamblea. De estos instrumentos surge la forma en que habrán de desarrollarse tales relaciones, así como los derechos y obligaciones que corresponden a los socios con motivo de la sociedad.

El art. 28 del CCDF dispone que "las personas morales se regirán por las leyes correspondientes, por su escritura constitutiva y por sus estatutos".

Es preciso señalar que las obligaciones que produce el contrato de sociedad no se establecen respecto de los socios entre sí, sino entre cada uno de estos con la sociedad como persona jurídica.[38]

11.8 La naturaleza jurídica de los contratos asociativos

Aun cuando en alguna época se dudó, en especial, que la *sociedad* tuviera carácter contractual porque algunas de las consecuencias que producía se apartaban de los contratos ordinarios, en la actualidad se reconoce que esa clase de relaciones constituyen, en realidad, una forma particular de contratos a los que se denominó *contratos de organización* (o *contratos plurilaterales*), que se sitúan al lado de los *contratos de cambio* (o *contratos de intercambio*), dentro de la categoría de los contratos en general.

Se parte del hecho de que el *contrato de sociedad* presenta caracteres distintos a los contratos ordinarios: por ejemplo, *a)* la situación de los socios respecto de la sociedad como persona jurídica que surge por virtud del contrato; *b)* la posibilidad de que se adhieran nuevos socios y se sustituya a los actuales; *c)* las consecuencias que produce el incumplimiento de la obligación de aportar que asumen los socios o la imposibilidad material o jurídica de satisfacer dicha obligación; *d)* los efectos que generan las causas de invalidez de la relación de uno de los socios con la sociedad (por discapacidad o vicios del consentimiento), entre otras

[35] *Cfr.* Joaquín Rodríguez, *op. cit.*, t. I, pp. 22 y 23. Por ejemplo, que el capital social se reduzca por abajo del límite mínimo requerido o que el número de socios llegue a ser inferior al necesario.

[36] Desde luego, además de las normas legales que rigen la materia.

[37] También podría considerarse como fuente de esas relaciones la sentencia que se dicte en una controversia surgida con motivo de la relación societaria.

[38] *Cfr.* Rafael Rojina Villegas, *op. cit.*, pp. 140 y 165.

peculiaridades. Estos aspectos fueron suficientes para configurar el contrato de sociedad como una categoría distinta de los demás contratos.[39]

La *teoría del contrato de organización* y su aplicación al derecho de sociedades se debe a la doctrina italiana, en particular a Ascarelli.[40]

La expresión *contratos de organización* que ahora se predica respecto de los *contratos asociativos* en general (asociación y sociedad) se refiere a que la sustancia de esa clase de contratos está en *la organización de las partes para desarrollar con posterioridad una actividad determinada para una finalidad común.*

Las diferencias concretas entre los contratos de cambio y los contratos de organización se presentan en el cuadro 11.1.

Cuadro 11.1 Diferencias entre contratos de cambio y contratos de organización.

Contratos de cambio	Contratos de organización
En los contratos de cambio concurren, por lo general, dos partes contratantes. No obstante, en algunos contratos existen tres partes, como ocurre en el contrato de seguro, de transporte y de fideicomiso.	En los contratos de organización puede haber más de dos partes contratantes y, en este sentido, son plurilaterales.
Son *contratos cerrados*, por cuanto a que las partes están impedidas de desvincularse de la relación por voluntad propia. De hecho, solo podría sustituirse una de las partes por medio de la *cesión del contrato*, cuando esta fuera consentida por la otra parte y siempre que se trate de contratos de duración (de ejecución periódica o continua).	Son *contratos abiertos*, en el sentido de que admiten la adhesión de nuevas partes y la posibilidad de que quienes participan en esa clase de contratos desistan, se retiren o, incluso, sean sustituidos o excluidos de la relación. Lo anterior, sin que sea necesario modificar el contrato de organización.
Cada parte se sitúa frente a otra, que es su contraparte.	Cada parte se sitúa frente a todas y cada una de las demás partes.



[39] *Cfr.* Joaquín Rodríguez, *op. cit.*, p. 19.

[40] *Idem.*

Contratos de cambio	Contratos de organización
Las prestaciones en los contratos de cambio tienen un contenido determinado.	Las prestaciones en los contratos de organización son atípicas. Cada parte puede tener una prestación del todo distinta a la que corresponde a los demás, la cual puede ser incluso variable en su contenido: un socio podría aportar capital; otro, bienes inmuebles; otro, su actividad personal; otro, una patente de invención, etcétera.
Las prestaciones de las partes se intercambian (de ahí el nombre de *contratos de cambio*).	Las prestaciones de las partes forman un fondo común.
Los contratos de cambio terminan cuando las partes ejecutan las obligaciones que asumieron.	En los contratos de organización, la realización de las aportaciones de las partes constituye la premisa para la consecución del fin común.
La prestación de cada parte equivale, en sentido económico, a la prestación de la otra parte. De hecho, debe existir una *relación sinalagmática*, esto es, una equivalencia recíproca de las prestaciones de las partes.	No existe una equivalencia económica entre las prestaciones de las partes, pues cada prestación puede tener valor económico diferente. En este sentido, en los contratos de organización la *relación sinalagmática* se refleja, más bien, en la equivalencia entre lo que cada parte aporta y su participación en los beneficios; no entre la referida aportación y lo que las demás partes aportan (*cfr.* Joaquín Rodríguez, *op. cit.*, p. 19). Sánchez Medal señala que en los contratos plurilaterales, las prestaciones de cada parte no se presentan aisladamente en una relación jurídica de equivalencia, ya que dicha relación solo se da entre los derechos y obligaciones de cada parte y los de todas las demás partes (Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 387).

Contratos de cambio	Contratos de organización
Se ha señalado que en los contratos de cambio, cada parte está obligada a aportar su prestación, pero no tiene derecho a ello (*cfr.* Joaquín Rodríguez, *op. cit.*, p. 20). No obstante, debe entenderse que las partes cuentan con el *derecho de cumplir la obligación que han asumido*.	Las partes tienen derecho a aportar la propia prestación, en virtud de que esta es un requisito indispensable para realizar el fin común que el contrato de organización persigue. Y es que, como señala Rodríguez, "la aportación no sólo se hace para la satisfacción de los intereses de los otros contratantes, sino como un medio para la satisfacción de los propios intereses mediante la consecución del fin común". De ahí que el socio tenga derecho a efectuar la prestación, en atención a que solo de esa manera puede cumplirse el contrato (*cfr.* Joaquín Rodríguez, *op. cit.*, p. 21).
En los contratos de cambio, los derechos de cada parte son distintos; por ejemplo, el comprador y el vendedor tienen derechos diferentes.	En los contratos de organización, todas las partes gozan de derechos del mismo tipo (igual cualidad), aun cuando sean diferentes en sentido cuantitativo.
En los contratos de cambio, el consentimiento de las partes se manifiesta al instante, en el momento de celebrarse el contrato, incluso en los contratos de duración, como el arrendamiento (son contratos de *prestaciones duraderas*).	En los contratos de organización, la voluntad de las partes debe expresarse de manera continua y permanente, durante la vigencia de la relación, por cuanto a que esta subsiste mientras se materialice tal voluntad. Esta situación se conoce como *animus societatis* o *affectio societatis* (son contratos de *consentimiento duradero*).
La manifestación de voluntad realizada por una persona con discapacidad o afectada por vicios del consentimiento, causa la nulidad del contrato en su totalidad.	En los contratos de organización, por el contrario, la discapacidad o los vicios del consentimiento que afectan a una de las partes solo causan la nulidad de la relación de dicha parte en el contrato, pero no anula el contrato en su conjunto, por lo que este subsiste.
El *incumplimiento* de las obligaciones de una de las partes o la *imposibilidad material o jurídica* de que tales obligaciones se satisfagan, son causas para resolver o rescindir los contratos de cambio (art. 1949, CCDF).	El *incumplimiento* o la *imposibilidad material o jurídica* de cumplir las prestaciones objeto de la aportación de una de las partes en los contratos de organización, no repercute de manera negativa en todo el contrato en su conjunto, sino solo respecto de la relación de la parte que ha incumplido, por lo cual puede ser excluida o separada (arts. 2762, 2676, fracc. I, 2681, 2682, 2707 y 2708, CCDF).

Contratos de cambio	Contratos de organización
En los contratos de cambio, el incumplimiento de una de las partes autoriza a la otra para dejar de cumplir la prestación que le corresponde, mientras que la otra parte cumpla la suya (excepto cuando se hubiera obligado a cumplir en primer término). De este modo, se admite la excepción de contrato no cumplido (*exceptio non adimpleti contractus*).	El incumplimiento de una de las partes no faculta a las demás a suspender el cumplimiento de sus respectivas obligaciones en el contrato de organización; esto es, resulta inadmisible la *exceptio non adimpleti contractus*.

Autoevaluación

1. Precise cuáles son los tres aspectos que comprende el derecho de asociación.
2. ¿Cuál es la diferencia entre el contrato de asociación y el contrato de sociedad?
3. Señale cinco tipos de sociedades mercantiles.
4. ¿Cuál es la diferencia entre la asociación civil y la sociedad civil?
5. ¿Cuál es la diferencia entre la sociedad civil y las sociedades mercantiles?
6. ¿Qué distingue a las sociedades de personas y a las sociedades de capital?
7. Explique en qué consiste la teoría contractualista de las sociedades.
8. Comente en qué consiste la teoría institucionalista de las sociedades.
9. Exponga en qué consiste la teoría funcionalista de las sociedades.
10. ¿Qué relación existe entre los contratos asociativos y la personalidad jurídica?
11. ¿Qué tipo de relaciones jurídicas produce la sociedad como contrato y como persona jurídica?
12. ¿Qué es un contrato de organización?
13. Señale cinco diferencias entre los contratos de cambio y los contratos de organización.

12 capítulo

Sociedad civil

Propósitos

Al finalizar el capítulo, el alumno identificará con precisión los rasgos que caracterizan el contrato de *sociedad civil*, su contenido obligacional, los efectos jurídicos que produce y la manera como termina.

12.1 Concepto

La sociedad es el *contrato plurilateral* por el cual dos o más personas aportan bienes o servicios para realizar un fin común, de carácter económico preponderante, sin que constituya una especulación comercial.

El art. 2688 del *Código Civil para el Distrito Federal* (CCDF) señala que: "Por el contrato de sociedad los socios se obligan mutuamente a combinar sus recursos o sus esfuerzos para la realización de un fin común, de carácter preponderantemente económico, pero que no constituya una especulación comercial."

De acuerdo con Rafael Rojina Villegas, el Código Civil de 1928 modificó

> el criterio restringido de sociedad que tomamos de las legislaciones europeas, en las cuales el fin de la sociedad siempre era la repartición de ganancias y se dispone que el fin de toda sociedad será preponderantemente económico, sin limitarlo a las circunstancias especiales de que haya reparto de utilidades o de pérdidas; se toma simplemente como criterio la naturaleza económica del fin y, por tanto, se amplía el campo de acción de las sociedades... sin que sea menester que haya o no la posibilidad de repartir utilidades o pérdidas.[1]

De esta manera, puede haber *sociedades civiles con fines no lucrativos*, como lo reconoce la *Ley del Impuesto sobre la Renta* (LISR) al regular el régimen de las personas morales con fines no lucrativos (art. 79, fracc. VI, LISR).

[1] Rafael Rojina Villegas, *Derecho civil mexicano*, t. VI, vol. II, 4ª ed., Porrúa, México, 2001, pp. 136 y 137.

El concepto legal del contrato de sociedad (art. 2688, CCDF) ha sido calificado en México como el *concepto genérico* de la señalada figura contractual. En términos generales, los caracteres mínimos que identifican a una *sociedad* son: *a)* un *origen contractual*, que vincula a dos o más personas; *b)* una *contribución* de las partes, que implica la aportación de bienes o servicios, y *c)* un *fin común*, que constituye la causa del contrato.

La sociedad es considerada también una *persona jurídica*; esto es, una entidad dotada de *personalidad* y *patrimonio* propios, distintos de los de los socios. En términos del art. 25, fracc. III, del CCDF, son *personas morales* las sociedades civiles.

En este sentido, la sociedad debe ser estudiada como *contrato* y como *persona jurídica*. De hecho, la *sociedad-persona* surge por virtud del contrato de sociedad.

12.2 Antecedentes

En el derecho romano, la *societas* carecía de personalidad jurídica. La relación de los socios solo tenía eficacia entre ellos; no podía oponerse a terceros, por lo que los efectos de los actos celebrados por los socios con terceros repercutían en primer término en el patrimonio de aquellos. El vínculo se establecía entre el socio y el tercero con el que contrataba.[2]

Por ello, de acuerdo con los fines de la sociedad, el socio tenía el deber de entregar una porción de las ganancias obtenidas por los actos realizados a los demás socios, pero también le correspondía el derecho de recuperar una parte proporcional de las pérdidas sufridas.[3] De igual manera, se le otorgaba el derecho de recibir una parte de las ganancias obtenidas por los demás, y la obligación de contribuir a las pérdidas que aquellos hubieren resentido.[4] A esto se le denominó *comunicare*.[5]

En México, la *sociedad civil* y la *sociedad en nombre colectivo* son las que más semejanza tienen con la *societas* romana.[6]

12.3 Clasificación

La sociedad civil es un *contrato definitivo, formal* por oposición a consensual, *plurilateral* y *de organización* en el sentido que se explicó en el capítulo relativo a los contratos asociativos.

[2] Guillermo Floris Margadant, *Derecho romano*, Esfinge, México, 1977, p. 421.

[3] *Idem*.

[4] *Idem*.

[5] Cada uno de los asociados debe hacer común a los demás no solo lo que ha prometido aportar, sino también el resultado de las operaciones que ha realizado para la sociedad (Paulo, L. 1, &1, y L. 74, D., pro soc XVII, 2). Eugene Petit, *Derecho romano*, 13ª ed., Porrúa, México, 1997, p. 409.

[6] Mantilla Molina solo se refiere a la *sociedad colectiva*. *Cfr.* Roberto L. Mantilla Molina, *Derecho mercantil*, 26ª ed., Porrúa, México, 1989, p. 261.

Es también un *contrato oneroso* por producir derechos y deberes recíprocos, solo que tal reciprocidad no se presenta entre los socios, sino entre estos y la sociedad civil que como persona jurídica se crea en virtud de este contrato.[7]

El contrato de sociedad es *conmutativo*, pues al momento de celebrarse, los socios saben que podrían tener ganancias o pérdidas por su participación.

Por último, es un contrato *intuitu personae*, en razón de que los socios se vinculan entre sí en una sociedad civil, en atención a las cualidades personales de cada uno de ellos. De hecho, la propia sociedad civil, considerada como persona jurídica, ha sido calificada como una sociedad de personas.

12.4 La sociedad como contrato

12.4.1 El contrato social y los estatutos

El *contrato social* es el negocio jurídico constitutivo de la sociedad, el cual incluye los datos para determinar la personalidad de la sociedad (nombre, domicilio, finalidad común, duración y, en su caso, el capital social), los derechos y deberes de los socios, así como la estructura orgánica de la sociedad. En cambio, los *estatutos* se refieren al conjunto de normas relativas a la organización y el funcionamiento de la sociedad.[8]

Tratándose de una *sociedad civil*, modificar el contrato social o los estatutos requiere el *acuerdo unánime* de los socios (art. 2698, CCDF), lo cual se explica a partir de su carácter de *sociedad personalista*. No obstante, el CCDF no establece que esa clase de acuerdos deba tomarse en asamblea de socios; por consiguiente, habrá de estimarse que el acuerdo sobre la modificación en cuestión podría adoptarse fuera de asamblea (art. 2676, CCDF), siempre que sea por unanimidad.

No obstante, es posible establecer en los estatutos de la sociedad que la modificación del contrato social o de los referidos estatutos se acuerde en *asamblea*, por el número de socios que representen un determinado porcentaje del capital social, desde luego, inferior al acuerdo unánime.

La *protección de los derechos de los socios y de los intereses de terceros* exige *a)* que la asamblea se convoque adecuadamente, *b)* que se reúna (por regla general) en el domicilio social, *c)* que se satisfaga el *quórum de presencia* para que la asamblea se reúna de manera válida y *d)* que se alcance el *quórum de votación* requerido para validar el acuerdo. En este sentido, modificar el contrato social y los estatutos no está sujeto a las mismas reglas de los contratos de cambio.

[7] *Cfr.* Francisco Lozano Noriega, *Cuarto curso de derecho civil. Contratos*, 6ª ed., Asociación Nacional del Notariado Mexicano, México, 2001, p. 318.

[8] *Cfr.* Joaquín Rodríguez y Rodríguez, *Tratado de sociedades mercantiles*, t. I, 6ª ed., Porrúa, México, 1981, pp. 13, 338 y 339.

Es importante hacer notar que el acuerdo de asamblea sobre la modificación del contrato social o de los estatutos sociales no altera el estatus de los socios, ni aumenta las obligaciones a su cargo y en favor de la sociedad, a menos que los mismos socios lo consientan o aprueben.[9]

12.4.2 Las partes contratantes en la sociedad

Las partes en el contrato de sociedad se denominan *socios* y solo requieren la *capacidad general* para contratar (art. 1798, CCDF), a fin de estar en condiciones de celebrar esta clase de contratos. Los socios pueden ser personas naturales o jurídicas y estarán *legitimados* para disponer de los bienes que, en su caso, aporten a la asociación.

Los menores emancipados están impedidos para obligarse en un contrato de sociedad a aportar bienes inmuebles, pues solo están facultados para enajenar bienes muebles y constituir derechos reales sobre los mismos, pero de ninguna manera para realizar actos de dominio sobre inmuebles.[10]

Las personas que ejercen la patria potestad o la tutela no pueden aportar a una sociedad civil bienes inmuebles o muebles preciosos pertenecientes a los hijos o, en su caso, a los menores o discapaces, en virtud de que la enajenación de esa clase de bienes solo se autoriza cuando haya una causa de absoluta necesidad o evidente beneficio para ellos (arts. 436 y 561, CCDF), la cual difícilmente estará presente por participar en una sociedad civil.

Los *mandatarios* o *apoderados* requieren facultades especiales para constituir la sociedad civil y aportar bienes al capital social de la asociación.

La sociedad puede *admitir* y *excluir* socios (art. 2672, CCDF, por analogía). La admisión requiere, sin embargo, acuerdo unánime de los demás socios, salvo pacto en contrario (art. 2705, CCDF). La exclusión solo puede ocurrir por causas graves previstas en los estatutos, y para ello se necesita también el acuerdo unánime del resto de los socios (art. 2707, CCDF).

Asimismo, los socios solo tienen *derecho a separarse* de la sociedad en dos casos: *a)* cuando se decreta un aumento de capital y se les obliga a realizar aportaciones suplementarias (art. 2703, CCDF), y *b)* cuando la sociedad se ha constituido por tiempo indeterminado (art. 2720, fracc. VI, CCDF). En este sentido, el derecho de separación de los socios *no es absoluto.*

El socio que se separe de la sociedad de manera voluntaria en esos dos casos o que sea excluido de ella es responsable de la parte de la pérdida que le corresponda. Por ello, se concede a los socios el derecho de retener la parte del capital y de las utilidades que les pertenezcan hasta que concluyan las operaciones pendientes al tiempo de la separación o de la exclusión; entonces se habrá de realizar la respectiva liquidación (art. 2708, CCDF).

[9] *Cfr.* Jorge Barrera Graf, *Instituciones de derecho mercantil*, Porrúa, México, 1989, p. 614.

[10] *Cfr.* Rafael Rojina Villegas, *op. cit.*, p. 343.

Los socios solo pueden ceder sus derechos con el consentimiento previo y unánime de los demás socios (art. 2750, CCDF), lo cual manifiesta el carácter *intuitu personae* del contrato de sociedad.

En este caso, los socios gozan del *derecho del tanto* para adquirir los derechos del socio que desea transmitirlos. En tal virtud, es necesario que a los socios se les avise antes de que la enajenación se realice para que hagan uso del derecho del tanto en el plazo de ocho días contados desde que reciban el aviso correspondiente. Si varios socios quisieran ejercer el derecho en cuestión, podrán hacerlo todos en la proporción que representen en el capital social de la sociedad (art. 2706, CCDF).

Una persona puede ingresar como socio después de constituida la sociedad. No obstante, la expresión de voluntad de los socios de pertenecer a esta no se agota en ese solo instante, sino que debe manifestarse de manera continua durante el tiempo que subsista su relación con la sociedad. A esto se le conoce como *affectio societatis*.

12.4.3 El objeto del contrato de sociedad

El objeto del contrato de sociedad es la *aportación* de los socios (arts. 2689, 3072, fracc. IV, CCDF), la cual representa, además, la obligación básica a cargo de ellos. Esta puede consistir *a)* en bienes (*aportación de capital*), *b)* en servicios (*aportación de industria*) o *c)* en ambas (*aportación mixta*).

Las aportaciones de capital pueden ser en *dinero* o en *especie*, esto es, en otra clase de bienes, en tanto que las aportaciones de industria se refieren a *servicios* prestados a la sociedad. Las aportaciones mixtas se conforman por contribuciones de capital y de industria.

La aportación de bienes implica la *transmisión de propiedad* de los mismos a la sociedad, a menos que se pacte que la aportación tenga un carácter distinto, por ejemplo, de uso (art. 2689, CCDF).

En ese sentido, el socio que aporta bienes en *propiedad* a la sociedad tendrá todas las obligaciones que corresponden al enajenante a título oneroso, como son: custodiar los bienes hasta el momento de entregarlos a la sociedad, entregar los bienes y transmitir la propiedad de los mismos a la sociedad, garantizar el hecho personal, los defectos de los bienes aportados y responder por la evicción (art. 2702, primera parte, CCDF). Asimismo, si la aportación de bienes fuera *traslativa de uso*, el socio estará obligado en los mismos términos que un arrendador (art. 2702, segunda parte, CCDF); y si se tratara de la *aportación de servicios*, resultarán aplicables las reglas de los contratos de prestación de servicios.[11]

Los socios no pueden ser forzados a realizar *aportaciones suplementarias* o *adicionales* a las que se obligaron desde la constitución de la sociedad, salvo que se hubieran comprometido a efectuarlas en el contrato de sociedad.[12] En el supuesto de que la mayoría de socios haya

[11] *Ibidem*, pp. 160 y 161.

[12] *Ibidem*, p. 168.

acordado el aumento del capital social, quienes estuvieren en desacuerdo podrían separarse de la sociedad (art. 2703, CCDF).

Es preciso mencionar que la aportación se efectúa frente a la sociedad por ser esta la acreedora de la prestación y no los socios. Así, solo el órgano de administración puede exigir a los socios el cumplimiento de la obligación de aportar; o bien, los representantes especiales en caso de liquidación (liquidador) o quiebra (síndico).[13]

El objeto del contrato de sociedad no debe confundirse con el *objeto social* de la asociación, que representa la *finalidad común* de la sociedad, entendida como persona jurídica.

12.4.4 La forma del contrato de sociedad

El contrato de sociedad debe constar por escrito (art. 2690, CCDF) e inscribirse en el Registro Público de la Propiedad, en la sección correspondiente a *personas morales*, para que produzca efectos contra terceros (arts. 2694, 3007, 3071 a 3073, CCDF). No obstante, para su inscripción en el referido registro, el contrato de sociedad habrá de otorgarse en *escritura pública* o *documento privado ratificado* ante *fedatario público* (notario, registrador o juez) (art. 3005, fraccs. I y III, CCDF). En la misma forma deben hacerse constar las reformas o modificaciones al contrato de sociedad y a sus estatutos (art. 3071, fracc. I, CCDF).

Asimismo, el contrato requiere formalizarse en escritura pública cuando a la sociedad se transmitan en propiedad bienes inmuebles (art. 2690, CCDF).

El contrato de sociedad debe presentar, por lo menos, los datos siguientes: *a)* el nombre de los socios, *b)* la razón social de la sociedad, *c)* el objeto social, *d)* el capital social y *e)* las aportaciones con que cada socio habrá de contribuir (art. 2693, CCDF). De la misma manera, el contrato incluirá: *f)* la duración; *g)* el domicilio de la sociedad; *h)* el nombre de los administradores; *i)* las facultades que se confieren a estos; *j)* la manera de distribuirse las utilidades y las pérdidas, en su caso; *k)* el carácter de los socios y su responsabilidad ilimitada, cuando la tuvieren (art. 3072, CCDF); *l)* las reglas a que se sujetarán las asambleas de socios y *m)* los derechos y deberes de los socios, entre otras.

La omisión de los primeros cinco requisitos da lugar a la liquidación de la sociedad (arts. 2692 y 2691, CCDF).

Respecto del capital social, Rodríguez y Rodríguez opina que las sociedades civiles pueden constituirse sin aportaciones materiales, por lo cual será suficiente que los socios aporten su esfuerzo personal. El citado autor sustenta su posición en que "el contrato de sociedad supone el mutuo compromiso de combinar recursos o esfuerzos". El capital en las sociedades civiles no es un requisito esencial, pues en el ámbito civil "pueden existir sociedades sin patrimonio".[14]

[13] *Cfr.* Joaquín Rodríguez, *op. cit.*, p. 35.

[14] Joaquín Rodríguez, *op. cit.*, pp. 33 y 34.



En el Código Civil de 1884 se permitió constituir una sociedad de manera verbal e incluso manifestar el consentimiento en forma tácita, cuando el objeto o capital de la sociedad no excediera de 300 pesos (art. 2225). Al respecto, el art. 2227 del referido código señalaba que bastaría el consentimiento tácito para celebrar el contrato de sociedad, el cual se materializaba "en hechos que lo [hicieran] presumir de un modo necesario". Como señala Rojina Villegas, el consentimiento tácito se caracterizaba por la realización del fin común.[15]

Es preciso aclarar que, antes de constituir la sociedad, la Secretaría de Economía debe autorizar el uso de la razón social de la sociedad civil (art. 15, *Ley de Inversión Extranjera*, LIE), la cual se otorga conforme el *Reglamento para la Autorización de Uso de Denominaciones y Razones Sociales*.[16] El *aviso de uso* de la razón social ha de darse dentro del plazo de 180 días naturales desde la fecha de la autorización (art. 24, Reglamento), o bien, en forma extemporánea dentro de los 30 días naturales siguientes a la conclusión de dicho plazo (art. 27, Reglamento).

Asimismo, se requiere la autorización de la Secretaría de Economía para que las sociedades civiles constituidas cambien su razón social (art. 16, primer párrafo, LIE).

En los estatutos de las sociedades civiles que se constituyan deberá insertarse la *cláusula de exclusión de extranjeros* o, en su caso, la *cláusula Calvo*; esto es, el *convenio de admisión de extranjeros* previsto en la fracc. I del art. 27 constitucional (arts. 15, LIE, y 14, *Reglamento de la Ley de Inversión Extranjera y del Registro Nacional de Inversiones Extranjeras*, RLIERNIE).

En este sentido, cuando en las sociedades civiles sea posible admitir *socios extranjeros*, se debe establecer en los estatutos sociales la *cláusula Calvo*[17] o el *convenio de admisión de extranjeros*; es decir, el convenio o pacto expreso por el que los socios extranjeros, actuales o futuros, se obligan ante la Secretaría de Relaciones Exteriores a *considerarse como nacionales* respecto de *a)* las acciones, partes sociales o derechos que adquieran de dicha sociedad; *b)* los bienes, derechos, concesiones, participaciones o intereses de que sean titulares tales sociedades, y *c)* los derechos y obligaciones que deriven de los contratos en que sean parte las propias sociedades.

El convenio o pacto debe incluir la renuncia a invocar la protección de sus gobiernos bajo la pena, en caso contrario, de perder en beneficio de la nación los derechos y bienes que los extranjeros hubiesen adquirido (art. 14, RLIERNIE).

Las sociedades civiles se rigen por las leyes correspondientes, la escritura constitutiva y sus *estatutos* (arts. 28 y 2673, CCDF, por analogía).

La *falta de forma* del contrato de sociedad no puede superarse por medio de la acción *pro forma*, porque aun cuando de esta manera se otorgara al contrato la forma legal omitida,

[15] *Cfr.* Rafael Rojina Villegas, *op. cit.*, pp. 164 y 165.

[16] Publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 14 de septiembre de 2012.

[17] En realidad, la cláusula Calvo se refiere al convenio por el cual los extranjeros que adquieren el dominio de tierras y sus accesiones acuerdan "ante la Secretaría de Relaciones [Exteriores] en considerarse como nacionales respecto de dichos bienes y en no invocar por lo mismo la protección de sus gobiernos por lo que se refiere a aquéllos; bajo la pena, en caso de faltar al convenio, de perder en beneficio de la Nación, los bienes que hubieren adquirido en virtud del mismo". Artículo 27, fracc. I, de la Constitución federal.

faltaría la *affectio societatis*.[18] En este caso, los socios podrán pedir, en cualquier tiempo, que la sociedad se disuelva y liquide;[19] mientras tanto, el contrato produce todos sus efectos entre los socios, quienes estarán impedidos de oponer la falta de forma a los terceros que hayan contratado con la sociedad (art. 2691, CCDF).

De esta manera, se deroga la regla que rige en materia de contratos, en los que la falta de forma causa la nulidad relativa del contrato; la razón es que, en materia de sociedades, la falta de forma no origina la nulidad.[20] Esto se debe a que la creación de una sociedad implica realizar operaciones con terceros, por lo cual los efectos que se producen no deben destruirse retroactivamente. De hecho, el único efecto de la nulidad sería la devolución de las aportaciones realizadas por los socios; sin embargo, la liquidación de la sociedad comporta, además de la referida devolución, la percepción de utilidades (art. 2792, CCDF).[21]

También debe inscribirse en el Registro Público de la Propiedad *a)* la disolución de las sociedades civiles, *b)* la protocolización de los estatutos de sociedades extranjeras de carácter civil y sus reformas (art. 3071, CCDF).

12.4.5 La sociedad irregular

Como quedó señalado, la *sociedad civil* debe *a)* satisfacer la *forma escrita* (escritura pública o escrito privado ratificado ante fedatario) y *b) inscribirse* en el Registro Público de la Propiedad para que *produzca efectos contra terceros* (arts. 2690, 2694, 3007, 3017 a 3073, CCDF).[22]

El hecho de que la sociedad civil se *exteriorice frente a terceros*, sin haber satisfecho cualquiera de los dos requisitos antes apuntados –el registro es imposible sin la debida forma–, comporta la presencia de una *sociedad civil irregular*.

De acuerdo con Cabanellas de las Cuevas, son sociedades irregulares "aquellas que teniendo elementos que permitan identificar la voluntad de sujetarse a un tipo determinado, no reúnan los requisitos formales para que tal voluntad, instrumentada en un acto contractual, tenga efectividad como tal".[23]

Las consecuencias jurídicas de la existencia de una *sociedad civil irregular* son: *a)* el reconocimiento de personalidad jurídica; *b)* la plena eficacia del contrato de sociedad entre los socios,

[18] *Cfr.* Ramón Sánchez Medal, *De los contratos civiles*, 25ª ed., Porrúa, México, 2013, p. 389.

[19] La liquidación habrá de realizarse de acuerdo con lo que hayan convenido los socios y, a falta de convenio, conforme a los arts. 2725 al 2735 del CCDF.

[20] *Cfr.* Rafael Rojina Villegas, *op. cit.*, p. 170. En el mismo sentido, Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 405.

[21] *Cfr.* Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 405.

[22] Como sostiene Rodríguez respecto de las sociedades mercantiles, no se trata de "dos requisitos independientes, sino conexos, pues para que pueda procederse a la inscripción en el Registro Público de Comercio, precisa que el documento base de la misma sea una escritura pública" (Joaquín Rodríguez, *op. cit.*, p. 141).

[23] Guillermo Cabanellas de las Cuevas, *Derecho societario. Introducción al derecho societario*, t. I, Heliasta, Buenos Aires, 1993, p. 362. Para Rodríguez, son sociedades irregulares "las que aunque existen, no han cumplido los requisitos de forma marcados por la ley" (Joaquín Rodríguez, *op. cit.*, p. 136).

quienes *c)* estarán impedidos de alegar frente a terceros la señalada irregularidad (art. 2691, CCDF). Además, el principal efecto de la actuación de una *sociedad irregular* es *d) la atribución de responsabilidad solidaria e ilimitada, aunque subsidiaria, de los socios administradores* (pero también de los representantes o mandatarios) *que realicen actos jurídicos por ella* (art. 2704, CCDF); *e)* los *socios culpables* de la irregularidad y los representantes o mandatarios de la *sociedad irregular* resultan responsables de los daños y perjuicios que se cause a los *socios no culpables*.

12.4.6 El contenido del contrato de sociedad

12.4.6.1 Obligaciones de los socios

La sociedad civil genera a cargo de los socios, en términos generales, las obligaciones siguientes:

1. La obligación de aportar bienes (*socio capitalista*), servicios (*socio industrial*) o ambos, según haya sido el compromiso asumido por el socio. Estas aportaciones pueden ser *iniciales* (art. 2688, CCDF), al constituirse la sociedad, o *suplementarias* o *adicionales* (art. 2703, CCDF) por ser aportaciones realizadas después de constituida la sociedad, siempre que se haya pactado efectuar esa clase de aportaciones.

2. La obligación de cubrir las deudas sociales. Los socios administradores responden de las deudas sociales en forma solidaria e ilimitada, aunque subsidiaria (arts. 2704 y 2717, CCDF); esto es, siempre que los bienes de la sociedad sean insuficientes para satisfacerlas. Los demás socios solo responden por el monto de sus aportaciones, salvo pacto en contrario. Es preciso señalar que tales obligaciones subsisten aun después de haberse puesto la sociedad en liquidación (art. 2725, CCDF).

3. La obligación de pagar las pérdidas, las cuales deben ser reportadas por todos los socios (arts. 2729 y 2730, CCDF).

Está prohibida la *sociedad leonina*, aquella en que se estipula que las utilidades (o provechos) pertenecen exclusivamente a algunos socios y las pérdidas son a cargo de otros miembros (art. 2696, CCDF). Tampoco puede pactarse que a los socios capitalistas se les restituya su aportación, más una cantidad adicional, haya o no ganancias (art. 2697, CCDF).

Aun cuando los socios industriales no responden de las pérdidas, a menos que se pacte lo contrario (art. 2735, CCDF), en realidad podría considerarse como pérdida el servicio que realicen, precisamente por no haber sido retribuido.

La responsabilidad en las pérdidas se regula de manera casuista, atendiendo las diversas combinaciones de socios capitalistas y socios industriales (arts. 2732 a 2735, CCDF): en principio, la *aportación de industria* por alguno de los socios debe estimarse en su valor o será preciso fijar una cuota que habrá de recibir el socio por ella (art. 2732, CCDF, a *contrario sensu*). En el supuesto de que se haya omitido establecer cualquiera de los aspectos anteriores y el socio solo contribuyera con su industria, entonces se observarán las reglas siguientes (art. 2732, CCDF):

a) Si el servicio puede prestarlo otro, la cuota del socio será la correspondiente por sueldos u honorarios. Esto mismo se observará si hay varios socios industriales.

b) Si el servicio no puede prestarlo otro, la cuota del socio será igual a la del socio capitalista que tenga más.

c) Si solo hay un socio industrial y otro capitalista, las ganancias se dividirán entre ellos por partes iguales.

d) Si hay varios socios industriales y el servicio no puede prestarlo otro, llevarán entre todos la mitad de las ganancias y la dividirán entre ellos por convenio, y a falta de este, por decisión arbitral.

e) Si el socio industrial contribuyera también con cierto capital, se considerarán este y el servicio por separado (art. 2733, CCDF).

f) Si al terminar la sociedad en que hubiera socios capitalistas e industriales no resultaran ganancias, todo el capital se distribuirá entre los socios capitalistas (art. 2734, CCDF).

La responsabilidad por las pérdidas "sólo recae hasta el monto de las aportaciones y no más allá de éstas, a menos que se trate de socios administradores que responden solidaria e ilimitadamente en unión de la sociedad".[24]

El pago de las aportaciones y el de las pérdidas dentro del importe de las aportaciones puede exigirlo la *sociedad-persona* en contra de los socios. En cambio, el pago de las deudas sociales puede hacerse efectivo por los terceros en contra de la sociedad y de los socios administradores, en forma solidaria (arts. 2704 y 2717, CCDF).[25]

12.4.6.2 Derechos de los socios

Los derechos de los socios se clasifican en *derechos patrimoniales* y *derechos corporativos* o *de consecución*.

Los *derechos patrimoniales* tienen un "contenido económico en interés particular y exclusivo del socio, [y] se ejercen frente a la sociedad"; estos derechos son los fundamentales, por cuanto a que los socios pretenden "una participación en los resultados patrimoniales que se obtengan" de la sociedad.[26] Entre los derechos patrimoniales están *a)* el *derecho a las utilidades*, *b)* el *derecho a la cuota liquidación* y *c)* el *derecho de opción* (o de preferencia) que se concede en las sociedades mixtas o de capital para suscribir las acciones que se emitan en caso de un aumento de capital.[27]

[24] Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 409.

[25] *Idem*.

[26] Joaquín Rodríguez, *op. cit.*, pp. 94 y 95.

[27] Se considera asimismo derecho patrimonial el *derecho a intereses constructivos*, que requiere previsión expresa en los estatutos sociales (*cfr.* Jorge Barrera Graf, *op. cit.*, p. 521). Entre los derechos patrimoniales también se ha incluido el *derecho a transmitir la calidad de socio* (*cfr.* Joaquín Rodríguez, *op. cit.*, pp. 94 y 95).

Los *derechos corporativos* o *de consecución* "son aquellos que, sin tener contenido patrimonial, se exige para el ejercicio de éstos, así como para el funcionamiento de la sociedad y el logro o cumplimiento de sus fines".[28]

Estos se clasifican en *derechos corporativos de administración* y *derechos corporativos de vigilancia*. Los primeros se refieren a todos los derechos que permiten al socio intervenir "directa o indirectamente en la resolución de las actividades administrativas", como serían *a)* el *derecho de deliberar* en las asambleas, *b)* el *derecho de voto*, *c)* el *derecho de oposición* a los acuerdos de asamblea y *d)* el *derecho de nombrar* administradores y representantes. En los segundos están los derechos "por lo cuales los socios pueden informarse y denunciar las actividades sociales, bien sea en relación directa con la sociedad o bien, a través de órganos específicos de vigilancia".[29]

En la sociedad civil, los *derechos patrimoniales* de los socios son los siguientes:

a) El *derecho a las utilidades* (arts. 2692, 2696, 2708, 2729 y 2731, CCDF). En principio, las utilidades no deben distribuirse durante la vida de la sociedad, salvo pacto en contrario. No obstante, las utilidades tienen que repartirse, en todo caso, al disolverse y liquidarse la sociedad (art. 2729, CCDF).

b) El *derecho al reembolso* de las aportaciones, al liquidarse la sociedad, una vez pagadas las deudas sociales (arts. 2730 a 2735, CCDF).

c) El *derecho del tanto* para adquirir las partes sociales que enajenen los demás socios (art. 2706, CCDF).

En una sociedad civil, los socios tienen los siguientes *derechos corporativos* o *de consecución*:

a) El *derecho* de pedir *la convocatoria* a una asamblea para tratar determinados asuntos de su competencia, al órgano de administración de la sociedad y, si este no la hace, al juez de lo civil, siempre que por lo menos 5% de los asociados formulen tal petición (art. 2675, CCDF, por analogía).

b) El *derecho a participar en las asambleas*.

c) El *derecho de voto* en las asambleas. Aun cuando cada socio tiene un voto, puede no ser igual al voto de los demás, ya que el valor del voto está en función de la participación del socio en el capital social de la sociedad (arts. 2706 y 2713, CCDF). El ejercicio del derecho de voto de un socio se suspende cuando se trata de decisiones en que este, su cónyuge o sus familiares cercanos se encuentren directamente interesados (art. 2679, CCDF, por analogía).

d) El *derecho de intervenir en la administración de la sociedad* (arts. 2709, 2713 y 2719, CCDF), pues solo los socios pueden ser administradores y, por consiguiente, no es posible designar como administrador a quien no sea socio (art. 2709, CCDF).

[28] Jorge Barrera Graf, *op. cit.*, p. 522.

[29] Joaquín Rodríguez, *op. cit.*, pp. 94 y 95.

e) El *derecho de vigilancia* para examinar el estado de los negocios sociales y revisar libros y documentos de la sociedad (art. 2710, CCDF).

f) El *derecho de separación* en las situaciones antes previstas; es decir, cuando por mayoría de votos se decreta el aumento de capital o el pago de aportaciones suplementarias (art. 2703, CCDF); o en el caso de una sociedad de duración indeterminada, siempre que la renuncia no sea maliciosa ni extemporánea (arts. 2720, fracc. VI, 2723 y 2724, CCDF).

Los *derechos patrimoniales* y los *derechos corporativos* o *de consecución* se ejercen frente a la sociedad y, mediante la *acción pro socio*, cuando se deducen ante la autoridad judicial.[30]

12.5 La sociedad como persona jurídica

Uno de los principales efectos del *contrato de sociedad* consiste en que da origen a una persona jurídica también conocida como *sociedad* (art. 25, fracc. III, CCDF), la cual está dotada de personalidad jurídica y patrimonio propio distinto del que corresponde a los socios. La sociedad debe tener un nombre que la identifique y habrá de contar con órganos para integrar la voluntad social y representarla en sus relaciones jurídicas con terceros.

El análisis que se realiza en seguida respecto de la sociedad como persona jurídica, la manera como está organizada y funciona, también resulta aplicable a la asociación civil. La asociación y la sociedad tienen una organización semejante en cuanto a su funcionamiento y administración.[31]

12.5.1 Los atributos de la personalidad jurídica de la sociedad

a) Nombre. El nombre es un elemento necesario para que la sociedad funcione, por cuanto que es la denominación específica con la que será conocida, como signo aparente de su existencia.[32] Por medio del nombre la sociedad se ostenta ante el público y se relaciona con terceros.[33]

El nombre puede ser de *carácter personal* (razón social) o *impersonal* (denominación). La *razón social* se forma con el nombre de los socios y se emplea en las sociedades de personas y en las sociedades mixtas. La *denominación*, en cambio, se forma libremente; esto es, puede contener el nombre de los socios o terceros, o bien, integrarse con cualquier otra referencia, por ejemplo, la actividad que la sociedad realizará. Esta denominación se utiliza, por lo general, en las sociedades de capitales y en las sociedades mixtas.[34]

[30] *Cfr.* Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 410.

[31] *Cfr.* Rafael Rojina Villegas, *op. cit.*, p. 146.

[32] *Cfr.* Joaquín Rodríguez, *op. cit.*, p. 57.

[33] *Cfr.* Jorge Barrera Graf, *op. cit.*, p. 305.

[34] *Idem.*

El nombre de la sociedad civil debe ser una *razón social* (arts. 2693, fracc. II, y 2699, CCDF), a la cual habrán de agregarse las palabras "Sociedad Civil" (art. 2699, CCDF). Aun cuando esta expresión no admite abreviaturas,[35] en la práctica se acostumbra utilizar las letras "S. C." para indicar que se trata precisamente de una sociedad civil.

b) Domicilio. El *domicilio social* se refiere al lugar geográfico donde la sociedad tiene su establecimiento principal; para efectos de su indicación, es suficiente precisar el municipio en que dicho establecimiento se localiza.

c) Duración. La duración de la sociedad puede ser definida o indefinida. No se trata, sin embargo, de un requisito que deba figurar en el contrato de sociedad de manera necesaria, pues si se omite, se entiende que la sociedad ha sido constituida por tiempo indefinido. En el contrato de sociedad habrá de precisarse la duración si se la quiere limitar a un plazo determinado (art. 2720, fracc. II, CCDF).

La duración "implica la sumisión de los socios (temporalmente o sin límite de tiempo) al negocio social, así como la subsistencia o no de la sociedad misma, como persona" jurídica.[36]

En el caso de que la sociedad continuara funcionando después de transcurrido el plazo de duración, se entenderá que ha quedado sujeta a una duración indefinida (duración prorrogada por tiempo indefinido), sin necesidad de acuerdo alguno. En este supuesto, la existencia de la sociedad (más bien, su funcionamiento) se podrá demostrar por cualquier medio de prueba (art. 2721, CCDF).

En las sociedades mercantiles, el mero transcurso del plazo de duración al que quedaron sujetas, sin prorrogarlo de manera expresa, causa la disolución automática de la sociedad.

12.5.2 La finalidad común de la sociedad

La *finalidad común* de la sociedad se refiere al tipo de actividad que esta habrá de realizar; conocida también como *objeto social* de la asociación, la finalidad puede expresarse en términos generales o concretos. Como se señaló, no debe confundirse con el objeto del contrato de sociedad, que consiste en las aportaciones de los socios.

La finalidad de la sociedad debe ser *lícita* (no estar prohibida por la ley), *común* (en interés de todos los asociados), *permanente* (no transitoria), *posible* (en los sentidos material y jurídico) y de *carácter económico preponderante, pero sin representar una especulación comercial.*

La precisión de la finalidad de la sociedad es relevante, por cuanto a que la capacidad de las personas jurídicas para realizar sus actividades se determina por el alcance de dicha finalidad, de tal modo que no tendrían capacidad para efectuar operaciones que no quedaran comprendidas dentro de la referida finalidad. En este sentido, la finalidad común de una sociedad

[35] *Cfr.* Rafael Rojina Villegas, *op. cit.*, p. 162.

[36] Jorge Barrera Graf, *op. cit.*, p. 308.

se rige por el principio de especialidad del objeto.[37] Al respecto, el art. 26 del CCDF señala que: "Las personas morales pueden ejercitar todos los derechos que sean necesarios para realizar el objeto de su institución."

La finalidad de la sociedad tiene importancia, también, respecto a las facultades del órgano de administración de la sociedad, pues a dicho órgano se le confieren las facultades necesarias para realizar el fin de la sociedad (art. 2712, CCDF). Así, el director o el consejo directivo no podrán ejecutar los actos extraños a la finalidad de la sociedad. En tal caso, los actos *ultra vires*, esto es, los actos que exceden o traspasan los fines propios de la asociación, son nulos respecto de ella.

12.5.3 El patrimonio y el capital social de la sociedad

El capital social debe distinguirse del patrimonio de la sociedad. El *patrimonio* está constituido por todos los *bienes*, *derechos* y *deudas* de la sociedad, en un momento determinado, y está expuesto a continuas variaciones. En cambio, el *capital social* está integrado por la *cantidad total de las aportaciones* de los socios a la sociedad, expresada en una *cifra* que, en principio, permanece inalterada durante la existencia de la sociedad. Esta cantidad puede *aumentarse* o *reducirse* según lo requiera la situación económica de la sociedad y forma parte del patrimonio de esta.

Al inicio, el *capital social nominal* representa *aritméticamente* "el importe de la suma de los valores que constituyen el patrimonio social". De ahí la afirmación de que "el capital fundacional representa el patrimonio neto de la sociedad en el momento de su constitución".[38]

La divergencia entre el patrimonio y el capital social puede surgir desde la constitución de la sociedad o durante la operación de la misma, como consecuencia de su funcionamiento, que es lo ordinario. Como lo señala Rodríguez y Rodríguez,

> el capital social puede llegar a ser mayor que el patrimonio social, durante el funcionamiento de la sociedad, como resultado de las pérdidas experimentadas por ésta, y el capital social podrá ser menor que el patrimonio social, cuando a consecuencia de la buena marcha económica, de la prosperidad de la empresa, hayan aumentado sus reservas, el valor de sus instalaciones o bien cuando haya adquirido [bienes], que en la práctica supongan un valor patrimonial muy superior al que la empresa contabiliza como capital social.[39]

Es preciso señalar que los acreedores de la sociedad tienen un *derecho preferente sobre el patrimonio social*, para satisfacer sus créditos.

12.5.4 Los órganos de la sociedad. El funcionamiento de la sociedad

La sociedad civil, como persona jurídica, requiere determinados órganos que actúen en la consecución de la finalidad común. Estos órganos son *a)* el *órgano de deliberación*, que es

[37] *Cfr.* Joaquín Rodríguez, *op. cit.*, pp. 64 y 65.

[38] *Ibidem*, p. 244.

[39] *Idem*.

la asamblea de socios; *b)* el *órgano de representación* o *de administración*, al que se le suele denominar *director* o *consejo directivo* y, eventualmente, *c)* el *órgano de vigilancia*, en el caso de que haya quedado integrado en los estatutos sociales.

Al respecto, el art. 27 del CCDF dispone: "Las personas morales obran y se obligan por medio de los órganos que las representan sea por disposición de la ley o conforme a las disposiciones relativas de sus escrituras constitutivas y de sus estatutos."

12.5.4.1 La asamblea de socios

La forma como se integra la voluntad de la *persona jurídica* que surge con motivo del *contrato de sociedad* es mediante la *deliberación* de sus *socios* en la *asamblea general*, que es el *órgano supremo* de la sociedad (art. 2674, CCDF, por analogía).

La asamblea general es la reunión de socios legalmente convocados y reunidos, para expresar la voluntad social en materias de su competencia.[40] Es en ella donde "se manifiesta la voluntad colectiva o social, a la que están sometidos todos los demás órganos, los cuales dependen, en su nombramiento, actuación, revocación, de este órgano soberano en la vida interna de la asociación".[41]

La intervención de los socios en la conformación de dicha *voluntad social* se asegura con distintos instrumentos: se concede a los miembros el *derecho a participar* en la asamblea, ser *informados* de manera oportuna y suficiente sobre los temas que se abordarán, aplazar la deliberación cuando estimen que no están debidamente informados y expresar su voluntad en la propia asamblea por medio del *voto*.[42] Incluso, los requisitos que se exigen para que los socios se reúnan y adopten resoluciones constituyen, en sí mismos, *garantías indirectas* de su participación, como sucede con el *quórum de asistencia y de votación*,[43] entre otros.

La deliberación se rige, en términos generales, por el *principio de mayoría*, conforme al cual las decisiones deben adoptarse en la reunión de socios por el mayor número de votos.[44]

La reunión de socios constituye la única forma de imponer a la minoría la voluntad de la mayoría, y obligar a los ausentes y disidentes a someterse a los acuerdos que se tomen. Ahí reside la importancia de la asamblea: permite la formación de la voluntad del *ente social*, cuando la opinión de los socios respecto de determinado asunto es divergente o, simplemente, se muestran desinteresados por la marcha de la sociedad, al no acudir a la reunión o abandonarla. De otra forma, ante la diversidad de opiniones, sería imposible decidir sobre

[40] Joaquín Rodríguez, *op. cit.*, p. 3.

[41] A. Garrigues, *op. cit.*, p. 473.

[42] El derecho de voto se confiere a los socios para expresar su voluntad en la asamblea general; así, conjugada con las demás, se integra la llamada *voluntad colectiva* (Joaquín Rodríguez, *op. cit.*, p. 407).

[43] *Idem.*

[44] Cabanellas opina que "la regla de la mayoría, en contraposición a la de unanimidad se basa en el consentimiento que necesariamente existe de parte de los socios de someterse" a ese régimen para tomar acuerdos (Guillermo Cabanellas de las Cuevas, *Derecho societario. Parte general. La personalidad jurídica societaria*, Heliasta, Buenos Aires, 1994, p. 19).

los distintos aspectos derivados de la relación societaria. La asamblea es innecesaria cuando todos los socios expresan su voluntad de manera uniforme.

Aun cuando ninguna disposición legal prevé el lugar de reunión de la asamblea, debe entenderse que será en el *domicilio social*; esto es, *en el lugar donde se halle establecida su administración* (art. 33, CCDF). La asamblea se reunirá en la época fijada en los estatutos o cuando sea convocada por los socios administradores. Estos emitirán la convocatoria al ser requeridos por 5% de los socios. En caso de que el órgano de administración omita convocar a asamblea, entonces la convocará el juez de lo civil, a petición del número de socios que representen el referido porcentaje (art. 2675, CCDF, por analogía).

La forma de emitir la convocatoria habrá de quedar prevista en los estatutos de la sociedad, pues este punto no está regulado en el CCDF. En ausencia de disposición estatutaria al respecto, la celebración de la convocatoria se notificará de manera personal a cada socio, en el domicilio que de ellos tenga registrado la sociedad, con un plazo razonable de anticipación. No obstante, Sánchez Medal es de la idea de que la convocatoria también podría ser comunicada a los asociados por medio de publicación en un diario de circulación general.[45]

La convocatoria habrá de contener *a)* el día, *b)* la hora y *c)* el lugar en que se realizará la asamblea, *d)* el orden del día y *e)* el nombre de la persona que convoca.

La asamblea tiene competencia para conocer de los asuntos listados en el orden del día (art. 2677, CCDF, por analogía) y, desde luego, también habrá de ocuparse de aquellos que le hayan sido expresamente encomendados en los estatutos de la sociedad (art. 2676, fracc. V, CCDF, por analogía).

Para que la asamblea sea válida, el CCDF no establece de manera expresa la necesidad de que haya un *quórum de presencia* determinado; sin embargo, en algunos casos se requiere la concurrencia de la totalidad de los socios para tratar los asuntos que más adelante se indican. En general, se entiende que será suficiente la reunión de una *mayoría simple*; esto es, que se presente el número de socios que representa la mayoría del capital social de la sociedad, salvo que los estatutos establezcan un porcentaje determinado.

Respecto del *quórum de votación* o *deliberación*, solo se exige un determinado número de votos en los casos siguientes:

a) El *voto unánime* de todos los socios y, por consiguiente, en una asamblea *totalitaria* para tomar los acuerdos siguientes: *i)* modificar el estatuto social (art. 2698, CCDF); *ii)* autorizar la cesión de partes sociales o la admisión de nuevos socios, salvo pacto en contrario (art. 2705, CCDF); *iii)* excluir de la sociedad a un socio (art. 2707, CCDF); *iv)* revocar el nombramiento de un socio administrador hecho en la escritura constitutiva de la sociedad (art. 2711, CCDF), y *v)* disolver voluntariamente la sociedad (art. 2720, fracc. I, CCDF).

[45] Aun cuando realiza esta afirmación respecto de la asociación civil, estimamos que también podría ser aplicable a la sociedad civil (*cfr.* Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 391).

b) La *mayoría calificada*; eso es, la mayoría de votos de la *totalidad de los socios*, para realizar aquellos actos sobre los cuales no se haya otorgado facultades a los administradores para llevarlos a cabo (arts. 2712 y 2713, CCDF).

Fuera de esos casos, bastará la *mayoría simple*, es decir, la mayoría de votos de los *socios presentes a)* para revocar el nombramiento de administradores hecho después de constituida la sociedad (art. 2711, segundo párrafo, CCDF) y *b)* para todos los demás asuntos que deban tratarse en asamblea, a menos que los estatutos prevean una votación específica.

La mayoría de votos se calcula por cantidades, "pero cuando una sola persona represente el mayor interés y se trate de sociedades de más de tres socios, se necesita por lo menos el voto de la tercera parte de los socios", para que los acuerdos sean válidos (art. 2713, CCDF).

La validez de los acuerdos de asamblea no se verá afectada por el hecho de que algún socio se haya abstenido de votar en un asunto en el que tuviera un interés contrario al de la sociedad (art. 2679, CCDF, por analogía).

Es preciso señalar que cada socio tiene una sola *parte social* en la sociedad, la cual representa un porcentaje equivalente a su participación en el capital social de la asociación. Dicha parte social sirve de referencia para determinar el *valor del voto* de cada socio y, en ese sentido, los votos podrían tener un valor desigual.

La *asamblea* será nula si se celebra sin haber sido convocada o si la convocatoria para realizarla no reúne los requisitos legales, a menos que se trate de una *asamblea totalitaria*, esto es, aquella en que hubiera concurrido la totalidad de los socios.

Asimismo, un *acuerdo de asamblea* será nulo si se adopta respecto de un asunto que no haya estado listado en el orden del día, salvo que al discutirse dicho asunto estuvieran presentes todos los socios. El acuerdo de asamblea también será nulo si se aprueba por un porcentaje de socios menor al requerido por los estatutos o, en su defecto, por la ley.

De igual manera, nada obsta para alcanzar el acuerdo unánime de los socios fuera de asamblea. De hecho, el CCDF no exige que los acuerdos se tomen necesariamente en el seno de la asamblea, mientras sean por unanimidad. Al respecto, debe tenerse presente que las sociedades civiles se rigen por un enfoque *contractualista*, que pone especial énfasis en el interés de los socios, además del interés de la sociedad, y en el principio de la autonomía privada.

12.5.4.2 Los negocios (o acuerdos) parasociales

La *escritura constitutiva* y los *estatutos* no son las únicas fuentes que norman las referidas relaciones.

Con frecuencia, las relaciones entre los socios se regulan mediante *acuerdos o negocios parasociales* que revisten carácter contractual,[46] los cuales operan en el ámbito de las relaciones internas de la sociedad y, por tanto, en la faceta contractual de la misma. Son instrumentos

[46] *Cfr.* Enrique Manuel Butty, "Sindicación de acciones: aspectos generales y particulares", en Eduardo Manuel Favier Dubois *et al.*, *Negocios parasocietarios*, Ad Hoc, Buenos Aires, 1994, p. 738.

que les permiten manifestar su voluntad respecto de las cuestiones sociales y, en consecuencia, para regular sus relaciones internas en la sociedad de que se trate, siempre que el acuerdo sea uniforme. En este sentido, la técnica de la reunión no es la única manera como los socios pueden expresar su voluntad, con trascendencia en la propia sociedad.

En realidad no existe diferencia de calidad entre un acuerdo de asamblea y un acuerdo de socios celebrado fuera de esta, ambos adoptados por unanimidad, respecto de la modificación del estatuto de la sociedad o de cualquier otro asunto. Las dos clases de acuerdos son válidos y eficaces entre los socios y entre estos y la sociedad.

La sociedad queda vinculada por el acuerdo unánime de socios no porque derive de un órgano de la sociedad, como acontece con las decisiones de asamblea, sino porque se trata, precisamente, de la expresión de voluntad de quienes la conforman; afirmación que también cabe atribuir a las resoluciones asamblearias, cuya eficacia reside en esa misma razón, si bien se exige la observancia de requisitos y principios diferentes.

La conformación del órgano asambleario responde, entre otras cosas, a la necesidad de proteger los intereses individuales de los socios; en general, la estructura orgánica de la sociedad atiende de manera directa o indirecta tales intereses.[47] De hecho, el interés de la sociedad es consecuencia de los intereses individuales de los socios,[48] por lo que solo en caso de contraposición habrá de prevalecer el interés de la sociedad.

12.5.4.3 El administrador

La administración de la sociedad puede conferirse a uno o más socios (art. 2709, CCDF). En la práctica, cuando la administración se confiere a varios socios, se suele conformar un *consejo directivo*.

En el supuesto de que la administración de la sociedad no se hubiera atribuido a alguno de los socios, todos "tendrán derecho de concurrir a la dirección y manejo de los negocios comunes", pero las decisiones habrán de tomarse por mayoría (arts. 2709, 2719 y 2713, CCDF).

Los socios no administradores tienen la *obligación de no hacer*, consistente en abstenerse de contrariar y entorpecer las gestiones de los socios administradores, por lo cual tampoco deben impedir los efectos de tales gestiones (art. 2709, CCDF).

Los administradores cuentan con todas las facultades necesarias para realizar el objeto de la sociedad. No obstante, a menos que se pacte otra cosa, requieren autorización expresa de los demás socios para *a)* enajenar los bienes de la sociedad, si tal enajenación no forma parte del objeto de la sociedad; *b)* empeñar, hipotecar o constituir derechos reales sobre tales bienes, y *c)* obtener dinero por medio de préstamos (art. 2712, CCDF).

[47] *Cfr.* Guillermo Cabanellas de las Cuevas, *op. cit.*, pp. 18 y 19.

[48] *Ibidem*, p. 18.



Asimismo, los administradores habrán de ejercer las facultades que no se les hubieran conferido, de acuerdo con lo que resuelvan los socios por mayoría de votos (art. 2713, CCDF), como se explicó en el apartado relativo a la *asamblea de socios*.

Los socios administradores pueden ser designados para encargarse de la administración de la sociedad de manera indistinta o en conjunto. En el primer caso, cada administrador podrá practicar por separado los actos de administración que considere oportunos (art. 2714, CCDF); en el segundo, todos los administradores realizarán en conjunto los actos de administración. No obstante, podrán proceder por separado cuando exista riesgo de perjuicio grave o irreparable a la sociedad si esperan actuar con el concurso de todos (art. 2715, CCDF).

Son válidas las obligaciones contraídas por la mayoría de los socios administradores, ya sea sin el conocimiento de la minoría o en contra de la voluntad expresa de estos. Quienes las hayan contraído serán responsables en lo personal por los perjuicios que se causen a la sociedad (art. 2717, CCDF).

En caso de que los socios administradores actúen en exceso de las facultades que les han sido conferidas, solo obligan a la sociedad en razón del beneficio recibido, a menos que esta los ratifique (art. 2716, CCDF).

Los socios administradores están obligados a rendir cuentas a petición de la mayoría de los socios, en cualquier momento en que estos lo soliciten, aun cuando sea en una época distinta a la establecida en el contrato de sociedad (art. 2718, CCDF).

El nombramiento de los socios administradores hecho al constituirse la sociedad solo puede revocarse *a)* con el consentimiento de todos los socios, o *b)* ante decisión judicial por dolo, culpa o inhabilidad. En cambio, el nombramiento de administradores efectuado después de constituida la sociedad puede revocarse por mayoría de votos (art. 2711, CCDF).

12.5.4.4 El órgano de vigilancia

Es aquel que examina la gestión del órgano de representación. Aun cuando el CCDF no señala nada respecto de este órgano tratándose de una sociedad civil, nada obsta para que en los estatutos de esta se establezca su régimen jurídico. De hecho, los socios no administradores tienen el derecho de examinar el estado de los negocios sociales y exigir la presentación de libros, documentos y papeles, con objeto de hacer las reclamaciones que estimen convenientes. Estos derechos son irrenunciables (art. 2710, CCDF).

12.6 Modos de terminación. La disolución y liquidación de la sociedad

La terminación del contrato de sociedad comporta la disolución y liquidación de la *sociedad-persona*.

Las causas de disolución de la sociedad civil pueden clasificarse en cuatro grupos:

1. En razón de la voluntad (*ex-voluntate*):

a) Por consentimiento unánime de los socios (art. 2720, fracc. I, CCDF).

b) Por cumplirse el plazo establecido en el contrato de sociedad para su duración, salvo que esta continúe funcionando una vez transcurrido dicho plazo; en este supuesto, se entiende que la duración será por tiempo indefinido (arts. 2720, fracc. II, y 2721, CCDF).

c) Por renuncia de uno de los socios, cuando se trate de sociedades de duración indefinida, a menos que los otros integrantes opten por continuar con la sociedad (arts. 2720, fracc. VI, 2723 y 2724, CCDF). Si los demás socios no desean continuar asociados, la renuncia del socio causará la disolución de la sociedad siempre que no sea maliciosa ni extemporánea.

La renuncia se considera maliciosa cuando el socio que la propone pretende aprovecharse exclusivamente de los beneficios o evitarse pérdidas que los socios deberían recibir o reportar en común con arreglo al convenio (art. 2723, CCDF).

La renuncia es extemporánea si, al hacerla, las cosas no se hallan en su estado íntegro y la sociedad puede ser perjudicada con la disolución que originaría la renuncia (art. 2724, CCDF).

2. En razón de las personas (*ex personis*):

a) En caso de muerte o interdicción de un socio que tenga responsabilidad ilimitada, salvo pacto en contrario (art. 2720, fracc. IV, CCDF).

b) En caso de muerte o interdicción del socio industrial, si la industria de este dio nacimiento a la sociedad (art. 2720, fracc. V, CCDF).

3. En razón de las cosas (*ex rebus*): por la realización completa del fin social o por haberse tornado este imposible de efectuar (art. 2720, fracc. III, CCDF).

De acuerdo con Rodríguez y Rodríguez, las sociedades civiles no se disuelven por la pérdida del capital, dado que esta causa de disolución no figura entre las establecidas legalmente.[49]

4. Por motivo de una resolución judicial (*ex actione*) (art. 2720, fracc. VII, CCDF), como cuando se decreta la liquidación de la sociedad que adolece de forma (art. 2691, CCDF), o se declara la nulidad de la asociación por tener un objeto ilícito (art. 2692, CCDF).[50]

Una vez disuelta la sociedad, se procede de inmediato a su liquidación, la cual habrán de practicar todos los socios o los liquidadores que estos designen al efecto, dentro del plazo de seis meses, salvo pacto en contrario (art. 2726, CCDF).

La liquidación ha de efectuarse en el orden siguiente: *a)* se efectúa la venta de los bienes sociales, *b)* con el producto de la venta se pagan las deudas sociales, *c)* se reembolsan las

[49] Joaquín Rodríguez, *op. cit.*, p. 34.

[50] *Cfr.* Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 411.

aportaciones a los socios y *d)* se distribuye el remanente entre los socios en concepto de utilidades y en la forma convenida o, en su defecto, en proporción a sus aportaciones (art. 2728, CCDF).

En el caso de que al liquidarse la sociedad no quedaran bienes suficientes para cubrir los compromisos sociales y devolver las aportaciones a los socios, el déficit se considera como pérdida, la cual se reparte entre los socios en proporción a sus aportaciones (art. 2730, CCDF).

Por último, Sánchez Medal ha identificado como desventajas de la sociedad civil las siguientes: la "responsabilidad solidaria con la sociedad que se impone a los administradores por lo que hace a las obligaciones sociales (2704), la exigencia de que los administradores sean socios (2709), y la necesidad del acuerdo unánime de todos los socios para que la asamblea tome determinados acuerdos (2698, 2705, 2707, 2711 y 2720-1)".[51]

[51] *Idem.*

Autoevaluación

1. Defina la sociedad civil.
2. ¿Cuáles son los caracteres mínimos que identifican un contrato de sociedad?
3. Explique cómo funcionaba la *societas* en el derecho romano.
4. ¿Cuál es la diferencia entre el contrato social y los estatutos de la sociedad?
5. ¿Qué se requiere para modificar el contrato social o los estatutos de la sociedad?
6. ¿Qué clases de facultades requieren los mandatarios o apoderados para concurrir a la constitución de una sociedad en representación de sus mandantes o poderdantes?
7. ¿En qué casos es posible excluir socios de una sociedad civil?
8. ¿En qué casos pueden los socios separarse de la sociedad?
9. ¿Qué consecuencias jurídicas se producen para los socios por separarse de manera voluntaria de la sociedad o por ser excluidos de esta?
10. ¿Qué requisitos se exigen para que los socios cedan sus derechos en la sociedad?
11. ¿Cuál es el objeto del contrato de la sociedad y en qué se diferencia del objeto social de la sociedad?
12. ¿Qué clases de aportaciones pueden efectuar los socios en una sociedad civil?
13. ¿Qué se requiere para que los socios realicen aportaciones suplementarias o adicionales en la sociedad civil?
14. ¿Cuál forma debe reunir el contrato de sociedad?
15. ¿Qué requisito debe cumplirse de manera previa a la constitución de una sociedad civil?
16. ¿En qué consiste la cláusula Calvo?
17. ¿Qué es una sociedad irregular?
18. ¿En qué casos se está ante una sociedad leonina?
19. ¿Cuáles son los derechos patrimoniales de los socios en una sociedad civil? Escriba tres ejemplos.
20. ¿Cuáles son los derechos corporativos o de consecución de los socios en una sociedad civil? Escriba tres ejemplos.
21. ¿De qué manera se clasifican los derechos corporativos de los socios?



Autoevaluación

22. ¿Cuál es la diferencia entre el patrimonio de la sociedad y el capital social de la misma?

23. ¿Cuáles son los órganos de la sociedad?

24. ¿Qué requisitos debe contener la convocatoria para asamblea?

25. ¿Qué se requiere para que la asamblea se entienda reunida de manera válida?

26. ¿En qué casos se requiere el voto unánime de todos los socios para que los acuerdos de asamblea se entiendan adoptados de manera válida?

27. ¿En qué consiste la mayoría calificada de votos en la sociedad civil?

28. ¿De qué manera se calcula la mayoría de votos en una sociedad civil?

29. ¿En qué casos se considera nula la asamblea?

30. ¿En qué casos se consideran nulos los acuerdos de asamblea?

31. ¿En qué consiste un negocio o acuerdo parasocial?

32. ¿Qué sucede cuando la administración de la sociedad no se atribuye a ninguno de los socios en particular?

33. ¿Qué clases de facultades tienen los administradores de la sociedad civil?

34. Escriba cinco causas de disolución de la sociedad civil.

35. Explique de qué manera se efectúa la liquidación de una sociedad civil.

capítulo 13

Asociación civil

Propósitos

Al finalizar el capítulo, el alumno identificará con precisión los rasgos que caracterizan el contrato de *asociación*, sus diferencias con figuras afines, el contenido obligacional del contrato, los efectos jurídicos que produce y la manera como termina.

13.1 Concepto

La *asociación* es el *contrato plurilateral* por el cual dos o más personas se obligan a trabajar de manera permanente con un fin común que no tenga carácter económico preponderante. El art. 2670 del *Código Civil para el Distrito Federal* (CCDF) afirma que la *asociación* se constituye "cuando varios individuos convinieren en reunirse, de manera que no sea enteramente transitoria, para realizar un fin común que no esté prohibido por la ley y que no tenga carácter preponderantemente económico".

El hecho de que la asociación no tenga como finalidad actividades con carácter económico preponderante "significa que el propósito primordial de los asociados no sea obtener utilidades económicas, aunque para realizar tal finalidad, suela haber necesidad de efectuar aportaciones o de pagar cuotas".[1]

Al igual que la sociedad civil, la asociación civil también es considerada una *persona jurídica*. De conformidad con el art. 25, fracc. VI, del CCDF, son *personas morales* las asociaciones "que se propongan fines políticos, científicos, artísticos, de recreo o cualquiera otro fin lícito, siempre que no fueren desconocidas por la ley". De ahí que la asociación civil deba ser analizada, al igual que la *sociedad civil*, como *contrato* y *persona jurídica*.

Una de las innovaciones del Código Civil de 1928 fue regular la asociación civil como contrato y dotarla de personalidad jurídica (art. 25, fracc. IV), ya que no estuvo normada en los códigos civiles de 1870 y 1884. Durante la vigencia de esos códigos, la asociación civil se

[1] Ramón Sánchez Medal, *De los contratos civiles*, 25ª ed., Porrúa, México, 2013, pp. 389 y 390.

celebraba con base en la libertad de asociación, como convenio privado y sin personalidad jurídica, en razón de que "ninguna asociación o corporación [tenía] entidad jurídica si no [estaba] legalmente autorizada o permitida"; las asociaciones dotadas de personalidad jurídica eran aquellas "temporales o perpetuas fundadas con algún motivo de utilidad pública, o de utilidad pública y particular juntamente" (arts. 38, fracc. II, y 39, Código Civil de 1884).

Es importante señalar que no es indispensable que los asociados realicen aportaciones para celebrar el contrato de asociación, por lo que tales aportaciones pueden faltar. Sin embargo, es común que aporten *bienes* y *cuotas*, los cuales son útiles para alcanzar el fin común que se propusieron al contratar.

13.2 Diferencias con figuras afines

a) Diferencia con la sociedad civil. Como se especificó en el capítulo anterior, la asociación civil y la sociedad civil se diferencian en los aspectos que muestra el cuadro 13.1.

Cuadro 13.1 Diferencias entre asociación civil y sociedad civil.

Asociación civil	Sociedad civil
En la asociación civil, cada socio tiene un solo voto y todos los votos tienen el mismo valor (art. 2678, CCDF).	También, en la sociedad civil cada socio tiene un solo voto; pero los votos pueden tener un valor diferente, según sea la participación del socio en el capital social de la sociedad (arts. 2706 y 2713, CCDF).
En la asociación civil no existe quórum legal para las asambleas, sino que los acuerdos se toman por la mayoría de los socios presentes, cualquiera que sea el número de asistentes (art. 2677, CCDF), a menos que en el estatuto social se haya convenido un quórum especial. Al no existir interés económico de por medio, es razonable que prevalezca la voluntad de quienes se preocupan por las actividades ideales o desinteresadas de la asociación, sobre la indiferencia o imposibilidad de quienes ni siquiera concurrieron a la asamblea.	En la sociedad civil se requiere el acuerdo unánime de todos los socios para tomar ciertos acuerdos como la modificación de estatutos (art. 2698, CCDF), la cesión de partes sociales, la admisión de nuevos socios (art. 2705, CCDF), la exclusión de un socio (art. 2707, CCDF), la revocación del nombramiento de administradores hecho en la escritura constitutiva (art. 2711, CCDF) y la disolución voluntaria de la sociedad (art. 2720, fracc. I, CCDF). En estos casos, el *quórum de votación* determina, indirectamente, el *quórum de presencia*; esto es, se requerirá la presencia de la totalidad de los socios para que la asamblea sea válida. En los asuntos que no se hubieren encomendado a algunos socios, las decisiones se tomarán por mayoría de votos de todos los socios (art. 2719, CCDF), computable por cantidades o valores de las partes sociales (art. 2713, CCDF).

Asociación civil	Sociedad civil
En la asociación civil, los directores no responden en lo personal de las deudas sociales, a menos que hayan actuado con dolo o culpa.	En la sociedad civil, los socios administradores responden en lo personal, de manera solidaria, de las obligaciones sociales (art. 2704, CCDF).
Durante la vida de la asociación civil, no deben repartirse *utilidades* entre los asociados. Aun en caso de liquidación de la misma, tales utilidades deben aplicarse a otra asociación o fundación de objeto similar a la extinguida. Solo se reembolsará a los socios sus aportaciones, a menos que en los estatutos se haya dispuesto expresamente que también se repartan las utilidades al disolverse la asociación (art. 2686, CCDF).	En la sociedad civil tampoco pueden repartirse utilidades durante la vida de la sociedad. No obstante, se admite el pacto en contrario; además, sin necesidad de estipulación en los estatutos, deben repartirse tales utilidades entre todos los socios al disolverse la sociedad (arts. 2729 y 2696, CCDF), o bien, asignarse la parte proporcional de esas utilidades al socio que deja de pertenecer a la sociedad por muerte (art. 2722, CCDF) o renuncia (arts. 2720, fracc. VI, y 2703, CCDF).
En la asociación civil, el asociado que se separe pierde todo derecho a las utilidades y al haber social (art. 2682, CCDF).	
El *derecho de separación* de los asociados en la asociación civil es absoluto (art. 2680, CCDF), pues solo se requiere avisarlo con dos meses de anticipación.	En la sociedad civil únicamente existe el *derecho de separación* cuando pretenden exigirse posteriores aportaciones suplementarias a las aportaciones iniciales (art. 2703, CCDF), o cuando se trata de una sociedad de duración indeterminada (art. 2720, fracc. VI, CCDF).
Las asociaciones civiles pueden carecer de *capital social*, dado su carácter ideal o desinteresado.	Las *sociedades* siempre exigen un capital social (art. 2693, fracc. IV, CCDF). No obstante, todas las aportaciones pueden ser de servicios o de industria en una sociedad civil. En algunos casos, se realiza la evaluación o estimación de esos servicios o esa industria para integrar el valor del capital social.

b) Distinción con la asociación en participación. Asimismo, tiene notables diferencias con la *asociación en participación*, porque *en esta no hay personalidad jurídica distinta de las personas físicas de los socios*, de ahí su nombre de "sociedad oculta"; además, la finalidad es la realización de una o varias operaciones de comercio o la explotación de una negociación mercantil (arts. 252 y 253, *Ley General de Sociedades Mercantiles*, LGSM), no una finalidad ideal como en la asociación civil.

c) Distinción con las instituciones de asistencia privada. Por último, hay que diferenciar la asociación civil y las *instituciones o fundaciones de asistencia privada*, cuyo objeto *son actividades permanentes de beneficencia*, de carácter gratuito en favor de personas o entidades no

predeterminadas individualmente y carentes de recursos, que se rigen por la *Ley de Instituciones de Asistencia Privada* (art. 2687, CCDF).

13.3 La asociación como contrato

13.3.1 Las partes contratantes en la asociación

Las partes en el contrato de asociación se denominan *asociados*, los cuales solo requieren tener *capacidad general* para contratar (art. 1798, CCDF), a fin de estar en condiciones de celebrar esta clase de contratos. Los asociados pueden ser personas naturales o jurídicas.

Además, los asociados habrán de estar *legitimados* para disponer de los bienes que, en su caso, aporten a la asociación.

Los *menores emancipados* no pueden aportar bienes inmuebles a la asociación, en virtud de que solo están facultados para enajenar bienes muebles y constituir derechos reales sobre los mismos, pero no para realizar actos de dominio sobre inmuebles.

Las personas que ejercen la *patria potestad* o la *tutela* no pueden aportar bienes inmuebles o muebles preciosos que pertenezcan a los hijos o, en su caso, a los menores o discapaces, a una asociación civil, en virtud de que la enajenación de esa clase de bienes solo se autoriza cuando haya una causa de absoluta necesidad o evidente beneficio para ellos (arts. 436 y 561, CCDF), la cual difícilmente estará presente por participar en una asociación civil.

Los *mandatarios* o *apoderados* requieren facultades especiales para constituir la asociación civil y realizarle la aportación de bienes. El mandatario o apoderado que haya sido investido con *facultades para actos de administración* puede pagar las *cuotas* que se llegaran a establecer.

La asociación puede *admitir* y *excluir* asociados (art. 2672, CCDF). No obstante, estos solo pueden ser excluidos por las causas señaladas en los estatutos (art. 2681, CCDF). La admisión y exclusión de asociados es un asunto que compete a la *asamblea general de asociados* (art. 2676, fracc. I, CCDF).

Sin embargo, nada obsta para que en los estatutos de la asociación se prevea el procedimiento para admitir asociados, o incluso para que la asamblea general delegue –con carácter provisional– esa facultad en el consejo de directores, a reserva de que ratifique la admisión de asociados realizada por el referido órgano directivo, una vez que la asamblea se reúna para tal efecto.

Asimismo, los asociados tienen *derecho a separarse* de la asociación *ad nutum*, esto es, sin expresar causa alguna, solo que para ello deben dar un aviso previo a la asociación, con dos meses de anticipación (art. 2680, CCDF).

Los asociados que se separen de manera voluntaria o sean excluidos de la asociación pierden todo derecho al haber social (art. 2682, CCDF).

Los asociados no están autorizados para transmitir su calidad de tales en la asociación, ni aun por sucesión hereditaria[2] (art. 2684, CCDF), dado que el contrato de asociación tiene carácter *intuitu personae* y, por consiguiente, el estatus de asociado es un derecho personalísimo.[3]

No obstante, algunas asociaciones civiles dedicadas a fines de esparcimiento operan por medio de membresías que confieren derecho al uso de las instalaciones recreativas y deportivas; las membresías pueden ser transmitidas por sus titulares, observando ciertos requisitos establecidos en los estatutos de la asociación. Lo mismo ocurre en otro tipo de asociaciones, como en el régimen de propiedad y condominio, asociaciones de colonos, etcétera.

13.3.2 El objeto del contrato de asociación

El objeto del contrato de asociación es la *aportación* de bienes, servicios o ambos por parte de los asociados (arts. 2686, 3072, fracc. I, CCDF).

Asimismo, los asociados pueden comprometerse a aportar *cuotas* a la asociación; es decir, cierta cantidad de dinero que habrían de cubrir de manera periódica (art. 2683, CCDF).

No obstante, en el contrato de asociación puede faltar esta clase de aportaciones, caso en el cual "la obligación de los asociados puede sólo consistir en procurar o promover con su actividad la finalidad común" de la asociación.[4]

13.3.3 La forma del contrato de asociación

El contrato de asociación debe constar por escrito (art. 2671, CCDF) e inscribirse en el Registro Público de la Propiedad, en la sección correspondiente a *personas morales*, para que produzca efectos contra terceros (arts. 2673, 3007, 3071 a 3073, CCDF). No obstante, para su inscripción en el referido registro, el contrato habrá de otorgarse en *escritura pública* o *documento privado ratificado* ante *fedatario público* (notario, registrador o juez) (art. 3005, fraccs. I y III, CCDF). En la práctica, la *asociación civil* suele constituirse mediante *asamblea constitutiva* realizada por todos los asociados que la forman y el acta de la asamblea respectiva se protocoliza ante notario en escritura pública.

En la misma forma deben hacerse constar las reformas o modificaciones al contrato de asociación y a sus estatutos (art. 3071, fracc. I, CCDF).

El contrato de asociación debe presentar, por lo menos, los datos siguientes: *a)* nombre de los asociados; *b)* razón social o denominación de la asociación; *c)* objeto social; *d)* en su caso, aportaciones con que cada asociado habrá de contribuir (art. 2693, CCDF); *e)* duración; *f)* domicilio de la asociación; *g)* nombre del director o de los integrantes del consejo directivo;

[2] *Ibidem*, p. 391.

[3] *Cfr.* Francisco Lozano Noriega, *Cuarto curso de derecho civil. Contratos*, 6ª ed., Asociación Nacional del Notariado Mexicano, México, 2001, p. 340.

[4] Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 389.

h) facultades conferidas a estos (art. 3072, fraccs. I a IV y VI); *i)* reglas a que se sujetarán las asambleas; *j)* derechos y deberes de los asociados, entre otras.

La omisión de los primeros cuatro requisitos causa la liquidación de la asociación (arts. 2692 y 2691, CCDF).

Las asociaciones se rigen por las disposiciones del contrato y sus *estatutos* (arts. 2673 y 28, CCDF).

También deben inscribirse en el Registro Público de la Propiedad *a)* la disolución de las asociaciones civiles, *b)* la protocolización de los estatutos de asociaciones extranjeras de carácter civil y sus reformas, *c)* las fundaciones y *d)* las instituciones de asistencia privada (art. 3071, CCDF).

13.3.4 El contenido del contrato de asociación

13.3.4.1 Obligaciones de los asociados

Los asociados tienen en la asociación civil las obligaciones siguientes:

a) El pago de las aportaciones que se hubieran obligado a realizar a la asociación (art. 2686, CCDF).

b) En su caso, el pago de cuotas periódicas (art. 2683, CCDF).

c) Realizar otras prestaciones accesorias a que podrían haberse comprometido, "como no actuar en contra de los fines de la asociación, promover o realizar actividades acordes con la finalidad ideal o desinteresada de la asociación, que consistirían, por ejemplo, en el estudio o la divulgación de conocimientos científicos o artísticos, en la práctica de algún deporte, etcétera".[5]

d) No responder en lo personal a las deudas de la asociación, que solo pueden exigirse a esta y no a los socios incluso en caso de pérdidas de la asociación; únicamente deben responder por el monto de sus aportaciones.

e) Los directores tampoco tienen en ese caso responsabilidad personal, a menos que su actuación hubiere determinado tales pérdidas y fuese culposa o dolosa.

13.3.4.2 Derechos de los asociados

En la asociación civil, los *derechos patrimoniales* de los asociados son los siguientes:

a) El *derecho al reembolso de las aportaciones* al disolverse la asociación (art. 2686, CCDF).

b) El *derecho a las utilidades* al disolverse la asociación; pero solo lo tienen los asociados si en los estatutos quedó establecido.

[5] *Ibidem*, p. 391.

c) Existe la posibilidad de tener *derechos al uso* de ciertos bienes y al *disfrute* de determinados servicios, como ocurre, por ejemplo, en los clubes sociales o deportivos, etcétera.

Entre los *derechos corporativos* o *de consecución*, los asociados en una asociación civil tienen los siguientes:

a) El *derecho* de pedir *la convocatoria* a una asamblea para tratar determinados asuntos de su competencia, al órgano de administración de la asociación y, si este no la hace, al juez de lo civil, siempre que tal petición la formule, por lo menos, 5% de los asociados (art. 2675, CCDF).

b) El *derecho de participar en las asambleas*.

c) El *derecho de voto*, en el entendido de que cada asociado tiene un voto y, por tanto, cada voto tiene el mismo valor (art. 2678, CCDF). Es preciso señalar que los asociados están impedidos de votar en los asuntos en que "se encuentren directamente interesados él, su cónyuge, sus ascendientes, descendientes, o parientes colaterales dentro del segundo grado" (art. 2679, CCDF), esto es, hermanos y sobrinos.

d) El *derecho de vigilar* la correcta administración de la asociación, para lo cual tienen el *derecho de examinar* los libros de contabilidad y demás papeles de la asociación para verificar el adecuado manejo de fondos y destino de las cuotas (art. 2683, CCDF).

13.4 La asociación como persona jurídica

Uno de los principales efectos del *contrato de asociación* consiste en que da origen a una persona jurídica también conocida como *asociación* (art. 25, fraccs. IV y VI, CCDF), la cual está dotada de personalidad jurídica y patrimonio propio distinto del que corresponde a los asociados. La asociación debe tener un nombre que la identifique y habrá de contar con órganos para integrar la voluntad social y representarla en sus relaciones jurídicas con terceros.

13.4.1 Los atributos de la personalidad jurídica de la asociación

Entre los atributos de la personalidad jurídica de la asociación están el *nombre*, el *domicilio*, la *finalidad común*, la *duración* y la *nacionalidad*.

Por lo general, el nombre es de carácter impersonal; esto es, bajo la forma de una *denominación*, figura la actividad de la asociación (por ejemplo, Casa Hogar del Niño Colimense, Asociación Civil) o la clase de miembros que esta agrupa (Colegio de Abogados de Colima, Asociación Civil).

Es preciso señalar que en ninguna de las disposiciones que regulan el contrato de asociación en el CCDF (arts. 2670 a 2687) se prevé la manera de integrar el nombre de una asociación, ni siquiera que tal nombre vaya seguido de las palabras sacramentales "Asociación Civil" o su abreviatura "A. C.", como se acostumbra.

En la constitución de una asociación de condóminos, por ejemplo, no sería indispensable precisar que se constituye una "asociación civil", ni que su denominación vaya seguida de esa expresión o sus abreviaturas, pues la propia finalidad de esa clase de asociaciones tiene tal carácter y no otro. En este sentido, bastará entender que se trata de la asociación de condóminos del condominio de que se trate, para que se identifique con esa denominación.

Es necesario considerar que el "régimen de propiedad y condominio" es una relación jurídica compleja, en la que confluyen aspectos de derecho real y derecho personal que deben apreciarse en su totalidad y complejidad; se aprecia, por una parte, un régimen de propiedad y copropiedad, y, por otra, un régimen asociativo que vincula a los condóminos en aspectos tales como las aportaciones, la administración del inmueble, la representación de los condóminos respecto de los aspectos comunes, así como la adopción de decisiones. Dicho régimen constituye, sin duda alguna, una *comunidad de intereses* que requiere una organización para operar.

En ese sentido, los estatutos de la asociación de condóminos estarán conformados por el contenido normativo de la escritura constitutiva y del reglamento de condominio y administración, entre otros. Incluso, podría entenderse que el "condominio", por representar en sí mismo una figura asociativa, tendría personalidad jurídica al encuadrar dentro del concepto amplio de asociaciones con fines lícitos a que se refiere el art. 25, fracc. VI, del CCDF.

13.4.2 La finalidad común de la asociación

La finalidad de la asociación debe ser *lícita* (no prohibida por la ley), *común* (en interés de todos los asociados), *permanente* (no transitoria), *posible* (en sentido material y jurídico) y *que no sea preponderantemente económica*.

13.4.3 Los órganos de la asociación. El funcionamiento de la asociación

La asociación, como persona jurídica, requiere determinados órganos que actúen en la consecución de la finalidad común. Estos órganos son *a)* el *órgano de deliberación*, que es la asamblea de asociados; *b)* el *órgano de representación* o de administración, que es el director o el consejo directivo (o los directores), y *c)* el *órgano de vigilancia*.

13.4.3.1 La asamblea de asociados

La asamblea tiene competencia para conocer de los asuntos previstos en el orden del día (art. 2677, CCDF). No obstante, algunos asuntos están reservados para la asamblea de asociados, como *a)* la admisión y exclusión de los asociados (art. 2676, fracc. I, CCDF); *b)* la disolución anticipada de la asociación (art. 2676, fracc. II, CCDF); *c)* la prórroga de la duración de la asociación (art. 2676, fracc. II, CCDF), y *d)* el nombramiento y la revocación del director o del consejo directivo (art. 2676, fraccs. III y IV, CCDF). Desde luego, la asamblea también habrá de ocuparse de los asuntos que le hayan sido expresamente encomendados en los estatutos de la asociación (art. 2676, fracc. V, CCDF).

Para que la asamblea sea válida, en el CCDF no se establece un *quórum de presencia* determinado, por lo que será suficiente que se encuentre cualquier número de asociados, salvo que los estatutos establezcan un porcentaje específico. En cambio, para que los acuerdos de asamblea se consideren aprobados, el *quórum de deliberación* requerido es la mayoría de los asociados presentes (art. 2677, segundo párrafo, CCDF), a menos que en los estatutos se prevea una votación específica.

13.4.3.2 El director o el consejo directivo (o los directores)

El director o el consejo directivo (los directores) constituyen el *órgano de representación o administración* de la asociación, sobre el que recae la ejecución de las actividades de la asociación. Por medio de este órgano, la asociación se vincula con los terceros que establecen relaciones jurídicas con ella.

Se trata de un órgano subordinado y permanente, nombrado y removido por la asamblea de asociados (art. 2676, fraccs. III y IV, CCDF).

El director o el consejo directivo (los directores) tendrá las facultades que le hayan sido conferidas por el estatuto o por la asamblea (art. 2674, CCDF), pero siempre dentro de la finalidad de la asociación (art. 2674, CCDF). Como se ha señalado, los actos *ultra vires* son nulos.

El órgano de administración tiene la facultad de convocar a la asamblea de asociados (art. 2675, CCDF).

13.5 Modos de terminación. La disolución y liquidación de la asociación

La disolución de la asociación civil se produce por las causas siguientes:

1. En razón de la voluntad (*ex-voluntate*):

   a) Cuando la asamblea general acuerda la disolución de la asociación (art. 2685, fracc. I, CCDF).

   b) Por haber concluido el plazo fijado para la duración de la asociación (art. 2685, fracc. II, CCDF), a menos que la asamblea de asociados acuerde la prórroga.

2. En razón de las cosas (*ex rebus*):

   a) Cuando la asociación realizó totalmente el objeto que motivó su constitución (art. 2685, fracc. II, CCDF).

   b) Por haberse vuelto incapaz la asociación de realizar el fin para el cual fue fundada (art. 2685, fracc. III, CCDF).

3. Por resolución judicial (*ex actione*) (art. 2685, fracc. IV, CCDF), por ejemplo, por ser ilícito el fin de la asociación, como la práctica de juegos prohibidos.

Una vez disuelta la asociación, se procede de inmediato a su liquidación (art. 2726, primera parte, CCDF), la cual habrán de practicar todos los asociados o liquidadores que designen al efecto (art. 2726, CCDF) dentro del plazo de seis meses, salvo pacto en contrario (art. 2726, segunda parte, CCDF).

La liquidación ha de efectuarse en el orden siguiente: *a)* se procede a la realización o venta de los bienes sociales; *b)* con el producto de la venta se pagan las deudas sociales; *c)* se reembolsan las aportaciones a los asociados; *d)* el remanente se distribuye entre los asociados en concepto de utilidades, siempre que así se hubiera previsto expresamente en el estatuto social; de lo contrario, dichas utilidades deberán entregarse a otra asociación o fundación de beneficencia que tenga un objeto similar al de la extinguida (art. 2686, CCDF).

13.6 Las asociaciones civiles autorizadas para recibir donativos deducibles

Las asociaciones civiles –al igual que las *sociedades civiles con fines no lucrativos*, los *fideicomisos*, las *instituciones de asistencia privada* (IAP) y las *instituciones de beneficencia privada* (IBP)– pueden ser autorizadas para recibir *donativos deducibles* del impuesto sobre la renta, siempre que reúnan, entre otros, los requisitos siguientes (arts. 79 y 82, *Ley del Impuesto sobre la Renta*, LISR):

a) Que se constituyan y funcionen exclusivamente como entidades que se dediquen a cualquiera de los fines que establece la LISR (art. 82, fracc. I), los cuales se han agrupado en: asistenciales, educativos, de investigación científica y tecnológica, culturales, becantes, ambientales, de reproducción de especies en peligro de extinción, apoyos económicos, obras o servicios públicos, museos y bibliotecas privados, además de otras actividades adicionales, entre las que resaltan: seguridad ciudadana, derechos humanos, actividades cívicas, equidad de género, etcétera.

b) Que una parte sustancial de sus ingresos la reciban de fondos proporcionados por la Federación, entidades federativas o municipios, donativos o ingresos derivados de la realización de su objeto social (art. 82, fracc. I, LISR).

c) Que las actividades que desarrollen tengan como finalidad primordial el cumplimiento de su objeto social, sin que intervengan en campañas políticas o se involucren en actividades de propaganda (art. 82, fracc. II, LISR).

d) Que destinen sus activos exclusivamente a los fines propios de su objeto social (art. 82, fracc. IV, LISR).

e) Están impedidas de otorgar beneficios sobre el remanente distribuible a persona física alguna o a sus integrantes personas físicas o morales (salvo que se trate, en este último caso, de alguna de las personas morales o fideicomisos autorizados para recibir donativos deducibles de impuestos, o se trate de la remuneración de servicios efectivos recibidos, según el art. 82, fracc. IV, de la LISR).

f) Que al momento de su liquidación, con motivo de la misma, destinen la totalidad de su patrimonio a entidades autorizadas para recibir donativos deducibles (art. 82, fracc. V, LISR).

Estos requisitos, en particular los precisados en los últimos tres incisos (art. 82, fraccs. IV y V, LISR), deben constar en la escritura constitutiva de la asociación civil –o de la persona moral de que se trate– con el *carácter de irrevocable* (art. 82, LISR).

13.7 Las asociaciones civiles como organizaciones de la sociedad civil

Las *asociaciones civiles* y las *sociedades civiles con fines no lucrativos* también podrían *a)* acceder a apoyos y estímulos públicos para realizar ciertas actividades; *b)* gozar de incentivos fiscales y algunos apoyos económicos y administrativos, y *c)* recibir donativos y aportaciones, en caso de que se acojan a las disposiciones de la *Ley Federal de Fomento de las Actividades Realizadas por Organizaciones de la Sociedad Civil* (LFOSC), a fin de ser consideradas organizaciones de la sociedad civil para ese efecto.

Las *organizaciones de la sociedad civil* son aquellas *personas morales* (agrupaciones u organizaciones mexicanas) debidamente *constituidas*, que no persigan fines de lucro (ni realicen proselitismo partidista, político-electoral o religioso) y realicen algunas de las actividades a que se refiere la ley señalada (arts. 2, inciso *g*, 3 y 5, LFOSC).

Estas organizaciones están obligadas a inscribirse en el *Registro Público de las Organizaciones de la Sociedad Civil* (arts. 6, fracc. I, 7, fracc. I, y 15, LFOSC) y, en caso de disolución, deben transmitir los bienes que hayan adquirido con apoyos y estímulos públicos a otra organización que realice actividades objeto de fomento y esté inscrita en el referido registro (art. 7, fracc. VIII, LFOSC).

En el acta constitutiva o, en su caso, en los estatutos sociales de una *organización de la sociedad civil* ha de constar lo siguiente (art. 18, fraccs. II, III y IV, LFOSC): *a)* que tienen por objeto social realizar alguna de las actividades consideradas de fomento; *b)* que destinarán los apoyos y estímulos públicos que reciban al cumplimiento de su objeto social; *c)* que no distribuirán entre sus asociados remanentes de los apoyos y estímulos públicos que reciban; *d)* que en caso de disolución, transmitirán los bienes obtenidos con dichos apoyos y estímulos a otra u otras organizaciones cuya inscripción en el registro se encuentre vigente.

En el registro en cuestión, también deben inscribirse las modificaciones al acta constitutiva y los cambios en sus órganos de gobierno, dirección y representación, en un plazo de 45 días hábiles contados desde que se realizó la modificación respectiva (art. 7, fracc. VI, LFOSC).

Autoevaluación

1. Defina la asociación civil.
2. ¿Qué significa que la asociación civil no tenga como finalidad actividades de carácter económico preponderante?
3. Señale qué diferencias existen entre la asociación civil y la sociedad civil en cuanto a los votos que corresponden a los asociados o socios.
4. ¿Cuál es el quórum legal que se requiere en la asociación civil para las asambleas?
5. ¿Cuál es la diferencia entre la asociación civil y las instituciones de asistencia privada?
6. ¿En qué casos pueden los asociados separarse de la asociación civil?
7. Explique si los asociados pueden transmitir su calidad de tales en la asociación civil.
8. ¿En qué consiste la aportación de los asociados en la asociación civil?
9. ¿Cuál es la forma que debe reunir la asociación civil?
10. Señale tres obligaciones de los asociados.
11. Comente tres derechos patrimoniales de los asociados.
12. Explique tres derechos corporativos o de consecución de los asociados.
13. ¿De qué manera se integra el nombre de la asociación civil?
14. ¿Cuáles son los asuntos que están reservados a la asamblea de asociados en una asociación civil?
15. Escriba tres causas de disolución de la asociación civil.
16. ¿De qué manera se efectúa la liquidación de una asociación civil?
17. ¿Qué requisitos deben reunir las asociaciones civiles para recibir donativos deducibles de impuestos?
18. ¿Cuáles son las organizaciones de la sociedad civil?
19. ¿Cómo se constituye una organización de la sociedad civil?

Negocios jurídicos parciarios. La aparcería

capítulo 14

Propósitos

Al finalizar este capítulo, el alumno identificará con precisión los rasgos que caracterizan los contratos *parciarios*, en particular la *aparcería*, sus diferencias con figuras afines, las modalidades que presenta en la práctica, el contenido obligacional del contrato, los efectos jurídicos que produce y la manera como termina.

14.1 Los negocios jurídicos parciarios

Los *negocios jurídicos parciarios* son aquellos en que una persona se obliga a realizar una determinada prestación en favor de otra, a cambio de una participación en los ingresos o las ganancias que se obtengan de cierta actividad.[1] Entre los ejemplos que pueden citarse de esta clase de negocios jurídicos están los siguientes:

> La cesión del disfrute de un inmueble a cambio de una porción de los frutos o productos que se obtengan del mismo. La prestación de servicios a una sociedad a cambio de un porcentaje de las ganancias. La participación en las ganancias derivadas de la edición de una obra, a cambio de la cesión del derecho a editarla. La concesión de un préstamo a cambio de una cuota en las ganancias que el prestatario obtenga con el dinero prestado.

Estos negocios jurídicos presentan cierta similitud con la *sociedad*, en particular, por la participación de las partes en las ganancias generadas por una actividad específica; sin embargo, debe tenerse presente que este rasgo –la *participación en las ganancias*– no comporta, necesariamente, la presencia de una sociedad entre los partícipes, sino que puede significar tan solo una forma de retribución en los contratos.[2]

Una de las principales diferencias entre el contrato de sociedad y los negocios parciarios estriba en que, en estos, una de las partes obtiene por sí sola la ganancia o los ingresos y nada más

[1] De acuerdo con Castán, en la categoría de "los negocios jurídicos parciarios se incluyen todos aquellos contratos por los que una persona promete ciertas prestaciones a otra a cambio de una participación en las ganancias que obtenga ésta" (José Castán Tobeñas, *Derecho civil español, común y foral*, t. IV, 14ª ed., Reus, Madrid, 1988, pp. 638 y 639).

[2] *Ibidem*, p. 639.

otorga a la otra parte una participación en los mismos; por tanto, las partes no se agrupan para lograr los resultados[3] y no existe en sentido estricto una finalidad común.

No obstante, los negocios parciarios pueden regirse respecto de ciertos puntos por las reglas de la sociedad aplicadas por analogía, en particular, aquellas referidas a la participación en las ganancias.

Entre los contratos que forman parte de la categoría de los negocios parciarios están *a)* el *contrato de aparcería* y *b)* el *contrato de participación en los beneficios*. En el presente capítulo solo nos ocuparemos del primero.

14.2 Concepto

El contrato de *aparcería* es aquel por virtud del cual una persona, denominada *propietario*, concede a otra, llamada *aparcero*, la explotación temporal de un predio rústico o de ganados con la finalidad de repartirse los frutos o productos que se obtengan de tales bienes (arts. 2741 y 2752, CCDF).

La palabra *aparcería* viene del latín *pars*, *partis*, *parte*, que significa "ir a la parte en un negocio".[4]

La *aparcería* surgió antes que el *arrendamiento*, en una época en la que todavía no se conocía la *moneda*, como ocurrió con la *permuta* respecto de la *compraventa*. La aparcería permitió a las partes dividir entre ellas los frutos de la tierra o del ganado; es un contrato aún muy extendido y que proporciona una gran utilidad.[5]

Debido a que la aparcería cumple una función económica similar a la que en conjunto desempeñan el arrendamiento y la sociedad,[6] se pueden aplicar por analogía las disposiciones que rigen estos contratos, para normar algunos aspectos de la aparcería que carezcan de regulación específica. Al respecto habrá de considerar, por una parte, que la aparcería (rural) está prevista en el CCDF, en el Título Undécimo, "De las asociaciones y de las sociedades"; por otra parte, cuando en las sociedades civiles se aporta el uso temporal de bienes, esta clase de contribuciones se rigen conforme a las normas del arrendamiento (art. 2702, CCDF).[7]

Es conveniente señalar que la regulación de la aparcería en México se inspiró en las disposiciones del primer Código Civil portugués (arts. 1298 a 1317).

[3] *Ibidem*, p. 578.

[4] *Ibidem*, p. 640.

[5] *Cfr.* Ramón Sánchez Medal, *De los contratos civiles*, 25ª ed., Porrúa, México, 2013, p. 429.

[6] *Cfr.* Rafael Rojina Villegas, *Derecho civil mexicano*, t. VI, vol. II, 4ª ed., Porrúa, México, 2001, p. 229.

[7] *Cfr.* Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 431.

14.3 Tipos de aparcería

La aparcería es de tres tipos: la *aparcería agrícola*, la *aparcería ganadera* (art. 2739, CCDF) y la *aparcería industrial*. Solo las dos primeras están previstas de manera expresa en el CCDF.

La *aparcería agrícola* tiene lugar "cuando una persona [entrega] a otra un predio rústico para que lo cultive [por un tiempo], a fin de repartirse los frutos en la forma que convengan" (art. 2741, primera parte, CCDF). Este tipo de aparcería presenta, además, dos modalidades:[8]

a) La *mediería*, caracterizada por que las partes pactan dividirse por mitad los frutos, supuesto en el que el *aparcero* recibe el nombre de *mediero*.

b) La *masovería*, cuyo rasgo principal es el hecho de que el aparcero (conocido como *masovero*) vive en el predio que cultiva (*masías*), en el que incluso ha construido su casa con autorización del propietario.

La *aparcería ganadera* o *pecuaria* se presenta "cuando una persona [entrega] a otra cierto número de [ganado o de] animales [domésticos] a fin de que los cuide y alimente [por un tiempo], con el objeto de repartirse los frutos en la proporción que convenga" (arts. 2752, 2753 y 2760, CCDF).

La *aparcería industrial* ha sido referida por la doctrina española como el contrato por el cual el propietario de una negociación comercial concede al aparcero la explotación de la misma durante un tiempo, para distribuirse entre ellos los resultados de la operación de dicha negociación. Como se señaló, esta clase de aparcería no está regulada en el CCDF, por lo que se trataría de un *contrato atípico* con caracteres análogos a las dos especies de aparcería (agrícola y ganadera) y al contrato de asociación en participación (arts. 252 a 259, *Ley General de Sociedades Mercantiles*, LGSM).[9]

14.4 Clasificación

La aparcería (agrícola y ganadera) es un contrato traslativo de uso y goce, principal, bilateral, oneroso, sinalagmático, de duración (ejecución continuada o sucesiva) y formal.

Es un contrato *conmutativo*, pues la ganancia o pérdida que se produzca no depende de ningún acontecimiento incierto; de hecho, ambas partes contratantes corren con el riesgo o *alea* en iguales términos; incluso, en este contrato, la pérdida que alguna de las partes llegara a resentir no significaría ganancia para la otra.

La *aparcería agrícola* es un contrato *intuitu personae*, en razón de que podría darse por terminado con la muerte del aparcero, salvo que se hubiera pactado lo contrario (art. 2742, segundo párrafo, CCDF). Además, la celebración de este contrato es, en cierta forma, *obligatoria*

[8] *Cfr.* José Castán Tobeñas, *op. cit.*, p. 641.

[9] *Cfr.* Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, pp. 429 y 430.

o imperativa, porque el propietario solo tiene derecho a dejar sus tierras ociosas por el tiempo que sea necesario para que recobren sus propiedades fertilizantes y, en este sentido, una vez trascurrida la época que en cada caso fije la autoridad, según la región y la naturaleza de los cultivos, el propietario está obligado a cultivar la tierra por sí o por medio de otros, de tal manera que, si no lo hace, tendrá que darla en aparcería a quien la "solicite y ofrezca las condiciones necesarias de honorabilidad y solvencia" (art. 2751, CCDF).

Esta disposición se justifica por el hecho de que la actividad agrícola tiende a asegurar la producción de alimentos en beneficio de la comunidad y, por consiguiente, el aprovechamiento de las tierras laborables es una cuestión de *interés social* más que de interés particular.[10]

Por último, la aparcería ha sido considerada una especie de los *contratos agrarios* que puede celebrarse sobre tierras ejidales por el núcleo de población ejidal (cuando se trata de tierras de uso común) o por los ejidatarios titulares (cuando se refiera a tierras parceladas), con base en el art. 45 de la *Ley Agraria*, que prevé la posibilidad de que esa clase de tierras sea "objeto de cualquier clase de contratos de asociación o aprovechamiento". Esta especie de contratos habrá de tener "una duración acorde al proyecto productivo correspondiente no mayor a treinta años, prorrogables", pues implican el uso de tierras ejidales.

14.5 Diferencias con figuras afines

a) Diferencia con la sociedad. La aparcería se asemeja a la sociedad –y en particular, a la *societas quoad usum*, en la cual se aporta solo el uso de cosas–; la razón es que, en ambos contratos, las partes realizan aportaciones y convienen distribuirse las utilidades y las pérdidas.[11] Las diferencias entre la aparcería y la sociedad se presentan en el cuadro 14.1.

Cuadro 14.1 Diferencias entre aparcería y sociedad.

Aparcería	Sociedad
Es un contrato de cambio.	Es un contrato de organización.
No crea una persona jurídica.	Sí comporta la existencia de una persona jurídica.
Las partes no persiguen, en sentido estricto, una finalidad común.	Las partes buscan alcanzar una finalidad común.
Los frutos o productos pueden distribuirse en forma desigual, por lo que la participación en esto no necesariamente corresponde a lo que cada parte aporta.	Existe equivalencia entre lo que cada parte aporta y su participación en los beneficios.

[10] *Ibidem*, p. 430.

[11] *Idem*.

Aparcería	Sociedad
Una de las partes obtiene por sí sola la ganancia o los ingresos y se limita a otorgar a la otra parte una participación en los mismos. En este sentido, las partes no se agrupan para lograr los resultados.	La sociedad obtiene los ingresos, los cuales habrá de distribuir entre los socios, en la medida en que haya utilidades.
Comporta la distribución de los frutos o productos entre las partes contratantes, durante la vigencia del contrato.	En principio, las utilidades no deben distribuirse durante la vida de la sociedad, salvo pacto en contrario. No obstante, las utilidades deben repartirse, en todo caso, al disolverse y liquidarse la sociedad (art. 2729, CCDF).

b) Diferencia con el arrendamiento. La aparcería es semejante al arrendamiento por cuanto a que se concede a una persona el uso temporal de ciertos bienes; no obstante, se distingue del arrendamiento en los puntos que se presentan en el cuadro 14.2.

Cuadro 14.2 Diferencias entre arrendamiento y aparcería.

Aparcería	Arrendamiento
La prestación del aparcero es eventual o incierta.	La prestación del arrendatario es siempre un precio cierto.
La contraprestación por el uso y goce del bien consiste en una porción de los frutos o productos que se obtengan por la explotación del propio bien.	La contraprestación es, por lo común, en dinero; las partes no buscan repartirse los frutos o productos del bien arrendado.
Puede suceder que no haya frutos y, por tanto, ninguna contraprestación por la transmisión del uso y goce del bien.	En el arrendamiento siempre habrá una contraprestación (la renta) por el uso o goce del bien arrendado.
Los frutos del bien pertenecerán a los dos contratantes en la proporción que hubieran convenido, por lo cual existe una especie de copropiedad respecto de los frutos (arts. 2741, 2752 y 2763, CCDF).	Los frutos del bien arrendado corresponden al arrendatario.

c) Diferencia con el usufructo. La aparcería se distingue del usufructo en que este es un derecho real y el usufructuario tiene derecho a la totalidad de los frutos, lo que no ocurre en la aparcería, donde los frutos se distribuyen entre las partes contratantes según hayan convenido o, en su defecto, de acuerdo con las disposiciones legales aplicables de manera supletoria.

14.6 Las partes contratantes en la aparcería

Las partes contratantes en ambas clases de aparcería son: el *propietario* y el *aparcero* (*mediero o masovero*, según corresponda), quienes solo requieren la capacidad general para contratar (art. 1798, CCDF).

El *propietario* debe ser el dueño del predio rústico o del ganado, o bien, una persona autorizada por este para celebrar la aparcería. La aparcería también puede autorizarse por una disposición legal (por analogía: arts. 990, 1002, 2401 a 2403, CCDF). Es preciso mencionar que el *usufructuario* y, en su caso, el *arrendatario* cuando esté autorizado para conceder el uso del bien arrendado, podrían celebrar la aparcería.[12]

Celebrar un contrato de aparcería se considera un *acto de administración*.[13] No obstante, tendrá el carácter de un *acto de administración extraordinaria* o de *dominio* cuando su duración sea mayor de seis años, como ocurre con el arrendamiento.

14.7 El objeto en la aparcería

El objeto del contrato de aparcería está constituido *a)* por los bienes que el aparcero explotará y *b)* por los bienes que habrán de ser repartidos entre las partes. Al respecto, será preciso distinguir entre la *aparcería agrícola* y la *aparcería ganadera*.

a) La *aparcería agrícola* tiene por objeto *i)* predios rústicos susceptibles de ser laborables o cultivables y *ii)* los frutos, esto es, las cosechas que habrán de ser repartidas entre las partes (art. 2741, CCDF).

Es menester aclarar que la *medida* o *proporción* en que los frutos se distribuyan puede ser convenida entre los partícipes; pero, en ningún caso, el aparcero o mediero habrá de recibir menos de 40% de los frutos (art. 2741, CCDF), lo cual se establece como un límite a la autonomía privada. La disposición legal para el referido límite inferior es, sin duda, una disposición imperativa.

b) En la *aparcería ganadera*, en cambio, el objeto del contrato está constituido *i)* por los animales domésticos (ganado bovino, caballar, caprino, ovino, porcino, aves, abejas, etc.) que habrán de ser explotados, *ii)* por los frutos (lana, leche, crines, miel, etc.) y, en su caso, por las crías y otros productos (pieles, cuernos, etc.) (art. 2753, CCDF).

En opinión de Sánchez Medal, la explotación de serpientes con la finalidad de extraerles veneno para producir antídotos o darle otros usos curativos no sería un contrato de aparcería ganadera, sino un contrato atípico, semejante a aquel.[14]

[12] *Cfr.* Rafael Rojina Villegas, *op. cit.*, p. 231.

[13] *Cfr.* Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 431.

[14] *Ibidem*, p. 432.

La *medida* o *proporción* en que los frutos y demás productos habrán de distribuirse entre las partes contratantes en la aparcería ganadera está sujeta, en principio, a un acuerdo entre ellas. Sin embargo, está prohibido establecer que todas las pérdidas ocurridas por caso fortuito o fuerza mayor sean a cargo del aparcero, por lo cual, la cláusula respectiva sería nula (art. 2757, CCDF).

14.8 La forma en la aparcería

La aparcería debe otorgarse por escrito, en dos ejemplares, uno para cada contratante (art. 2740, CCDF). De esta manera, la aparcería es un *contrato formal*. No es menester inscribir la aparcería en el Registro Público de la Propiedad (art. 3042, CCDF).

14.9 La duración de la aparcería

El contrato de aparcería no está sujeto a un límite máximo de duración, como acontece en el arrendamiento (art. 2398, CCDF); por consiguiente, las partes pueden establecer el plazo de duración que convenga a sus intereses.

En la aparcería ganadera, si las partes lo hubieran omitido, el plazo de duración del contrato será por "el tiempo que fuere costumbre en el lugar" (art. 2760, CCDF). Asimismo, en caso de que el propietario de los animales no exija su parte dentro de los 60 días posteriores a la fecha en que el plazo del contrato haya vencido, este se entenderá prorrogado por un año más (art. 2762, CCDF); esto es, operará la *tácita reconducción* en ese supuesto.

Lo mismo ocurre en la aparcería agrícola cuando el propietario no reclama su parte –es decir, sus tierras– dentro del referido plazo de 60 días después de transcurrido el tiempo de duración del contrato; así, la aparcería agrícola se considerará prorrogada por un año adicional (art. 2762, CCDF).

La prórroga no operará en el caso de que "después de vencido un año agrícola, haya procedido alguna de las partes a avisar a la otra la terminación del contrato, y, especialmente, que el aparcero no haya empezado a hacer las labores preparatorias para las nuevas siembras, como barbechos, abonos", etcétera.[15]

14.10 Contenido obligacional de la aparcería agrícola

De acuerdo con Rojina Villegas, el *propietario* del predio rústico objeto de la aparcería agrícola y el *aparcero* tienen las mismas obligaciones que corresponden al arrendador y al arrendatario, respectivamente. Por consiguiente, las disposiciones conducentes que regulan el

[15] *Ibidem*, pp. 436 y 437.

arrendamiento se aplican por analogía a la aparcería agrícola.[16] Sin embargo, esta tiene un régimen jurídico particular, del que se desprenden obligaciones específicas para el *propietario* y para el *aparcero*, las cuales serán analizadas en seguida.

Es preciso resaltar el hecho de que en la aparcería (agrícola y ganadera) rige el principio de la autonomía privada, dado que "las condiciones de este contrato se [regulan] por la voluntad de los interesados"; sin embargo, "a falta de convenio se observará la costumbre general del lugar" (art. 2754, CCDF).

14.10.1 Obligaciones del propietario en la aparcería agrícola

Son tres, en esencia, las obligaciones del propietario en la aparcería agrícola: *a)* entregar el predio rústico, *b)* garantizar el uso útil y pacífico de dicho predio y *c)* abstenerse de levantar la cosecha, por sí solo.

a) Entregar el predio rústico susceptible de ser laborable o cultivable al aparcero (art. 2741, CCDF). No obstante, el propietario también puede obligarse a proporcionar *capital de trabajo* (abonos, agua de riego, forraje para animales de labranza, combustible para la maquinaria agrícola, etc.) o *semillas* para la siembra al aparcero.

En este último caso, el aparcero no estará obligado a pagar las semillas si la cosecha se pierde por completo; en cambio, si la pérdida de la cosecha fuera parcial, el aparcero deberá pagar las semillas en proporción a la pérdida ocurrida (art. 2748, CCDF).

La entrega habrá de ceñirse a los *principios de exactitud en la sustancia*, el *tiempo*, el *lugar* y el *modo*.

b) Garantizar el uso útil y pacífico del predio al aparcero (arts. 2702 y 2412, fracc. V, CCDF). El uso del predio rústico podría implicar el derecho del aparcero de establecer su habitación ahí; en este supuesto, el propietario habrá de permitirle construir su casa y tomar el agua potable o la leña que necesite para satisfacer sus necesidades y las de su familia, así como el pasto que requiera para la alimentación de los animales que emplee en el cultivo (art. 2749, CCDF).

c) Abstenerse de levantar por sí solo la cosecha (arts. 2743 a 2746, CCDF). Esta es, en realidad, una obligación común del propietario y del aparcero. Ninguno de los dos tiene derecho de levantar la cosecha por sí mismo. Sin embargo, el propietario podrá levantarla sin la intervención del aparcero cuando este haya abandonado la siembra (art. 2746, CCDF); en este caso, el propietario habrá de realizar la cosecha y la medida, cuenta o peso de los frutos en presencia de dos testigos "mayores de toda excepción" (art. 2744, CCDF).

En el supuesto de que el propietario omita efectuar la cosecha en presencia de testigos, queda obligado a entregar al aparcero los frutos que corresponda, según la cantidad que determinen los peritos nombrados por cada parte contratante, en la proporción establecida en el contrato. El propietario cubrirá los honorarios de los peritos (art. 2745, CCDF).

[16] *Cfr.* Rafael Rojina Villegas, *op. cit.*, pp. 234, 236 y 237.

Es preciso mencionar que el propietario no tiene el *derecho de retener* la parte de la cosecha que corresponda al aparcero, para garantizar los adeudos que este tenga con el propietario por virtud del contrato de aparcería (art. 2747, CCDF). Según Sánchez Medal, esto se debe a que, por lo general, "el aparcero es un campesino que sólo cuenta con su participación en la cosecha para atender a su subsistencia y a la de su familia".[17]

14.10.2 Obligaciones del aparcero o mediero en la aparcería agrícola

Las obligaciones que tiene el aparcero agrícola son cuatro, a saber: *a)* cultivar el predio rústico, *b)* abstenerse de levantar la cosecha por sí mismo, *c)* entregar al propietario la cosecha en la proporción que le corresponde y *d)* devolver el predio al término del contrato.

a) Cultivar el predio rústico (art. 2741, CCDF). El aparcero está obligado a usar el predio rústico objeto de la aparcería, como también lo está el arrendatario. No se trata de una mera facultad, sino de un deber, por cuanto a que el aparcero habrá de cultivar el predio o cosechar los frutos para cumplir con el contrato.

b) Abstenerse de levantar por sí mismo la cosecha. Como quedó señalado, este deber también le corresponde al propietario. En principio, quien debe levantar las mieses o cosechar los frutos es el aparcero. Para ello, tiene la obligación de avisar al propietario o a su representante, si estuviere en el lugar o "dentro de la demarcación territorial del Distrito Federal a que corresponda el predio" (art. 2743, CCDF). La finalidad del aviso es permitir al propietario medir, contar o pesar la cosecha.

En el caso de que el propietario no se encuentre en la Ciudad de México, el aparcero podrá recoger la cosecha en presencia de dos testigos "mayores de toda excepción", quienes habrán de presenciar la medición, conteo o peso de los frutos (art. 2744, parte final, CCDF).

Si el aparcero incumple el deber de avisar al propietario o levantar la cosecha en presencia de testigos, según fuera el caso, estará obligado a entregar al propietario la cantidad de frutos que determinen los peritos nombrados por cada parte contratante, en la proporción establecida en el contrato. El propio aparcero satisfará los honorarios de los peritos (art. 2745, CCDF).

c) Entregar al propietario la cosecha (art. 2741, CCDF) en la proporción que le corresponda, según lo convenido, en el entendido de que el aparcero tiene derecho a recibir por lo menos 40% de los frutos (art. 2741, CCDF); por ello, cualquier convenio que reduzca su participación en una cantidad inferior a la señalada habrá de ajustarse al porcentaje en cuestión, con base en el *principio de conservación del contrato*.

No obstante, si, de acuerdo con las costumbres del lugar, el aparcero tiene derecho a recibir un porcentaje mayor a 40%, habrá de atenerse a esa proporción en el caso de que las partes hubieran omitido convenir al respecto (art. 2741, CCDF).

[17] Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 433.

d) Devolver el predio a la terminación del contrato. El aparcero está obligado, además, a pagar al propietario el capital de trabajo o las semillas que le hubiera proporcionado para la siembra, a menos que la cosecha se hubiere perdido total o parcialmente, supuestos en los cuales el *deber de reembolsar* se extinguirá (si la pérdida fue total) o se reducirá (si la pérdida fue parcial) (art. 2748, CCDF).

Es preciso mencionar que el aparcero tiene un *derecho de preferencia* para celebrar una nueva aparcería, en igualdad de condiciones que las ofrecidas por un tercero, siempre que hubiera satisfecho sus obligaciones en la forma debida (art. 2750, CCDF).

14.11 Contenido obligacional de la aparcería ganadera

En la aparcería ganadera también resultan aplicables por analogía las disposiciones que regulan las obligaciones de las partes en el arrendamiento y, en particular, el *arrendamiento de animales* (arts. 2470 a 2476, CCDF), en lo que fueren conducentes. En virtud de que la aparcería ganadera cuenta con una regulación específica, en lo sucesivo analizaremos las obligaciones concretas del propietario del ganado y del aparcero.

14.11.1 Obligaciones del propietario en la aparcería ganadera

Las obligaciones del propietario en la aparcería ganadera son tres: *a)* entregar al aparcero los animales en el tiempo, lugar y modo convenidos; *b)* garantizar el uso de los animales, y *c)* abstenerse de obtener ciertos productos de los animales por sí mismo.

a) Garantizar la posesión y el uso de los animales (art. 2756, CCDF). El propietario responderá de los *vicios o defectos ocultos* de los animales que hayan sido de su conocimiento, de manera similar a como ocurre en el arrendamiento de animales (arts. 2421, 2659 y 2702, CCDF).

El propietario también responderá por la *evicción* que sufra el aparcero de los animales objeto de la aparcería, supuesto en el que estará obligado a sustituir los animales perdidos; de lo contrario, será responsable de los daños y perjuicios causados al aparcero por el incumplimiento del contrato (art. 2756, CCDF).

El aparcero no responderá por los animales que se hubieran perdido por *caso fortuito* o *fuerza mayor*, hecho que habrá de probar para liberarse de responsabilidad, pues *la pérdida de los bienes en poder del deudor se presume por su culpa* (art. 2018, CCDF).

b) Abstenerse de obtener ciertos productos de los animales por sí mismo. Esta es una obligación común para el propietario de los animales y para el aparcero.

Ninguna de las partes puede disponer de los animales ni de sus crías sin el consentimiento de la otra parte (art. 2758, CCDF). El aparcero tampoco podrá hacer el esquileo de los animales sin avisar al propietario (art. 2759, CCDF); si omite dar el aviso, quedará obligado a entregar al propietario los productos obtenidos de los animales en la cantidad que determinen los peritos nombrados por cada parte contratante, en la proporción establecida en el contrato. El propio aparcero satisfará los honorarios de los peritos (arts. 2759, 2744 y 2745, CCDF).

No obstante, el aparcero puede obtener algunos productos perecederos, como la leche, sin la concurrencia del propietario, salvo que se pacte lo contrario. Tales productos habrán de repartirse enseguida entre las partes, en la proporción convenida.[18]

En el supuesto de que el aparcero enajenara los animales o sus crías sin el consentimiento del propietario, este tiene el derecho de reivindicarlos del tercero que los haya adquirido, salvo que se hubieran rematado en pública subasta (art. 2761, primera parte, CCDF). En este caso, el propietario estará impedido de recuperar los animales del tercero de buena fe, a menos que le reembolse el precio pagado por los animales (art. 799, CCDF).

En todo caso, el propietario conserva el derecho de reclamar al aparcero los daños y perjuicios que le hubiera causado por la falta de aviso (art. 2761, segunda parte, CCDF).

Los contratantes tienen el derecho del tanto para adquirir los animales, en el supuesto de que estos se vendan antes de terminar el contrato de aparcería (art. 2763, CCDF). La concesión y el ejercicio del derecho del tanto están sujetos a las mismas reglas que rigen la copropiedad (art. 973, CCDF), en razón de "que los frutos y productos materia de la aparcería pertenecen en copropiedad a los dos contratantes en la proporción convenida para el reparto".[19]

El convenio por el cual se establezca que todas las pérdidas que resulten por *caso fortuito* o *fuerza mayor* sean por cuenta del aparcero de ganados, será nulo (art. 2754, CCDF).

14.11.2 Obligaciones del aparcero en la aparcería ganadera o pecuaria

Las obligaciones del aparcero en la aparcería ganadera son cuatro: *a)* cuidar los animales, *b)* abstenerse de obtener ciertos productos de los animales por sí mismo, obligación que también tiene el propietario en la aparcería ganadera; *c)* entregar al propietario los productos obtenidos de los animales, en la proporción convenida (art. 2762, CCDF), y *d)* devolver los animales recibidos al término del contrato, a menos que el aparcero demuestre que han perecido por caso fortuito o fuerza mayor (arts. 2018 y 2756, CCDF).

El aparcero tiene el *deber de cuidar* los animales que le han sido confiados. Al efecto, habrá de "emplear en la guarda y tratamiento de los animales, el cuidado que ordinariamente emplee en sus cosas" (art. 2755, CCDF). Este deber comprende, desde luego, la *alimentación* y *atención de las enfermedades menores* que sufran los animales (arts. 2755, 2018 y 2470, CCDF, por analogía).

El aparcero cubrirá los daños y perjuicios que se causen al propietario de los animales si omite cuidarlos en la misma forma que de ordinario cuida sus propias cosas; esto es, el aparcero responde por *culpa leve en concreto* en el cuidado de los animales.

En la aparcería de ganados se abandona el concepto de *culpa en abstracto* que regía en el derecho romano, el cual atendía tres clases de culpa: *a)* la *culpa levísima*, que exige la *diligencia*

[18] *Cfr.* Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 435.

[19] *Ibidem*, pp. 433 y 434.

máxima del *diligentísimo padre de familia*; *b)* la *culpa leve*, que reclama una *diligencia media* del *buen padre de familia*, y *c)* la *culpa grave*, que atiende la *diligencia mínima* del *tipo normal de hombre*. Esta clasificación de la culpa para determinar la responsabilidad civil se reconoce en México para el contrato de depósito y comodato.[20]

La atemperación de responsabilidad del aparcero se debe a que el propietario es quien ha elegido al aparcero, por lo que debe correr con el riesgo en la elección. Además, el aparcero podría considerarse la parte débil en la relación, por lo cual resulta razonable que se le proteja.[21]

Al respecto, algún autor ha sugerido que la responsabilidad del aparcero debiera ser la culpa leve en abstracto, para imponerle el cuidado que corresponde a un buen padre de familia, pues el aparcero podría ser negligente, incluso en el cuidado de sus propias cosas (Cunha Gonçalvez).[22]

14.12 Terminación de la aparcería

El contrato de aparcería termina por las causas ordinarias de conclusión de los contratos en general. En particular, es preciso analizar los siguientes motivos de terminación:

a) El *vencimiento del plazo* convenido por las partes (arts. 2750 y 2760, CCDF). En el caso de que se hubiere omitido establecer el plazo de duración de la aparcería, cualquiera de las partes podrá darla por terminada mediante aviso dado a la otra parte con un año de anticipación (art. 2478, CCDF, por analogía).

El aparcero agrícola tiene derecho a usar el predio o los edificios por el tiempo absolutamente indispensable para la recolección y aprovechamiento de los frutos pendientes a la terminación del contrato.

En la aparcería agrícola, el propietario tiene derecho a que se le permita el *barbecho de las tierras* que el aparcero tenga desocupadas y de aquellas donde ya no pueda verificar una nueva siembra. Asimismo, tiene derecho a usar los edificios y demás medios que fueren necesarios para las labores preparatorias del año siguiente (arts. 2478, 2456 a 2458, CCDF, por analogía).

No obstante, el propietario tendrá la obligación de pagar el barbecho y la poda de árboles que el aparcero hubiera realizado (art. 2742, CCDF, por analogía).

b) La muerte del aparcero es una causa de terminación de la aparcería agrícola, salvo pacto en contrario (art. 2742, CCDF). La aparcería es un contrato *intuitu personae* por lo que respecta al aparcero. En este supuesto, si el aparcero hubiera efectuado la poda

[20] *Cfr.* Rafael Rojina Villegas, *op. cit.*, p. 239.

[21] *Cfr.* Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 435.

[22] *Idem.*

de árboles, el barbecho de las tierras y otras obras preparatorias para la siembra, sus herederos tendrán derecho de cobrar el importe de los trabajos realizados al propietario, en lo que este los hubiera aprovechado (art. 2742, CCDF).

El fallecimiento del propietario y la enajenación que este realice del predio rústico otorgado en aparcería no son causas de terminación del contrato de aparcería y subsistirá en sus términos (art. 2742, CCDF).

Autoevaluación

1. ¿Cuáles son los negocios jurídicos parciarios?
2. ¿Cuál es la diferencia entre el contrato de sociedad y los negocios jurídicos parciarios?
3. Defina el contrato de aparcería.
4. ¿Cuáles son los tipos de aparcería que existen?
5. ¿En qué consiste la aparcería agrícola?
6. ¿Cuál es la diferencia entre la mediería y la masovería?
7. ¿En qué consiste la aparcería ganadera?
8. ¿En qué consiste la aparcería industrial?
9. Escriba tres diferencias entre el contrato de aparcería y el contrato de sociedad.
10. Explique tres diferencias entre el contrato de aparcería y el contrato de arrendamiento.
11. ¿Cuál es la diferencia entre el contrato de aparcería y el usufructo?
12. ¿Cuál es el objeto del contrato de aparcería agrícola?
13. ¿Cuál es el objeto del contrato de aparcería ganadera?
14. Enuncie las obligaciones del propietario en la aparcería agrícola.
15. Comente las obligaciones del aparcero en la aparcería agrícola.
16. Explique cómo deben conducirse las partes para levantar la cosecha en la aparcería agrícola.
17. Exponga las obligaciones del propietario en la aparcería ganadera.
18. Escriba las obligaciones del aparcero en la aparcería ganadera.
19. Comente de qué manera deben conducirse las partes para obtener los productos de los animales en la aparcería ganadera.
20. ¿Cuáles son las causas de terminación en la aparcería?

PARTE 7: LOS CONTRATOS DE GARANTÍA

Fianza

capítulo 15

Propósitos

Al finalizar el capítulo, el alumno identificará con precisión los rasgos que caracterizan el contrato de *fianza*, sus diferencias con figuras afines, las modalidades que presenta en la práctica, su contenido obligacional, los efectos jurídicos que produce y la manera como termina.

15.1 Concepto

La fianza (*fideijussio*) es el *negocio jurídico de garantía* por virtud del cual una persona denominada *fiador*, distinta del deudor, se obliga a pagar al *acreedor* una determinada prestación en caso de que el *deudor* incumpla con la misma.

En opinión de Ramón Sánchez Medal, podría decirse que el fiador adquiere una *obligación de resultado*, dado que "en el fondo, la obligación que asume el fiador consiste en hacerse responsable de que el deudor principal ejecute o cumpla la obligación a su cargo".[1]

La fianza puede tener su causa en un *contrato* celebrado entre el fiador y el acreedor, donde no es indispensable la concurrencia del deudor principal; o bien, en una *declaración unilateral de voluntad*, como sucede con la *fianza de empresa*, la *fianza legal* y la *fianza judicial*.

15.2 Clasificación

La fianza es una *garantía personal*: su finalidad económica estriba en establecer –a cargo de una persona distinta del deudor principal– la *obligación de responder* con la totalidad de los bienes del fiador, en el supuesto de que incumpla las prestaciones que ha asumido en favor del acreedor.

[1] Ramón Sánchez Medal, *De los contratos civiles*, 25ª ed., Porrúa, México, 2013, p. 461.

En este sentido, la fianza es también un negocio jurídico *accesorio*, dado que su eficacia está supeditada a la obligación principal cuya satisfacción queda así garantizada, lo cual ha sido considerado por Rojina como su principal atributo.[2]

No obstante, una *excepción* al principio de accesoriedad de la fianza[3] se presenta cuando esta se otorga en garantía de *obligaciones futuras*, en las que la garantía personal se constituye antes de existir la deuda y sin que se conozca con certeza si habrá de existir. En estos casos, la función de garantía de este negocio jurídico quedará supeditada al surgimiento de la obligación.

En tales supuestos, se trata de garantizar la *responsabilidad civil* en que pudiera incurrir una persona, por ejemplo, en el desempeño de algún cargo que implique la administración de bienes ajenos (como ocurre con el tutor, el albacea, el síndico, etc.) o en la ejecución de determinada actuación procesal (como sucede con la recepción de pruebas en periodo extraordinario, la ejecución de sentencias apeladas en efecto devolutivo, la suspensión del acto reclamado en amparo, etcétera).

En estos supuestos, la deuda todavía no surge; está supeditada a un hecho incierto que consiste en la efectiva causación de daños en la realización de los actos garantizados.

La fianza también tendría el carácter de *principal*, al otorgarse como un medio para realizar operaciones posteriores con el eventual acreedor, por lo cual tales operaciones quedarían, en su caso, garantizadas con la fianza constituida de manera previa.

La fianza es, por lo general, un negocio jurídico *unilateral* y *gratuito*; sin embargo, es posible que las partes pacten una contraprestación por el otorgamiento de la garantía personal, supuesto en el cual la fianza será *onerosa* o *remunerada* y, por consiguiente, *bilateral*.

Asimismo, la fianza es un contrato *consensual*, en razón de que no requiere formalidad alguna para su celebración. No obstante, también puede revestir la forma de una *declaración unilateral de voluntad*, como quedó precisado.

15.3 Diferencias con figuras afines

a) Diferencia con el aval. Las diferencias que hay entre la fianza y el aval se muestran en el cuadro 15.1.

[2] *Cfr.* Rafael Rojina Villegas, *Derecho civil mexicano*, t. VI, vol. II, Porrúa, México, 2001, pp. 249 y 250.

[3] Se han determinado como excepciones al principio de accesoriedad de la fianza, además de la señalada, cuatro casos concretos: *a)* la garantía personal constituida respecto de obligaciones sometidas a una *condición suspensiva*, *b)* la concedida respecto de *obligaciones anulables*, *c)* la situación de la fianza cuando se produce la *novación* de la relación obligatoria garantizada con aquella y, en general, *d)* por estar sujeta la fianza a *caducidad*. En ninguno de los tres primeros casos se está ante una excepción al referido principio, con la salvedad del último, según la opinión de Rojina (*cfr.* Rafael Rojina Villegas, *op. cit.*, pp. 256 y 257).

Cuadro 15.1 Diferencias entre fianza y aval.

Fianza	Aval
Es un negocio jurídico que garantiza cualquier clase de obligación, incluso aquella derivada de un título-valor.	Es una garantía cambiaria al garantizar deudas derivadas de un título-valor, por lo cual debe constar en este.
La fianza no se presume.	El aval se presume, pues cuando la firma de una persona aparece en un título-valor sin que sea posible atribuirle un determinado carácter, se entiende que fue puesta justo como aval.
El fiador goza de los beneficios de orden y excusión.	El aval es un deudor autónomo, a quien se le puede exigir la obligación directa, sin necesidad de recurrir al avalado de manera previa. Por tanto, carece de los beneficios de orden y excusión.
Se rige por el principio de accesoriedad; esto es, lo accesorio sigue la suerte de lo principal. En consecuencia, si la obligación principal es nula, también será nula la fianza.	Es una obligación principal, al igual que el avalado. En ese sentido, aun cuando fuera nula la obligación del avalado, la obligación del aval será válida.

Ejemplo: Una persona discapacitada suscribe un pagaré, que es a la vez suscrito como aval por otra persona con plena capacidad. Al vencimiento del pagaré, el avalista habrá de pagar la deuda, aun cuando el suscriptor haya sido discapaz cuando lo firmó.

La palabra *aval* se emplea en algunos contratos "como una especie de cobertura económica para garantizar un negocio distinto de la letra de cambio u otro título de crédito". En tales situaciones habrá de estimar que las partes quisieron referirse, en realidad, a la fianza, por tratarse del "instituto de garantía más conforme con la naturaleza y objeto de los contratos mercantiles, así como con la intención real de las partes, salvo que pueda derivarse otro sentido de las cláusulas del contrato en cuestión".[4]

b) Diferencia con la obligación solidaria. Las diferencias entre la fianza y la obligación solidaria se indican en el cuadro 15.2.

[4] AVAL. AL CONSTITUIR UNA GARANTÍA MERCANTIL DE APLICACIÓN EXCLUSIVA A LOS TÍTULOS DE CRÉDITO, A QUIEN ASÍ SE OBLIGUE EN UN CONTRATO MERCANTIL, DEBE TENÉRSELE, CONFORME A LA NATURALEZA Y OBJETO DE ESTE TIPO DE CONTRATOS, COMO FIADOR, SALVO QUE DE LA INTERPRETACIÓN DE SUS CLÁUSULAS PUEDA DERIVARSE OTRO INSTITUTO DE GARANTÍA. Novena época. Registro: 186658. Primera Sala. Jurisprudencia. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Tomo XVI, julio de 2002. Materia(s): Civil. Tesis: 1a./J. 24/2002. Página: 15.

Cuadro 15.2 Diferencias entre fianza y obligación solidaria.

Fianza	Obligación solidaria
El fiador garantiza el cumplimiento de una cierta prestación asumida por el deudor principal frente al acreedor. Es, por tanto, un negocio jurídico accesorio.	Los obligados (dos o más) son deudores principales: cada uno debe satisfacer, en su totalidad, una prestación determinada. Por consiguiente, no tiene naturaleza accesoria.
El fiador no se halla interesado en la deuda, en sentido económico-jurídico.	El obligado solidario está interesado en la operación que ha originado la deuda (ha recibido a préstamo, ha comprado, etcétera).
El objeto de la obligación garantizada es distinto del objeto propio de la fianza.	En la obligación solidaria, el objeto de la obligación es uno solo, aunque haya pluralidad de deudores.
El fiador no tiene el *débito*, sino solo la *responsabilidad*. Por ello, la fianza es un contrato de indemnización. (Para Colás, la fianza no es una hipótesis de responsabilidad sin deuda. El fiador asume su propia obligación: la obligación *fideiusoria*. *Cfr.* Ana Ma. Colás Escandón, *Efectos del contrato de fianza: Relaciones entre acreedor, deudor principal y fiador*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2007, p. 25.)	El deudor solidario tiene a su cargo el *débito* (deber de cumplir la prestación) y la *responsabilidad* (indemnizar por el incumplimiento de la prestación).
La fianza tiene *carácter subsidiario*. En cierto sentido, la fianza solidaria es también subsidiaria, porque quien debe cumplir la obligación garantizada es el deudor principal.	La obligación solidaria no tiene carácter subsidiario.
En la fianza, si el deudor principal paga la deuda íntegra, nada puede reclamar del fiador. Y si el fiador es quien paga, se *subroga* en los derechos del acreedor en contra del deudor principal (art. 2830, CCDF), para exigirle el reembolso total de lo pagado (arts. 2828 y 2829, CCDF).	El deudor solidario que paga la totalidad de la deuda solo tiene derecho de exigir la parte que a cada uno de los otros codeudores le corresponda, salvo convenio en contrario.
	En caso de que no pueda obtenerse la parte que le corresponda a uno de los deudores solidarios, el que pagó puede exigir que dicha parte sea repartida entre todos los demás deudores, incluso entre aquellos a quienes el acreedor hubiere liberado de la obligación.

Fianza	Obligación solidaria
La fianza, sea simple o solidaria, se extingue si el acreedor realiza algún hecho que origine que el fiador no pueda subrogarse en las garantías y privilegios de la obligación garantizada.	La obligación solidaria no se extingue por una causa semejante.
El fiador puede oponer las excepciones propias de la fianza y las que sean inherentes a la obligación principal, pero no puede hacer valer las excepciones personales del deudor.	El deudor solidario solo puede invocar las excepciones derivadas de la naturaleza de la obligación y las que le sean personales. En ese sentido, es responsable con los demás deudores solidarios si no hace valer las excepciones comunes a todos.
El fiador puede interponer las acciones de relevación y cobertura frente al acreedor.	El obligado solidario no puede ejercer esa clase de acciones.

c) Diferencia con las obligaciones concurrentes. Las obligaciones son concurrentes cuando en dos o más relaciones obligatorias el acreedor y el objeto son los mismos, pero los deudores y las causas son distintos.

Pueden mencionarse como supuestos de obligaciones concurrentes: *a)* la obligación de reparar el daño causado por el empleo de mecanismos peligrosos, que recae en quien lo ocasionó y en el propietario de tal mecanismo; *b)* la obligación de quien causa un incendio y de la empresa aseguradora; *c)* la obligación de quien roba un bien y la del comodatario que actuó con negligencia; *d)* la obligación del empleado que causó el daño y la del patrón, etcétera.[5]

Una de las características de las obligaciones concurrentes estriba en que, por tratarse del mismo objeto debido, el pago efectuado por alguno de los deudores extingue las demás obligaciones.

Abordaremos las diferencias entre la fianza y las obligaciones concurrentes, en principio, desde la diferencia de esta con la obligación solidaria (véase el cuadro 15.3).[6]

Cuadro 15.3 Diferencias entre obligaciones solidarias y concurrentes.

Obligación solidaria	Obligaciones concurrentes
En la obligación solidaria, la relación obligatoria es una sola y vincula a dos o más deudores que responden, cada uno, por la totalidad de la deuda.	En las obligaciones concurrentes, son dos o más las relaciones obligatorias que recaen sobre el mismo objeto, en las que el acreedor también es el mismo.



[5] *Cfr.* Jorge Joaquín Llambías, *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, t. II-A, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1982, pp. 589 y 590.

[6] Al respecto, seguimos a Llambías, *op. cit.*, pp. 592 y 593.

Obligación solidaria	Obligaciones concurrentes
En la obligación solidaria, el deudor que paga puede repetir en contra de los demás deudores solidarios, en la proporción que les corresponda.	En las obligaciones concurrentes, los efectos del pago serán distintos, según la persona que efectúa el pago: si lo realiza quien originó la deuda, no podrá reclamar a los demás deudores pago alguno y la deuda se extinguirá; por lo contrario, si lo hace otro deudor concurrente, este podrá reclamar el pago total a quien originó la deuda.
En la obligación solidaria, la prescripción de la deuda beneficia a todos los deudores solidarios.	En las obligaciones concurrentes, la prescripción opera de manera independiente respecto de cada relación obligatoria.
En la obligación solidaria, los efectos de la culpa de uno de los deudores repercuten en los demás.	En las obligaciones concurrentes, la culpa de un deudor no trasciende a los otros deudores.
	En las obligaciones concurrentes tampoco se propaga el estado de mora de uno de los deudores, por lo que la constitución en mora solo afecta al deudor moroso, pero no a los demás.
	En las obligaciones concurrentes, la extinción de una de las deudas no influye, en principio, sobre las demás, que subsisten.
En la obligación solidaria, el pago hecho por el deudor solidario causa la subrogación de este en los derechos del acreedor.	En las obligaciones concurrentes no ocurre la subrogación. Como explica Llambías, "el que paga *no es un tercero* que pueda invocar los beneficios del pago con subrogación… sino un deudor que paga la deuda propia. Tampoco es un deudor que tenga una obligación compartida con otros, pues las deudas de todos los obligados son independientes… el deudor concurrente no se subroga en los derechos del acreedor contra otros deudores del mismo objeto" (J. Llambías, *op. cit*., pp. 592 y 593).

En concreto, respecto de la fianza pueden señalarse las siguientes diferencias generales:

- El objeto en la fianza es distinto del objeto de la deuda principal garantizada: de hecho, el fiador puede obligarse por una cantidad inferior o, incluso, respecto de un objeto de naturaleza diversa que aquella que corresponde a la deuda principal. En

las obligaciones concurrentes existen dos o más relaciones obligatorias en las que el objeto es el mismo.

- En la fianza, el fiador se subroga en los derechos del acreedor, una vez que ha efectuado el pago. En cambio, en las obligaciones concurrentes no se produce la subrogación, según quedó señalado.
- En la fianza, la extinción de la deuda principal extingue la fianza. En las obligaciones concurrentes, la extinción de una de las deudas no incide sobre las demás.

d) Diferencia con el mandato de crédito. El *mandato de crédito* (*mandatum pecuniae credendae*) es un contrato por el cual una persona se obliga con otra a conceder crédito a un tercero, en nombre y por cuenta propia, por lo cual la segunda queda obligada a pagar en caso de que el tercero incumpla el crédito que le fue otorgado. Este contrato está previsto en el art. 1958 del Código Civil italiano de 1942, el cual califica como *fiador* a la persona que ha dado el encargo, respecto de aquella que concede el crédito.

Se entiende que existe, previa al mandato de crédito, una relación jurídica entre el *mandante* o *promisario* y el tercero, lo cual explica que aquel encargue al *mandatario* o *promitente* que conceda el crédito a dicho tercero.

Además de esta, se establecen otras dos relaciones distintas: una entre el *mandante* y el *mandatario* y otra entre el *mandatario* (en este caso, *acreditante*) y el tercero. La obligación es asumida por el *mandatario* frente al *mandante* y no ante el tercero, por lo que este no adquiere ningún derecho frente al *mandatario*.

El *mandatario* que ha aceptado el encargo no puede renunciar a él; en cambio, el *mandante* puede revocarlo, pero quedará obligado a resarcir, en todo caso, el daño causado a la otra parte (art. 1958, segundo párrafo, Código Civil italiano).

En el supuesto de que, después de aceptar el encargo, las condiciones patrimoniales del *mandante* o del tercero hayan llegado a tal grado que dificulten más la satisfacción del crédito de manera notable, el *mandatario* no podrá ser constreñido a cumplir el mandato de crédito. El *mandante* (como fiador) quedaría liberado si el mandatario concede el crédito al tercero, aun conociendo la adversa situación patrimonial de este (arts. 1956 y 1959, Código Civil italiano).

e) Diferencia con el seguro de crédito. El *seguro de crédito* es aquel por virtud del cual la empresa aseguradora se obliga a indemnizar al asegurado por las pérdidas finales que sufra como consecuencia de la insolvencia definitiva de sus deudores.

La función económica de esta clase de seguro es proteger al acreedor de las pérdidas que pueda resentir a consecuencia de la falta de pago de su crédito.

El *seguro de crédito* no debe confundirse con el *seguro de caución*, en el que "la empresa de seguros se obliga a indemnizar al asegurado a título de resarcimiento o penalidad de los daños patrimoniales sufridos, dentro de los límites previstos en dicho contrato, al producirse las circunstancias acordadas en el mismo en relación con el incumplimiento por el contratante



del seguro de sus obligaciones legales o contractuales, excluyendo las obligaciones relacionadas con contratos de naturaleza financiera" (art. 151, *Ley sobre el Contrato de Seguro*, LCS).

La diferencia entre el *seguro de crédito* y el *seguro de caución* está en que este se contrata por el deudor y opera frente al mero incumplimiento de la obligación, sea porque no se cumpla en modo alguno o porque se ha cumplido de manera defectuosa (en forma tardía o incorrecta); en tanto que aquel se contrata por el acreedor y supone la pérdida del crédito por la insolvencia definitiva del deudor.

f) Diferencia con la promesa de porte-fort. La promesa de *porte-fort* tiene su antecedente en el pacto de *poenam ipse promiserit* del derecho romano, en el cual se reconocía que "el que promete que otro hará tal o cual cosa no está obligado, a menos que él mismo haya prometido también una pena".[7]

Por virtud de la promesa de *porte-fort*, una persona se obliga a obtener el consentimiento de un tercero para celebrar un determinado negocio jurídico y, en caso de no lograrlo, se obliga a pagar una pena convencional.

> ***Ejemplo:*** El copropietario de un inmueble vende a una persona la parte alícuota que le pertenece respecto de dicho inmueble y se obliga a obtener el consentimiento de los demás copropietarios para que le vendan su respectiva parte alícuota. En caso de que estos no lo hagan, se obliga a pagar una pena convencional al comprador.

La promesa de *porte-fort* origina una obligación principal: mientras el tercero por el cual se ha obligado el promitente *porte-fort* no haya contraído la obligación, este será el único deudor; pero en el momento en que el tercero se obliga a satisfacer la prestación, el promitente *porte-fort* queda liberado, pues su promesa se ha realizado.[8]

Además, en la *fianza*, el fiador paga al acreedor en caso de que el deudor principal no lo haga; es decir, el fiador paga por otra persona, quien es la que está previamente obligada con el acreedor a cumplir. En cambio, en la promesa de *porte-fort*, el promitente se obliga a pagar la pena en caso de que la tercera persona no consienta la celebración del negocio jurídico; es decir, el tercero no está previamente vinculado con el beneficiario de la promesa.

g) Diferencia con la modificación de la relación obligatoria por sustitución del deudor. La modificación de la relación obligatoria por sustitución del deudor libera al deudor primigenio, el cual es sustituido por una persona distinta. Esta clase de convenios no causa la novación de la referida relación.[9] En la fianza, por lo contrario, la deuda del obligado principal coexiste con la obligación del fiador.[10]

[7] Ernesto Gutiérrez y González, *Derecho de las obligaciones*, 7ª ed., Porrúa, México, 1990, pp. 405 y 406.

[8] Marcel Planiol y Georges Ripert, *Tratado elemental de derecho civil*, t. VI, Cajica, México, 1983, p. 21.

[9] *Cfr.* Diego Robles Farías, *Teoría general de las obligaciones*, Oxford University Press, México, 2010, p. 494.

[10] *Cfr.* Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 462.

h) Diferencia con las cartas de recomendación. Ni las *cartas de recomendación* (art. 2808, CCDF) ni las *declaraciones testimoniales* por las que se asegure la probidad y solvencia de una determinada persona (art. 2825, CCDF) constituyen fianza. No obstante, cuando han sido expedidas de mala fe, afirmando con falsedad la solvencia del recomendado, entonces quien las suscribe queda sujeto a la responsabilidad de pagar los daños y perjuicios que se causen a la persona a quien se dirigen, por la insolvencia del recomendado (art. 2809, CCDF), a menos que se pruebe que su recomendación no condujo al tercero a establecer relaciones jurídicas con el recomendado (art. 2810, CCDF).

i) Diferencia con las garantías independientes. Las *garantías independientes* adoptan en el comercio internacional dos modalidades: *a)* las *cartas de crédito contingentes* (*standby letters of credit*) y *b)* las *garantías a primera demanda* o *a primer requerimiento* (*demand guarantees*). En realidad, "el crédito *standby* es simplemente otra forma de denominar a las garantías a primera demanda", ya que los bancos de Estados Unidos de América no podían emitir garantías y utilizaron las *cartas de crédito* tradicionales para obtener el resultado práctico de las garantías, a las que denominaron *standby credit*. De ahí que las *cartas de crédito contingente* constituyan, en sentido formal, auténticos *créditos documentarios*.[11]

La Cámara de Comercio Internacional (CCI) aprobó el 3 de diciembre de 1991 las *Reglas Uniformes relativas a las Garantías a Demanda* (publicación 458), conocidas por sus siglas URDG, las cuales constituyen el precedente de la *Convención de las Naciones Unidas sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito*, aprobada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (Uncitral) el 11 de diciembre de 1995. Asimismo, en relación con las cartas de crédito *standby*, la CCI expidió en 1998 las *Prácticas Internacionales Standby* (publicación 590), que se abrevian como ISP98.

En las garantías independientes participan, en principio, tres partes: *a)* el ordenante de la garantía (*applicant/principal*); *b)* el emisor de la garantía (*guarantor/issuer*), que es una institución bancaria, y *c)* el beneficiario de la garantía (*beneficiary*). Entre el ordenante y el beneficiario existe una relación subyacente o contrato de base que motiva la emisión de la garantía, y entre el ordenante y el garante se establece una relación de crédito.

ORDENANTE – EMISOR – BENEFICIARIO

No obstante, es posible que concurran cuatro partes en la emisión de la garantía: *a)* el ordenante de la garantía; *b)* el contragarante, una institución bancaria con la cual está vinculado el ordenante; *c)* el emisor de la garantía, que es otra institución bancaria relacionada con el contragarante, y *d)* el beneficiario de la garantía (*beneficiary*). El contragarante solo se obliga frente al emisor o garante, pero no respecto del beneficiario.

ORDENANTE – CONTRAGARANTE – EMISOR – BENEFICIARIO

[11] *Cfr.* Jorge Luis Riva, *Garantías independientes. Garantías a primera demanda. Cartas de crédito Standby*, Depalma, Buenos Aires, 1999, pp. 19 y 20; Carlos Esplugnes Mota y Daniel Hargain, *Derecho del comercio internacional*, Reus y B de F, Buenos Aires, 2005, p. 498.

En el caso de una carta de crédito *standby* confirmada, la otra institución bancaria que concurre no emite la garantía, sino tan solo interviene como *confirmante* de la garantía emitida por la diversa institución bancaria que se vinculó con el ordenante. De esta manera, el emisor y el confirmante asumen la deuda en forma acumulativa frente al beneficiario.

ORDENANTE – EMISOR – CONFIRMANTE – BENEFICIARIO

De conformidad con el art. 2.1 de la *Convención de las Naciones Unidas sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito* (en lo sucesivo, CGI), una *promesa de pago* es

> una obligación independiente... asumida por un banco o alguna otra institución o persona ("garante/emisor"), de pagar al beneficiario una suma determinada o determinable a su simple reclamación o a su reclamación acompañada de otros documentos, con arreglo a las cláusulas y cualesquiera condiciones documentarias de la obligación, donde se indique, o de donde se infiera, que el pago se debe en razón de la omisión en el cumplimiento de una obligación, o por otra contingencia, o por dinero prestado o adelantado, o a raíz de una deuda vencida contraída por el solicitante o por otra persona.

Ejemplo: En una compraventa internacional, el comprador ha realizado el pago anticipado de una parte del precio al vendedor/exportador. Para garantizar la restitución de la cantidad pagada en el supuesto de que el vendedor incumpla con el embarque de la mercancía, una institución bancaria (emisor) expide, en favor del comprador (beneficiario), una carta de crédito *standby* a petición del vendedor (ordenante).

El comprador también puede otorgar la carta de crédito *standby* como cobertura del pago del precio de la compraventa internacional, ante el incumplimiento del comprador, porque no es un mecanismo de pago como lo es el *crédito documentario* tradicional.

Las garantías independientes han adoptado rasgos propios de la *fianza* y del *depósito en garantía* o *caucional*, para constituirse en una alternativa de ambas figuras.[12]

Esta clase de operaciones se conoce como *garantías independientes* o *abstractas* porque son independientes en un doble sentido: *a)* de la *relación subyacente* que le dio origen, esto es, la relación entre el beneficiario de la garantía y el ordenante, así como *b)* de la relación entre el ordenante y el garante, que por lo común es un *crédito*.

En ese sentido, las garantías independientes carecen de naturaleza accesoria en virtud de que no requieren la relación subyacente ni el contrato de crédito para su eficacia; se rigen, más bien, por el *principio de abstracción*.

[12] *Cfr.* Alfonso L. Calvo Caravaca y Pilar Blanco-Morales Limones, "Las garantías contractuales (fianza, garantías autónomas y cartas de patrocinio en el comercio internacional)", en Alfonso L. Calvo Caravaca y Luis Fernández de la Gándara (dir.), *Contratos internacionales*, Tecnos, Madrid, 1997, p. 1202.

De esta manera se elimina la posibilidad de que el *garante* oponga, al *beneficiario* de la garantía, defensas o excepciones con base en la relación subyacente que originó su emisión; también se evita que el garante se excuse en las condiciones de la relación que tiene con el ordenante para eludir el pago de la garantía.[13]

El art. 3, incisos *a)* y *b)*, de la CGI señala que la obligación del garante "no depende de la existencia o validez de una operación subyacente, ni de ninguna otra promesa (inclusive la carta de crédito contingente o la garantía independiente a la que se refiere una confirmación o una contragarantía)" (art. 3.*a)*, CGI), ni "está sujeta a ninguna cláusula que no aparezca en la promesa ni a ningún acto o hecho futuro e incierto, salvo la presentación de documentos u otro acto o hecho análogo comprendido en el giro de los negocios del garante/emisor".

Las garantías tradicionales (como la fianza) requieren que el beneficiario demuestre el incumplimiento del contrato de base garantizado y, además, tienen carácter accesorio respecto de la obligación principal garantizada, por lo cual no se rigen por el principio de abstracción.[14] Estos rasgos han causado que la fianza sea desplazada por las garantías independientes en el comercio internacional, porque debido a que estas son independientes e incondicionales han sido aceptadas en la práctica de los negocios.

15.4 Tipos de fianza

a) Fianza convencional, fianza legal y fianza judicial. La fianza puede ser convencional, legal o judicial (art. 2795, CCDF). Se conoce como *fianza convencional* aquella que tiene su causa en la obligación de otorgar esta clase de garantías, establecida en un convenio o contrato[15] y, por tanto, sin que la obligación de constituir la señalada garantía esté definida en alguna norma legal.

La *fianza legal* se otorga por disposición de la ley (art. 2850, CCDF), para que se produzcan determinadas consecuencias jurídicas de derecho sustantivo,[16] como ocurre con el deudor alimentista (art. 317, CCDF), el tutor que administra los bienes del discapaz (art. 519, CCDF), el albacea que administra los bienes de la sucesión (art. 1708, CCDF) o el usufructuario (art. 1006, fracc. II, CCDF).

La *fianza judicial* tiene su causa en una providencia judicial (art. 2850, CCDF) y se otorga para producir efectos de orden procesal;[17] por ejemplo, la fianza otorgada por el gestor judicial (art. 51, *Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal*, CPCDF), la constituida en casos de apelación en efecto devolutivo para ejecutar la sentencia recurrida (art. 699, CPCDF) o la ofrecida para garantizar los daños causados por la suspensión del acto reclamado en amparo.

[13] *Cfr.* Jorge Luis Riva, *op. cit.*, pp. 1, 2 y 6; Raúl Aníbal Etcheverry, *Derecho comercial y económico, contratos. Parte especial*, vol. 2, Astrea, Buenos Aires, 1994, pp. 149 y 150.

[14] *Cfr.* Jorge Luis Riva, *op. cit.*, pp. 1 y 2.

[15] Antonio Vodanovic, *La fianza*, Conosur, Santiago, 1999, p. 69.

[16] *Cfr.* Rafael Rojina Villegas, *op. cit.*, p. 267.

[17] *Idem*.

En realidad, únicamente existen fianzas legales, dado que el juez solo puede exigir que se otorgue esa clase de garantías cuando hay disposición legal.[18] En este sentido, Rojina distingue dos clases de fianza legal: *a)* la fianza legal *lato sensu*, que la ley exige a efecto de que el juez ordene su constitución para que pueda ejecutarse o producir efectos un determinado acto procesal; y *b)* la fianza legal *stricto sensu*, que está prevista en alguna disposición legal, pero no debe otorgarse ante el juez.[19]

En la fianza legal y la fianza judicial, el fiador debe tener bienes inmuebles con valor suficiente para garantizar las obligaciones que contraiga, los cuales deben estar inscritos en el Registro Público de la Propiedad (art. 2850, primer párrafo, CCDF).[20] Para acreditar lo anterior, el fiador habrá de presentar el certificado correspondiente, expedido por el referido registro inmobiliario (art. 2851, CCDF), así como el avalúo de los bienes.

Al otorgarse esta clase de fianzas, el fiador se entiende sometido a la jurisdicción del juez del lugar donde la obligación principal habrá de cumplirse (art. 2802, CCDF).

En tales casos, el fiador no goza de los *beneficios de orden* y *excusión* (art. 2855, CCDF). La persona obligada a otorgar fianza legal o judicial puede sustituirla por prenda o hipoteca (art. 2850, tercer párrafo, CCDF).

La fianza puede anotarse de manera preventiva en el Registro Público de la Propiedad, en el folio real correspondiente al bien inmueble designado para comprobar la solvencia del fiador. Una vez extinguida la fianza, se cancelará la referida anotación preventiva (art. 2852, CCDF).[21]

La anotación preventiva de la fianza no constituye un gravamen real que se transmita al adquirente de los bienes inmuebles en caso de enajenación. El único efecto que produce es que la enajenación se *presuma fraudulenta*, en caso de que produzca la insolvencia del fiador (art. 2854, CCDF).[22]

Se trata de una *presunción legal jure et de jure*, por la cual se considera que cualquier persona que adquiera o grave el bien inmueble sabe de antemano que el fiador podría quedar en insolvencia por virtud del negocio jurídico que realiza. De este modo, se evita la difícil prueba de la mala fe del deudor enajenante, que es un elemento necesario para que prospere la *acción pauliana* y se anule el negocio jurídico oneroso realizado en *fraude de los acreedores*, por originar la insolvencia del deudor en perjuicio del acreedor (arts. 2163, 2164, CCDF).[23]

[18] *Ibidem*, p. 264.

[19] *Idem*.

[20] Se exceptúa la fianza otorgada por una institución de crédito, así como la fianza que garantice obligaciones con valor inferior a mil pesos (art. 2850, CCDF).

[21] Tanto la anotación preventiva como su cancelación deben solicitarse dentro del término de tres días desde que se otorgó la fianza o desde que esta se extinguió, respectivamente. La falta de tales avisos sujeta a quien debe darlos a responsabilidad civil por omisión (art. 2852, CCDF).

[22] *Cfr.* Rafael Rojina Villegas, *op. cit.*, p. 270.

[23] *Ibidem*, p. 271.

b) Fianza gratuita y fianza onerosa. En la *fianza gratuita*, el fiador no recibe ninguna contraprestación por constituir la garantía personal a su cargo en favor del acreedor; en cambio, en la *fianza onerosa*, el fiador sí recibe remuneración por otorgar la referida garantía (art. 2795, CCDF).

Como quedó señalado, la fianza es por naturaleza un *contrato gratuito*; por ello, para que sea *onerosa*, se requiere pacto expreso respecto de la remuneración que el fiador recibirá por constituirse como tal.[24]

c) Fianza civil y fianza mercantil. La fianza es *mercantil* cuando la obligación garantizada tiene ese mismo carácter o cuando es una *fianza de empresa*, la cual se otorga por una *institución de fianzas* (art. 32, *Ley de Instituciones de Seguros y Fianzas*, LISF).[25]

Las fianzas otorgadas para garantizar obligaciones civiles no siempre tendrán carácter civil, pues si son constituidas por una institución de fianzas, tendrán carácter mercantil. Por ese motivo, como ha resaltado Rojina, el *principio de accesoriedad* de la fianza respecto de la obligación garantizada no siempre será útil para determinar la naturaleza civil o mercantil de la fianza.[26]

Son *fianzas civiles* aquellas que *a)* se otorguen por personas físicas o jurídicas de manera accidental, *b)* no se extiendan en póliza, *c)* no se anuncien de manera pública y *d)* no sean ofrecidas por medio de agentes (art. 2811, CCDF).

d) Fianza simple y fianza solidaria. La *fianza simple* es aquella en la que se conceden al fiador los *beneficios de orden, excusión* y *división*; este último, cuando existen dos o más fiadores. Los dos primeros beneficios –cuando el fiador los haga valer– obligan al acreedor a perseguir primero al deudor principal, y el tercero le fuerza a dividir sus pretensiones entre los cofiadores. Estos beneficios se analizan posteriormente.

La *fianza solidaria* combina las reglas de la fianza misma y las *obligaciones solidarias*. De hecho, en su origen, "el fiador fue considerado como un codeudor solidario, obligado por el mismo título que el deudor principal", pero después se dedujo el carácter accesorio del compromiso del fiador y se le reconocieron los *beneficios de excusión* y *división* antes referidos.

No obstante, la práctica creó la *fianza solidaria* con la finalidad de evitar el juego de los citados beneficios.[27]

[24] *Cfr.* Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 461.

[25] El objeto de las instituciones de fianzas es otorgar fianzas a título oneroso. De acuerdo con el art. 32, segundo párrafo, de la LISF: "Las fianzas y los contratos, que en relación con ellas otorguen o celebren las instituciones, serán mercantiles para todas las partes que intervengan, ya sea como beneficiarias, solicitantes, fiadas, contrafiadoras u obligadas solidarias, excepción hecha de la garantía hipotecaria."

[26] *Cfr.* Rafael Rojina Villegas, *op. cit.*, p. 273.

[27] *Cfr.* Henri Mazeaud, León Mazeaud y Jean Mazeaud, *op. cit.*, p. 27.

La *fianza solidaria* permite al deudor aumentar su crédito, porque aumenta la seguridad del acreedor. La solidaridad (*solidez*, como se decía en el derecho antiguo) le permite al acreedor reclamar la totalidad de la deuda, *in solidum*, a cualquiera de los codeudores.[28]

Cuando el fiador se obliga de manera solidaria con el deudor principal, llega a confundirse con la *obligación solidaria*; no obstante, entre ambas existen diferencias sustanciales que han quedado resaltadas con anterioridad, en el apartado correspondiente a las diferencias con figuras afines.

La *fianza solidaria* presenta un doble aspecto: es susceptible de operar *a)* en la relación del fiador –o los fiadores– con el acreedor y *b)* en la relación entre cofiadores, cuando estos se comprometen solidariamente entre ellos.

Es preciso señalar que las normas que regulan la *solidaridad* se aplican solo a las *relaciones externas* entre el fiador y el acreedor –imposibilidad de oponer los beneficios de orden y excusión–, pero de ninguna manera a las relaciones internas, concernientes al fiador y al deudor principal.[29]

Estas últimas no se modifican por la *solidaridad*: el fiador conserva siempre el derecho de repetir contra el deudor principal por la totalidad de lo que hubiere pagado, porque es un tercero ajeno o desinteresado en la deuda principal.[30] Tampoco se altera la relación entre los cofiadores por la solidaridad: el cofiador que paga tiene expedito su derecho de repetir contra los demás cofiadores en proporción a la parte que les corresponde.[31]

Como sostiene Mazeaud, "la operación sigue siendo, en el espíritu de las partes y por la naturaleza de las cosas, una fianza; puesto que la persona que da su garantía no está interesada en la operación registrada entre el acreedor y el deudor principal: no interviene aquélla sino como garantía de una deuda que no es suya".[32]

El hecho de que la fianza sea solidaria no significa que el fiador esté obligado a satisfacer la deuda garantizada, en razón de que no tiene el *débito*, sino solo la *responsabilidad*. La deuda y la responsabilidad recaen sobre el deudor principal, quien debe cumplir con la obligación asumida. En ese sentido, aun la *fianza solidaria* es, a la vez, *subsidiaria*: el fiador habrá de responder por la deuda, en el caso de que el deudor principal la incumpla.

e) Subfianza, fianza de la fianza o reafianzamiento. La *subfianza* es el negocio jurídico por virtud del cual una persona denominada *subfiador* garantiza, con sus propios bienes, la *fianza* otorgada por el *fiador* en favor del acreedor, en caso de que el propio fiador incumpla la referida garantía accesoria. Se trata de una fianza de la fianza.

[28] *Ibidem*, pp. 66 y 67.

[29] *Cfr.* Ana Ma. Colás Escandón, *op. cit.*, p. 75.

[30] *Cfr.* Henri Mazeaud, León Mazeaud y Jean Mazeaud, *op. cit.*, p. 68.

[31] *Idem.*

[32] *Idem.*

La fianza puede estar garantizada también por una garantía real, como la prenda o la hipoteca, supuesto en el cual se está ante una *garantía de la fianza*, produciéndose un enlace entre garantías.

El subfiador también goza de los *beneficios de orden* y *excusión* (art. 2824, CCDF) en cuanto al fiador y, en caso de haber diversos subfiadores, estos disfrutan del *beneficio de división* entre ellos.[33] Incluso, si el fiador no renunció a los beneficios de orden y excusión, el subfiador los tendrá por partida doble: los beneficios que le corresponden tanto al fiador como al propio subfiador. El art. 2824 del CCDF concede a este el beneficio de excusión contra el fiador y el deudor principal.

El *reafianzamiento* es un contrato por el cual una *institución de fianzas* se obliga a pagar a otra *institución de fianzas* denominada *reafianzada*, en la proporción correspondiente, las cantidades que esta deba cubrir al beneficiario de la fianza (art. 2, fracc. XXIII, LISF del 4 de abril de 2013). Por virtud de esta operación, una *institución de fianzas* transmite una parte proporcional de la responsabilidad que asume respecto de la cantidad que deba cubrir al beneficiario de la póliza de fianza. Se trata, en realidad, de una *subfianza* o *fianza de la fianza*, porque "se otorga a favor de un fiador, para garantizar que su fiado le pagará el monto de lo que como fiador pague a su vez al acreedor o beneficiario de la fianza".[34]

f) Cofianza o coafianzamiento. La *cofianza* o *coafianzamiento* es, en esencia, una fianza otorgada por dos o más fiadores en un solo negocio jurídico, para garantizar la misma deuda a cargo de un mismo deudor principal (o de varios).

No debe confundirse con la fianza otorgada por dos o más fiadores, en distintos negocios jurídicos, respecto de la misma deuda y el mismo deudor principal (o varios), supuesto en el cual no existe *coafianzamiento*.

La *cofianza* puede organizarse de cuatro maneras posibles:[35]

- Los cofiadores pueden garantizar la deuda principal de manera mancomunada, conservando el *beneficio de excusión*, lo cual significa que cada cofiador responderá de su parte por su deuda en los términos convenidos o en proporción a ellos, en el caso de que el acreedor no haya podido cobrar del deudor principal.
- Los cofiadores pueden obligarse de manera solidaria con el acreedor y también entre ellos. En este supuesto, el acreedor podrá dirigirse indistintamente contra el deudor principal o cualquiera de los cofiadores, por el total de la deuda.
- Los cofiadores pueden garantizar la deuda de manera mancomunada entre sí, pero en forma solidaria con el deudor principal. En esta hipótesis, no existe el *beneficio de excusión*; pero a cada cofiador solo podrá reclamarse la parte asumida por él, no por el total de la deuda.

[33] Véase Rafael Rojina Villegas, *op. cit.*, pp. 340 y 341.

[34] Soyla H. León Tovar, *Contratos mercantiles*, Oxford University Press, México, 2004, p. 719.

[35] *Cfr.* Ana Ma. Colás Escandón, *op. cit.*, pp. 42 y 43.

- Los cofiadores pueden asumir la garantía en conjunto, pero unos de manera solidaria y otros de forma mancomunada. En este supuesto, cada garante o grupo de garantes responde según la naturaleza solidaria o mancomunada de la deuda contraída, aunque la cofianza solo se constituye, en realidad, entre quienes se encuentran en la misma situación respecto de la deuda principal.

g) La retrofianza, fianza de regreso o contrafianza. La *retrofianza* o *fianza de regreso* es aquella que se otorga en garantía de la *obligación de reembolso* que tiene el deudor principal respecto del fiador, de tal manera que si el deudor incumple dicha obligación, otro fiador habrá de devolver lo que aquel fiador haya pagado al acreedor.

h) Promesa de fianza. La promesa de fianza puede celebrarse entre el deudor principal y un tercero, quien promete constituirse como fiador respecto de determinada obligación; para ello se obliga a celebrar el contrato de fianza con el acreedor.

Asimismo, la promesa de fianza puede celebrarse entre el acreedor y el eventual fiador para que este otorgue, dentro de determinado plazo, el contrato de fianza que garantice cierta obligación.

Nos parece que tanto el deudor como el acreedor podrán exigir que el contrato de fianza lo otorgue el juez en rebeldía del promitente fiador, pues nada obsta para que la citada garantía sea constituida con la finalidad de hacerse efectiva en caso de incumplimiento de la obligación garantizada, en los bienes del fiador.

15.5 Las partes contratantes en la fianza

El contrato de fianza se celebra entre el fiador (*fidejusor*) y el acreedor.[36] Nada impide, sin embargo, que también concurra el deudor a la formación del contrato, aun cuando la voluntad de este resulta innecesaria para otorgarse la fianza, pues la garantía personal puede constituirse sin que lo conozca el deudor (*fianza insciente debitore*), e incluso, en contra de su voluntad (*fianza prohibente debitore*) (art. 2796, segunda parte, CCDF).

Tampoco se requiere la voluntad del acreedor para que la fianza se tenga por otorgada, pues la fianza puede constituirse mediante una declaración unilateral de voluntad;[37] de otra manera, sería imposible obtenerla, tratándose de la fianza legal y la fianza judicial. De hecho, la forma de otorgar la fianza de empresa es precisamente por medio de una declaración unilateral de voluntad emitida por la institución de fianzas en la póliza de fianza que al efecto debe expedirse.

La voluntad de otorgar la fianza debe manifestarse de manera expresa; por ello, constituir esta clase de garantía no admite la voluntad tácita, aquella que se deduzca de hechos o comportamientos que hagan suponerla. Esto es así, según Rojina, porque la naturaleza de la fianza

[36] *Cfr.* Rafael Rojina Villegas, *op. cit.*, p. 287.

[37] *Ibidem*, pp. 287 y 288.

no admite el consentimiento tácito "para derivar o inferir la obligación del fiador de hechos o actos que hicieren indubitable la voluntad de garantizar la deuda".[38]

Ningún obstáculo existe, sin embargo, para que el acreedor consienta de manera tácita en el otorgamiento de la fianza.

Los que ejercen la patria potestad (art. 436, CCDF), los tutores (art. 563, CCDF), el representante del ausente (art. 600, CCDF), el síndico, el albacea y demás representantes legales están impedidos de dar fianza en nombre de sus representados. Para el síndico y el albacea se aplica la misma regla que para los demás representantes legales, pues al existir "la misma razón, debe existir la misma disposición".[39]

El fiador debe tener *solvencia económica*, esto es, contar con "bienes suficientes para responder de la obligación que garantiza" (art. 2802, CCDF). Este requisito se exige para toda clase de fianza: convencional, legal o judicial.[40]

Para que las sociedades puedan otorgar fianza o cualquier otra forma de garantía en favor de tercero, necesitan prever ese aspecto en su objeto social; de lo contrario, se considerarán *actos ultra vires*, "a menos que se trate de una fianza que sea conexa de las operaciones propias de la misma sociedad".[41] Sin embargo, en ese supuesto, el otorgamiento de la fianza debe ser un acto esporádico y no una actividad ordinaria de la sociedad, para lo cual requeriría la forma de una *institución de fianzas* autorizada para organizarse y operar como tal por la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas (art. 11, LISF).

15.6 El objeto en la fianza

La *función económica* de la fianza consiste en la asunción, por parte del fiador, de la *obligación de garantizar* con sus propios bienes la diversa obligación que tiene el deudor principal, para el caso de que este la incumpla. En este sentido, el objeto del contrato de fianza es, por una parte, la *obligación principal que se garantiza* y, por otra, el *bien o servicio* que constituye, a la vez, el objeto de la *obligación de garantía* que asume el fiador.

La obligación principal debe ser una obligación *que exista* o *pueda llegar a existir* en determinado supuesto. De esta manera, una *obligación futura* puede ser garantizada mediante fianza. En algunos sistemas jurídicos, existe la posibilidad de que el fiador se retracte antes de que se produzca la obligación futura, como ocurre en Argentina y Uruguay.[42]

De acuerdo con Rojina, cuando se garantiza mediante fianza una obligación futura, "se deroga en parte el principio de la accesoriedad, supuesto que la garantía no surtirá efectos

[38] *Ibidem*, pp. 263, 287. En el mismo sentido, Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 466.

[39] *Cfr.* Rafael Rojina Villegas, *op. cit.*, p. 294.

[40] *Ibidem*, pp. 294 y 295.

[41] Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 465.

[42] *Ibidem*, p. 467.

si la obligación futura no llega a realizarse". En ese caso, la fianza queda supeditada a una *condición suspensiva*, consistente en realizar la obligación futura; de lo contrario, la fianza se extingue por *caducidad*.[43]

El art. 2798 del CCDF establece: "Puede también prestarse fianza en garantía de deudas futuras, cuyo importe no sea aún conocido, pero no se podrá reclamar contra el fiador hasta que la deuda sea líquida."[44]

Es preciso distinguir, en rigor, entre las *obligaciones futuras* y las *deudas ilíquidas*. Estas últimas son aquellas cuyo importe es indeterminado y no será posible determinarlo en un breve plazo (nueve días) (art. 2189, CCDF), pero la obligación que implican se ha concretado. En cambio, las primeras son aquellas que todavía no existen pero podrían contraerse a partir de ciertas circunstancias; lo único cierto es la *obligación de garantizar* mediante fianza las eventuales consecuencias que se derivaran de las circunstancias en cuestión.

La obligación principal garantizada con fianza *debe ser válida* (art. 2797, CCDF). Por consiguiente, una obligación afectada de *nulidad absoluta* no es susceptible de garantizarse con fianza; pero si la obligación está afectada de *nulidad relativa*, sí podría ser objeto de esa clase de garantía. Al respecto, el art. 2979, segundo párrafo, del CCDF, señala que la fianza puede "recaer sobre una obligación cuya nulidad pueda ser reclamada a virtud de una excepción puramente personal del obligado".

La posibilidad de constituir fianza para garantizar obligaciones afectadas de *nulidad relativa* se sustenta, por una parte, en el hecho de que la obligación garantizada es válida mientras el juez no declara la nulidad;[45] y, por otra, en que las causas de nulidad relativa originadas en la *discapacidad* del deudor y en *vicios del consentimiento* (error, dolo, mala fe, violencia o lesión) constituyen *excepciones personales del deudor* (*personae coherentes*), las cuales no pueden ser opuestas por el fiador;[46] es decir, este carece de legitimación para esgrimir la nulidad con base en tales causas. El fiador solo está autorizado para hacer valer las *excepciones inherentes a la obligación principal* (*rei coherentes*) (art. 2812, CCDF) y, desde luego, las que el propio fiador tuviera contra el acreedor, incluidas las excepciones de carácter personal.

En ese sentido, la "posibilidad de que la fianza sea válida a pesar de la nulidad relativa de la obligación, se debe a la técnica propia que rige en materia de nulidades relativas y de excepciones que puedan ser oponibles por el fiador".[47]

De acuerdo con Rojina, en el caso de que el deudor principal intente la acción de nulidad u oponga la excepción respectiva al ser demandado, si el juez anula la obligación principal,

[43] Rafael Rojina Villegas, *op. cit.*, p. 257.

[44] Según Rojina, el referido art. 2798 del CCDF se refiere a las deudas ilíquidas y no a las deudas futuras (Rafael Rojina Villegas, *op. cit.*, p. 257).

[45] *Cfr.* Francisco Lozano Noriega, *Cuarto curso de derecho civil. Contratos*, 6ª ed., Asociación Nacional del Notariado Mexicano, México, 2001, p. 368.

[46] *Cfr.* Rafael Rojina Villegas, *op. cit.*, pp. 295 (respecto de la lesión) y 320. En el mismo sentido, Francisco Lozano Noriega, *op. cit.*, p. 368.

[47] Rafael Rojina Villegas, *op. cit.*, p. 258.

entonces la fianza se extinguirá también por vía de consecuencia.[48] Mientras tanto, la fianza será válida y surtirá todos sus efectos.[49]

El citado profesor rechaza la idea de que la validez de la fianza de obligaciones afectadas de nulidad relativa se explique a partir del concepto de *obligación natural*.[50] La razón es que ese enfoque se contrapone con las consecuencias que se producen cuando el deudor principal hace valer la excepción de nulidad relativa, supuesto en el que el fiador resulta beneficiado por extinguirse también la fianza. En cambio, si la obligación afectada de nulidad relativa se concibe como una obligación natural, la fianza subsiste aun cuando el deudor principal reclame la nulidad relativa, lo cual no ocurre.[51]

No obstante, Sánchez Medal atribuye diferentes consecuencias a la fianza según sea la causa de nulidad que afecte la obligación garantizada. Así, cuando se trata de una obligación establecida por una *persona con discapacidad*, la fianza subsiste aun cuando el juez decrete la nulidad de la obligación garantizada, pues se entiende que el acreedor desea cubrirse del riesgo de restituir al discapaz lo que este hubiere pagado, si se decreta la nulidad (art. 2239, CCDF).[52, 53] En opinión del referido autor, en este supuesto la fianza asegura una *obligación natural* que persiste a cargo del discapaz.[54]

En cambio, si la causa de nulidad de la obligación principal es un *vicio del consentimiento* (error, dolo, mala fe, violencia, lesión) o la *falta de forma*, el fiador podrá oponer la excepción de nulidad a la reclamación del acreedor (art. 2812, CCDF).[55, 56] En concreto, respecto de los vicios del consentimiento, Sánchez Medal considera que pueden hacerse valer por el fiador aunque sean también excepciones personales (art. 2230, CCDF), por no tener el carácter de "puramente personales" del deudor (arts. 2797, 2812 y 2838, CCDF).[57, 58]

[48] *Ibidem*, p. 250.

[49] *Ibidem*, p. 253.

[50] *Ibidem*, p. 252. En el mismo sentido, Francisco Lozano Noriega, *op. cit.*, p. 368.

[51] *Cfr.* Rafael Rojina Villegas, *op. cit.*, p. 252.

[52] *Cfr.* Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 467.

[53] Sánchez Medal reconoce que la nulidad por discapacidad es una *excepción puramente personal* del obligado (art. 2797, segundo párrafo, y 2812, CCDF), por lo cual el fiador no puede hacerla valer (art. 637, CCDF).

[54] El art. 2012, inciso 2, del Código Civil francés señala: "Sin embargo, se puede afianzar una obligación, aunque pueda ser anulada por una excepción meramente personal del obligado, por ejemplo, en el caso de minoridad." Según Planiol y Ripert, "se da la misma solución a las demás causas de incapacidad" (Marcel Planiol y Georges Ripert, *Tratado elemental de derecho civil*, t. VI, Cajica, México, 1983, pp. 22 y 23).

[55] *Cfr.* Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 467.

[56] Para Rojina, no debe reconocerse al fiador la facultad de oponer la excepción por inobservancia de la forma del contrato o de la obligación principal, a pesar de que el art. 2229 del CCDF señale que la acción y la excepción de nulidad sustentadas en esa causa "compete a todos los interesados" (Rafael Rojina Villegas, *op. cit.*, p. 321).

[57] Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 470.

[58] Planiol y Ripert consideran que en este caso, "la excepción cesa de ser personal al obligado principal", por lo que "el fiador se aprovecha de ella al mismo tiempo" que el obligado principal (Marcel Planiol y Georges Ripert, *op. cit.*, p. 23).

Por su parte, Lozano Noriega considera que la fianza subsiste aunque se anule la obligación principal con base en alguna causa de nulidad relativa. Al referirse a la norma que contempla la posibilidad de otorgar fianza en garantía de obligaciones susceptibles de anularse (art. 2979, CCDF), afirma que "debemos pensar que si el legislador colocó ciertas disposiciones en el Código fue para que tuviesen eficacia, no para que se considerasen inútiles".[59]

Desde nuestra perspectiva, la *fianza* de obligaciones afectadas de *nulidad relativa* por *discapacidad* o *vicios del consentimiento* (error, dolo, mala fe, violencia, lesión) será plenamente eficaz en la medida en que el deudor principal omita sostener la nulidad de la referida obligación, en razón de que esas causas de nulidad solo son motivo de excepciones personales del deudor principal y no del fiador, quien está impedido para ejercerlas.

Incluso, si se trata *a)* de una *fianza solidaria* o *b)* de una fianza en la que se haya *renunciado a los beneficios de orden y excusión*, el acreedor podría dirigirse de manera directa contra el fiador, sin demandar al deudor principal, para evitar que este haga valer las excepciones personales que tuviera.

Desde luego, el fiador podría *denunciar el pleito* al deudor principal para que se presente y oponga las excepciones que tuviera; pero el deudor principal podría no acudir al procedimiento o no oponer la excepción de nulidad.

Nos parece que si el fiador conoce la causa de nulidad de la obligación principal desde el momento en que ha otorgado la fianza, el hecho de que el deudor principal oponga la excepción pertinente contra las pretensiones del acreedor, la procedencia de tal excepción de ninguna manera beneficiaría al fiador porque este habría asumido el riesgo del incumplimiento de la obligación garantizada, aun conociendo la causa de nulidad de la obligación principal.[60]

Asimismo, la fianza puede constituirse en garantía de *obligaciones sujetas a condición suspensiva*. En este supuesto, la relación obligatoria se ha configurado, solo que sus efectos –el surgimiento del derecho de crédito y la deuda– quedan sometidos a que ocurra un hecho futuro de realización incierta. En este caso, la fianza queda sujeta también a esa misma eventualidad, de tal manera que de no producirse el hecho condicionante, la fianza caduca.[61]

La obligación garantizada puede consistir en una *obligación de dar, de hacer* o *de no hacer*. Según Sánchez Medal, cuando se trata de obligaciones de hacer o de no hacer a cargo del deudor principal, "la responsabilidad del fiador se traduce en el pago de una suma de dinero (satisfacción por equivalente)", en razón de que la fianza es un contrato *de indemnización* cuya finalidad no consiste en establecer una obligación solidaria respecto del fiador.[62]

[59] Se concibe lo accesorio prescindiendo de lo principal, porque la fianza ha sido otorgada para cubrir al acreedor precisamente del riesgo de que la obligación se anule. Lozano reconoce que el punto es dudoso y califica como débiles las razones que propone para sostener su opinión. *Cfr.* Francisco Lozano Noriega, *op. cit.*, p. 369.

[60] *Cfr.* Henri Mazeaud, León Mazeaud y Jean Mazeaud, *op. cit.*, p. 34.

[61] *Cfr.* Rafael Rojina Villegas, *op. cit.*, p. 257.

[62] *Cfr.* Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 466.

El fiador puede obligarse al pago de una cantidad de dinero, para el caso de que el deudor principal no cumpla una obligación de hacer o de no hacer (art. 2800, CCDF).[63]

No obstante, coincidimos con Rojina Villegas en que el fiador también puede asumir la obligación de dar un bien de distinta naturaleza de aquel al que se refiere la obligación garantizada, e incluso, una obligación de hacer o de no hacer.

En efecto, el fiador puede obligarse a transmitir el dominio de un inmueble de su propiedad, para garantizar la obligación que el deudor ha contraído de transmitir otro inmueble equivalente, como sería el caso de la fianza otorgada para garantizar el cumplimiento de la obligación del enajenante en la compraventa o la permuta.[64]

Asimismo, el fiador puede asumir una obligación de hacer cuando es factible que un tercero realice el hecho; en este caso, el fiador satisfará la obligación de hacer en lugar del deudor.[65] La *garantía de uso alternativo* que se exigía al prestador del servicio de tiempo compartido en la NOM-029-SCFI-1998 es un ejemplo de esa clase de garantías, donde una tercera persona se obligaba a alojar al usuario en un establecimiento del mismo lugar, de categoría y calidad similar al servicio prestado, por cuenta del prestador del servicio que no cumpliera con su obligación.[66]

La fianza también puede constituirse para garantizar, a la vez, la obligación del fiador (*subfianza*) (art. 2796, CCDF).

Una *obligación natural* puede garantizarse con fianza (deuda prescrita o deuda excedente del máximo que es posible exigir en juego permitido). En este caso, la fianza otorgada en garantía de una *obligación natural* resultará ineficaz (art. 2812, CCDF); pero si el fiador paga la deuda o no hace valer la excepción de prescripción, no podrá repetir contra el acreedor que recibió el pago, ni obtendrá del deudor principal el reembolso de lo pagado.[67]

Cuando se estuviere obligado a garantizar con fianza la administración de bienes ajenos, dicha administración cesará si la fianza no se otorga en el plazo convenido o, en su caso, en el establecido por la ley o por el juez (arts. 2806, 504, fracc. I, 1708, CCDF).

El acreedor puede exigir fianza en las obligaciones a plazo o de prestaciones periódicas (como en el arrendamiento), cuando el deudor sufra menoscabo de sus bienes o pretenda ausentarse del lugar en que debe realizarse el pago, aun cuando en el contrato respectivo no se haya obligado el deudor a otorgar garantía (art. 2803, CCDF).

[63] Según Rojina, "si el incumplimiento de las obligaciones de hacer o de no hacer, no acarrea daños y perjuicios al acreedor, el fiador no deberá pagar la cantidad que alzadamente y en forma arbitraria se estipuló. O bien, que si los daños y perjuicios son menores a dicha cantidad, el fiador deberá pagar sólo el monto de los mismos" (Rafael Rojina Villegas, *op. cit.*, pp. 253 y 254).

[64] *Ibidem*, p. 294.

[65] *Ibidem*, p. 288.

[66] Puntos 3.6 y 6.4.9, NOM-029-SCFI-1998. Prácticas comerciales. Requisitos informativos para la comercialización del servicio de tiempo compartido.

[67] *Cfr.* Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 468.

Cuando el deudor esté obligado a garantizar con fianza una cantidad que habrá de recibir, la suma se depositará y no le será entregada hasta que la fianza se constituya (art. 2807, CCDF).

Durante la ejecución de algunos contratos, el acreedor está autorizado a exigir al deudor principal que otorgue fianza en ciertas situaciones que podrían representar riesgo para el acreedor ante un eventual incumplimiento, como sucede en la *compraventa* (arts. 2287, 2299, CCDF), la *renta vitalicia* (art. 2783, CCDF) y la *prenda* (art. 2877, CCDF).

La obligación principal podría ser lícita, pero la fianza tener un carácter ilícito; por ejemplo, cuando el fiador se obliga a transmitir la propiedad de un bien cuya enajenación está prohibida.[68]

15.7 La forma en la fianza

La fianza es un negocio jurídico *consensual*, pero en todo caso debe ser *expresa* y nunca tácita. Como expresa Mazeaud, "no se puede deducir de las circunstancias de la causa una voluntad tácita de afianzar".[69] Sin embargo, sí es posible admitir la aceptación tácita de la fianza por parte del acreedor.[70]

Como ha quedado señalado, la *fianza legal* y la *fianza judicial* pueden inscribirse de manera preventiva en el Registro Público de la Propiedad, en el folio real del inmueble que haya servido de referencia para justificar la solvencia del fiador (art. 2852, CCDF). El efecto de esta anotación será considerar como fraudulenta la enajenación que se realizara del bien inmueble en cuestión y causara la insolvencia del fiador (art. 2854, CCDF).

La fianza otorgada por una *institución de fianza* puede ser garantizada con una *contrafianza* (art. 168, fracc. III, LISF). El *contrafiador* puede, a la vez, *afectar bienes en garantía* de la obligación que asume, en favor de la institución afianzadora. El propietario del inmueble efectúa dicha afectación de manera *expresa* y por *escrito ratificado* ante el juez, notario, corredor público o la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas, y debe inscribirla en el Registro Público de la Propiedad para que surta efectos contra tercero (art. 189, LISF). Los bienes afectados en garantía pueden ser embargados por las instituciones de fianza, aun cuando pasen a tercero por cualquier título, y los efectos del embargo se retrotraen a la fecha del asiento registral (art. 286, segundo párrafo, LISF).

15.8 Los efectos de la fianza

El contrato de fianza origina tres tipos de relaciones jurídicas, a saber: *a)* la relación entre el fiador y el acreedor, la cual se considera el *efecto directo*[71] de la referida garantía; *b)* la rela-

[68] *Cfr.* Rafael Rojina Villegas, *op. cit.*, p. 295.

[69] Henri Mazeaud, León Mazeaud y Jean Mazeaud, *op. cit.*, p. 35.

[70] *Cfr.* José Castán Tobeñas, *op. cit.*, p. 777.

[71] *Cfr.* Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 468.

ción entre el fiador y el deudor principal, y *c)* la relación de los diversos fiadores entre sí. Los efectos que producen estas dos últimas se materializan por *hechos o actos posteriores*[72] al otorgamiento de la fianza.

15.8.1 La relación entre el fiador y el acreedor

El efecto principal que produce el contrato de fianza es *obligar al fiador a pagar al acreedor*, si el deudor omite hacerlo. Este efecto surge de manera directa del contrato por el mero hecho de su celebración.[73]

La *obligación del fiador* es una *obligación personal* que este tiene frente al acreedor y es distinta de la *obligación del deudor principal*. El hecho de que se trate de dos obligaciones diferentes tiene repercusiones importantes:

a) La naturaleza del objeto de ambas obligaciones puede ser la misma, en especial cuando la obligación principal consiste en pagar una suma de dinero. Sin embargo, cuando el objeto es una obligación de hacer o de no hacer, la obligación del fiador se reduce, por lo general, a pagar una cantidad de dinero en caso de incumplimiento de aquella (art. 2800, CCDF), por concepto de *daños y perjuicios*. De hecho, Sánchez Medal considera que la obligación del fiador es, en todos los casos, una *obligación pecuniaria*.[74]

   No obstante, la obligación del fiador puede consistir también en una *obligación de dar* un bien distinto de aquel que es objeto de la obligación garantizada, e incluso, en una *obligación de hacer* o de *no hacer*, según quedó señalado.

b) En el caso de que el fiador pague la deuda principal (aunque se trate del fiador solidario), esta no se extingue, sino que el fiador se subroga en ella (art. 2830, CCDF).

c) El acreedor puede *transigir* con el deudor principal o con el fiador. La *transacción* con el deudor principal beneficia al fiador y, por consiguiente, no puede perjudicarle. Asimismo, la transacción con el fiador beneficia al deudor principal y tampoco le puede perjudicar (art. 2826, CCDF). El fiador solo queda obligado cuando consiente en la transacción (art. 2952, CCDF).

d) El fiador puede obligarse a pagar una cantidad menor que aquella por la cual se obligó el deudor (art. 2799, CCDF); pero no puede obligarse a más de lo que corresponde al deudor, y si acaso se obligara en esos términos, el monto se reducirá hasta aquel que represente la obligación del deudor. La obligación del fiador no debe ser más onerosa ni más pesada (*in duriorem causam*) que la del deudor principal. En caso de duda sobre si el fiador se obligó por menor cantidad o por otro tanto de la obligación principal, se presume que se obligó por otro tanto (art. 2799, CCDF).

[72] *Idem.*

[73] *Ibidem*, p. 469.

[74] *Idem.*

e) La obligación del fiador puede quedar sujeta a un *término* distinto de aquel al que se haya sometido la obligación principal, o bien, a una *condición* que no afecte la referida obligación principal.

Ejemplo: El deudor se ha obligado a pagar la cantidad prestada en un plazo determinado; pero en caso de incumplimiento, el fiador pagará un mes después de transcurrido el plazo en cuestión.

f) La obligación del fiador puede garantizarse con otra *fianza*, con *prenda* o *hipoteca*, sin que tales garantías aseguren el cumplimiento de la obligación principal.

Entre los efectos que produce la fianza en las relaciones entre el fiador y el acreedor, es preciso analizar *a)* la situación del fiador frente al acreedor cuando aquel resulta insolvente por haber dispuesto de sus bienes, *b)* las excepciones que el fiador puede oponer al acreedor y *c)* los beneficios que el fiador tiene frente a este.

1. La acción pauliana contra el fiador. El acreedor tiene en contra del fiador la *acción pauliana o revocatoria* cuando este dispone de sus bienes en forma tal que su solvencia se altera, en perjuicio de los derechos del acreedor (art. 2163, CCDF).

2. Las excepciones oponibles por el fiador frente al acreedor. Debido al *carácter accesorio* de la fianza, el fiador puede oponer al acreedor las *excepciones inherentes a la obligación principal*, pero no las *excepciones puramente personales del deudor.*

Asimismo, el fiador puede oponer al acreedor las *excepciones personales* que tuviera contra este, por tratarse de una *obligación personal* del fiador.

El hecho de que el deudor principal renuncie de manera voluntaria a la *prescripción* de la deuda, a la *rescisión*, a la *nulidad* o a cualquier *otra causa de liberación*, "no impide que el fiador haga valer esas excepciones" (art. 2813, CCDF), siempre que la renuncia sea posterior al otorgamiento de la fianza.[75]

En estos casos, "el legislador ha querido tutelar o proteger a los fiadores, considerando de equidad que las renuncias que haga el deudor respecto de las causas de extinción de su deuda, sólo a él perjudiquen, y de esta suerte, pueda subsistir la obligación principal, extinguiéndose la fianza, por causas que debieron haber extinguido la deuda".[76]

La disposición legal citada pretende evitar que, de mala fe, el deudor principal renuncie a las causas de liberación de la deuda y, con ello, el fiador resulte afectado. No obstante, cabría preguntarse qué sucede cuando el deudor principal no opone esas causas de extinción de la obligación garantizada, incluso, ante el requerimiento del fiador para hacerlo. Nos parece que en ese supuesto, el fiador estaría autorizado para hacer valer las referidas causas de extinción.

[75] *Cfr.* Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 470.

[76] Rafael Rojina Villegas, *op. cit.*, p. 320.

Rojina sostiene que en el caso de la nulidad deben distinguirse aquellos supuestos de *nulidad relativa* (discapacidad, vicios del consentimiento y falta de forma), que solo puede cuestionar el deudor principal por tratarse de excepciones personales. En ese sentido, aun cuando el deudor renunciara a estas, el fiador no estaría en condiciones de oponer tales excepciones, además de que la propia renuncia convalida la obligación garantizada.[77]

La *prescripción de la deuda* puede ser opuesta por el fiador, aunque el deudor hubiese renunciado a la misma. El art. 2813 del CCDF "hace sólo responsable al deudor de la renuncia que hiciere respecto a la rescisión o nulidad" y permite que el fiador oponga esas excepciones.[78]

Es una obligación *subsidiaria*, pues nace hasta que el deudor principal deja de cumplir su obligación, lo cual no significa que sea *una obligación sujeta a condición*, dado que existe desde que se otorga la fianza.[79]

Por ser la fianza una obligación subsidiaria, se conceden al fiador tres beneficios: de orden y de excusión (arts. 2814 y 2823, CCDF), y el de división (art. 2827, CCDF). Como se señaló, los dos primeros no existen en la fianza legal ni judicial (art. 2855, CCDF).

La fianza deja de ser subsidiaria en dos supuestos: *a)* cuando el fiador renuncia a los beneficios de orden, excusión y división; o bien, *b)* cuando se trata de una *fianza solidaria*.[80] [81]

3. Los beneficios del fiador. El fiador tiene tres beneficios: *de orden*, *de excusión* y *de división*. Los dos primeros se conceden al fiador respecto de su relación con el acreedor, en tanto que el último se refiere a la relación de varios fiadores con el acreedor, así como la de estos entre sí.[82]

Los tres beneficios son *renunciables*. De hecho, en la práctica se suele exigir la *renuncia de los beneficios legales* por medio de dos vías: cuando el fiador consiente la renuncia directa de los referidos beneficios, o cuando este se obliga como fiador solidario con el deudor principal.[83]

Además, los beneficios tienen el carácter de *excepciones* que el fiador puede oponer a las pretensiones del acreedor, por lo cual el juez está impedido de considerarlas de oficio sin que hayan sido planteadas por el fiador.[84]

Los beneficios de orden y excusión son excepciones *procesales*, en tanto que el beneficio de división es una excepción *procesal* y, a la vez, *sustantiva*. En este apartado solo nos

[77] *Idem*.

[78] *Ibidem*, pp. 319 y 320.

[79] *Cfr.* Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 470.

[80] *Ibidem*, pp. 470 y 471.

[81] Si el fiador renuncia expresamente al beneficio de excusión, se entiende que la fianza es solidaria (Ana Ma. Colás Escandón, *op. cit.*, p. 72).

[82] *Cfr.* Rafael Rojina Villegas, *op. cit.*, t. VI, vol. II, p. 321.

[83] *Cfr.* Henri Mazeaud, León Mazeaud y Jean Mazeaud, *op. cit.*, p. 27.

[84] *Cfr.* Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 471.



ocuparemos de los beneficios de orden y excusión, para tratar más adelante el beneficio de división, cuando analicemos la relación entre los cofiadores.

a) El beneficio de orden. El beneficio de orden consiste en que el acreedor no puede demandar al fiador sin haber demandado antes al deudor.[85] De conformidad con el art. 2814 del CCDF, "el fiador no puede ser compelido a pagar al acreedor, sin que previamente sea reconvenido el deudor".

Sánchez Medal opina que, antes de demandar al fiador, el acreedor debe demandar y terminar el procedimiento respecto del deudor principal.[86] Por nuestra parte creemos, sin embargo, que no es necesario demandar primero al deudor principal para que se respete el beneficio de orden que le corresponde al fiador, sino que es suficiente exigir el pago al deudor y que este no lo realice para estar en condiciones de demandar al fiador. De hecho, Rojina Villegas sostiene que el beneficio de orden no significa "que el acreedor obtenga sentencia condenatoria en contra del deudor, y que con fundamento en la misma demande al fiador".[87]

Es menester que el acreedor requiera judicialmente el pago al deudor principal dentro del plazo de un mes contado desde el vencimiento de la obligación garantizada o desde la fecha en que esta sea exigible; de lo contrario, la falta de requerimiento extinguirá la fianza por caducidad (arts. 2848 y 2849, CCDF).

La renuncia del beneficio de orden implica que pueda demandarse al deudor principal y al fiador al mismo tiempo; o bien, primero a este último y después al deudor principal (art. 2822, CCDF).[88]

Si el fiador renuncia al beneficio de orden pero no al beneficio de excusión, el acreedor puede enderezar la reclamación contra el deudor principal y el fiador en un mismo procedimiento; pero este último conservará el beneficio de excusión, aun cuando se dicte sentencia contra ambos (art. 2822, CCDF), lo cual significa que el referido beneficio puede oponerse al acreedor, incluso, en ejecución de sentencia.

El hecho de que se renuncie al beneficio de orden no impide que el fiador pueda *denunciar el pleito* al deudor principal, al ser demandado por el acreedor (art. 2823, CCDF). Esto es así porque el fiador está obligado a dar a conocer al deudor el pago de la obligación garantizada, antes de realizarlo (art. 2832, CCDF); de esto se deduce que el fiador también cuenta con la posibilidad de denunciar el pleito al deudor. Incluso, esto ha sido considerado por algún autor como una obligación por las consecuencias que acarrea la falta de la citada notificación.[89]

[85] *Cfr.* Rafael Rojina Villegas, *op. cit.*, p. 321.

[86] *Cfr.* Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, p 471.

[87] Incluso, Rojina Villegas señala que si se renuncia al beneficio de excusión, pero no al beneficio de orden, "el acreedor podrá demandar al fiador, sólo después de haber exigido judicialmente el pago al deudor, y éste no lo hiciere" (Rafael Rojina Villegas, *op. cit.*, p. 322).

[88] *Idem.*

[89] *Ibidem*, pp. 322 y 323.

De acuerdo con un criterio de la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación emitido en 1962, la renuncia al beneficio de orden comporta, a la vez, la renuncia a la *caducidad de la fianza* por haberse omitido reclamar el pago al deudor principal dentro del mes siguiente a la fecha en que la deuda garantizada sea exigible.[90]

b) El beneficio de excusión (beneficium excussionis). El *beneficio de excusión* o *de discusión* (Planiol) concede al fiador el derecho de exigir al acreedor que, antes de proceder contra él, cobre la deuda con los bienes del deudor principal, e incluso, con la garantía hipotecaria o prendaria otorgada por el propio deudor para asegurar el pago de la misma deuda. En este sentido, la excusión consiste "en aplicar todo el valor libre de los bienes del deudor al pago de la obligación", la cual quedará extinguida o reducida en la parte que no haya sido cubierta (art. 2815, CCDF). El "acreedor debe ejecutar la sentencia primero en bienes del deudor principal"[91] y, solo que el valor de estos sea insuficiente para satisfacer la deuda, el acreedor podrá dirigirse contra los bienes del fiador. Justiniano otorgó por primera vez este beneficio a los fiadores.[92]

En el derecho extranjero, el beneficio de excusión se identifica con el *beneficio de orden*,[93] porque establece un orden de persecución: primero contra el deudor principal y después contra el fiador, si aquel carece de bienes suficientes para el pago de la deuda. De hecho, en México, Sánchez Medal sostiene que el beneficio de excusión no puede existir sin el de orden.[94]

El sustento de los beneficios de orden y excusión reside en el carácter accesorio y subsidiario de la fianza; esto es, el fiador se obliga en defecto del deudor principal, por lo cual parece justo que el acreedor exija primero el pago al deudor principal, antes de dirigirse contra el fiador.

Para que opere el beneficio de excusión es menester *a)* que el fiador oponga dicho beneficio al ser requerido de pago (art. 2817, fracc. I, CCDF). Para ello resulta indispensable *b)* que el fiador designe bienes del deudor que sean suficientes para cubrir el crédito, los cuales habrán de estar situados en el distrito judicial donde ha de realizarse el pago (art. 2817, fracc. II, CCDF). Además, *c)* el fiador debe anticipar o asegurar de manera adecuada –al acreedor– los gastos que causará la excusión (art. 2817, fracc. III, CCDF).

Este beneficio puede hacerse valer como *excepción superveniente* cuando, después de que el fiador ha sido requerido de pago, el deudor principal adquiere bienes o tiene otros que se descubre hubiera ocultado (art. 2818, CCDF).

El beneficio de excusión es improcedente cuando el fiador renuncia expresamente a él (art. 2816, fracc. I, CCDF) o cuando resulta imposible embargar o ejecutar bienes del deudor principal (art. 2826, fraccs. II, III y V, CCDF), como ocurre en el caso de que *a)* este sea insolvente o esté sujeto a concurso, *b)* sea imposible demandarlo en el territorio mexicano o *c)* se ignore

[90] FIANZA. RENUNCIA AL BENEFICIO DE ORDEN Y A LA CADUCIDAD. Sexta época. Registro: 270655. Tercera Sala. Tesis aislada. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*. Volumen LXIII, Cuarta Parte. Materia(s): Civil. Página: 38.

[91] Rafael Rojina Villegas, *op. cit*., p. 324.

[92] *Cfr.* José Castán Tobeñas, *op. cit*., p. 783.

[93] *Idem*.

[94] *Cfr.* Ramón Sánchez Medal, *op. cit*., p. 472.

su paradero. En este último caso, el deudor principal debe emplazarse por edictos y si no comparece ni tiene bienes embargables en el lugar donde ha de cumplirse la obligación, entonces el acreedor podrá dirigirse contra el fiador. Como es de advertirse, todas estas hipótesis suponen la "imposibilidad material o jurídica por parte del acreedor para ejecutar al deudor".[95]

La excusión tampoco procede cuando el negocio para el cual se prestó la fianza es propio del fiador (fianza *in rem suam*) (art. 2816, fracc. IV, CCDF). Lo ordinario es, sin embargo, que la fianza se otorgue respecto de un negocio que solo interesa a un tercero: al deudor principal (fianza *in rem alienam*).

El acreedor puede exigir que el fiador realice la excusión en los bienes del deudor (art. 2819, CCDF).[96] Sin embargo, el fiador puede iniciar de manera voluntaria la excusión sin que lo exija el acreedor. En estos casos, a petición del fiador, el juez puede establecer un plazo razonable, según las circunstancias, para que concluya la excusión (art. 2820, CCDF). En opinión de Sánchez Medal, el fiador estaría ejerciendo una *acción subrogatoria*, esto es, la acción de pago que el acreedor podría intentar hacer contra el deudor principal.[97]

Si el acreedor omite realizar la excusión o exigirle al fiador que la haga, será responsable de los daños ocasionados al fiador por la insolvencia superveniente del deudor principal. Como sostiene Rojina, la consecuencia de tal omisión debe concretarse, en realidad, a la liberación del fiador hasta por el valor de los bienes que hubiere designado para la excusión (arts. 2821 y 2817, fracc. II, CCDF), pues ningún perjuicio se causa al fiador en ese supuesto que no sea aquel consistente en repetir en su contra.[98]

La renuncia del fiador a los beneficios de orden y excusión no excluye la posibilidad de que *denuncie el pleito* al deudor principal al ser demandado por el acreedor (art. 2823, CCDF). Dicha denuncia tiene como finalidad que el deudor principal oponga todas las excepciones inherentes a la obligación principal y las excepciones personales que tuviera contra el acreedor, rinda las pruebas pertinentes y esté a las resultas del juicio.

En el caso de que el deudor no se presente al procedimiento judicial, la sentencia que se pronuncie contra el fiador le perjudicará también a él (art. 2823, CCDF). Lo mismo ocurrirá si el deudor principal se presenta al procedimiento pero no opone excepción alguna, o bien si, habiéndola opuesto, no logra acreditarla.

La *denuncia del pleito* (*litis denuntiatio*) es útil porque libera al fiador de la obligación que tiene de oponer todas las excepciones inherentes a la obligación principal (arts. 2812 y 2813, CCDF), pues es difícil que el fiador conozca cuáles podrían ser esas excepciones en el caso concreto. Incluso, el fiador está impedido para oponer las excepciones personales que correspondan al

[95] Rafael Rojina Villegas, *op. cit.*, p. 324.

[96] Rojina Villegas sostiene que este es un derecho virtual, pues no existe procedimiento alguno eficaz para forzar al fiador a realizar la excusión, en caso de que no la haga voluntariamente (Rafael Rojina Villegas, *op. cit.*, p. 325).

[97] *Cfr.* Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 472.

[98] *Cfr.* Rafael Rojina Villegas, *op. cit.*, p. 326.

deudor principal (art. 2812, CCDF), las cuales solo este puede ejercer. De esta manera, se brinda al deudor principal la oportunidad de hacer valer esa clase de excepciones.

La *denuncia del pleito* al deudor principal se sustenta en la obligación que tiene el fiador de dar a conocer a este el hecho del pago antes de realizarlo; de lo contrario, el deudor podrá oponerle "todas las excepciones que podría oponer al acreedor al tiempo de hacer el pago" (art. 2832, CCDF). De ahí que la *denuncia del pleito* impida que el deudor principal oponga después, al fiador, las excepciones que tuviera frente al acreedor e incluso las excepciones personales, cuando el fiador repita contra él.

Solo cuando por motivo fundado no pueda hacerle saber el juicio, el deudor estará impedido de oponerle las excepciones personales que tuviere y las que sean inherentes a la obligación, a no ser que el fiador, teniendo conocimiento de estas, no las hubiese opuesto.[99]

También puede suceder que el acreedor solo demande al fiador, aunque este no haya renunciado a los beneficios de orden y excusión, si el deudor es insolvente, pues en este caso el fiador no podrá invocar el beneficio de excusión, por la insolvencia pública y notoria del deudor.[100]

15.8.2 La relación entre el fiador y el deudor principal

El análisis de la relación entre el fiador y el deudor principal debe comprender los derechos del fiador antes de realizar el pago y aquellos que le corresponden después de efectuarlo.

15.8.2.1 Acciones del fiador antes del pago

a) Acciones de relevación y cobertura. Las normas que regulan la fianza tienden a procurar causarle al fiador los menores perjuicios posibles. En ese sentido, con base en el principio *in favor fideiussoris* se concede al fiador, aun antes de efectuar el pago de la deuda garantizada, dos acciones de carácter *cautelar*: la *acción de relevación* de la fianza (*acción liberatoria*) y la *acción de cobertura*.[101]

Estas acciones cautelares proceden en cualquiera de los siguientes casos: *i)* si el fiador ha sido demandado judicialmente por el pago, *ii)* si el deudor se halla en riesgo de quedar insolvente, *iii)* si el deudor pretende ausentarse del país, *iv)* si el deudor se obligó a relevarlo de la fianza en un determinado tiempo que ya ha transcurrido, *v)* si la deuda se hace exigible por el vencimiento del plazo (art. 2836, CCDF).

Como puede observarse, se trata de hipótesis en las que existe el riesgo de que el fiador resienta algún perjuicio, al agravarse su situación jurídica porque se alteraron las circunstancias que prevalecían al otorgarse la garantía ante hechos que no ha asumido ni le son atribuibles.[102]

[99] *Ibidem*, p. 322.

[100] *Ibidem*, pp. 325 y 326.

[101] Ana Ma. Colás Escandón, *op. cit.*, p. 78.

[102] *Ibidem*, p. 81.

Estas acciones se conceden al fiador solo en caso de que la fianza se haya otorgado con la conformidad del deudor principal o sin que este supiera del otorgamiento; pero quedan excluidas si la fianza se otorgó contra la expresa voluntad del deudor principal.[103] Sin embargo, es preciso hacer notar que el legislador mexicano establece los señalados derechos de manera irrestricta, por lo que parecieran proceder incluso en la *fianza prohibente debitore*.

La *acción de relevación* (*acción liberatoria*) de la fianza tiene como finalidad que el deudor principal sustituya la fianza otorgada en favor del acreedor por otra garantía diversa, sea de carácter personal o real, o bien, que el deudor principal realice el pago mismo de la deuda.

Es un hecho que el deudor, por sí mismo, no está en condiciones de relevar al fiador de su obligación, pues para ello requiere el consentimiento del acreedor y no existe precepto legal alguno que obligue al acreedor a consentir en la sustitución de la garantía, a menos que ese aspecto haya quedado contemplado en el contrato de fianza celebrado con el acreedor. Por ello, algún autor considera que este procedimiento carece de todo valor práctico, en virtud de que si el deudor se niega a ofrecer una garantía diferente, no se le podrá forzar a que lo haga.[104]

El fiador podría reclamar el cumplimiento de la obligación garantizada al deudor principal, de manera directa, en razón de que si el deudor realiza el pago, este hecho se entendería como una forma de relevar la fianza.[105]

La *acción de cobertura* tiene como objetivo proteger al fiador de la futura insolvencia del deudor principal por medio de la constitución de determinadas garantías en favor del fiador para que, en caso de realizar el pago de la deuda, ejerza con éxito la acción de reembolso contra el deudor principal.

Las garantías que preste el deudor pueden ser de carácter personal, como la *retrofianza*, la cual consiste en la fianza otorgada para garantizar la obligación de reembolso a cargo del deudor principal. Asimismo, puede tratarse de una garantía real (prenda o hipoteca) e incluso, la consignación de una cantidad equivalente a la deuda garantizada. La elección de la clase de garantía le corresponde al deudor principal, desde luego, siempre que sea idónea y suficiente para cubrir al fiador.[106]

El ejercicio de cualquiera de estas dos acciones es decisión del fiador. Incluso, nada obsta para que el fiador intente emplear ambas de manera subsidiaria. Ante la negativa del deudor principal, el juez podría ordenar la adopción de medidas cautelares como el *embargo precautorio* de bienes del deudor principal.

El aseguramiento puede solicitarse antes de que sea exigible la obligación garantizada o, incluso, antes de que el acreedor demande judicialmente al fiador.

[103] *Cfr.* Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, pp. 465 y 475.

[104] Rafael Rojina Villegas, *op. cit.*, p. 335.

[105] *Cfr.* Ana Ma. Colás Escandón, *op. cit.*, pp. 84 y 85.

[106] *Ibidem*, p. 84.

El fiador podría asegurar los bienes del deudor principal por medio de un procedimiento judicial iniciado de manera oportuna para ejercer eficazmente el *beneficio de excusión* (desde luego, si no ha sido renunciado), o para que, en caso de que se condenara al fiador a pagar, la sentencia dictada en su contra se ejecute en los bienes que logró asegurar.[107]

Asimismo, el aseguramiento de bienes del deudor constituye una medida eficaz para que el fiador obtenga el reembolso de las cantidades satisfechas.

En relación con la *cofianza*, los efectos del ejercicio de las acciones de relevación y cobertura serán diferentes según se trate de una *cofianza mancomunada* o *solidaria*.[108]

- En la *cofianza mancomunada*, si uno de los cofiadores ejerce la acción para liberar la fianza y el acreedor lo hace, solo ese fiador quedará liberado, pero no los demás.

  El ejercicio de la acción de cobertura por uno de los cofiadores mancomunados, a fin de que el deudor le preste determinadas garantías, no le concede al cofiador preferencia sobre tal garantía respecto de los demás cofiadores, pues ello dependerá, más bien, del tipo de garantía que se haya otorgado.

- En la *cofianza solidaria*, las consecuencias del ejercicio de la acción de relevación o de cobertura ejercida por cualquiera de los cofiadores afectará a los demás.

b) Acción pauliana contra el deudor. El fiador también tiene contra el deudor principal la *acción pauliana o revocatoria* cuando este dispone de sus bienes en forma tal que su solvencia se ve alterada en perjuicio de los derechos del fiador (art. 2163, CCDF). La doctrina ha reconocido la posibilidad de que esta acción sea ejercida por el fiador, aun antes de que realice el pago.[109]

15.8.2.2 Acciones del fiador después del pago

a) La acción de reembolso o de regreso. En caso de que el fiador satisfaga la deuda garantizada ante la reclamación del acreedor, podrá dirigirse contra el deudor para que le reintegre lo que ha pagado por este (art. 2828, CCDF), ejerciendo la *acción de reembolso* o *de regreso*.[110] [111]

La acción de reembolso puede ejercerse aunque el deudor principal no hubiera consentido en la constitución de la fianza (art. 2828, CCDF), sea porque ignoraba que la referida garantía había sido otorgada (*fianza insciente debitore*) o porque se hubiera constituido contra su voluntad (*fianza prohibente debitore*). En este último caso, solo se verá reducida la cuantía de la restitución hasta el importe del beneficio que el deudor hubiere recibido.

[107] *Cfr.* Rafael Rojina Villegas, *op. cit.*, pp. 333 y 335.

[108] *Cfr.* Ana Ma. Colás Escandón, *op. cit.*, pp. 85 y 86.

[109] *Ibidem,* pp. 87 y 88.

[110] *Ibidem*, p. 88.

[111] En el derecho español se ha considerado que la acción de reembolso también podría ser ejercida por el cónyuge del fiador que ha satisfecho la deuda garantizada, cuando el régimen patrimonial de bienes del matrimonio lo consienta, como sería el caso del régimen de gananciales (Ana Ma. Colás Escandón, *op. cit.*, pp. 88 y 89).

En el supuesto de que la deuda principal sea a plazo o esté sujeta a condición y el fiador pague antes de que transcurra el plazo o se cumpla la condición, el fiador habrá de esperar a que la deuda sea exigible para ejercer la acción de reembolso, ya sea hasta que el plazo termine o se actualice la condición (art. 2835, CCDF).

El fiador no se verá afectado respecto del ejercicio de la acción de reembolso por el hecho de que el acreedor haya otorgado al deudor un plazo después de que la fianza se ha perfeccionado, si es que el fiador no consintió la concesión del plazo.

Desde nuestra perspectiva, el ejercicio de la acción de reembolso por el fiador queda excluido en aquellos casos de *fianza in rem suam*, cuando el negocio para el cual se ha prestado la fianza es del interés del fiador; por ello, ha de entenderse que el fiador también se ha beneficiado de la obligación principal, precisamente por representar esta la oportunidad de realizar el negocio en el que está interesado.[112]

La acción de reembolso tampoco procederá cuando "así se desprenda de las relaciones entre fiador y deudor (relación de cobertura); por ejemplo, si el fiador prestó la garantía con un *animus donandi* hacia el deudor, o si éste contrajo la deuda por mandato del fiador".[113]

El *objeto de la acción de reembolso* es que el deudor principal *indemnice* (art. 2828, CCDF) o *restituya* al fiador lo que pagó al acreedor,[114] incluido *a)* el capital (la deuda principal); *b)* los intereses respectivos desde que haya notificado el pago al deudor, aun cuando este no estuviere obligado a pagarlos al acreedor por razón del contrato;[115] *c)* los gastos que haya hecho desde que el fiador notificó al deudor que había sido requerido de pago; y *d)* los daños y perjuicios que haya sufrido por causa del deudor (art. 2829, CCDF).

Como es de advertirse, al fiador le corresponde, además de la *acción de reembolso*, la *acción de responsabilidad civil* para ser indemnizado por los daños y perjuicios resentidos cuando efectuó el pago de la deuda (*acción compensatoria* o *de reparación equitativa*); esto es, por las mermas sufridas en su patrimonio y la privación de la ganancia o intereses que podría haber obtenido de no distraer de sus negocios la cantidad pagada.[116]

Desde luego, la cuantía de la *acción de reembolso* puede ser objeto de pacto entre deudor y fiador.[117]

[112] No obstante, se ha considerado que "aunque el fiador pueda tener algún interés en la obligación que ha asumido el deudor, ésta es diferente de la que él asume como garante, por lo cual, está autorizado para ejercer el derecho de reembolso" (Ana Ma. Colás Escandón, *op. cit.*, p. 91).

[113] *Ibidem*, p. 94.

[114] *Cfr.* Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 474.

[115] Cabría preguntarse si los intereses que puede cobrar el fiador son solo los intereses legales o también los convencionales, en caso de que estos se hayan pactado.

[116] *Cfr.* Rafael Rojina Villegas, *op. cit.*, p. 330.

[117] *Cfr.* Ana Ma. Colás Escandón, *op. cit.*, p. 91.

Cuando la fianza ha sido otorgada contra la voluntad del deudor (*fianza prohibente debitore*), el fiador solo podrá reclamarle a este el pago de aquellas cantidades que le hayan sido benéficas (art. 2828, CCDF).

En relación con el *fundamento de la acción de reembolso*, Sánchez Medal sostiene que está en el *mandato*, cuando la fianza se otorga con el consentimiento del deudor principal; o bien, en la *gestión de negocios ajenos*, cuando la citada garantía se constituyó ignorándolo el deudor principal. En cambio, la base de la acción de regreso está en el *enriquecimiento sin causa*, cuando la fianza se ha dado contra la voluntad del deudor (arts. 2828 y 1882, CCDF). Por esta razón, en el último caso, el reembolso se reduce solo al monto de lo que el deudor principal se hubiera beneficiado con el pago.[118]

De acuerdo con Rojina, el CCDF acepta el *sistema del enriquecimiento sin causa* y, "por consiguiente, considera que el fiador que ha otorgado una fianza contra la voluntad del deudor, sólo podrá cobrar aquello en que el pago hubiere beneficiado al propio deudor, pues éste no debe enriquecerse o mejorar su situación, a costa de otro".[119]

En el derecho español, el fundamento de la acción de regreso está, según Colás, en la *gestión de negocios ajenos*.[120]

Es importante que el fiador comunique al deudor principal el pago de la deuda, antes de hacerlo. La finalidad que persigue tal notificación es ofrecer al deudor la posibilidad de oponerse al pago si tiene excepciones contra el acreedor y, en su caso, las ejerza. Desde luego, el deudor también podría manifestar su conformidad con el pago o simplemente no oponerse a que se realice, por ejemplo, por carecer de excepciones para ello.

De igual manera, el deudor podría comunicar al fiador las eventuales excepciones inherentes a la deuda que pudieran oponerse al acreedor y proporcionar al fiador las pruebas pertinentes, para que sea el mismo fiador quien se aproveche de ellas.

En ese sentido, en el supuesto de que el fiador satisfaga la deuda a pesar de que el deudor le ha comunicado las excepciones que tenía contra el acreedor, el deudor estará en condiciones de oponerle tales excepciones al fiador.[121]

Asimismo, si el fiador omite hacer la notificación al deudor, este podrá hacer valer, cuando ejerza la acción de reembolso en su contra, todas las excepciones que habría podido argüir frente al acreedor al hacer el pago (art. 2832, CCDF), sea que se trate de excepciones

[118] *Cfr.* Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, pp. 474 y 475.

[119] En opinión de Rojina, el Código Civil de 1884 aceptó el *principio del respeto y no intromisión en los negocios ajenos*, "para considerar que el fiador en ese caso no tendría derecho a exigirle cantidad alguna al deudor, ya que intervino en un asunto de éste, garantizándolo contra su voluntad. Es decir, se inmiscuyó oficiosamente en sus asuntos, por cuyo motivo se considera... que el fiador quiere correr el riesgo de pagar sin esperar compensación alguna del deudor, o sea para beneficiarlo gratuitamente". Esta dualidad de sistemas se encuentra también en ambos códigos respecto de situaciones semejantes, como el pago por tercero y la gestión de negocios (Rafael Rojina Villegas, *op. cit.*, p. 331).

[120] *Cfr.* Ana Ma. Colás Escandón, *op. cit.*, p. 89.

[121] *Ibidem*, p. 96.

inherentes a la deuda (*rei coherentes*) o de excepciones personales del propio deudor (*personae coherentes*).

De hecho, si el deudor cubriera la deuda sin saber que el fiador realizó el pago previamente, el fiador quedará impedido de repetir contra el deudor; solo podrá hacerlo contra el acreedor que ha recibido el doble pago (art. 2833, CCDF).

Es preciso aclarar que la referida notificación al deudor no constituye un requisito indispensable para que el fiador ejerza posteriormente las acciones de reembolso y subrogación contra el deudor principal. La falta de notificación solo repercute, como se dijo, en la clase de excepciones que el deudor puede oponer al fiador.

En el supuesto de que el fiador haya realizado el pago por virtud de un fallo judicial y con motivo fundado no haya podido notificarlo al deudor principal, este quedará obligado al reembolso sin que pueda oponer las excepciones que tuviera contra el acreedor, salvo aquellas *a)* inherentes a la obligación principal *b)* que hayan sido conocidas por el fiador y *c)* que este omitiera hacer valer (art. 2834, CCDF).

Asimismo, en relación con la cofianza, en el caso de que uno de los cofiadores haya satisfecho del todo la deuda, puede ejercer la *acción de reintegro* contra el resto de los cofiadores, además de la acción de reembolso contra el deudor principal por la parte que le correspondía en la cofianza. Si alguno de los cofiadores resulta insolvente, la parte de la deuda correspondiente habrán de asumirla los demás cofiadores de manera proporcional.[122]

El cofiador podrá dirigirse en primer término contra los cofiadores para que cada uno le reintegre lo que le corresponda de la deuda garantizada, sin que sea menester reclamar primero el pago al deudor principal. En este sentido, la acción de reintegro no tiene carácter subsidiario de la acción de reembolso contra el deudor principal.[123]

Los demás cofiadores podrán oponer al cofiador que ha pagado la totalidad de la deuda las excepciones que hubieran correspondido al deudor principal frente al acreedor, que no sean de mero carácter personal.[124]

La acción de reintegro contra el resto de los cofiadores no procederá cuando el cofiador que ha pagado renunció de manera expresa al beneficio de división.[125]

Por último, si se trata de la *subfianza*, el *subfiador* no podrá ejercer la acción de reembolso contra el deudor de la obligación garantizada, una vez que ha realizado el pago al acreedor, porque aquel no afianzaba la obligación del deudor sino la del fiador principal. Por consiguiente, la acción de reembolso solo ha de ejercerla frente al fiador y este, una vez que haya satisfecho la deuda al *subfiador*, podrá dirigirse contra el deudor principal.[126]

[122] *Ibidem*, p. 97.
[123] *Ibidem*, pp. 98 y 99.
[124] *Ibidem*, p. 99.
[125] *Idem*.
[126] *Idem*.

b) La subrogación del fiador en los derechos del acreedor.[127] El fiador que paga la obligación garantizada se subroga, por ese solo hecho, en todos los derechos que el acreedor haya tenido contra el deudor principal (art. 2830, CCDF), incluidas las garantías y los privilegios de la referida obligación. De ahí que el fiador quede libre de su obligación frente al acreedor si, por culpa o negligencia de este, el fiador no puede subrogarse en los derechos, garantías o privilegios del propio acreedor (art. 2845, CCDF).

La subrogación del fiador opera por *ministerio de ley*, al tratarse del pago realizado por quien "tiene interés jurídico en el cumplimiento de la obligación" (art. 2058, fracc. II, CCDF). En el derecho romano, se concedía al fiador que pagaba el *beneficio de cesión de derechos* (*beneficium cedendarum actionum*), por el cual podía exigir del acreedor la cesión de las acciones que este habría podido ejercitar contra el deudor principal.[128]

Un punto que es preciso dilucidar es si la acción de reembolso y el derecho de subrogación son alternativos o, por lo contrario, son acumulativos. Al respecto, Rojina Villegas señala que el derecho del fiador para recibir el reembolso del deudor principal se logra por medio de la subrogación.[129]

Por nuestra parte, consideramos que se trata de opciones acumulativas; esto es, corresponde al fiador el ejercicio de la acción de reembolso, para lo cual goza de todos los derechos y privilegios de que disponía el acreedor. El derecho de reembolso se ejerce frente al deudor principal, en tanto que el derecho de subrogación es útil para dirigirse también contra los garantes hipotecarios o prendarios que hubieran garantizado la deuda.[130] De este modo, *ambos derechos se configuran de manera unitaria*.

En el supuesto de que el fiador *haya transigido* con el acreedor, no podrá exigir del deudor principal sino lo que en realidad haya pagado (art. 2831, CCDF).

Cuando se trata de la fianza otorgada en garantía de una deuda con pluralidad de deudores, es preciso distinguir tres situaciones:[131]

- Si la fianza garantiza a varios deudores que han asumido solidariamente la obligación principal, el fiador podrá subrogarse en la posición del acreedor y solicitar de cualquiera de ellos la cantidad por él satisfecha.
- Si la fianza garantiza a varios deudores que han asumido mancomunadamente la obligación principal, el fiador podrá subrogarse en la posición del acreedor y solo pedir a cada deudor la parte de deuda que en lo personal le correspondía.

[127] Para Lozano Noriega, la acción que tiene el fiador contra el deudor principal es una acción oblicua, de subrogación legal (Francisco Lozano Noriega, *op. cit.*, p. 379).

[128] José Castán Tobeñas, *op. cit.*, p. 790.

[129] *Cfr.* Rafael Rojina Villegas, *op. cit.*, p. 329.

[130] De acuerdo con Diez-Picazo, en lo relativo a los accesorios, privilegios y garantías del crédito, en la subrogación también se adquieren, mientras que en el derecho de reembolso, no (citado por Ana Ma. Colás Escandón, *op. cit.*, p. 102).

[131] *Cfr.* Ana Ma. Colás Escandón, *op. cit.*, p. 105.

- Si la fianza garantizaba a uno solo de los deudores de una obligación asumida por varios deudores solidariamente, el fiador puede *i)* ejercer la acción de reembolso contra el deudor al que garantizaba y, además, *ii)* subrogarse en la posición del acreedor y al ocupar entonces el lugar de este, dirigirse contra cualquiera de los deudores solidarios por el total de lo que haya satisfecho.

En el caso de la *cofianza*, el cofiador que paga se subroga en los derechos del acreedor, por lo cual no solo podrá dirigirse contra el deudor principal para recuperar lo que ha satisfecho, sino también contra los demás cofiadores para que paguen la parte correspondiente a cada uno.[132]

15.8.3 La relación entre el fiador que paga y los demás cofiadores

a) El beneficio de división. El *beneficio de división* se refiere al derecho que tiene el fiador que se ha obligado a pagar junto con otros fiadores, para dividir entre todos la deuda, con la finalidad de que cada uno cubra la parte proporcional que le corresponda. Y es que cuando hay varios fiadores de un mismo deudor, los fiadores se obligan solidariamente con el acreedor,[133] [134] salvo pacto en otro sentido.

Al respecto, el art. 2827 del CCDF afirma que si "son varios los fiadores de un deudor por una sola deuda, responderá cada uno de ellos por la totalidad de aquélla, no habiendo convenio en contrario; pero si sólo uno de los fiadores es demandado, podrá hacer citar a los demás para que se defiendan juntamente, y en la proporción debida estén a las resultas del juicio".

Para Rojina Villegas,[135] Lozano Noriega[136] y Zamora y Valencia,[137] el beneficio de división no se ejerce frente al acreedor sino ante los demás cofiadores. En relación con el acreedor, los fiadores se obligan de manera solidaria, por lo cual cada uno responde por toda la deuda. El acreedor puede recibir la totalidad de cualquiera de ellos, a menos que hayan convenido lo contrario, como se señaló.[138]

Rojina entiende que el hecho de que el art. 2826 del CCDF establezca que "si sólo uno de los fiadores es demandado, podrá hacer citar a los demás para que se defiendan juntamente, y

[132] *Ibidem*, pp. 106 y 107.

[133] *Cfr.* Francisco Lozano Noriega, *op. cit.*, p. 375. En el mismo sentido, Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, pp. 473 y 478.

[134] Rojina también sostiene que cuando existen varios fiadores, estos responden de manera semejante al deudor solidario en sus relaciones con el acreedor y entre ellos mismos. No obstante, existe una diferencia en cuanto a las excepciones oponibles, puesto que el fiador demandado puede hacer valer, además, las excepciones propias de la fianza (Rafael Rojina Villegas, *op. cit.*, pp. 335 y 336).

[135] *Ibidem*, pp. 321, 334, 335 y 339.

[136] Francisco Lozano Noriega, *op. cit.*, pp. 375, 381 y 382.

[137] "El beneficio de división es el derecho que tiene el fiador que ha pagado la obligación garantizada, para reclamar de cada uno de los demás fiadores de un mismo deudor y por la misma deuda la parte que proporcionalmente le corresponde satisfacer en atención al número de fiadores y al monto de sus obligaciones, tomando en cuenta que pudieron obligarse a menos que el deudor" (Miguel Ángel Zamora y Valencia, *Contratos civiles*, 13ª ed., Porrúa, México, 2012, p. 416).

[138] *Cfr.* Francisco Lozano Noriega, *op. cit.*, p. 375.

en la proporción debida estén a las resultas del juicio", no significa que en la sentencia se habrá de condenar a cada fiador a pagar la parte proporcional de la deuda que le corresponda, para que de esta manera opere la división. La señalada disposición tampoco significa que el acreedor hará efectiva la sentencia en forma proporcional respecto de cada fiador.[139]

Esa disposición legal se refiere, más bien, "a las relaciones posteriores que surgirán entre el fiador que paga la totalidad de la deuda y los demás, a fin de que éstos le reembolsen la parte proporcional".[140] Los fiadores estarán en la proporción debida a las resultas del juicio, pero no respecto del acreedor sino entre los fiadores,[141] para que después de que uno realice el pago, se dividan entre ellos la cantidad pagada y cubran su parte al fiador que solventó la deuda.[142]

Para el citado autor, el beneficio de división solo sería oponible al acreedor en el supuesto de que los fiadores hubieran convenido con el acreedor que este reclamara la parte proporcional a cada fiador, la cual podría ser igual o diferente en caso de incumplimiento del deudor.[143] Se trataría, en este caso, de un *beneficio de división por voluntad del acreedor*;[144] por ello, el beneficio de división en relación con el acreedor debe estipularse, pues no opera por ministerio de ley.[145]

No obstante, Sánchez Medal es de una opinión contraria. Para él, el beneficio de división se ejerce frente al acreedor, por lo cual "no debe confundirse con la división de la deuda entre todos los cofiadores, cuando uno de ellos ha pagado". En este último caso, la "división se hace efectiva por un fiador frente a sus cofiadores (2837 a 2841) y no se hace valer por el fiador frente al acreedor".[146]

De ahí que, cuando ha sido demandado, el fiador pueda pedir al contestar la demanda que sean citados a juicio los demás cofiadores "para que se defiendan juntamente y en la proporción debida estén a las resultas del juicio" (art. 2827, CCDF).[147]

De acuerdo con el referido profesor, el beneficio de división comporta una *excepción procesal* que tiene como finalidad suspender el juicio hasta que sean citados los demás cofiadores (art. 2827, CCDF), pero a la vez goza del carácter de una *excepción sustantiva*, por cuanto busca que la deuda se divida en tantas partes como cofiadores haya (art. 2827, CCDF), aun cuando

[139] *Cfr.* Rafael Rojina Villegas, *op. cit.*, p. 321.

[140] *Idem.*

[141] En el derecho francés, el beneficio de división se opone al acreedor, en tanto que en el derecho mexicano se cambia el sistema: el beneficio de división es entre fiadores y no puede ser opuesto al acreedor (Francisco Lozano Noriega, *op. cit.*, pp. 381 y 382).

[142] *Cfr.* Rafael Rojina Villegas, *op. cit.*, p. 334.

[143] *Ibidem*, pp. 334 y 335. En el mismo sentido, Francisco Lozano Noriega, *op. cit.*, pp. 375 y 382.

[144] *Cfr.* Rafael Rojina Villegas, *op. cit.*, p. 339.

[145] *Ibidem*, p. 321.

[146] Ramón Sánchez Medal, *op. cit.* p. 473.

[147] *Idem.*

cada uno responda por la totalidad de la deuda.[148] Nosotros creemos que esta es la posición correcta.

En el derecho romano primitivo, los cofiadores respondían de manera solidaria por la totalidad de la deuda, a menos que hubiera pacto en contrario. El emperador Adriano[149] les concedió a los cofiadores el *beneficium divisionis*, "por virtud del cual si uno de ellos era demandado por la integridad, podía exigir del acreedor que dividiese la acción entre todos".[150]

El *principio de solidaridad* entre todos los cofiadores no es acogido en todos los sistemas jurídicos. En España, por ejemplo, rige el *principio de división* de la deuda, porque se entiende que la obligación de responder por la deuda se divide entre todos. "El acreedor no puede reclamar a cada fiador sino la parte que le corresponda satisfacer, a menos que se haya estipulado expresamente la solidaridad" (art. 1837, Código Civil español).

En todo caso, el beneficio de división no perjudica al acreedor, salvo pacto en contrario consentido de manera expresa por este.[151]

El fiador que paga la deuda se subroga también en los derechos del acreedor, para estar en condiciones de cobrar a los demás cofiadores su parte proporcional.[152]

Es preciso señalar que el beneficio de división no tiene lugar entre los fiadores, en los casos siguientes (art. 2839, CCDF): *a)* cuando se renuncia de manera expresa, *b)* cuando cada fiador se ha obligado mancomunadamente con el deudor, *c)* cuando alguno o algunos de los fiadores se hallan insolventes o en estado de concurso, *d)* cuando sea imposible demandar a algún fiador en el territorio mexicano (art. 2816, fracc. III, CCDF), *e)* cuando se ignore el paradero de algún fiador (art. 2816, fracc. V, CCDF) o *f)* cuando el negocio para el cual se prestó la fianza es propio de alguno de los fiadores (fianza *in rem suam*) (art. 2816, fracc. IV, CCDF).

La razón por la que en tales supuestos los fiadores no cuentan con el beneficio de división se explica a continuación:

- En el caso de la renuncia al beneficio de división, la deuda se considera exclusiva del fiador que ha realizado el pago.
- La exclusión del beneficio de división entre los fiadores "cuando cada uno se ha obligado mancomunadamente con el deudor" tiene una doble explicación.

  En primer lugar, la disposición señalada no se refiere a una *fianza común* otorgada entre varias personas, sino a *fianzas diversas* constituidas por *fiadores diversos* mediante negocios jurídicos distintos, en los que cada garante se obliga solidariamente

[148] *Ibidem*, p. 472.

[149] *Cfr.* Henri Mazeaud, León Mazeaud y Jean Mazeaud, *op. cit.*, p. 63.

[150] José Castán Tobeñas, *op. cit.*, p. 786.

[151] *Cfr.* Rafael Rojina Villegas, *op. cit.*, p. 334.

[152] *Ibidem*, p. 339.

junto con el deudor principal, frente al acreedor. Se trata, según Rojina, de una *figura especial* de garantía.[153]

En segundo lugar, la expresión *mancomunadamente* ha de entenderse en el sentido de que cada fiador se obligó "solidariamente", pues el CCDF contempla la *mancomunidad simple* y la *mancomunidad solidaria* dentro de las obligaciones mancomunadas.

- Respecto de la supresión del beneficio de división cuando alguno de los fiadores es insolvente o está sujeto a concurso, debe señalarse que en realidad sí existe división de la deuda, solo que modificada por cuanto se incrementa el importe de la responsabilidad de los demás fiadores.[154] En ese sentido, si alguno de los fiadores "resultare insolvente, la parte de éste recaerá sobre todos en la misma proporción" (art. 2837, segundo párrafo, CCDF). Esta misma regla rige cuando alguno de los fiadores no puede ser demandado en territorio nacional o se ignora su paradero.
- Por último, si se trata de la fianza *in rem suam*, se niega el beneficio de división entre los fiadores al aplicarse la regla que rige en las obligaciones solidarias; según esta, cuando el negocio por el que se contrajo la obligación solidaria solo interesa a uno de los deudores, este será responsable por toda la prestación y, por tanto, no podrá repetir contra los demás deudores en *acción de reembolso proporcional*.[155]

b) Derecho de repetición del fiador contra los cofiadores. El fiador que paga la deuda al acreedor tiene *derecho de repetir* contra los demás cofiadores para que le reintegren la parte proporcional que a estos corresponda, salvo que alguno resulte insolvente y, en este caso, todos los demás habrán de absorber la parte del cofiador insolvente (art. 2837, CCDF). Para que el fiador goce del derecho de repetición, "es preciso que haya hecho el pago en virtud de demanda judicial" o que el deudor principal se halle en estado de concurso (art. 2837, último párrafo, CCDF).

El fiador habrá de *denunciar el pleito* a los demás cofiadores para que repita eficazmente contra estos; de lo contrario, su acción se verá afectada por las excepciones que habrían podido oponer los demás cofiadores respecto de la fianza misma.[156] Esto se debe a que el cofiador hará valer todas las excepciones inherentes a la obligación principal y a la fianza, salvo las excepciones personales del deudor, para cuyo efecto también debe llamar al procedimiento judicial a los otros cofiadores.

Es preciso advertir que los cofiadores podrán oponer al fiador que pagó las mismas excepciones que habrían correspondido al deudor principal contra el acreedor, salvo aquellas que fueren *puramente personales* del mismo deudor o del fiador que realizó el pago (art. 2838, CCDF).

[153] *Ibidem*, pp. 337 y 338.

[154] *Ibidem*, p. 338.

[155] *Idem*.

[156] *Ibidem*, p. 336.

El derecho de repetición no es en rigor el beneficio de división, pues, como quedó asentado, este solo se ejerce frente al acreedor (arts. 2827, 2839 y 2840, CCDF). De hecho, cuando se trata del beneficio señalado, la insolvencia de uno de los cofiadores la resiente el acreedor y no los cofiadores (art. 2827, CCDF).[157]

En el *coafianzamiento*, el fiador que solicita el beneficio de división solo responde por la parte del cofiador insolvente, si la insolvencia fuera anterior[158] a la petición del referido beneficio (art. 2840, primera parte, CCDF).

El fiador no será responsable por la insolvencia del cofiador, cuando el acreedor cobra voluntariamente a prorrata sin que lo reclame el fiador (art. 2840, segunda parte, CCDF). En este caso, el acreedor ha dividido la cofianza desde el ejercicio de la acción contra los cofiadores, por lo cual habrá de soportar la insolvencia de uno de ellos. De esta manera, se entiende que el acreedor ha renunciado al derecho de reclamar la totalidad de la deuda a cada cofiador.[159]

En el caso de la *subfianza* otorgada en garantía de la obligación de uno solo de los cofiadores, el subfiador es responsable frente a los otros cofiadores en caso de insolvencia del cofiador garantizado, en los mismos términos en que este lo sería respecto de los demás (art. 2841, CCDF).

15.9 La extinción de la fianza

La fianza puede extinguirse de dos maneras: *a)* por *vía de consecuencia*, cuando se extingue la obligación garantizada, y *b)* por *vía principal*, cuando se extingue la fianza misma sin que resulte afectada la obligación principal, la cual subsiste.

a) *Extinción de la fianza por vía de consecuencia.* En general, la fianza se extingue al mismo tiempo que se extingue por el pago o por cualquier otra causa la obligación principal (art. 2842, primera parte, CCDF).

La *quita* que realice el acreedor al deudor principal reduce la fianza en la misma proporción; sin embargo, la *quita* extingue la fianza cuando, por virtud de ella, la obligación principal queda sujeta a nuevos gravámenes o condiciones (art. 2847, CCDF).

b) *Extinción de la fianza por vía principal.* La fianza se extingue, por vía principal, de dos maneras: *i)* "por las mismas causas que las demás obligaciones" (art. 2842, segunda parte, CCDF) o por las *causas ordinarias* del derecho común, por ejemplo, por *pago*, *compensación*, *confusión*, *remisión* o *cualquier* otra causa, o bien, *ii)* por *causas propias o específicas* de la fianza.

Entre las *causas ordinarias* que extinguen la fianza, es preciso señalar las siguientes:

[157] *Cfr.* Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, pp. 475 y 476.

[158] Al respecto cabría preguntarse: ¿qué pasaría si la insolvencia del cofiador se produce después de que el fiador haya realizado la petición del beneficio de división?

[159] *Cfr.* Henri Mazeaud, León Mazeaud y Jean Mazeaud, *op. cit.*, p. 63.

a) La confusión de la obligación del deudor principal y la obligación del fiador, porque uno de ellos herede al otro, extingue la fianza, pero no la *subfianza* o *fianza de la fianza* (art. 2843, CCDF), ni las demás garantías otorgadas para asegurar la obligación del fiador (prenda o hipoteca).

b) Cuando el fiador es, a la vez, *acreedor del acreedor*, puede operar la *compensación* para liberar total o parcialmente al fiador, pero este conservará su derecho para dirigirse contra el deudor principal. Para ello habrá de esperar que lo demande el acreedor, pues antes está impedido para oponer la compensación (art. 2198, CCDF).

Asimismo, el fiador puede oponer la compensación de lo que el acreedor adeude al deudor principal. En cambio, el deudor principal está impedido de hacer valer la compensación de lo que el acreedor adeude al fiador (art. 2199, CCDF).

c) La *remisión* de la fianza efectuada por el acreedor de ninguna manera implica, a la vez, la remisión de la deuda principal (art. 2210, CCDF).

La liberación de uno de los fiadores por parte del acreedor, sin el consentimiento de los demás fiadores, beneficia a todos hasta donde alcance la parte del fiador liberado (art. 2844, CCDF).

No obstante, cuando existen *varios fiadores solidarios*, el perdón que se conceda solo a uno de ellos en la parte relativa a su responsabilidad no beneficia a los demás (art. 2211, CCDF). Se trata de una fianza solidaria establecida entre cada fiador respecto del deudor principal y no de una fianza donde la solidaridad se ha establecido entre los diversos fiadores, caso en el cual el perdón sí beneficia a los otros fiadores.

Según Rojina Villegas, el perdón concedido a uno de los fiadores solidarios, "sólo en la parte relativa a su responsabilidad personal, no puede aprovechar a los demás fiadores", se debe a que "no fue la intención del acreedor remitir la deuda para liberar al obligado principal y a todos los demás fiadores, sino sólo exonerar a uno de ellos".[160]

Las *causas propias o específicas* de extinción de la fianza son las siguientes:

a) El fiador queda liberado de la obligación, aunque se trate de una fianza solidaria, cuando por culpa o negligencia del acreedor no pueda subrogarse en los derechos, privilegios o hipotecas del propio acreedor (arts. 2830 y 2845, CCDF).

b) La negligencia del acreedor en promover la excusión comporta responsabilidad de su parte respecto de los perjuicios que podría causar al fiador, el cual quedará libre de la obligación hasta la cantidad que alcancen los bienes que hubiere designado para la excusión (art. 2821, CCDF), "en caso de insolvencia superveniente del deudor principal".[161]

c) La prórroga o espera concedida por el acreedor al deudor, sin consentimiento del fiador, extingue la fianza (art. 2846, CCDF) porque *agrava la responsabilidad* del fiador, al

[160] Rafael Rojina Villegas, *op. cit.*, p. 317.

[161] Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 477.



existir la posibilidad de que el deudor principal devenga insolvente con posterioridad, cuando al momento de concederse la prórroga tenía solvencia.

d) En general, la fianza se extingue cuando la deuda principal queda sujeta "a nuevos gravámenes o condiciones que la hagan más onerosa o que expongan al fiador a un mayor peligro" (art. 2847, CCDF).[162]

e) La fianza también se extingue cuando el acreedor omite requerir judicialmente al deudor principal el cumplimiento de la obligación, dentro del mes siguiente a la expiración del plazo (art. 2848, primera parte, CCDF) o de la fecha en que la obligación se haya hecho exigible si la fianza se ha otorgado por tiempo indeterminado (art. 2849, CCDF).

f) En este último caso –fianza por tiempo indeterminado– el fiador tiene derecho de exigir al acreedor, cuando la deuda se vuelva exigible, que promueva judicialmente el cumplimiento de la obligación dentro del plazo de un mes, transcurrido el cual la fianza se extinguirá si el acreedor no ha ejercido sus derechos (art. 2849, CCDF).

g) Asimismo, la fianza se extingue cuando en el procedimiento judicial entablado contra el deudor principal, el acreedor deja de promover por más de tres meses sin causa justificada (arts. 2848 y 2849, CCDF).

h) Por último, en el caso de que el fiador fallezca, la deuda se divide en tantas partes como herederos del fiador haya (arts. 2801 y 1998, CCDF).

[162]Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 477.

Autoevaluación

1. Defina la fianza.
2. ¿En qué supuestos la fianza podría considerarse un contrato principal?
3. Escriba tres diferencias entre la fianza y el aval.
4. Comente cinco diferencias entre la fianza y la obligación solidaria.
5. ¿Cuál es la diferencia entre la obligación solidaria y la obligación concurrente?
6. ¿En qué se diferencian la fianza y el mandato de crédito?
7. Precise la diferencia entre la fianza y el seguro de crédito.
8. ¿Cuál es la diferencia entre el seguro de crédito y el seguro de caución?
9. ¿En qué consiste la promesa de *porte-fort*?
10. Explique cómo opera una garantía independiente.
11. ¿Qué requisitos debe reunir el fiador en la fianza legal o judicial?
12. ¿Cuáles son los efectos jurídicos que produce la anotación preventiva de la fianza en el Registro Público de la Propiedad?
13. ¿En qué casos la fianza tiene naturaleza mercantil?
14. ¿Qué es una fianza solidaria?
15. ¿En qué consiste el reafianzamiento?
16. ¿En qué consiste el coafianzamiento?
17. ¿Qué es la contrafianza?
18. Explique por qué se ha considerado válida la fianza otorgada en garantía de obligaciones afectadas de nulidad relativa.
19. ¿Qué clase de excepciones puede oponer el fiador frente al acreedor?
20. ¿Cuáles son los beneficios que tiene el fiador por virtud de la fianza?
21. Explique el beneficio de orden.
22. ¿En qué consiste el beneficio de excusión?
23. ¿Cómo ejerce el fiador el beneficio de excusión?
24. ¿En qué supuestos resulta improcedente el beneficio de excusión?
25. ¿Qué debe hacer el fiador cuando es requerido de pago por el acreedor y cuáles son las consecuencias que se generan de no proceder de esa manera?

Autoevaluación

26. ¿En qué consiste la acción de relevación de la fianza?

27. Explique cómo se ejerce la acción de cobertura.

28. ¿Qué aspectos comprende la acción de reembolso o de regreso que tiene el fiador?

29. Explique cómo opera la subrogación del fiador en los derechos del acreedor.

30. ¿De qué manera responden los cofiadores frente al acreedor?

31. ¿En qué consiste el beneficio de división?

32. ¿En qué supuestos el fiador carece del beneficio de división?

33. ¿En qué consiste el derecho de repetición que tiene el fiador en contra de los demás cofiadores?

34. Escriba tres causas propias o específicas de extinción de la fianza.

Prenda

capítulo 16

Propósitos

Al finalizar el capítulo, el alumno identificará con precisión los rasgos que caracterizan el contrato de *prenda*, las modalidades que presenta en la práctica, su contenido obligacional, los efectos jurídicos que produce y la manera como termina.

16.1 Concepto

La prenda es el negocio jurídico por virtud del cual una persona, denominada *deudor prendario* o *pignoraticio* –quien puede ser el mismo *deudor principal* o un *tercero*–, constituye un derecho real de prenda sobre un determinado bien mueble enajenable que entrega a otra persona, llamada *acreedor prendario* o *pignoraticio*, a quien le concede el derecho de ser pagado con el precio de dicho bien en caso de incumplimiento de alguna obligación, con preferencia sobre otros acreedores.

El art. 2856 del *Código Civil para el Distrito Federal* (CCDF) define la prenda como el "derecho real constituido sobre un bien mueble enajenable para garantizar el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago".

La palabra "prenda" tiene, desde el punto de vista jurídico, tres significados: como *contrato de prenda*, como *derecho real de prenda* y como *bien otorgado en garantía*.

16.2 Clasificación

La prenda es un contrato de *garantía*, *unilateral*, *sinalagmático imperfecto* y *formal*.

Además, es un *contrato real* dado que debe entregarse al acreedor prendario el bien sobre el que recae para constituir la garantía prendaria. De hecho, es el único contrato real que reconoce el derecho mexicano.[1]

[1] *Cfr.* Ramón Sánchez Medal, *De los contratos civiles*, 25ª ed., Porrúa, México, 2013, p. 482.

La entrega puede ser real (material) y jurídica (art. 2858, CCDF). En opinión de Rafael Rojina Villegas, la entrega jurídica desvirtúa el carácter real de la prenda.[2]

Asimismo, la prenda es un *contrato accesorio* en razón de que su eficacia depende, a su vez, de la eficacia del contrato principal. No obstante, se ha entendido que cuando la prenda se otorga para garantizar obligaciones futuras, se presenta una excepción a su referido carácter accesorio, pues la obligación principal aún no existe y, sin embargo, la prenda queda supeditada al surgimiento de la obligación futura.[3]

La prenda puede ser un *contrato oneroso*; pero aunque en general es *gratuito*, nada obsta que el deudor[4] pague al tercero que constituya la prenda una determinada contraprestación precisamente por el otorgamiento de la prenda.[5]

La prenda puede calificarse, en principio, como *conmutativa*, aunque goza del carácter de *aleatoria* cuando se constituye para garantizar obligaciones futuras.[6]

16.3 Tipos de prenda

a) Prenda voluntaria y prenda necesaria o legal. La prenda puede ser *voluntaria* o *necesaria* (*legal*). La primera es aquella que se celebra por voluntad del deudor prendario, quien no tiene ninguna obligación legal de otorgarla. En cambio, la segunda se otorga para cumplir con una determinada *obligación de garantía* impuesta por alguna disposición legal; pueden citarse como ejemplos las prendas que se otorgan para asegurar los alimentos (art. 317, CCDF),[7] para garantizar el desempeño del tutor (art. 519, fracc. I, CCDF)[8] o para garantizar el manejo del albacea (art. 1708, CCDF),[9] etcétera.

Rojina ha puesto de relieve que al establecer la entrega real o jurídica del bien como requisito indispensable para la constitución de la prenda, se impide que la garantía prendaria se constituya por medio de un *negocio jurídico unilateral* o por *testamento*. La entrega requiere el acuerdo del acreedor para realizarse y, mientras tal acuerdo esté pendiente, la entrega no

[2] *Cfr.* Rafael Rojina Villegas, *Derecho civil mexicano*, t. VI, vol. II, 7ª ed., Porrúa, México, 2001, p. 639.

[3] *Ibidem*, p. 635.

[4] El pago de la contraprestación puede realizarlo, incluso, el propio acreedor o un tercero.

[5] *Cfr.* Rafael Rojina Villegas, *op. cit.*, p. 660.

[6] *Idem.*

[7] **Artículo 317 (CCDF):** "El aseguramiento podrá consistir en hipoteca, prenda, fianza, depósito de cantidad bastante a cubrir los alimentos o cualesquiera otra forma de garantía suficiente a juicio del juez."

[8] **Artículo 519 (CCDF):** "El tutor, antes de que se le discierna el cargo, prestará caución para asegurar su manejo. Esta caución consistirá: I. En hipoteca o prenda; II. En fianza. La garantía prendaria que preste el tutor se constituirá depositando las cosas dadas en prenda en una institución de crédito autorizada para recibir depósitos; a falta de ella se depositarán en poder de persona de notoria solvencia y honorabilidad."

[9] **Artículo 1708 (CCDF).** "El albacea también está obligado, dentro de los tres meses contados desde que acepte su nombramiento, a garantizar su manejo, con fianza, hipoteca o prenda..."

podrá efectuarse. De ahí que la prenda solo pueda otorgarse por virtud de un contrato, el cual tendrá naturaleza real.[10]

Asimismo, la obligación legal de otorgar garantía prendaria en los supuestos de *prenda necesaria* o *legal* solo daría lugar, en caso de incumplimiento de la citada obligación, al vencimiento anticipado del crédito cuya garantía ha sido omitida, o, en su caso, a que cese en el ejercicio del cargo de que se trate la persona obligada a garantizar su correcto desempeño.[11]

b) Prenda tácita. Se conocen como *prenda tácita* algunos supuestos en los cuales la propia ley establece la garantía de ciertas obligaciones sobre determinados bienes, como ocurre en los siguientes casos: *a)* el *crédito por construcción* de una obra mueble está garantizado con la misma obra construida (arts. 2644 y 2993, fracc. III, CCDF); *b)* el *crédito por fletes* en el transporte está asegurado con los efectos transportados si se encuentran en poder del acreedor (arts. 2662 y 2993, fracc. V, CCDF); *c)* el *crédito por hospedaje* está garantizado con el equipaje y demás bienes muebles del huésped que se hallen en el establecimiento de hospedaje (arts. 2669 y 2993, fracc. VI, CCDF); *d)* el *crédito del arrendador* está asegurado con los bienes muebles embargables que se encuentren dentro de la finca arrendada o con los frutos de la cosecha respectiva si el predio fuere rústico (art. 2993, fracc. VII, CCDF). Estos son más bien *privilegios*.

c) Prenda civil y prenda mercantil. La prenda también puede tener carácter civil o mercantil. Será mercantil cuando el *objeto* sobre el que recae sea una *cosa mercantil*, como los *títulos de crédito* o los *valores* (acciones, obligaciones o bonos); asimismo, será mercantil en atención a su *finalidad* o *propósito*, cuando la prenda se otorgue para garantizar cualquier operación de comercio,[12] o bien, en función de los *sujetos* que intervienen en la prenda o en el crédito que esta garantiza.[13]

La *prenda mercantil* está regulada en la *Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito* (LGTOC, arts. 334 a 345), la cual también contempla el *bono de prenda* (arts. 229 a 251) y la *prenda sin transmisión de posesión* (arts. 346 a 380), cuya *forma de ejecución* se prevé en el *Código de Comercio* (CCom, arts. 1414 bis a 1414 bis 20). No obstante, la prenda mercantil también cuenta con una normativa particular dispersa entre diversas disposiciones legales: *prenda para garantizar préstamos para la adquisición de bienes de consumo duradero* (art. 69, último párrafo, *Ley de Instituciones de Crédito*, LIC), *prenda de créditos en libros* (art. 70, LIC), *prenda para garantizar la fianza mercantil* (arts. 168, fracc. I, 184 y 185, *Ley de Instituciones de Seguros y Fianzas*, LISF)[14] y *prenda bursátil* (art. 204, *Ley del Mercado de Valores*, LMV), que en la ley anterior se denominó *caución bursátil*.

[10] *Cfr.* Rafael Rojina Villegas, *op. cit.*, pp. 664 y 665.

[11] Rojina Villegas es de la idea de que la prenda tampoco puede tener su origen en la ley (Rafael Rojina Villegas, *op. cit.*, pp. 665 y 666).

[12] El art. 605 del *Código de Comercio* señalaba: "Se reputará mercantil la prenda constituida para garantizar un acto de comercio. A menos que al constituirla se haya expresado, o que se pruebe lo contrario, se presumirá mercantil la prenda constituida por un comerciante." Este artículo ha sido derogado.

[13] *Cfr.* Soyla H. León Tovar, *Contratos mercantiles*, Oxford University Press, México, 2004, p. 730.

[14] Ley publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 4 de abril de 2013. Antes estaba prevista en el art. 26 de la *Ley Federal de Instituciones de Fianza*.

La prenda civil difiere de la mercantil en la manera como esta última se constituye en algunos casos.

Cuando se trata de *prenda sobre créditos*, los efectos que produce la prenda civil son distintos de los que genera la prenda mercantil.

De esta manera, en la *prenda civil* sobre créditos, el acreedor prendario no está autorizado para cobrarlos a su vencimiento o para recibir su importe antes de que venzan, ni aun cuando el deudor del crédito ofrezca el pago de manera voluntaria, pues solo puede solicitar que su importe se deposite (art. 2864, CCDF), caso en el que la prenda se trasladará al dinero que se hubiere depositado. De hecho, cuando los créditos sobre los cuales se otorgó la *prenda civil* son amortizados por quien los emitió, el deudor prendario tiene la facultad de sustituirlos por otros de igual valor (art. 2863, CCDF).

Por el contrario, cuando se trata de la *prenda mercantil sobre créditos*, el acreedor pignoraticio sí puede cobrar los créditos pignorados (arts. 36 y 35, LGTOC).

d) Promesa de prenda. La prenda puede ser objeto de una *promesa de contratar*. Se entiende que habrá *promesa de prenda* cuando "se ha prometido dar [cierto bien] en prenda". El promitente debe hacer la entrega del bien en el plazo estipulado; de lo contrario, el acreedor podrá exigir que la entrega se realice, que de manera anticipada se dé por vencido el plazo de la obligación que estaría garantizada con la prenda o que esta se rescinda (art. 2871, CCDF).

El derecho del acreedor para proceder en cualquiera de las formas señaladas se concede con independencia de que haya habido o no culpa del *promitente*. El acreedor estará impedido de requerir la entrega del bien si este "ha pasado a poder de un tercero en virtud de cualquier título legal" (art. 2872, CCDF), por lo cual solo podrá optar por el vencimiento anticipado del plazo o la rescisión de la obligación. En esta última situación, se entiende que la promesa de prenda queda sin efecto y el acreedor, autorizado para reclamar, además, daños y perjuicios (art. 2247, CCDF, por analogía).

De acuerdo con Rojina Villegas, debe calificarse como *promesa de prenda* el contrato por el cual solo se asume la obligación de entregar al acreedor el bien que sirve de garantía, sin que este sea efectivamente entregado.[15]

16.4 Las partes contratantes en la prenda

Las partes en el contrato de prenda son, por una parte, el *deudor prendario*, que es quien otorga la garantía prendaria y que puede ser el mismo deudor principal o un tercero, y por otra, el *acreedor prendario*.

Es preciso mencionar que la prenda puede constituirse por un tercero sin el consentimiento del deudor principal (art. 2867, CCDF), e incluso en contra de su voluntad. En este caso, el deudor principal no será parte del contrato de prenda.

[15] *Cfr.* Rafael Rojina Villegas, *op. cit.*, p. 641.

Solo puede dar en prenda quien puede enajenar. En este sentido, únicamente otorgará la prenda quien sea el propietario del bien mueble sobre el cual recaerá la garantía. No obstante, la prenda puede constituirse por quien no sea el propietario, si este lo ha *autorizado* para tal efecto (art. 2868, CCDF, *a contrario sensu*). De hecho, según Rojina,[16] bastará probar que el dueño ha prestado el bien mueble a otro con el propósito de pignorarlo o empeñarlo para que la prenda sea válida, pues se entenderá que ha habido una *autorización tácita* para tal efecto (art. 2869, CCDF).

El mandatario (o el apoderado) habrá de contar con *facultades para actos de dominio* a fin de establecer la garantía prendaria sobre los bienes muebles del mandante (o del poderdante); sin embargo, si la referida garantía se otorga para asegurar la satisfacción de una obligación asumida por un tercero, es menester incluir una disposición especial en el mandato (o en el poder) que autorice de manera expresa al mandatario (o al apoderado) a constituir la mencionada garantía en favor del tercero.

Los *menores emancipados* no requieren autorización judicial para dar en prenda los bienes muebles de los que sean propietarios (art. 643, fracc. I, CCDF, *a contrario sensu*).

Quienes ejercen la *patria potestad* necesitan contar con autorización judicial previa para constituir garantía prendaria sobre los bienes muebles preciosos pertenecientes a los *menores*, en los casos de absoluta necesidad y evidente beneficio para estos (art. 436, CCDF). Asimismo, los *tutores* deben obtener autorización judicial para dar en prenda esa clase de bienes propiedad de los *discapaces* y requieren, además, la conformidad del *curador* (art. 561, CCDF).

En caso de ausencia, el representante del ausente no está autorizado para otorgar prenda sobre los bienes muebles de este, pues solo tiene la administración de los mismos. Hasta que se declare la presunción de muerte del ausente y los herederos hayan entrado en posesión definitiva de los bienes (art. 706, CCDF), se podrá constituir la prenda.

El *albacea* requiere el consentimiento de los herederos o, en su caso, de los legatarios, para *gravar* los bienes de la herencia (art. 1719, CCDF).

Por su parte, el *legatario de bienes muebles* está facultado para sujetar a garantía prendaria tales bienes, si los tiene en posesión; de lo contrario, requerirá la autorización del albacea o del ejecutor especial que tenga en su poder los referidos bienes, dado que se precisa la entrega para constituir el gravamen (arts. 1429 y 1408, CCDF).

16.5 El objeto en la prenda

a) Los bienes pignorados. La prenda debe constituirse sobre *bienes muebles* enajenables (art. 2856, CCDF). El carácter *enajenable* de los bienes muebles se justifica debido a que *a)*

[16] *Ibidem*, p. 669.

la constitución de la prenda es un acto de dominio y *b)* los bienes pignorados podrían ser enajenados en caso de incumplirse la obligación que garantizan.[17]

No obstante, por excepción, la prenda puede tener por objeto *bienes inmuebles*, como ocurre cuando la garantía prendaria se refiere a "los frutos pendientes de los bienes raíces que deben ser recogidos en tiempo determinado" (arts. 2857 y 750, fracc. II, CCDF), los cuales se consideran precisamente como inmuebles. En este caso, se trata de bienes que habrán de adquirir el carácter de *muebles* una vez cosechados o cortados. En este sentido, como ha resaltado Rojina, a los frutos pendientes "se les anticipa el carácter de bienes muebles".[18]

El objeto de la prenda debe ser el de bienes muebles *determinados* de manera individual, dado que comporta la constitución de un derecho real de garantía. Sin embargo, como una excepción, es posible que la prenda tenga por objeto bienes *determinables* en cuanto a su especie, por ejemplo, al tratarse de *bienes fungibles*.

En materia civil la prenda puede recaer sobre *frutos* (art. 2857, CCDF) y son *bienes fungibles*.[19] En materia mercantil se contempla de manera expresa la *prenda sobre bienes fungibles* (incluidos *títulos de crédito*) y, en concreto, la *prenda sobre dinero*. En esta clase de prenda es posible pactar por escrito que se transmita la propiedad de los bienes sobre los que recae al acreedor, quien quedará obligado a restituir al deudor otros tantos bienes o títulos de la misma especie y calidad. De hecho, al tratarse de la prenda sobre dinero, este se entiende transmitido en propiedad al acreedor, salvo convenio en contrario (art. 336, LGTOC). Este rasgo –la *transmisión de la propiedad*– ha sido considerado para calificar esta clase de garantía como *prenda irregular*.[20]

La prenda puede tener por objeto *bienes corpóreos* e *incorpóreos*. Estos últimos comprenden "todos los *derechos personales* susceptibles de enajenación", como los *créditos*,[21] además de todos los *derechos reales sobre muebles* "que puedan ser objeto de transferencia durante la vida de su titular", como el usufructo, la nuda propiedad, el derecho de copropiedad y la prenda misma,[22] caso este último conocido como *prenda de la prenda*.

El *derecho real de uso* sobre muebles no es susceptible de pignorarse, en virtud de que se trata de un derecho inalienable. La prenda se extiende a todos los *accesorios* del bien mueble materia de la garantía prendaria, así como a todos los *aumentos* –o *incrementos*– que sufra (art. 2888, CCDF), lo cual comprende las *accesiones*.[23] A esto se le conoce como el *asiento de la prenda*.

[17] *Ibidem*, p. 642.

[18] Rafael Rojina Villegas, *op. cit.*, p. 643.

[19] De acuerdo con Rojina Villegas, "en materia civil, la prenda recae sobre bienes muebles determinados, sin que exista prenda de bienes fungibles, ni transmisión del dominio al acreedor, ni posibilidad por lo tanto de que restituya al deudor cosas equivalentes" (Rafael Rojina Villegas, *op. cit.*, p. 668).

[20] *Cfr.* Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 484.

[21] Por ejemplo, un *crédito por alimentos* no puede ser pignorado, por ser inalienable (Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 485).

[22] *Cfr.* Rafael Rojina Villegas, *op. cit.*, p. 648.

[23] Para un análisis detallado de las diversas situaciones que pueden presentarse tratándose de la accesión respecto de la prenda, consúltese Rafael Rojina Villegas, *op. cit.*, pp. 644-648.

Respecto de los *frutos* producidos por el bien otorgado en prenda, estos quedan comprendidos en la garantía prendaria, como ha señalado Sánchez Medal. En principio, los frutos en cuestión *pertenecen al deudor prendario*, pero ello no significa que pueda reclamar su entrega al acreedor prendario, "puesto que éstos continúan formando parte de la prenda".[24]

No obstante, las partes pueden acordar que los frutos los perciba el acreedor y, por tanto, que le pertenezcan a este. En tal supuesto, el importe de los frutos se aplicará primero a los gastos, después a los intereses y el resto al capital (art. 2880, segunda parte, CCDF). En este caso se está en presencia del *contrato de anticresis*.[25]

Los *créditos* también pueden darse en prenda. La garantía prendaria queda constituida con la entrega del título en que conste el crédito, cuando este sea el caso. No obstante, las partes pueden sustituir la entrega del título al acreedor, con el depósito de aquel en una institución de crédito (art. 2862, CCDF).

Además, cuando el crédito pignorado deba constar en el Registro Público de la Propiedad, la prenda habrá de ser inscrita en este registro para que sea oponible a terceros (art. 2861, CCDF).

En el caso de que los créditos pignorados fueran amortizados por quien los emitió, el deudor prendario podrá sustituirlos por otros de igual valor, salvo pacto en contrario (art. 2863, CCDF).

El acreedor no tiene el derecho para cobrar ni para recibir el importe del crédito pignorado, ni siquiera cuando este venza o el deudor le ofrezca el pago de manera voluntaria; sin embargo, en ambos casos podrá exigir que el importe del crédito se deposite a su satisfacción (art. 2864, CCDF).

Cuando la prenda recaiga sobre créditos (o sobre acciones) que no sean al portador o no sean negociables por endoso, se habrá de *notificar al deudor del crédito pignorado* para constituir la prenda debidamente (art. 2865, CCDF). La notificación tiene por objeto impedir que el deudor del crédito otorgado en prenda pague al deudor prendario, quien es el titular del crédito en cuestión.

El acreedor que tenga en su poder el título en que conste el crédito pignorado está obligado a realizar la conservación jurídica del crédito; esto es, habrá de efectuar "todo lo que sea necesario para que no se altere o menoscabe el derecho que aquél representa" (art. 2866, CCDF).

b) El crédito garantizado. La prenda puede constituirse para garantizar *i) créditos puros* y *simples*, *ii) créditos sujetos a plazo* o *iii) a condición*, *iv) créditos existentes* y *v) créditos futuros* (art. 2970, CCDF), así como *créditos a la orden* y *créditos al portador* (art. 2926, segundo párrafo, CCDF, por analogía).

El crédito garantizado con prenda debe ser válido; por consiguiente, un crédito litigioso no puede ser garantizado con prenda.[26]

[24] Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 485.

[25] *Ibidem*, pp. 486 y 487.

[26] *Ibidem*, p. 485.

La prenda puede otorgarse para asegurar la satisfacción de créditos futuros, solo que en este supuesto el bien pignorado no podrá venderse ni adjudicarse sin demostrar que el crédito garantizado "fue legalmente exigible" (art. 2870, CCDF).

16.6 La constitución de la prenda: su formalidad

El contrato de prenda es un *contrato formal*: debe constar *por escrito* y, si se otorga en *documento privado*, habrán de formarse dos ejemplares, uno para cada contratante (art. 2860, primer párrafo, CCDF).

No obstante, para que surta *efectos frente a terceros*, el documento en que conste la prenda debe adquirir fecha cierta "por el registro, escritura pública o de alguna otra manera" (art. 2860, segundo párrafo, CCDF), como sería "desde la muerte de cualquiera de los que lo firmaren, o desde la fecha en que se entregue a un funcionario público por razón de su oficio" (art. 2034, fracc. III, CCDF).

El hecho de que la prenda conste por escrito es insuficiente para tener por constituida la garantía prendaria, pues para ello resulta indispensable realizar la *entrega real o jurídica* del bien pignorado al acreedor (art. 2858, CCDF). Como se precisó, la prenda es el único *contrato real* en el derecho mexicano.

La *entrega jurídica* al acreedor se produce cuando las partes –acreedor y deudor prendario– convienen que el bien pignorado quede en poder de un tercero o del mismo deudor prendario, con el carácter de *depositario*. La prenda también podría conservarla en posesión este último, cuando "expresamente lo autorice la ley" (art. 2859, primer párrafo, CCDF). En ambos casos existe, además del contrato de prenda, un *contrato de depósito* entre los cuales existe conexidad contractual.[27]

Cuando el bien pignorado queda en poder del deudor, el contrato de prenda debe inscribirse en el Registro Público de la Propiedad para que produzca efectos contra terceros. La inscripción solo puede efectuarse si se trata de bienes susceptibles de identificarse de manera indubitable y siempre que sean materia de inscripción, según las disposiciones legales y reglamentarias (art. 2859, segundo párrafo, CCDF).

Asimismo, la prenda sobre los frutos pendientes de los bienes raíces que habrán de ser recogidos en tiempo determinado también tendrá que inscribirse en el Registro Público de la Propiedad, en el folio real del inmueble respectivo, para que surta efectos frente a terceros. En este caso, quien dé los frutos en prenda se considera depositario de ellos, salvo pacto en contrario (art. 2857, CCDF).

Cuando el tutor *presta caución* por medio de *prenda* para asegurar el desempeño del cargo, la referida garantía se constituye mediante el depósito de los bienes dados en prenda en una

[27] *Ibidem*, pp. 483 y 487.

institución de crédito (autorizada para recibir depósitos); a falta de ella, los bienes se habrán de depositar en poder de una persona de notoria solvencia y honorabilidad (art. 519, CCDF).

Además, para que la prenda subsista (esto es, para que el acreedor prendario pueda deducir las acciones para ser pagado con el valor de los bienes pignorados) se requiere que el bien pignorado permanezca en poder de la persona a quien le fue entregado.

En este sentido, si la prenda le ha sido entregada al acreedor en forma *real* o *material*, es menester que la conserve en su poder y, si acaso ha perdido la posesión de la misma, la prenda persistirá si la pérdida ha ocurrido sin culpa del propio acreedor.

La *prenda bursátil* es un caso de garantía prendaria que queda en poder de un tercero, el Instituto para el Depósito de Valores (Indeval). La prenda bursátil constituye un derecho real sobre valores que tiene por objeto garantizar el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago. Para la constitución de esta clase de garantía, basta celebrar el contrato por escrito y solicitar a una institución para el depósito de valores la apertura o el incremento de una o más cuentas donde se depositen en garantía; no es necesario realizar el endoso y entregar los valores objeto de la prenda, ni anotar en los registros del emisor los valores.

Incluso, las partes pueden garantizar una o más operaciones al amparo de un mismo contrato (art. 204, primero y segundo párrafos, *Ley del Mercado de Valores*, LMV).

En el caso de hacer la *entrega jurídica* de la prenda, esta habrá de permanecer en posesión del tercero o el deudor prendario –según corresponda–, por lo que si alguno de ellos entrega el bien pignorado a otra persona sin consentimiento del acreedor, la prenda conservará su eficacia (art. 2984, CCDF).

La prenda requiere inscribirse en el Registro Público de la Propiedad en tres casos concretos: *a)* cuando se realiza la entrega jurídica del bien pignorado en poder del deudor prendario o de un tercero (art. 2859, CCDF), *b)* cuando la prenda se refiere a los frutos pendientes de bienes inmuebles (cosechas en pie) (art. 2857, CCDF) y *c)* cuando recae sobre un crédito que deba constar en el Registro Público de la Propiedad (art. 2861, CCDF).

No obstante, la inscripción en el mencionado registro "sólo podrá efectuarse si se trata de bienes que sean susceptibles de identificarse de manera indubitable", siempre que, además, "puedan ser materia de inscripción" según las disposiciones legales o reglamentarias correspondientes (art. 2859, último párrafo, CCDF).

En resumen, para que la prenda surta efectos frente a terceros se requiere lo siguiente: *a)* que el contrato de prenda se celebre por escrito, *b)* que sea de fecha cierta, *c)* que la prenda se inscriba en el Registro Público de la Propiedad cuando sea necesario, *d)* que se realice la entrega real o jurídica del bien al acreedor prendario y *e)* que la posesión de dicho bien la conserve el mismo acreedor.[28]

[28] *Ibidem*, p. 483.



Cuando la prenda se constituya sobre *créditos*, será necesario notificar el otorgamiento de la garantía prendaria al deudor de dichos créditos, para perfeccionar la prenda y constituirla debidamente.[29]

Por último, cuando se trata de *créditos garantizados con vehículos* otorgados por instituciones de crédito, organizaciones auxiliares del crédito y demás entidades financieras y comercializadoras, el gravamen respectivo y su cancelación habrán de inscribirse en el Registro Público Vehicular (Repuve) sin perjuicio de lo dispuesto por la legislación mercantil (art. 23, fracc. v, *Ley del Registro Público Vehicular*, LRPV, del 5 de junio de 2012).

Para tal efecto, debe presentarse un aviso de constitución o cancelación de gravámenes en un plazo de 10 días hábiles siguientes al otorgamiento del crédito o de su liberación. Dicho aviso contendrá la información siguiente: *a)* nombre, denominación o razón social de la institución que constituyó o canceló el gravamen, *b)* tipo y fecha de la operación, *c)* vigencia del contrato de crédito y *d)* entidad federativa donde se aplicó el crédito (art. 31, *Reglamento de la Ley del Registro Público Vehicular* del 5 de diciembre de 2007).[30]

Es necesario señalar que en los documentos públicos o privados donde se hagan constar operaciones sobre vehículos, estos se habrán de identificar por el *número de identificación vehicular* (art. 14, LRPV). En las enajenaciones de los vehículos inscritos en el Repuve también debe transmitirse la constancia de inscripción en el referido registro (art. 17, LRPV).

De hecho, las comercializadoras; arrendadoras; instituciones de crédito, seguros y fianzas, además de las organizaciones auxiliares del crédito que celebren negocios jurídicos relacionados con vehículos, están obligadas a exigir que se acredite la inscripción del vehículo en el Repuve (art. 20, LRPV).

La inscripción de un vehículo en el Repuve presume la existencia del mismo, su pertenencia a la persona que aparece en aquel como propietario, la validez de los negocios jurídicos que se relacionan con el mismo y obran en el registro, salvo prueba en contrario (art. 12, LRPV).

16.7 El principio de indivisibilidad de la prenda

Uno de los rasgos connaturales de la prenda es su *indivisibilidad* en cuanto al *crédito* que garantiza y los *bienes* que son su objeto. La indivisibilidad consiste en que el *derecho real de prenda subsiste íntegro* aunque se extinga parte del crédito o se destruya parte del bien pignorado.

Respecto del crédito, la indivisibilidad significa que la prenda "continúa en todo su valor y extensión aun cuando disminuyese la obligación por pagos parciales".[31] En este sentido, "el deudor

[29] *Ibidem*, p. 482.

[30] Este reglamento se expidió durante la vigencia de la LRPV del 2 de junio de 1998.

[31] Rafael Rojina Villegas, *op. cit.*, p. 662.

no podrá exigir, en el caso de que la cosa fuera divisible, o cuando hubiera entregado varias prendas, la liberación de parte de esa cosa o de alguna [de ellas], salvo pacto en contrario".[32]

No obstante, el referido principio sufre una excepción cuando "el deudor esté facultado para hacer pagos parciales"; esto es, si se trata de una *obligación en abonos* o *a plazos*. En este supuesto, la prenda puede reducirse en forma proporcional a los pagos realizados: *a)* cuando la garantía prendaria se ha constituido sobre varios bienes o *b)* cuando el bien pignorado admita cómoda división y se divida. La prenda se reducirá si "los derechos del acreedor prendario quedan eficazmente garantizados" (art. 2890, segunda parte, CCDF).

En cuanto a los bienes pignorados, el principio de indivisibilidad de la prenda se manifiesta en el hecho de que, cuando la garantía se constituye sobre varios bienes, no es forzoso precisar qué parte del crédito queda asegurada con cada uno de estos. Asimismo, el referido principio implica que tampoco procederá la división de la garantía prendaria cuando el bien pignorado se divida, desde luego, por admitir cómoda división. En este sentido, el CCDF no ha aceptado para la prenda el mismo sistema que para la hipoteca.[33]

Es preciso señalar que el principio de indivisibilidad *admite estipulación en contrario*, tanto en relación con el crédito como con los bienes dados en prenda (art. 2890, primera parte, CCDF).

En el caso del fallecimiento del deudor o del acreedor prendario, la indivisibilidad de la prenda tiene las repercusiones siguientes:[34]

a) *La muerte del deudor prendario:* aunque la deuda se divida en tantas partes como herederos del deudor prendario haya, ningún coheredero que haya pagado parte de la deuda estaría autorizado para pedir que la prenda se extinga de manera proporcional al pago realizado, a menos que la deuda haya sido satisfecha en su integridad.

b) *La muerte del acreedor prendario:* el coheredero del acreedor prendario que haya recibido el pago de la parte del crédito que le corresponde por virtud de la herencia está impedido de cancelar la prenda en perjuicio de los demás coherederos a quienes todavía se les adeuda la parte respectiva del crédito.

16.8 Contenido obligacional

16.8.1 Obligaciones esenciales

a) Proveer a la conservación de la cosa como si fuera propia. El acreedor prendario está *obligado a conservar* el bien empeñado como si se tratara de un bien de su propiedad. En consecuencia, el acreedor habrá de responder por el deterioro y los perjuicios que sufra el referido bien por su culpa o negligencia (art. 2876, fracc. I, CCDF). No obstante, esta obligación

[32] *Idem.*

[33] *Ibidem*, p. 663.

[34] *Cfr.* Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, pp. 485 y 486.

estará a cargo del acreedor prendario solo en la medida en que el bien objeto de la prenda le haya sido entregado materialmente.

El acreedor prendario responde de la *culpa en concreto*[35] en la conservación de la prenda; esto es, "cuando no observa la diligencia que acostumbre emplear en la conservación y custodia de sus propios bienes".[36]

También debe avisar al deudor prendario sobre las perturbaciones que sufra en la posesión del bien pignorado, con la finalidad de que este ejerza las acciones correspondientes para proteger el bien (art. 2874, primera parte, CCDF). La misma obligación tiene el tercero que se ha constituido como depositario de la prenda.

Si el deudor omite la defensa del bien pignorado, habrá de responder por los daños y perjuicios que se causen al acreedor (art. 2874, segunda parte, CCDF).

El deber de conservar el bien dado en prenda se refiere a la *conservación material* y la *conservación jurídica*. Así, por ejemplo, cuando se otorgue prenda sobre créditos, el acreedor a quien se le entregue el título en que conste un crédito "estará obligado a hacer todo lo necesario para que no se altere o menoscabe" dicho crédito (art. 2866, CCDF). Como ha quedado señalado, el acreedor prendario no está autorizado para cobrar el crédito o recibir su importe, sino solo "exigir que el importe del crédito se deposite" (art. 2864, CCDF).

Es importante señalar que el acreedor prendario tiene el derecho de recuperar la cosa pignorada de cualquier detentador, incluido el mismo deudor (art. 2873, fracc. II, CCDF).

b) Abstenerse de usar el bien pignorado. El acreedor prendario carece del *derecho de usar* el bien pignorado que ha quedado bajo su resguardo; sin embargo, podrá usarlo solo en el supuesto de que haya sido autorizado para ello de manera expresa.

El deudor prendario puede exigir que el bien pignorado se entregue en depósito a un tercero o que el acreedor prendario garantice con fianza que restituirá el bien pignorado en el estado en que lo recibió, cuando el acreedor abuse del referido bien (art. 2877, CCDF).

Se entiende que el acreedor prendario *abusa* del bien pignorado *a)* cuando lo usa sin estar autorizado para ello, o *b)* cuando se le ha autorizado el uso de la prenda, pero esta se deteriora o se aplica a un objeto diverso de aquel al que está destinada (art. 2878, CCDF).

El acreedor prendario tampoco tiene derecho sobre los frutos que produzca el bien otorgado en prenda, pues tales frutos le pertenecen al deudor prendario.

No obstante, en el contrato de prenda puede pactarse que tales frutos pertenecerán al acreedor prendario, supuesto en el que se estará ante la figura de la *anticresis*, como quedó señalado. El importe de los frutos se aplicará primero a los gastos, después a los intereses y el resto al capital (art. 2880, CCDF).

[35] La *culpa en abstracto* toma como base un tipo ideal de conducta, en tanto que la *culpa en concreto* se funda en la verdadera conducta observada por el deudor en el cuidado y conservación de sus bienes (*cfr.* Rafael Rojina Villegas, *op. cit.*, p. 705).

[36] Rafael Rojina Villegas, *op. cit.*, p. 703. En el mismo sentido, Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 486.

Cuando se trata de la *prenda mercantil sobre acciones*, el acreedor prendario no está facultado para ejercer el *derecho de voto* en las asambleas de la sociedad, en virtud de que el deudor prendario sigue siendo el propietario de las acciones. No obstante, las partes podrían convenir que el acreedor concurra a las asambleas y ejerza el voto en el sentido que se acordare de manera previa, para lo cual se habrá de legitimar al acreedor por medio de un poder que al efecto se otorgue.

c) Restituir la cosa al constituyente de la prenda. El acreedor prendario está *obligado a restituir* la prenda tan pronto como estén pagados en su integridad la deuda, los intereses estipulados y los gastos realizados para la conservación del bien pignorado (art. 2876, fracc. II, CCDF).

En este sentido, el acreedor prendario carece del *derecho de retener* los bienes dados en prenda respecto de otros créditos diferentes de aquellos que han sido garantizados con la prenda.[37]

Cuando la prenda ha quedado en poder de un *tercero* con el carácter de *depositario*, este habrá de restituir los bienes pignorados al constituyente de la prenda hasta que lo autorice el acreedor prendario. No obstante, el tercero depositario podría devolver la prenda cuando "se le acredite la extinción de la obligación garantizada con la prenda"; o bien, cuando los bienes otorgados en prenda hayan sido enajenados "en favor de un tercero en ejecución de la prenda".[38]

16.8.2 Obligaciones eventuales

El deudor prendario debe reembolsar los gastos de conservación de los bienes pignorados efectuados por el acreedor prendario (art. 2876, fracc. II, CCDF).

En todo caso, los gastos que estará obligado a realizar el acreedor prendario son solo "los gastos necesarios y útiles" para la conservación del bien, a menos que el mencionado acreedor haya sido autorizado para usar la prenda, supuesto en el cual carecerá del derecho a recibir el reembolso de tales gastos (art. 2873, fracc. III, CCDF).

Asimismo, el deudor prendario estará *obligado a indemnizar* al acreedor prendario y, en su caso, al tercero depositario, por los daños y perjuicios que le haya causado al bien pignorado (art. 2532, CCDF, por analogía).[39]

16.9 Derecho real de prenda

a) El derecho a la posesión (jus possidendi) y el derecho de persecución (jus persequendi). El acreedor prendario tiene el *derecho a la posesión* del bien pignorado (arts. 2873, fracc. II, y 2874, CCDF).

[37] *Cfr.* Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 487.

[38] *Idem.*

[39] *Ibidem*, p. 488.

El acreedor prendario tiene el *derecho de perseguir* el bien pignorado para recuperarlo del mismo deudor prendario o de un tercero. Al respecto, el art. 2873, fracc. II, del CCDF señala que la prenda concede al acreedor "El derecho de recobrar la prenda de cualquier detentador, sin exceptuar al mismo deudor." En realidad, este derecho presenta una doble manifestación.[40]

En la primera, la *acción persecutoria* se ejerce para recuperar el bien pignorado, cuando la persona a quien le había sido entregado lo pierde antes de que el crédito garantizado sea exigible. Al respecto, es intrascendente que el bien haya sido entregado al acreedor en forma material o jurídica: en ambos casos, el acreedor prendario está legitimado para ejercer la referida acción persecutoria.[41]

No obstante, el propietario del bien pignorado también está en aptitud de ejercer la acción para recuperar el bien mencionado. De hecho, según el art. 2874 del CCDF, el acreedor que sea perturbado en la posesión de la prenda debe avisar de tal circunstancia al dueño para que la defienda; si incumple con dicho aviso, incurre en responsabilidad civil.

En su segunda manifestación, el ejercicio de la *acción persecutoria* tiene por objeto recuperar el bien pignorado que ha pasado a un tercero, con la finalidad de proceder a la venta de dicho bien y, con su producto, pagar la deuda garantizada con preferencia sobre otros acreedores. En este caso, solo el acreedor prendario puede ejercer la acción persecutoria cuando la deuda sea exigible.

Y es que mientras el bien pignorado permanezca en poder del *deudor prendario* o del *tercero* a quien le ha sido entregada originalmente la prenda en carácter de depósito, el acreedor prendario podrá exigir la venta de la prenda al hacerse exigible la obligación garantizada, sin tener que ejercer la acción persecutoria. El depositario estará obligado a devolver el bien en el momento en que le fuere requerido.

En el supuesto de que el bien pignorado haya pasado a un tercero distinto del depositario, la *acción persecutoria* podrá intentarse junto con la *acción de venta de la prenda* en contra del *deudor prendario* y del *tercero* que la tenga en su poder, incluso cuando este haya adquirido la posesión derivada de un negocio jurídico que lo autorice a usar, gozar, custodiar o administrar el bien pignorado.

En este último caso, cuando la prenda requiera inscripción en el Registro Público de la Propiedad, el acreedor prendario no podrá intentar ejercer la acción persecutoria si omitió hacer la referida inscripción, porque esta supone la posibilidad de oponer la prenda a cualquier tercero, a menos que sea un adquirente de mala fe o haya adquirido el bien pignorado en forma gratuita.

En cambio, si la prenda no está sujeta a inscripción, el acreedor prendario estará en condiciones de ejercer la acción persecutoria, pero el conflicto que se presente se habrá de resolver

[40] *Cfr.* Rafael Rojina Villegas, *op. cit.*, p. 700.

[41] *Ibidem*, p. 701.

con base en el principio *prior tempore potior iure* (primero en tiempo, primero en derecho), salvo que el adquirente sea de mala fe, supuesto en el cual habrá de resentir las consecuencias de la garantía prendaria.

La prenda no confiere al acreedor prendario el derecho de apropiarse de los frutos del bien pignorado, pues tales frutos pertenecen al deudor prendario, salvo que se pacte lo contrario, supuesto en el cual el importe de los frutos se aplicará primero a los gastos, después a los intereses y el sobrante al capital (art. 2880, CCDF). No obstante, los *frutos*, las *accesiones* y los *aumentos* del bien pignorado quedan comprendidos en la garantía prendaria, por lo cual forman parte del *asiento de la prenda* (art. 2888, CCDF).

Cuando la prenda ha sido depositada con un tercero, el *depositario* no queda autorizado para retener el bien pignorado, ni siquiera en el caso de que no se hayan cubierto las expensas que hubiere efectuado en la conservación del depósito y por los perjuicios que haya sufrido; sin embargo, podrá pedir al juez la retención del referido bien en el caso de que el pago no se le garantice (arts. 2532 y 2533, CCDF). El depositario tampoco podrá retener el bien como garantía de algún otro crédito que tuviera contra el depositante (art. 2534, CCDF).

b) El derecho de venta (jus distrahendi). La prenda confiere al acreedor prendario el derecho de proceder a la venta del bien pignorado. Este derecho permite al acreedor ejercer el *derecho de preferencia* y obtener los beneficios que conlleva la garantía prendaria. Por lo general, la venta debe efectuarse por vía *judicial*, a menos que las partes hayan convenido realizarla en forma *extrajudicial*.

La enajenación de la prenda por medio de *procedimiento judicial* requiere, en principio, que se realice en *almoneda pública* (art. 2881, CCDF). Para tal efecto, una vez que el deudor ha incumplido la obligación garantizada con la prenda, el acreedor podrá solicitar al juez que proceda a la venta de la misma por medio de remate. El juez notificará en seguida al deudor prendario las pretensiones del acreedor, para que en el plazo de 24 horas desde la notificación pague la deuda o acredite haberlo efectuado y, de esta manera, se suspenda la enajenación (art. 2885, CCDF) sin que el deudor prendario tenga la posibilidad de oponer otras excepciones diferentes.[42]

En opinión de Sánchez Medal, "se trata de un procedimiento judicial de ejecución, y no de un procedimiento judicial de conocimiento", tal como acontece en la ejecución de un contrato de transacción, el cual goza de la categoría de cosa juzgada. Según el citado autor, "al constituirse la prenda se ha tenido como indiscutible la existencia y la validez del adeudo y sólo ha quedado pendiente la ejecución de la prenda en caso de incumplimiento".[43]

El bien pignorado podrá adjudicarse al acreedor en las dos terceras partes del valor fijado por los peritos, en caso de que el referido bien no se haya vendido en la almoneda pública (art. 2882, CCDF).

[42] *Cfr.* Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, pp. 488 y 489.

[43] *Idem*.

La *venta extrajudicial* de la prenda requiere convenio expreso para realizarse (art. 2884, CCDF). En esta hipótesis, es el acreedor prendario quien efectúa la venta de manera directa, pero antes debe notificar al deudor prendario para que pague dentro de las 24 horas siguientes al aviso (art. 2885, CCDF).

Sánchez Medal considera que cuando "se ha facultado al acreedor a realizar la venta extrajudicial de la cosa pignorada, tiene lugar un caso de *legitimación indirecta* por virtud de una *sustitución*".[44]

En ambos casos –venta judicial o extrajudicial–, si el producto de la venta es superior a la cantidad adeudada, habrá de entregarse el excedente al deudor; pero si el precio de la enajenación no cubre la totalidad del crédito, el acreedor tendrá derecho de reclamar al deudor el pago de la cantidad faltante (art. 2886, CCDF).

Es preciso señalar que el "acreedor no responde por la evicción de la prenda vendida, a no ser que intervenga dolo de su parte o que se hubiere sujetado a aquella responsabilidad expresamente" (art. 2889, CCDF).

En la prenda –al igual que en la hipoteca– está prohibido el *pacto comisorio*; esto es, el convenio por el cual el acreedor se apropia del bien objeto de la garantía prendaria en el caso de incumplir la obligación principal. El pacto en cuestión se prohibió porque "generalmente implicaba una lesión en los derechos del deudor que por necesidades económicas al solicitar un préstamo se veía obligado a consentir en tal convenio, aun cuando el valor de la cosa fuese muy superior al monto de la deuda".[45]

En este sentido, será nula cualquier estipulación pactada de antemano mediante la cual se autorice al acreedor apropiarse de la prenda, aunque esta tuviera un menor valor que la deuda; o bien, disponer de la prenda por algún procedimiento distinto de los previstos en las disposiciones legales (art. 2887, CCDF).

No obstante, el pacto comisorio no debe confundirse con el convenio celebrado entre el deudor prendario y el acreedor que autorice a este a quedarse "con la prenda en el precio que se le fije al vencimiento de la deuda, pero no al tiempo de celebrarse el contrato" (art. 2883, CCDF).

Esta clase de acuerdos son válidos, en razón de que el acreedor adquiere el bien pignorado en un precio; no se lo apropia por el valor de la obligación. Como ha resaltado Rojina Villegas, para "que el deudor tenga libertad en la determinación de un precio justo y por consiguiente, para que no sufra lesión en sus derechos, ni el acreedor pueda aprovecharse de la situación económica de aquél, se exige por el precepto aludido, que el precio se fije al vencimiento de la deuda, y nunca al tiempo de celebrarse el contrato, pues de violarse esta prohibición, el pacto sería nulo".[46]

[44] *Ibidem*, p. 489.

[45] Rafael Rojina Villegas, *op. cit.*, p. 682.

[46] *Idem*.

c) El derecho de preferencia. El derecho de preferencia supone un conflicto entre diversos acreedores que afirman tener derechos de igual o diferente categoría sobre un determinado bien, para pagarse con el producto de la venta de este bien el crédito que garantiza.

En este sentido, el derecho de preferencia confiere al acreedor prendario la posibilidad de ver satisfecho su crédito con el precio que se obtenga de la enajenación del bien pignorado, con preferencia sobre otros acreedores.

En caso de concurso entre varios acreedores prendarios sobre el mismo bien, la preferencia se decide en favor de aquel cuyo crédito haya sido garantizado con prenda, en primer término.

d) El derecho de retención de la prenda. El acreedor prendario goza de un *derecho de retención* del bien pignorado, en dos sentidos diversos:

- Como derecho para no devolver el bien pignorado, mientras le es pagado el crédito que este garantiza y que es una consecuencia necesaria del derecho real de garantía.
- Como derecho para retener el bien empeñado hasta que se cubran los *gastos necesarios y útiles* que el acreedor prendario hubiere erogado para la conservación del bien en cuestión (arts. 2873, fracc. III, y 2993, fracc. II, CCDF); derecho que el acreedor prendario está autorizado para ejercer, aunque se pague el crédito garantizado. En esta segunda versión, la retención es un *derecho autónomo* o desvinculado de la prenda.

El derecho de retención confiere a su titular un *derecho de preferencia* para cubrir, con el precio de los bienes retenidos y de manera preferente respecto de otros acreedores, el importe de los gastos de conservación efectuados. De esta manera, el referido derecho satisface una *función de garantía* semejante a la que cumplen los derechos reales y también es oponible a terceros.[47]

Al respecto, el art. 2993, fracc. II, del CCDF establece que se pagará de manera preferente con el valor de los bienes, "la deuda contraída antes del concurso, expresamente para ejecutar obras de rigurosa conservación de [tales bienes], siempre que se pruebe que la cantidad prestada se empleó en esas obras".

Es menester señalar que el acreedor prendario *no* tendrá el derecho a ser indemnizado de los gastos de conservación si usa la cosa empeñada (art. 2783, fracc. III, CCDF).

16.10 Extinción de la prenda

La prenda se extingue *a)* por *vía indirecta*, cuando se extingue el *crédito garantizado* con el bien pignorado; o bien, *b)* por *vía directa*, cuando desaparece el propio *derecho real de prenda*. Entre las causas que producen la extinción de la prenda de manera directa están las siguientes:

[47] Bonnecase ha calificado el derecho de retención como "una prenda especializada a favor de un crédito quirografario" (Rafael Rojina Villegas, *op. cit.*, pp. 699 y 700).



a) La *renuncia expresa* de la garantía prendaria por parte del acreedor prendario.

b) La *pérdida de la posesión* del bien pignorado, cuando dicho bien le ha sido entregado al acreedor prendario, siempre que la posesión se pierda por voluntad del propio acreedor o por su culpa. De hecho, la devolución de la prenda hace presumir la remisión del derecho de garantía, a menos que el acreedor demuestre lo contrario (art. 2212, CCDF). Esta es, por consiguiente, una presunción *juris tantum*.

c) La *destrucción o la pérdida* de la cosa pignorada. En este supuesto, el acreedor prendario tiene derecho a exigir del deudor principal otra prenda o el pago de la obligación, aun antes del plazo convenido, salvo que la destrucción o pérdida ocurra por culpa del propio acreedor. En opinión de Sánchez Medal, "estos mismos efectos deben reconocerse en el caso de extinción de la prenda por la evicción del bien objeto" de la misma.[48]

Por último, en el caso de que la prenda se haya extinguido por dación en pago, resurgirá si el pago queda sin efecto *a)* porque el bien dado en pago se pierda por culpa del deudor, si estuviera todavía en su poder; o bien, *b)* porque el acreedor sufra la evicción del referido bien (art. 2942, CCDF, por analogía). La anotación de la prenda en el Registro Público de la Propiedad que hubiera sido cancelada resurgirá también, pero solo desde la fecha de la nueva inscripción. El acreedor tendrá derecho a ser indemnizado por el deudor de los daños y perjuicios que se le hayan causado (art. 2943, CCDF, por analogía).

[48] *Cfr.* Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 492.

Autoevaluación

1. Defina el contrato de prenda.
2. ¿Por qué se señala que la prenda es un contrato real?
3. ¿En qué casos la prenda es un contrato oneroso?
4. Señale tres supuestos de prenda legal.
5. ¿En qué consiste la prenda tácita?
6. ¿Cuándo es mercantil el contrato de prenda?
7. Explique el supuesto en el que la persona que no es propietaria del bien, lo otorga en prenda con autorización del propietario.
8. ¿Qué se requiere para que el mandatario con facultades de dominio constituya prenda en garantía en favor de terceros?
9. ¿Qué se requiere para que quienes ejercen la patria potestad constituyan prenda sobre bienes pertenecientes a los menores?
10. ¿En qué casos se puede constituir prenda sobre bienes inmuebles?
11. ¿En qué consiste la prenda irregular?
12. Comente qué sucede con los frutos producidos por los bienes otorgados en prenda.
13. ¿Cómo se constituye la prenda sobre créditos?
14. Explique cómo se constituye la prenda.
15. ¿En qué consiste la prenda bursátil?
16. ¿En qué casos se debe inscribir la prenda en el Registro Público de la Propiedad?
17. ¿Qué se requiere para que la prenda surta efectos frente a terceros?
18. ¿En qué consiste el principio de indivisibilidad de la prenda?
19. ¿En qué consiste la conservación jurídica de los bienes dados en prenda?
20. ¿En qué casos se entiende que el acreedor prendario abusa del bien pignorado?
21. ¿En qué consiste el derecho de persecución que tiene el acreedor prendario respecto del bien pignorado?
22. ¿En qué consiste el derecho de venta del bien pignorado?
23. Explique cómo puede tener lugar la venta extrajudicial de la prenda.

Autoevaluación

24. ¿En qué consiste el derecho de preferencia que tiene el acreedor prendario?

25. ¿En qué consiste el derecho de retención de la prenda que corresponde al acreedor prendario?

26. Escriba tres casos de extinción de la prenda.

capítulo 17

Hipoteca

Propósitos

Al finalizar el capítulo, el alumno identificará con precisión los rasgos que caracterizan el contrato de *hipoteca*, sus diferencias con figuras afines, las modalidades que presenta en la práctica, su contenido obligacional, los efectos jurídicos que produce y la manera como termina.

17.1 Concepto

La hipoteca es el negocio jurídico por virtud del cual una persona denominada *deudor o garante hipotecario* –que puede ser el mismo *deudor principal* o un *tercero*– constituye en favor de otra persona, llamada *acreedor hipotecario*, un derecho real de hipoteca sobre un determinado bien que no se entrega al acreedor pero que le concede el derecho a ser pagado, en caso de incumplimiento de cierta obligación, con el precio de tal bien y en el grado de preferencia establecido por la ley respecto de otros acreedores.

Hemos definido la hipoteca como un *negocio jurídico*, porque puede tener su fuente en un *contrato* o un negocio unilateral (*declaración unilateral de voluntad* o testamento).[1]

El art. 2893 del *Código Civil para el Distrito Federal* (CCDF) señala que la hipoteca "es una garantía real constituida sobre bienes que no se entregan al acreedor, y que da derecho a éste, en caso de incumplimiento de la obligación garantizada a ser pagado con el valor de los bienes, en el grado de preferencia establecido por la ley".

Uno de los rasgos característicos de la hipoteca estriba en que no se priva de la posesión del bien a quien constituye esta clase de garantía. De hecho, esta fue una ventaja que introdujo la *hipoteca romana* respecto de la *hipoteca griega*, al admitir que la garantía quedara constituida aunque los bienes objeto de la misma estuvieran en poder del deudor hipotecario.[2]

[1] *Cfr.* Rafael Rojina Villegas, *Derecho civil mexicano*, t. IV, vol. II, 7ª ed., Porrúa, México, 2001, p. 497. En el mismo sentido, Ramón Sánchez Medal, *De los contratos civiles*, 25ª ed., Porrúa, México, 2013, p. 494.

[2] *Ibidem*, p. 376.

Este aspecto reviste particular relevancia al tratarse del crédito, porque el propietario del bien hipotecado puede seguir utilizándolo y obtener de este los beneficios que le puede proporcionar, sin afectar la garantía otorgada.

17.2 Antecedentes

Una de las primeras formas que adoptaron las garantías reales en el derecho romano fue la *fiducia cum creditore*, que consistía en transmitir al acreedor la propiedad de una cosa con fines de garantía; al mismo tiempo, se convenía que el acreedor no dispusiera de la cosa, la cual tenía que ser restituida al deudor una vez satisfecha la deuda. No obstante, el deudor corría el riesgo de que el acreedor dispusiera de la cosa en su perjuicio, si la transmitía o la gravaba en favor de una tercera persona.

Después apareció la *prenda* (*pignus*), constituida solo con la entrega de la posesión de la cosa al acreedor, pero sin que se le transmitiera la propiedad de la misma para establecer la garantía.

La desposesión de los bienes dados en prenda representaba un inconveniente, sobre todo en las relaciones entre el colono y el arrendador de un fundo rural. El colono no podía privarse de la propiedad ni de la posesión del ganado y sus utensilios agrícolas para dar seguridad al propietario. Por eso, se admitió que los bienes aportados al fundo por el colono (*invecta et illata*) quedaran afectos al pago del arrendamiento por una simple convención y sin que el colono se privara de la posesión de tales bienes.

Para que el arrendador obtuviera del colono la posesión de las cosas afectas al pago cuando este no se cubría, un pretor concedió el *interdicto salviano*. Después, el pretor Servio otorgó al arrendador una acción *in rem*, la *acción serviana*, por la cual, en defecto del pago a su vencimiento, el arrendador podía hacer valer contra el colono, y contra cualquier tercero detentador, un derecho real sobre las cosas sujetas al pago y obtener así la posesión de las mismas, a menos que el colono decidiera pagar la deuda.

Esta práctica se generalizó por los pretores a cualquier otra clase de crédito y, desde entonces, los deudores pudieron conceder una seguridad real a su acreedor, sin transmitir la propiedad ni abandonar la posesión de ninguno de sus bienes. Fue suficiente una simple convención para afectar uno o varios bienes al pago de la deuda y procurar al acreedor un derecho real, la *hipoteca*, a la que se le dotó de una acción *in rem*; en realidad es la *acción serviana* amplificada, a la que se le llamó *acción cuasi-serviana* o *actio hypothecaria*.

17.3 Clasificación

La hipoteca es un contrato de *garantía real*, por cuanto tiene por objeto bienes determinados y, en ese sentido, goza de la naturaleza jurídica de un *derecho real de garantía*.

Por lo general es un contrato *accesorio*; sin embargo, se califica como un contrato *principal* cuando se otorga para garantizar *obligaciones futuras* y *obligaciones sujetas a condición suspensiva*, supuestos en los cuales la hipoteca surge antes que el crédito que garantiza y, de esa manera, satisface la *función de garantía* que le es connatural.

Además, existen casos de *separación entre el crédito garantizado y la hipoteca* (Lozano) que han sido calificados como aparentes *excepciones al principio de accesoriedad* de la hipoteca (Rojina, Sánchez Medal), o como *alteraciones* (Mazeaud) al principio en cuestión; por ejemplo:

a) Cuando la hipoteca ha sido constituida por un tercero o el bien hipotecado se enajena a un tercero. En esos supuestos, el *deudor principal* y el *deudor hipotecario* son personas distintas: el primero tiene el *débito* (*schuld*) y el segundo, la *responsabilidad* (*haftung*).

b) En el caso de *novación* de la obligación garantizada, en que la hipoteca puede subsistir por medio de una *reserva expres*a del acreedor que evita la extinción de la garantía, la cual pasa a la nueva obligación (art. 2220, CCDF).

c) Cuando la *dación en pago* queda sin efecto porque el acreedor resiente la evicción del bien que se le dio en pago o este se pierde por culpa del deudor cuando todavía estaba en su poder (art. 2492, CCDF). En estos supuestos, la hipoteca extinguida *resurge* pero con efectos frente a terceros desde la fecha en que se inscribe de nuevo en el Registro Público de la Propiedad.[3]

Según Sánchez Medal, la hipoteca es un contrato que "se encuentra fuera de las clasificaciones ordinarias de unilateral o bilateral, dado que no engendra obligaciones, ni derechos de crédito, sino sólo da nacimiento a un derecho real".[4]

No obstante, nosotros creemos que es un contrato *unilateral*, ya que la hipoteca da lugar al *deber de garantía* que asume el deudor hipotecario frente al acreedor, quien tendrá el *derecho de pagarse* con el precio de la venta del bien hipotecado en caso de incumplirse el crédito garantizado. Incluso, cuando la hipoteca la otorga un tercero, nada obsta para que este reciba una contraprestación por parte del deudor principal, según lo hayan convenido; en este supuesto, la hipoteca será *bilateral* aunque *sinalagmática imperfecta*.

17.4 Diferencias con figuras afines

a) Diferencia entre la prenda y la hipoteca. La diferencia fundamental entre ambos tipos de garantía estriba en que la *hipoteca* recae principalmente sobre bienes inmuebles y, por

[3] Sánchez Medal reconoce como aparentes excepciones al carácter accesorio de la hipoteca los casos de dación en pago y de novación (*cfr.* Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 493).

[4] *Ibidem*, pp. 493 y 494.



excepción, también sobre bienes muebles; en cambio, la *prenda* solo tiene por objeto bienes muebles.

En concreto, la hipoteca de bienes muebles se distingue de la prenda en que, en la primera, los bienes no se entregan al acreedor, mientras que en la segunda la entrega se efectúa de manera real o jurídica.

En México, esta diferencia se ha diluido con la regulación (en el año 2000) de la *prenda sin transmisión de posesión*, cuyas particularidades consisten en la posibilidad de que el deudor prendario disponga de los bienes sobre los que recae, en el curso ordinario de su actividad preponderante, y en el *traslado* de la garantía a sus frutos y productos, a los bienes resultantes del proceso de transformación y a los bienes o derechos que el deudor prendario reciba o tenga derecho a recibir por la enajenación de los bienes pignorados, o como indemnización en caso de daños o destrucción.

Con independencia de ello, entre la prenda y la hipoteca existen muchas similitudes: *a)* son *derechos reales de garantía*; *b)* tienen por objeto bienes determinados y enajenables; *c)* confieren al acreedor las acciones persecutoria, de venta y de preferencia en el pago; *d)* las reglas generales para la hipoteca se aplican a la prenda; *e)* las limitaciones para hipotecar en cuanto a capacidad son iguales que las limitaciones para dar en prenda.[5]

b) Diferencia con la hipoteca de cédula y con la deuda inmobiliaria o deuda territorial del derecho alemán. En el derecho alemán se distingue entre la *hipoteca de cédula* y la *hipoteca de registro*. La primera se concede al acreedor con la entrega de la *carta hipotecaria* o *cédula* que expide la oficina del registro sobre la *hipoteca* (art. 1116-1, Código Civil de Alemania, o *Bürgerliches Gesetzbuch*, BGB), una vez que esta ha sido inscrita. En cambio, la *hipoteca de registro* se otorga cuando, por acuerdo entre el acreedor y el propietario del inmueble, se excluye la expedición de la *cédula hipotecaria* (art. 1116-2, BGB).

La *cédula hipotecaria* es un *documento público* y un *valor* que permite disponer del derecho incorporado en la misma, es un *título nominativo no endosable*, solo puede transmitirse mediante *cesión del crédito hipotecario* y tiene el carácter de *título de derecho real* y no de título de crédito.[6] El acreedor adquiere la hipoteca solo cuando el propietario le entrega la cédula hipotecaria o la recibe directamente de la oficina del registro, si quedó legitimado para ello (art. 1117, BGB).

A partir de la inscripción de la hipoteca y hasta la entrega al acreedor de la cédula hipotecaria, *la hipoteca corresponde al propietario*; esto es, se está en presencia de una *hipoteca de propietario* (art. 1163-2, BGB).

La *hipoteca de propietario* también surge: *a)* cuando no llega a darse el crédito para el cual la hipoteca ha sido constituida, supuesto en el cual *la hipoteca pertenece al propietario* (art.

[5] *Cfr.* Rafael Rojina Villegas, *op. cit.*, p. 452.

[6] *Cfr.* Ludwig Enneccerus, Theodor Kipp y Martín Wolff, *Tratado de derecho civil. Derecho de cosas*, t. III, vol. 2º, Bosch, Barcelona, 1971, pp. 287, 289 y 290.

1163-1, BGB); *b)* cuando el crédito se extingue (art. 1163-1, BGB), y *c)* cuando el acreedor renuncia a la hipoteca (art. 1168, BGB); en estos dos últimos casos, *el propietario adquiere la hipoteca*.

De acuerdo con Enneccerus, en los casos expuestos, el derecho del propietario es en realidad una *deuda inmobiliaria de propietario*, no una *hipoteca de propietario* porque carece de un crédito cuya garantía la hipoteca asegure. La *deuda inmobiliaria de propietario* surge desde el momento en que se inscribe la hipoteca.[7]

Al lado de la *hipoteca*, el derecho alemán regula una figura jurídica de rasgos similares, conocida como *deuda inmobiliaria* o *deuda territorial*, la cual consiste en un *gravamen no accesorio* que se establece sobre un inmueble para obtener una determinada cantidad de dinero.[8] En este sentido, "una finca puede ser gravada de forma que aquel a cuyo favor se constituye el gravamen se le debe pagar una [cantidad de dinero, los intereses y demás prestaciones accesorias] a costa de la finca" (art. 1191, BGB).

El rasgo que distingue la *hipoteca* de la *deuda inmobiliaria* es, precisamente, la *naturaleza accesoria* de la primera y el *carácter principal* o *no accesorio* de la segunda: esta "no presupone un crédito", pues puede establecerse sin que tenga como finalidad asegurar crédito alguno. Además, el propietario no queda obligado, sino solo facultado para pagar el importe de la deuda inmobiliaria después del vencimiento.[9]

> ***Ejemplo:*** El propietario de un inmueble, necesitado de dinero, puede "vender" por una determinada cantidad una *deuda inmobiliaria* sobre dicho bien. La persona que aporta el dinero no tiene el carácter de *acreditante* o prestamista, sino de adquirente a título oneroso de un derecho sobre el inmueble. Por su parte, el propietario no es deudor de la cantidad aportada, pero está facultado para evitar, mediante el pago de la misma y de los intereses correspondientes, que el bien se transforme en dinero por la vía de la ejecución forzosa.

La *deuda inmobiliaria* no es, propiamente, un derecho de garantía, pues "no presupone un crédito" (art. 1192-1, BGB). Se trata, más bien, de un *derecho abstracto de realización de valor* (Alfonso de Cossío y Corral), en razón de que se rompe cualquier vínculo entre el *derecho real* y la *relación personal*. De esta manera, el derecho real adquiere *carácter abstracto*, incluso en el caso de que la deuda inmobiliaria se presente ligada a un crédito, al cual garantice.[10]

La deuda inmobiliaria puede constituirse de modo tal que se expida una *carta de deuda territorial al portador*, la cual quedará sujeta a las disposiciones que rigen las obligaciones al portador (art. 1195, BGB).

[7] *Ibidem*, pp. 209, 277, 310 y 311.

[8] *Ibidem*, p. 197.

[9] *Ibidem*, pp. 374 y 376.

[10] *Cfr.* Rafael Rojina Villegas, *op. cit.*, pp. 435 y 436.

Una especie de la deuda inmobiliaria es la *deuda de renta*. Esta consiste en el *gravamen no accesorio* de un inmueble con una renta en dinero: en plazos periódicos se ha de pagar sobre el inmueble una determinada cantidad de dinero. En este caso, tampoco se impone al propietario el deber de pagar la deuda de renta y solo a él le corresponde el *derecho a redimirla*, sin que pueda ser atribuido al titular de la renta.[11]

17.5 Tipos de hipoteca. La hipoteca voluntaria y la necesaria

La *hipoteca voluntaria* es aquella que se constituye por voluntad del propietario del bien sobre el que recae la garantía, sin que ninguna disposición legal imponga la obligación de otorgarla.

Así, se considera *hipoteca voluntaria* la que es impuesta por disposición del propietario de los bienes sobre los cuales recae el citado gravamen, mediante *declaración unilateral de voluntad* o *testamento*. El testador puede constituir, por un legado, hipoteca sobre un bien de su propiedad para garantizar una deuda propia o ajena.[12] De este modo, estaría mejorando la condición del acreedor, convirtiendo el crédito simple en un crédito con hipoteca, solo que la hipoteca así constituida no podría perjudicar de ningún modo los privilegios de los demás acreedores (art. 1448, CCDF).

Asimismo, el testador puede imponer al heredero o legatario de un cierto bien de la sucesión la obligación de hipotecarlo para garantizar un *legado de pensión* estipulado en el testamento en favor de otro legatario.

En términos generales, el testador puede dar nacimiento al crédito y a la hipoteca cuando impone a un determinado heredero una prestación en favor del legatario, la cual queda garantizada con hipoteca. De esta manera, el legatario deviene acreedor en un crédito creado en su favor por testamento; incluso, el heredero o el legatario a quienes el testador gravó con el legado podrían ser deudores del legatario, "cuando el legado no implique la transmisión de la propiedad de bienes determinados, sino simplemente se refiera a prestaciones de hechos, bienes fungibles o dinero".[13]

Por lo contrario, se conoce como *hipoteca necesaria* la que se otorga para cumplir con una *obligación de garantía* impuesta por alguna disposición legal a ciertas personas para asegurar la correcta administración de los bienes que tienen bajo su cuidado o para garantizar los créditos de determinados acreedores (art. 2931, CCDF).

En el caso de que la persona obligada a otorgar hipoteca necesaria omita constituirla, el eventual acreedor podrá solicitar al juez que la constituya sobre los bienes de aquella, en

[11] *Cfr.* Ludwig Enneccerus, Theodor Kipp y Martín Wolff, *op. cit.*, pp. 386 y 387.

[12] *Cfr.* Rafael Rojina Villegas, *op. cit.*, p. 531.

[13] *Idem.*

sustitución del obligado, lo que hará en ejecución de la sentencia que al efecto emita (art. 517, *Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal*, CPCDF). A esta hipoteca se le conoce como *hipoteca judicial*.[14]

De igual manera, se ha considerado *hipoteca judicial* la anotación preventiva de la demanda sobre un bien inmueble sujeto a litigio.[15]

17.6 Las partes contratantes en la hipoteca

Solo puede hipotecar el que puede enajenar (art. 2906, primera parte, CCDF) y solo puede enajenar quien tenga la propiedad de los bienes o la titularidad de los derechos reales objeto de la enajenación. Al respecto, se ha sostenido que "la hipoteca supone una enajenación parcial".[16] En tal virtud, para hipotecar se requiere estar *legitimado*: ser el propietario del bien o el titular del derecho real que habrá de hipotecarse.

No obstante, existen supuestos en los cuales una persona que es en apariencia propietaria de un inmueble constituye hipoteca sobre este, pero con posterioridad es privada de la propiedad del bien que hipotecó. Se trata del caso del *propietario aparente* y del *heredero aparente*, que se inscriben dentro de la *teoría de la apariencia jurídica*, la cual sostiene la eficacia plena de la hipoteca respecto del acreedor hipotecario que ha adquirido, como *tercero de buena fe*, un derecho real de garantía sobre un cierto inmueble. Se trata de proteger a los terceros de buena fe que han reposado en la *eficacia aparente* de un determinado hecho. Esto sucede en los referidos casos:

a) La hipoteca constituida por el *propietario aparente* que aparece inscrito en el Registro Público de la Propiedad como propietario del inmueble dado en garantía es válida, aunque después se anule el negocio jurídico por virtud del cual adquirió la propiedad del inmueble en cuestión.[17]

b) La hipoteca otorgada por el *heredero aparente* sobre un inmueble que le ha sido adjudicado es válida, aun cuando se declare con posterioridad su incapacidad para heredar.[18]

[14] *Cfr.* Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 496.

[15] Se ha señalado que la anotación preventiva de la demanda equivale a la hipoteca judicial de la Ley Hipotecaria Española, porque se exige que se garanticen los daños y perjuicios causados con la inscripción (Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, pp. 496, 500).

[16] *Cfr.* Rafael Rojina Villegas, *op. cit.*, p. 523.

[17] Según el art. 3009 del CCDF, el Registro protege los derechos adquiridos por tercero de buena fe, una vez inscritos, aunque después se anule o resuelva el derecho del otorgante, excepto cuando la causa de la nulidad resulte claramente del mismo registro. Lo dispuesto en este artículo no se aplicará a los contratos gratuitos, ni a actos o contratos que se ejecuten u otorguen violando la ley.

[18] **Artículo 1343 (CCDF):** "Si el que entró en posesión de la herencia y la pierde después por incapacidad, hubiere enajenado o gravado todo o parte de los bienes antes de ser emplazado en el juicio en que se discuta su incapacidad, y aquel con quien contrató hubiere tenido buena fe, el contrato subsistirá; mas el heredero incapaz estará obligado a indemnizar al legítimo de todos los daños y perjuicios."



Nadie puede hipotecar sino lo que es de su propiedad (art. 2269, CCDF, por analogía). No obstante, la doctrina mexicana[19] ha considerado que la *hipoteca de cosa ajena* debe recibir el mismo tratamiento que la venta de cosa ajena; esto es: en principio, la hipoteca sería nula; sin embargo, si el constituyente de la hipoteca adquiere la propiedad del bien hipotecado con posterioridad, la hipoteca se convalida (art. 2270, CCDF, por analogía).

Quien ejerce la *patria potestad* requiere *autorización judicial* para gravar los bienes inmuebles y los muebles preciosos pertenecientes al menor, la cual solo se concederá por causa de absoluta necesidad o evidente beneficio para el menor (art. 436, CCDF).

El *tutor* también necesita *autorización judicial* para gravar los bienes inmuebles, los derechos anexos a estos y los muebles preciosos propiedad del menor o del discapaz, la que podrá solicitar cuando haya absoluta necesidad o evidente utilidad para el menor o el discapaz, lo cual habrá de justificar. El tutor requiere, además, la previa conformidad del curador (art. 561, CCDF).

La hipoteca o gravamen de los bienes que pertenecen al discapaz como copropietario, se deben valuar para establecer con precisión su valor y la parte que corresponda al discapaz. El juez habrá de resolver si conviene dividir materialmente los referidos bienes para que el discapaz reciba su porción en plena propiedad; o bien, si es conveniente la hipoteca o gravamen, supuesto en el cual fijará las condiciones y seguridades con que estos habrán de constituirse (art. 564, CCDF).

El *menor emancipado* necesita *autorización judicial* para hipotecar o gravar los bienes raíces (art. 643, fracc. I, CCDF).

Es preciso señalar que la hipoteca puede constituirse por el mismo *deudor principal* o un *tercero*, a quienes se les denomina *deudores hipotecarios*.

Cuando es un tercero quien otorga la hipoteca, este responde del crédito garantizado hasta el límite del valor del bien hipotecado. Esta es una *obligación propter rem* de la cual el tercero puede liberarse por medio del *abandono* o la *enajenación* del bien hipotecado.[20]

En la relación obligatoria se distinguen dos elementos: el *débito* (*schuld*) y la *responsabilidad* (*haftung*). El primero es el *deber de prestación* que, en el caso de un crédito con garantía hipotecaria, solo le corresponde al deudor principal; en cambio, el segundo se presenta cuando el deudor principal incumple el deber de prestación y, por tanto, surge a su cargo –pero también a cargo del tercero que es garante hipotecario– el *deber de indemnizar* los daños causados por el incumplimiento.

El tercero no tiene el *débito*, sino solo la *responsabilidad*. Lo mismo ocurre cuando la hipoteca ha sido constituida por el deudor principal, pero enajena el bien hipotecado a un tercero.

[19] *Cfr.* Rafael Rojina Villegas, *op. cit.*, p. 524.

[20] *Cfr.* Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 497.

Las *obligaciones propter rem* son *obligaciones ambulatorias*; esto es, por ser consustanciales a los derechos reales, se trasladan o desplazan con el bien sobre el cual recaen tales derechos. De ahí que la acción hipotecaria se dirija "contra el poseedor a título de dueño del predio hipotecado".[21]

El *tercero* que paga al acreedor hipotecario tiene dos acciones en contra del deudor principal: la *acción de reembolso* (arts. 2828 y 2829, CCDF) y la *acción subrogatoria* (arts. 2058, fracc. IV, y 2830, CCDF).

En el caso de que el donatario haya hipotecado el bien que adquirió por donación, la hipoteca subsistirá aunque la referida donación llegara a revocarse por superveniencia de hijos o ingratitud. Sin embargo, el donante podrá exigir al donatario que redima la hipoteca (art. 2363, CCDF).[22]

El deudor hipotecario tiene prohibido arrendar el bien hipotecado o pactar el pago anticipado de rentas por un plazo mayor que el de la hipoteca, sin el consentimiento del acreedor hipotecario. Si la hipoteca no tiene plazo cierto, no podrá arrendarse ni estipularse anticipo de rentas por más de un año si se trata de finca rústica, ni por más de dos meses si se trata de finca urbana. Esos acuerdos serán nulos en la parte que exceda los señalados plazos (art. 2914, CCDF).

Esta prohibición no constituye una obligación de no hacer que derive de la hipoteca misma, sino que se trata de una limitación legal al ejercicio del derecho de propiedad, que tiene como finalidad "evitar que se convierta en nugatoria la garantía real del acreedor hipotecario, impidiéndole realizar el valor de la cosa y obtener con su producto el pago preferente de su crédito, pues una cosa rentada a plazos largos o con anticipos de renta, haría que no se presentaran interesados en adquirir al momento del remate la finca hipotecada o que fueran muy bajas las posturas que ofrecieran los postores".[23]

En una razón similar se sustenta la posibilidad de que se declare la terminación del arrendamiento cuando se ha celebrado dentro de los 60 días anteriores al embargo del inmueble hipotecado, si este se enajena después en remate judicial, al ejecutarse la hipoteca (art. 2495, CCDF).[24]

17.7 El objeto de la hipoteca

La hipoteca recae sobre dos distintos objetos: el *bien que se hipoteca* y el *crédito que garantiza* la hipoteca.

[21] *Idem.*

[22] *Cfr.* Rafael Rojina Villegas, *op. cit.*, p. 527.

[23] Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 494.

[24] *Idem.*

17.7.1 Los bienes hipotecables

Solo "pueden ser hipotecados los bienes que pueden ser enajenados" (art. 2906, CCDF). En términos generales, la hipoteca recae sobre *bienes inmuebles* o sobre cierta clase de *bienes muebles*. Esta fue una innovación del Código Civil de 1928, pues en los códigos civiles de 1870 y 1884 (art. 1823), la hipoteca debía referirse solo a inmuebles o derechos reales sobre inmuebles.[25] En realidad, como apunta Lozano, esta modificación no tuvo como finalidad permitir que cualquier bien mueble pudiera ser hipotecado, sino que se pretendió adecuar la definición de hipoteca a las situaciones excepcionales que se presentaban de hipoteca sobre esa clase de bienes, como las *embarcaciones*, los *ferrocarriles* y las *empresas*, que se admitían durante la vigencia del Código Civil de 1884.[26]

La *hipoteca civil* solo tiene por objeto bienes inmuebles o derechos reales sobre inmuebles.[27] De hecho, los *muebles adheridos* de manera permanente a los inmuebles (para su adorno o comodidad, o para el servicio de alguna industria) solo pueden hipotecarse junto con estos últimos (arts. 2898, fracc. II, y 750, fraccs. III a VIII, CCDF). En el supuesto de que los bienes muebles (que se hayan considerado inmuebles por incorporación o destino) fueran separados del inmueble por su propietario, no recobrarán su carácter de muebles[28] cuando el valor de tales bienes haya sido computado en el valor del inmueble "para constituir algún derecho real a favor de un tercero" (art. 751, CCDF).

En este sentido, los bienes muebles inmovilizados quedan afectados a la hipoteca, aunque el dueño los separe del inmueble y los transmita a tercero de buena fe –es decir, aquel que desconoce que los bienes eran materia de hipoteca–, con lo cual desaparece el riesgo que podría existir por el referido acto de disposición.[29, 30]

De igual manera, los *frutos y rentas de un inmueble* son susceptibles de hipotecarse en conjunto con el mismo bien que los produce, para lo cual se requiere pacto expreso (art. 2898, fracc. I, CCDF).[31]

En virtud de lo señalado, los bienes *muebles adheridos* a los inmuebles, así como los *frutos y rentas* de los inmuebles, no pueden ser hipotecados por separado de los inmuebles.

La *hipoteca mercantil* sí puede constituirse sobre muebles, como ocurre con la *hipoteca marítima* (buques), la *hipoteca aérea* (aeronaves) o la *hipoteca sobre una negociación comercial*.

[25] *Cfr.* Rafael Rojina Villegas, *op. cit.*, pp. 422, 448-450.

[26] *Cfr.* Francisco Lozano Noriega, *Cuarto curso de derecho civil. Contratos*, 6ª ed., Asociación Nacional del Notariado Mexicano, México, 2001, pp. 415 y 416.

[27] *Cfr.* Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 499 y 500.

[28] *Cfr.* Rafael Rojina Villegas, *op. cit.*, p. 377.

[29] *Ibidem*, pp. 377 y 378.

[30] De acuerdo con Lozano, los bienes muebles adheridos a un inmueble "una vez separados pierden su calidad legal de inmuebles, recobran su naturaleza de bienes muebles y como tales no pueden servir de hipoteca ni ser objeto de la acción hipotecaria", opinión con la cual no está de acuerdo Borja Soriano (Rafael Rojina Villegas, *op. cit.*, p. 378).

[31] *Ibidem*, pp. 397 y 450.

Se conoce como *asiento de la hipoteca* lo que comprende la hipoteca misma;[32] esto es, todo aquello a lo que se extiende la garantía otorgada, sin requerir para ello pacto expreso.

En este sentido, la hipoteca abarca: *a)* las accesiones naturales del bien hipotecado; *b)* las mejoras hechas por el propietario en los bienes gravados; *c)* los objetos muebles incorporados a la finca de manera permanente por el propietario y que no puedan separarse sin menoscabo de esta o deterioro de esos objetos; *d)* los nuevos edificios que el propietario construya sobre el terreno hipotecado, así como los nuevos pisos que levante sobre los edificios hipotecados (art. 2896, CCDF).

Los *frutos industriales* de los bienes inmuebles producidos antes de que el acreedor exija el pago de su crédito (art. 2897, fracc. I, CCDF), así como las rentas vencidas y no satisfechas al momento de exigirse el cumplimiento de la obligación garantizada (art. 2897, fracc. II, CCDF), quedan excluidos de la hipoteca, a menos que se pacte lo contrario.

Los *frutos* del bien hipotecado (sean naturales, civiles o industriales) que se produzcan hasta antes de hacerse exigible la obligación garantizada no quedan incluidos en la hipoteca, sino que puede disponer de ellos libremente el constituyente de la hipoteca, salvo convenio en contrario (art. 2897, CCDF); pero los que se produzcan después de hacer exigible la deuda y promover el juicio hipotecario quedan comprendidos en la hipoteca porque el deudor, a partir del emplazamiento, se constituye por ley en depositario judicial de la finca y de sus frutos (arts. 481 y 482, CPCDF).[33]

En el caso de que el bien hipotecado haya sido asegurado y se destruya, la hipoteca subsistirá sobre los restos del inmueble y, además, el importe de la indemnización quedará afecto al pago. Si el crédito fuere de plazo cumplido, el acreedor hipotecario podrá pedir la retención del importe del seguro y, si no fuere de plazo cumplido, podrá pedir que se imponga a su satisfacción para que se verifique el pago al vencimiento del plazo (art. 2910, CCDF).

Lo mismo debe realizarse con el precio obtenido en el caso de expropiación (ocupación por causa de utilidad pública) o remate en subasta pública (venta judicial) (art. 2910, última parte, CCDF). En particular, si se trata de remate judicial, el acreedor podrá pedir al juez que retenga el precio de la venta si el plazo del crédito ha vencido; o bien, que imponga dicho precio a su satisfacción para que se realice el pago al vencerse el plazo.

De acuerdo con Sánchez Medal, en estos casos –bien asegurado que perece, bien que se expropia o se vende en subasta pública– ocurre una *subrogación real* por virtud de la cual se sustituye el bien hipotecado por una cantidad de dinero, porque en tales supuestos el valor del bien hipotecado garantiza la obligación.[34]

Los bienes ya hipotecados pueden volverse a hipotecar, aunque se hubiera pactado lo contrario, porque "el pacto de no volver a hipotecar es nulo" (art. 2901, CCDF). Cuando se han

[32] *Cfr.* Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 500.

[33] *Ibidem*, p. 501.

[34] *Idem*.

constituido varias hipotecas sobre un mismo bien en garantía de distintos créditos, la preferencia en el pago entre los diversos acreedores hipotecarios se determina en atención a la fecha de presentación de los créditos para su inscripción en el Registro Público de la Propiedad. Para tal efecto, se forma un *concurso especial* entre los acreedores (arts. 2982 y 2983, CCDF).

Los *bienes que no pueden hipotecarse* porque no pueden enajenarse son los siguientes:

a) El *derecho real de uso* o *de habitación* (arts. 1049, 1050, 1051 y 2898, fracc. V, CCDF), en razón de que se trata de derechos reales *personalísimos* y, por tanto, *inalienables*. Y es que la hipoteca comporta la eventual enajenación de los bienes sobre los que recae, en caso de incumplimiento del crédito garantizado; pero en este caso, esa clase de derechos no se puede enajenar.[35]

b) El *derecho de usufructo*, que corresponde a quienes ejercen la *patria potestad*, respecto de 50% de los bienes que el hijo haya adquirido por causa distinta de su trabajo (arts. 430 y 2898, fracc. IV, CCDF).

Esto significa que la hipoteca puede constituirse sobre otra clase de usufructo establecido en favor de quienes ejercen la patria potestad. No obstante, para que la hipoteca comprenda también los frutos por ser bienes muebles, se requiere pacto expreso.[36]

La referida prohibición se justifica en razón de que "el usufructo concedido a los que ejercen la patria potestad tiene por objeto que se pueda educar y alimentar convenientemente al menor". Por consiguiente, "si se admitiese la hipoteca, el acreedor podría en caso de incumplimiento, rematar dicho usufructo y privar así a los que ejerzan la patria potestad de los medios económicos necesarios para el sustento y educación de los que están sometidos a la misma".[37]

c) Los *bienes futuros*, entendidos como aquellos que "el deudor espera adquirir en el futuro, por donación, por herencia o por otra causa, pero sobre los que de momento no tiene ningún derecho ni siquiera condicional".[38] Además, la hipoteca comportaría un pacto sobre la sucesión futura, el cual está prohibido.[39]

Como quedó señalado, los *bienes inmuebles* y algunos *bienes muebles* son susceptibles de ser hipotecados. Asimismo, casi todos los *derechos reales sobre inmuebles* pueden afectarse a esa clase de garantía (arts. 2903 y 2905, CCDF). Al respecto, analizaremos la hipoteca constituida sobre algunos bienes:

[35] *Cfr.* Rafael Rojina Villegas, *op. cit.*, p. 451.

[36] *Idem*.

[37] *Ibidem*, p. 398.

[38] Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 499.

[39] *Cfr.* Henri Mazeaud, León Mazeaud y Jean Mazeaud, *Derecho civil*, parte III, vol. I, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1986, p. 352.

17.7.1.1 Hipoteca de inmueble sujeto a propiedad condicional

El eventual propietario de un bien inmueble cuyo derecho de propiedad está supeditado a una *condición suspensiva* (art. 2905, CCDF) puede hipotecar el referido bien, aunque todavía no sea el propietario del mismo, solo que la hipoteca en cuestión quedará sujeta a esa misma condición y, por tanto, producirá sus efectos plenos hasta que se cumpla y el propietario adquiera en efecto la propiedad del inmueble. En este supuesto, los efectos de la hipoteca se retrotraerán a la fecha de su constitución, en razón de que los efectos del hecho condicional se retrotraen a la fecha de la adquisición.[40]

En cambio, si el derecho de propiedad depende de una *condición resolutoria* (arts. 2905 y 2922, CCDF), la hipoteca que se constituya sobre el bien inmueble se extinguirá en caso de cumplirse la condición porque el constituyente de la hipoteca deja de ser propietario del inmueble hipotecado, de manera retroactiva, desde la fecha en que lo adquirió (arts. 2922, 2923 y 2924, CCDF).[41]

En ambos casos, el constituyente de la hipoteca habrá de declarar en el contrato la naturaleza condicional o limitada de su derecho de propiedad (art. 2905, CCDF).

Cuando la condición se cumpla, habrá de hacerse constar en *escritura pública* e inscribirse en el Registro Público de la Propiedad para que produzca efectos frente a terceros. Sin embargo, las partes también pueden solicitar al referido registro que realice la anotación correspondiente, para lo cual habrán de expresar con claridad los hechos en que se sustenta la petición. Si alguno de los interesados se niega a firmar la solicitud, el otro interesado debe acudir a la autoridad judicial para que dicte la resolución que corresponda en el procedimiento respectivo (art. 2294, CCDF).

17.7.1.2 Hipoteca de inmueble en copropiedad

Cuando se trata de un inmueble en copropiedad, se debe distinguir la hipoteca constituida sobre el inmueble en sí mismo considerado de la hipoteca otorgada respecto de la parte alícuota que pertenece a uno de los copropietarios.

El inmueble en copropiedad solo puede hipotecarse con el consentimiento de todos los copropietarios (art. 2902, primera parte, CCDF). En cambio, la porción indivisa que corresponde al copropietario puede ser hipotecada por este sin consentimiento de los demás copropietarios y, en caso de que se divida el bien, la hipoteca recaerá sobre la parte correspondiente al copropietario que hipotecó su porción (art. 2902, segunda parte, CCDF).

El hecho de que se hipoteque una parte alícuota de un bien en copropiedad de ninguna manera significa que haya *indeterminación* respecto del objeto de la garantía, dado que dicha parte alícuota se representa en términos de una proporción matemática que corresponde a los copropietarios sobre el bien. Esta es, de suyo, una manera de determinar la participación

[40] *Cfr.* Rafael Rojina Villegas, *op. cit.*, p. 528.

[41] *Idem.*

de cada condueño en la propiedad común del bien de que se trata, con independencia de que este se divida con posterioridad a la constitución de la hipoteca.

El acreedor hipotecario tiene el derecho de intervenir en la división, para evitar que se le adjudique al deudor hipotecario una porción del inmueble que represente un valor inferior al que debiera corresponderle, pues de este modo el referido acreedor resultaría afectado (art. 2902, última parte, CCDF).

Es preciso tener presente que, en caso de ejecución de la hipoteca constituida sobre una parte alícuota del inmueble, se habrá de conceder a los demás copropietarios el derecho del tanto.

17.7.1.3 Hipoteca de bienes litigiosos

Es posible hipotecar bienes inmuebles sujetos a controversia. Para ello, con la finalidad de proteger al acreedor y evitar que sea defraudado, es menester informarle que se encuentra en litigio el bien hipotecado. En principio, será suficiente que la demanda origen del litigio haya sido inscrita preventivamente en el Registro Público de la Propiedad, antes de la constitución de la hipoteca (art. 3043, fracc. I, CCDF); o bien, que se haga constar la existencia del litigio pendiente al otorgarse la hipoteca. En todo caso, la hipoteca quedará pendiente de la resolución del pleito (art. 2898, fracc. VI, CCDF).

En el supuesto de que la demanda no haya sido inscrita en el registro y tampoco se haya dado a conocer al acreedor hipotecario la existencia del litigio sobre el bien hipotecado, esa circunstancia será suficiente para que la hipoteca surta sus efectos plenos, si ha sido anotada en el registro en cuestión, por ser el acreedor hipotecario un *tercero adquirente de buena fe* de un derecho real de hipoteca sobre el inmueble, porque la existencia del litigio sobre este le será inoponible.[42]

17.7.1.4 Hipoteca de derechos reales sobre inmuebles

La hipoteca puede constituirse sobre *derechos reales inmuebles*, con excepción del derecho de uso, habitación y servidumbre; en este último caso, la servidumbre puede hipotecarse junto con el predio dominante. La hipoteca durará mientras los derechos reales subsistan; sin embargo, si se extinguen por culpa de quien los disfrutaba, este tendrá la obligación de constituir una nueva hipoteca a satisfacción del acreedor o, en caso contrario, pagará todos los daños y perjuicios que cause (art. 2903, primera parte, CCDF).

En opinión de Rafael Rojina Villegas, los derechos reales sobre muebles son susceptibles de hipotecarse.[43]

a) Hipoteca de inmueble en usufructo. En el caso de un inmueble sobre el cual se ha constituido usufructo, la hipoteca puede otorgarse sobre todo el inmueble, supuesto en el cual

[42] *Cfr.* Francisco Lozano Noriega, *op. cit.*, p. 419.

[43] *Cfr.* Rafael Rojina Villegas, *op. cit.*, p. 424.

habrán de concurrir el nudo propietario y el usufructuario, o solo sobre la *nuda propiedad* o sobre el *usufructo*.

La *nuda propiedad* o dominio directo sobre el inmueble puede ser objeto de hipoteca. No obstante, en caso de que el usufructo llegue a *consolidarse* con la nuda propiedad, la hipoteca solo se extenderá a dicho usufructo si así se pactó de manera expresa (art. 2900, CCDF).

La consolidación consiste en la reunión de las calidades de nudo propietario y usufructuario en una misma persona, lo que supone que el nudo propietario ha adquirido el usufructo o a la inversa: que el usufructuario ha adquirido la nuda propiedad. En el caso que se analiza, se trata de la primera hipótesis: *el nudo propietario adquiere el usufructo* (art. 2900, CCDF).

La nuda propiedad se hipoteca porque el usufructo pertenece a otra persona. Rojina Villegas ha entendido que la intención del nudo propietario al hipotecar el dominio directo que le corresponde sobre el bien ha sido afectar solo esa parte del bien y no la totalidad, incluso para el supuesto de consolidación del usufructo en la nuda propiedad, con independencia de que el nudo propietario habría estado imposibilitado de afectar todo el bien, dado que para eso requería la concurrencia del usufructuario.[44]

Una cuestión diferente ocurre en la segunda hipótesis de la consolidación del usufructo: *el usufructuario adquiere la nuda propiedad*. En esta situación, la nuda propiedad pasa al usufructuario con la hipoteca; sin embargo, es evidente que el gravamen no puede extenderse al usufructo, pues solo se hipotecó la nuda propiedad y el usufructuario no debe sufrir las consecuencias de un pacto en el que no participó.[45]

Con todo, la hipoteca de la nuda propiedad no representa en realidad una utilidad económica relevante, dado que resultará difícil encontrar a un tercero interesado en adquirir el referido derecho, en especial porque el mismo no le permitirá disfrutar el bien ni los frutos producidos mientras perdure el usufructo, más aún si es un *usufructo vitalicio* o ha sido constituido por un largo plazo. El número de eventuales interesados en la nuda propiedad se reduce sustancialmente: el usufructuario, algún tercero que estuviera en condiciones de adquirir al mismo tiempo el usufructo o el mismo acreedor que aceptó la garantía sobre la nuda propiedad, porque no tuvo otra opción para cobrar la deuda.

Asimismo, el *usufructo sobre inmuebles* también es susceptible de hipotecarse. Por regla general, cuando se constituye hipoteca sobre el usufructo, la subsistencia de esta queda supeditada a la subsistencia del usufructo, de tal manera que si este se extingue por cualquier causa, la hipoteca correrá igual suerte. De este modo, la muerte del usufructuario causará la extinción de la hipoteca; lo mismo ocurrirá al vencerse el plazo o cumplirse la condición resolutoria a la que quedó sujeto el usufructo temporal.

[44] Rojina señala, además, que "tampoco es seguro que [el nudo propietario] quiera beneficiar graciosamente al acreedor" (Rafael Rojina Villegas, *op. cit.*, p. 399).

[45] *Ibidem*, p. 400.

No obstante, en el supuesto de que el usufructo se extinguiera por voluntad del usufructuario –por renuncia o abandono–, la hipoteca no se verá afectada por esa causa, sino que, para proteger al acreedor hipotecario, subsistirá por el tiempo que el usufructo había sido constituido, como si todavía subsistiera (arts. 2903, segunda parte, y 1038, fracc. IV, CCDF).

> ***Ejemplo:*** *A* tiene el usufructo temporal de un predio rústico por un plazo de 15 años. Para garantizar una deuda que tiene en favor de *B*, *A* otorga hipoteca sobre el citado usufructo. Si *A* renuncia al usufructo cuando solo han transcurrido cinco años del plazo del usufructo, aun así la hipoteca perdurará los 15 años que se fijaron para el usufructo.

Es preciso señalar que, para extender la hipoteca sobre el usufructo a la nuda propiedad en el caso de consolidación, se requiere pacto expreso sobre el particular.

Asimismo, un punto que ha sido analizado por la doctrina es el relativo a la posibilidad de hipotecar el usufructo cuando aún no ha sido separado de la nuda propiedad; esto es, cuando el derecho de propiedad todavía permanece íntegro, pero el propietario del inmueble quiere garantizar el crédito solo con el usufructo.

En México, la hipoteca sobre derechos reales supone que ha habido un desmembramiento de la propiedad, de tal manera que los derechos reales ya han sido constituidos por el propietario de los bienes sobre los que recaen tales derechos. En consecuencia, resulta imposible que "el propietario pueda él sólo desmembrar su propiedad, para gravar una parte de su derecho".[46]

En materia agraria, el art. 46 de la *Ley Agraria* prevé el *usufructo en garantía* sobre las *tierras de uso común* (constituido por el núcleo de población, por resolución de la asamblea) y sobre las *tierras parceladas* (constituido por los ejidatarios en lo individual), el cual solo se puede otorgar en favor de instituciones de crédito o de aquellas personas con quienes tengan relaciones de asociación o comerciales. En caso de incumplimiento de la obligación garantizada, el acreedor, por resolución del tribunal agrario, puede hacer efectiva la garantía de las tierras hasta por el plazo pactado, a cuyo vencimiento volverá el usufructo al núcleo de población ejidal o al ejidatario, según sea el caso.

b) Hipoteca sobre construcción. El derecho de superficie. La hipoteca constituida sobre una construcción edificada en terreno ajeno no se extiende al terreno mismo (art. 2899, CCDF). Para que la hipoteca comprenda también el terreno sería indispensable que el propietario de este constituya hipoteca sobre el mismo.

Esta regla no aplica, sin embargo, cuando el terreno sobre el cual se asienta la construcción también pertenece al propietario de esta, supuesto en el cual la hipoteca sobre la construcción se entenderá constituida sobre el terreno.[47]

[46] Rafael Rojina Villegas, *op. cit.*, p. 397.

[47] *Cfr.* Francisco Lozano Noriega, *op. cit.*, p. 420.

El *derecho de superficie* se originaba en el derecho romano cuando el propietario de un terreno otorgaba a un tercero, en forma temporal o a perpetuidad, el derecho de usar las construcciones levantadas sobre el terreno mediante el pago de una contraprestación conocida como *solarium*.[48]

En México, el *derecho de superficie* está previsto en algunas entidades federativas (Jalisco, Puebla, Sonora) como un derecho real inmueble y es susceptible de hipotecarse. En Jalisco –por ejemplo–, el art. 1213 del Código Civil señala que el "derecho real de superficie faculta a su titular a sembrar, plantar o edificar sobre parte o la totalidad del terreno ajeno o construir por debajo de éste, sin que en ningún caso y mientras subsista tal derecho puedan confundirse ambas propiedades, ya que el terreno seguirá perteneciendo al dueño de éste, y la de lo sembrado, plantado o edificado será del superficiario".

La hipoteca sobre una construcción en terreno ajeno es, sin duda, una manifestación del *derecho de superficie*. Incluso, Rojina Villegas considera que es el derecho de superficie el que se hipoteca en realidad.[49]

Aun cuando el derecho de superficie no está previsto de manera expresa en la legislación federal ni en la legislación de la mayoría de las entidades federativas, en México, ese derecho se origina cuando alguien construye de *buena fe* en terreno ajeno.[50] En este caso, el dueño del terreno en que se edifique de buena fe puede optar por hacer suya la obra, previa indemnización que efectúe a quien ha realizado la construcción; o bien, obligar al que edificó a pagarle el precio del terreno. No obstante, si el dueño de este ha procedido de mala fe, solo tendrá derecho a que se le pague el precio del terreno (arts. 900 a 905 y 897, CCDF).

En opinión de Rojina Villegas, el derecho de superficie surge cuando el propietario del terreno no quiere ejercer el derecho de adquirir la construcción, ni tampoco desea exigir a quien edificó que le compre el terreno.[51] Nos parece que para ello será necesario, además, que quien edificó tampoco esté en condiciones de adquirir el terreno.[52]

Las disposiciones citadas (arts. 900 a 905 y 897, CCDF) son la base para reconocer la eficacia plena de los contratos que en la práctica se celebran y por los cuales el propietario de un terreno autoriza a otro a construir sobre ese terreno, con la finalidad de vender el inmueble

[48] Rafael Rojina Villegas, *op. cit.*, p. 410.

[49] *Ibidem*, p. 411.

[50] *Idem*. De acuerdo con Rojina, el derecho de superficie no se origina cuando el que construye en terreno ajeno lo hace de mala fe.

[51] Según Rojina, "si el propietario del predio exigiese al constructor el pago del [terreno], puede también originarse el derecho de superficie, en la hipótesis de que el que edificó no esté en condiciones de adquirir el predio" (Rafael Rojina Villegas, *op. cit.*, pp. 411, 530). Consideramos que en tal situación en realidad no se daría el derecho de superficie, dado que el propietario del terreno tiene la posibilidad de embargar bienes de quien construyó, en ejecución de sentencia, para pagar con el valor de tales bienes el precio de su terreno. Nos parece que el propietario también podría reclamar la venta de la totalidad del bien inmueble (terreno y construcción) para resolver la situación.

[52] Creemos que la persona que construyó podría tomar la iniciativa de exigir al dueño del terreno que se lo venda, ante la pasividad y eventual falta de interés de este.



a terceros una vez concluido. De este modo, el propietario de la construcción es distinto del propietario del terreno.

Desde nuestra perspectiva, es necesario establecer con claridad que el propietario de la construcción es distinto del propietario del terreno, quien prestó su anuencia para edificar en su terreno, a fin de evitar que sobre ese aspecto haya discusión.

c) Hipoteca de servidumbres. Las *servidumbres* solo pueden hipotecarse junto con el predio dominante (art. 2898, fracc. III, CCDF). Las servidumbres no pueden hipotecarse de manera independiente del predio dominante, ya que estas "son inseparables del inmueble a que activa o pasivamente pertenecen; en consecuencia, no tienen ningún valor económico desvinculadas de dicho predio".[53]

El art. 1834 del Código Civil de 1884 contemplaba la posibilidad de hipotecar la *servidumbre de aguas* separada del predio dominante. Se entendía que esa clase de servidumbre podía aprovechar a otro vecino, en virtud de que una vez que llegara al predio sirviente, de ahí podía pasar a los predios cercanos.[54, 55]

d) Hipoteca de la posesión. De acuerdo con Sánchez Medal, la *posesión en concepto de propietario* es susceptible de hipotecarse si se encuentra inscrita en el Registro Público de la Propiedad, pues al inscribirse esa clase de posesión es posible adquirir la propiedad del bien que se posee por el transcurso de cinco años desde que tuvo lugar la inscripción.[56, 57] En el Código Civil de Sonora (arts. 3264 y 3273) se reconoce expresamente la *hipoteca de la posesión*.

La persona *i)* que haya poseído bienes inmuebles *ii)* por el tiempo y con las condiciones exigidas para adquirirlos por prescripción, *iii)* que no tenga título de propiedad o teniéndolo no sea susceptible de inscripción por defectuoso, puede ocurrir al juez competente para acreditar la prescripción rindiendo la *información testimonial* respectiva (*información ad perpetuam*) (art. 927, fracc. II, CPCDF).

Una vez comprobados los requisitos de la prescripción, el juez declarará que el poseedor se ha convertido en propietario en virtud de la prescripción; tal declaración se tendrá como título de propiedad y será inscrita en el Registro Público de la Propiedad (art. 3047, CCDF).

[53] Rafael Rojina Villegas, *op. cit.*, p. 403.

[54] *Idem.*

[55] Como señala Lozano, la hipoteca sobre la *servidumbre de aguas* era una reminiscencia de las Leyes de Partida que contemplaban esa clase de hipoteca. Se entendía que aquellas aguas que fuesen de una heredad a otra, al dejar de ser aprovechadas en el predio dominante, podían pasar al predio sirviente y, por consiguiente, eran susceptibles de ser hipotecadas (*cfr.* Francisco Lozano Noriega, *op. cit.*, p. 417).

[56] *Cfr.* Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 500.

[57] En opinión de Rojina Villegas, es imposible hipotecar la posesión misma, en virtud de que esta se considera un hecho que produce consecuencias jurídicas, pero no como un derecho real (Rafael Rojina Villegas, *op. cit.*, p. 416).

e) Hipoteca de la hipoteca (subhipoteca). La hipoteca también puede constituirse sobre otra hipoteca.[58] A esta modalidad se le conoce como *subhipoteca*.[59] En realidad, en este caso se hipoteca el crédito hipotecario mismo, por lo cual la garantía así constituida comprende tanto el derecho de crédito (principal) como el derecho real de hipoteca (accesorio). La hipoteca así constituida es susceptible de inscribirse en el Registro Público de la Propiedad para que sea oponible frente a terceros.[60]

> ***Ejemplo:*** *A* otorga un crédito a *B* y este constituye hipoteca sobre su casa para garantizar ese mismo crédito. A la vez, *C* concede un crédito a *A*, quien garantiza la deuda con hipoteca sobre el crédito hipotecario que este ha concedido a *B*.

No obstante, para Lozano Noriega lo que debe hacerse es constituir prenda en favor de *C* sobre el crédito que se tiene contra *B*, garantía que también comprende la hipoteca. El citado autor considera que, además, se puede dar en prenda la hipoteca porque esta, al ser accesoria de un bien mueble como lo es el crédito, adquiere ese mismo carácter de bien mueble.[61]

f) Hipoteca de la anticresis y de la enfiteusis. La *anticresis* es un derecho real de garantía que se constituye sobre bienes inmuebles, por virtud del cual se entrega al acreedor la posesión del referido bien para que lo disfrute por cuenta del capital adeudado y, en su caso, de los intereses devengados. Este derecho confiere a su titular los *derechos de venta*, *persecución* y *preferencia en el pago*.

La *anticresis* está regulada en México en los códigos civiles de varias entidades federativas, como Coahuila (arts. 3389 a 3400), Hidalgo (arts. 2886 a 2898), Puebla (arts. 2875 a 2886), Quintana Roo (arts. 3063 a 3082), Sonora (arts. 3343 a 3361) y Tabasco (arts. 3241 a 3249).

El *censo enfitéutico* es un contrato mediante el cual una persona adquiere el derecho de percibir una pensión anual por entregar al enfiteuta el dominio útil de un bien inmueble, para que lo disfrute. El censo enfitéutico es, a la vez, un *derecho real para usar y disfrutar* temporalmente el predio objeto de él. Este derecho real está previsto en Puebla (arts. 2616 a 2652) y Sonora (arts. 3362 a 3394).

En virtud de que la *anticresis* y la *enfiteusis* son *derechos reales sobre inmuebles*, pueden ser hipotecadas. No obstante, la *hipoteca de la anticresis* presenta los mismos inconvenientes que la *hipoteca de la hipoteca*. Es menester constituir la hipoteca sobre el crédito anticrético y no solo sobre la anticresis.[62]

[58] *Ibidem*, pp. 400 y 530. En el mismo sentido Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 500.

[59] *Cfr.* Rafael Rojina Villegas, *op. cit.*, p. 448.

[60] *Ibidem*, p. 400.

[61] *Cfr.* Francisco Lozano Noriega, *op. cit.*, p. 422.

[62] *Cfr.* Rafael Rojina Villegas, *op. cit.*, pp. 405 y 406.

17.7.1.5 Hipoteca de concesiones

Algunas leyes contemplan la posibilidad de constituir hipoteca sobre ciertas clases de concesiones, como ocurre con *a)* las *concesiones mineras* y *b)* las *concesiones ferroviarias*.

a) *Hipoteca sobre concesiones mineras* (o sobre los derechos que de ellas deriven), la cual se inscribe en el Registro Público de Minería (art. 46, fracc. VI, *Ley Minera*).

b) *Hipoteca sobre concesiones en materia ferroviaria*. Las concesiones *i)* para construir, operar y explotar vías férreas que sean vía general de comunicación y *ii)* para prestar el servicio público de transporte ferroviario (art. 7, *Ley Reglamentaria del Servicio Ferroviario*, LRSF) pueden ser otorgadas en hipoteca, con la autorización previa de la Secretaría de Comunicaciones y Transportes (art. 13, primera parte, LRSF).

En la escritura pública correspondiente se debe hacer constar *a)* que bajo ninguna circunstancia se podrán gravar los bienes del dominio público objeto de la concesión y *b)* que al terminar la concesión, los bienes de dominio público se reintegrarán a la nación (art. 13, segunda parte, LRSF).

17.7.1.6 Hipoteca marítima

Es aquella que se constituye sobre embarcaciones construidas o en proceso de construcción (art. 101, primera parte, *Ley de Navegación y Comercio Marítimos*, LNCM).

La hipoteca sobre embarcaciones ha sido considerada un régimen de excepción en aquellos sistemas jurídicos donde la hipoteca solo puede constituirse sobre inmuebles, como sucedió en México durante la vigencia de los códigos civiles de 1870 y 1884, lo cual ha quedado señalado. La razón de tratar esa clase de garantía como hipoteca se debe a que la prenda con *entrega real* de la embarcación resultaría perjudicial desde una perspectiva económica para el constituyente de la garantía, pues le impediría seguir disfrutando la embarcación, al mismo tiempo que garantizaría el crédito al acreedor de una manera eficaz y segura.[63]

La hipoteca marítima puede constituirse por el propietario de la embarcación o por un tercero en su favor (art. 101, segunda parte, LNCM).

La constitución de la hipoteca marítima se regula por la LNCM y, de manera supletoria, en defecto de disposición expresa, por el *Código Civil Federal* (art. 101, segundo párrafo, LNCM).

La hipoteca marítima debe constar en instrumento otorgado ante notario o corredor público, o ante cualquier otro fedatario público, de acuerdo con la legislación del estado donde se haya constituido (art. 101, tercer párrafo, LNCM).

El grado de preferencia de la hipoteca marítima se determina por la orden de inscripción en el Registro Público Marítimo Nacional (art. 101, último párrafo, LNCM).

[63] *Ibidem*, p. 555.

La hipoteca marítima y los gravámenes sobre embarcaciones mexicanas (así como los contratos de adquisición, enajenación o cesión, los contratos constitutivos de derechos reales, traslativos o extintivos de propiedad y sus modalidades) se deben inscribir en el Registro Público Marítimo Nacional (art. 17, LNCM). La hipoteca tiene preferencia sobre cualquier crédito que pudiera gravar la embarcación, con excepción de los privilegios marítimos, los cuales son preferentes a la hipoteca (arts. 102 y 91, LNCM).

La hipoteca marítima se extiende, salvo pacto en contrario: *a)* a la embarcación; *b)* a los accesorios, pertenencias y demás bienes incorporados a la embarcación, y *c)* a las mejoras de la embarcación (art. 103, LNCM).

La hipoteca constituida para garantizar un crédito que devengue intereses solo garantiza los intereses de un año, a menos que se haya pactado de manera expresa que sea por más tiempo, con tal de que no exceda el término para la prescripción de los intereses. Esta estipulación debe asentarse en el Registro Público Marítimo Nacional para que surta efectos frente a terceros (art. 103, segundo párrafo, LNCM).

El propietario de la embarcación hipotecada no podrá gravarla ni darla en fletamento o arrendamiento, o pactar pago anticipado de fletes o rentas por un término que exceda la duración de la hipoteca, sin consentimiento del acreedor hipotecario, bajo la pena de nulidad del contrato en la parte que exceda la expresada duración (art. 103, último párrafo, LNCM).

En caso de pérdida o deterioro grave de la embarcación, el acreedor hipotecario está legitimado para ejercer sus derechos sobre los restos náufragos y además sobre: *a)* indemnizaciones debidas a daños materiales ocasionados a la embarcación o artefacto naval; *b)* los importes debidos a la embarcación por avería común; *c)* indemnizaciones por daños ocasionados a la embarcación o artefacto naval, con motivo de servicios prestados, y sobre *d)* indemnizaciones de seguro (art. 104, LNCM).

La acción hipotecaria prescribe en tres años, contados a partir del vencimiento del crédito que garantiza.

La ejecución de la hipoteca marítima se realiza conforme al *procedimiento* previsto en la LNCM y las reglas relativas al juicio hipotecario del CPCDF (art. 275, LNCM). Asimismo, se aplica de manera supletoria el *Código Federal de Procedimientos Civiles*, CFPC (art. 105, LNCM).

El juez de distrito con jurisdicción en el domicilio del deudor o en el del puerto de matrícula de la embarcación, a elección del actor, es competente para conocer del proceso hipotecario marítimo (art. 275, LNCM).

La inscripción de una hipoteca solo puede cancelarse por voluntad expresa de las partes o resolución judicial (art. 106, LNCM).

17.7.1.7 Hipoteca de empresa

La *hipoteca de empresa* –o *hipoteca industrial*– se constituye *a)* sobre la unidad completa de la empresa agrícola, ganadera o de otras actividades primarias, industrial, comercial o de servicios y debe comprender, además, *b)* la concesión o autorización respectiva, en su caso; *c)*



todos los elementos materiales, muebles o inmuebles afectos a la explotación, considerados en su unidad; *d)* el dinero en caja de la explotación corriente, y *e)* los créditos en favor de la empresa originados por sus operaciones, sin perjuicio de la posibilidad de disponer de ellos y sustituirlos en el movimiento normal de las operaciones, sin necesidad del consentimiento del acreedor, salvo pacto en contrario (art. 67, *Ley de Instituciones de Crédito*, LIC).

Esta clase de hipotecas se constituye en favor de *instituciones de crédito*, las cuales deben permitir la explotación de los bienes afectos a la hipoteca conforme al destino que les corresponda. Incluso, al tratarse de bienes afectos a una concesión de servicio público, deben consentir las alteraciones o modificaciones a tales concesiones que sean necesarias para la mejor prestación del servicio público correspondiente. No obstante, las instituciones de crédito acreedoras pueden oponerse a la venta o enajenación de parte de los bienes y a la fusión con otras empresas, en caso de que con ello peligre la seguridad de los créditos hipotecarios.

La *hipoteca de empresa* debe inscribirse en el Registro Público de la Propiedad del lugar o los lugares donde estén ubicados los bienes.

a) La garantía específica de los créditos refaccionarios. También ha sido considerada *hipoteca de empresa* la *garantía específica* constituida para asegurar la satisfacción de un *crédito refaccionario*.[64] A esta clase de hipoteca, Rojina Villegas la denomina *hipoteca refaccionaria*.[65] El *crédito refaccionario*, junto con el *crédito de habilitación y avío*, están destinados al fomento de la producción. En concreto, el primero se concede con el fin de preparar la empresa para la producción, a diferencia del segundo, que se otorga para el proceso inmediato de la producción.[66]

> ***Ejemplo:*** El propietario de una fábrica de zapatos necesita adquirir maquinaria e instalarla; para ello requerirá un crédito refaccionario. Una vez instalada la maquinaria, habrá de comprar materia prima y pagar el salario de los trabajadores, para lo cual tendrá que obtener un crédito de avío. En la práctica se suele contratar los dos tipos de crédito al mismo tiempo.

En el *crédito refaccionario*, el acreditado está obligado a invertir el importe del crédito *i)* en la adquisición de aperos, instrumentos, útiles de labranza, abonos, ganado o animales de cría; *ii)* en la realización de plantaciones o cultivos cíclicos o permanentes; *iii)* en la apertura de tierras para el cultivo; *iv)* en la compra o instalación de maquinarias, y *v)* en la construcción o realización de obras materiales necesarias para el fomento de la empresa del acreditado. Asimismo, puede pactarse que una parte del importe del crédito se destine *vi)* a cubrir las responsabilidades fiscales que pesen sobre la empresa del acreditado o sobre los bienes que este use con motivo de la misma, al tiempo de celebrarse el contrato; o *vii)* al pago de los adeudos en que hubiere incurrido el acreditado por gastos de explotación, *viii)* por la compra de los bienes

[64] *Cfr.* Soyla H. León Tovar, *Contratos mercantiles*, Oxford University Press, México, 2004, p. 748.

[65] *Cfr.* Rafael Rojina Villegas, *op. cit.*, p. 561.

[66] *Cfr.* Raúl Cervantes Ahumada, *Títulos y operaciones de crédito*, 13ª ed., Herrero, México, 1984, pp. 280-283.

muebles o inmuebles o *ix)* por la ejecución de las obras que antes se mencionan, siempre que los actos u operaciones de que procedan tales adeudos hayan tenido lugar dentro del año anterior al del contrato (art. 323, *Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito*, LGTOC).

Esta clase de créditos queda garantizada de manera simultánea o separada: con las fincas, construcciones, edificios, maquinarias, aperos, instrumentos, muebles y útiles, y con los frutos o productos, futuros, pendientes o ya obtenidos de la empresa a cuyo fomento haya sido destinado el préstamo (art. 324, LGTOC).

Esta garantía comprende: *i)* el terreno constitutivo del predio; *ii)* los edificios y cualesquiera otras construcciones existentes al tiempo de hacerse el préstamo, o edificados con posterioridad; *iii)* las accesiones y mejoras permanentes; *iv)* los muebles inmovilizados y los animales fijados en el documento en que se consigne el préstamo, como pie de cría en los predios rústicos destinados total o parcialmente al ramo de ganadería, y *v)* la indemnización eventual que se obtenga por seguro en caso de destrucción de los bienes dichos (art. 322, LGTOC).

Se trata, en opinión de Cervantes Ahumada, de una garantía natural porque "queda constituida simple, natural y automáticamente, por efecto del contrato, y porque sólo se constituye en este tipo de créditos".[67]

La *garantía específica del crédito refaccionario* es preferente sobre todos los demás acreedores del deudor, con excepción de los llamados *de dominio* y de los acreedores por créditos hipotecarios inscritos con anterioridad. La preferencia no se extingue por el hecho de que pasen los bienes gravados a poder de tercero, cualquiera que sea la causa de la traslación de dominio (art. 333, LGTOC).

Por último, el crédito refaccionario debe *a*) consignarse en contrato privado que se firmará por triplicado ante dos testigos conocidos y se ratificará ante el encargado del Registro Público de la Propiedad del lugar de ubicación de los bienes afectos en garantía; *b*) inscribirse en dicho registro inmobiliario o en el Registro de Comercio respectivo, cuando la garantía no comprenda bienes inmuebles, para que produzca efectos frente a terceros a partir de la fecha y hora de inscripción en los referidos registros (art. 326, LGTOC).

b) La hipoteca sobre empresas que explotan vías generales de comunicación o sobre una parte de las mismas (art. 92, *Ley de Vías Generales de Comunicación*, LVGC). Esta garantía comprende, también, todas las líneas y vehículos, embarcaciones y demás bienes que forman el sistema de la empresa, o solo sobre una parte de sus sistemas.

En ningún caso se podrá, directa o indirectamente, ceder, hipotecar ni en manera alguna gravar o enajenar la concesión, los derechos en ella conferidos, la vía, edificios, estaciones, servicios auxiliares, dependencias o accesorios a ningún gobierno o Estado extranjeros, ni admitirlos como socios de la empresa concesionaria (art. 18, LVGC).

[67] Raúl Cervantes Ahumada, *op. cit.*, p. 281.

El plazo de la hipoteca o gravamen real en ningún caso comprenderá la última décima parte del total del tiempo por el que se haya otorgado la concesión, cuando se trate de empresas sujetas a reversión (art. 92, última parte, LVGC).

La hipoteca comprende, salvo pacto en contrario: *i)* la concesión; *ii)* la vía de comunicación o medio de transporte, con todas sus dependencias, accesorios y, en general, todo lo que le pertenezca, cuando la misma haya sido construida en virtud de la concesión; *iii)* el material fijo y móvil empleado en la construcción y explotación, reparación, renovación y conservación de la vía de comunicación o del medio de transporte y sus dependencias, y *iv)* los capitales enterados por la empresa para explotar y administrar la vía de comunicación o medio de transporte, el dinero en caja de la explotación corriente, los créditos nacidos de manera directa de la explotación y los derechos otorgados a la empresa por terceros (art. 93, LVGC).

En las escrituras de hipoteca (y en las obligaciones hipotecarias) se debe hacer constar que, al cumplirse el plazo por el cual se hace la concesión (o en los casos a que se refiere el art. 29 de la ley), los bienes reversibles o la parte proporcional de los mismos que corresponda, en su caso, pasarán a ser propiedad de la nación con todas sus dependencias y accesorios libres de todo gravamen y responsabilidad, aun con motivo de las obligaciones contraídas con anterioridad (art. 94, LVGC).

Los acreedores hipotecarios no tienen derecho *i)* para impedir o estorbar la explotación de la vía de comunicación o medio de transporte, ni *ii)* para oponerse a las modificaciones o alteraciones que se hagan durante el plazo de la hipoteca, respecto de los edificios, terrenos, vía y material de explotación (art. 95, LVGC).

Los acreedores hipotecarios pueden oponerse a la venta de la línea o del sistema, a la enajenación de parte del material de explotación y a la fusión con otras empresas, en caso de que peligre la seguridad de los créditos hipotecarios (art. 95, último párrafo, LVGC).

17.7.2 El crédito garantizado con hipoteca

La hipoteca puede otorgarse para garantizar créditos *a)* puros y simples, *b) sujetos a plazo* o *c) a condición*, *d)* créditos existentes y *e) créditos futuros* (arts. 2921 a 2924, CCDF), así como *créditos a la orden* y *créditos al portador* (art. 2926, segundo párrafo, CCDF).

La hipoteca constituida para asegurar la satisfacción de un crédito con intereses también comprende los réditos producidos por tres años, pero puede extenderse, mediante pacto expreso, a los intereses devengados por más tiempo siempre "que no exceda del término para la prescripción" de estos y se inscriba dicha estipulación en el Registro Público de la Propiedad para que produzca efectos frente a terceros (art. 2915, CCDF). Los intereses prescriben en cinco años contados desde la fecha de su vencimiento (art. 1162, CCDF).

a) Hipoteca de seguridad. Se constituye para garantizar *créditos futuros*. En opinión de Sánchez Medal, se entiende por *obligación futura* aquella "que aun cuando todavía no existe, tiene como soporte otra obligación preliminar bien determinada o por lo menos una cierta

relación jurídica que al efecto se precise"; esto es, aquella obligación que puede derivar de una determinada causa o hecho que al efecto se concreta.[68]

En el derecho mexicano existen dos clases de *hipoteca de seguridad: i)* la *hipoteca del máximo*, que es aquella en la que se especifica la *cuantía máxima* que la hipoteca garantiza, y *ii)* la *hipoteca sin cuantía máxima*, aquella que se constituye sin indicar el monto máximo que la garantía cubre.

En ambos casos, la hipoteca garantiza el cumplimiento de una *obligación futura*, de la cual *debe precisarse* la fuente o el hecho concreto del que podría derivar, pues en México no se admite la hipoteca de seguridad para garantizar "obligaciones futuras que por cualquier causa y por cualquier monto pudieran originarse a cargo de una persona". Sin embargo, sí es posible constituir esa clase de hipoteca para asegurar el "saldo final que resulte 'dentro de los límites del crédito' en un contrato de apertura de crédito en cuenta corriente".[69]

En principio, la hipoteca de seguridad requiere una doble inscripción en el Registro Público de la Propiedad: *i)* una *inscripción preliminar* respecto de la constitución de la hipoteca, en la que se especifique la causa de la que podría surgir el crédito futuro; después, *ii)* una *inscripción principal*, una vez que surja el crédito futuro. La hipoteca produce efectos frente a terceros desde la fecha de la primera anotación (arts. 2921 y 2923, CCDF).[70] De esta forma, se satisfacen los *principios de especialidad y publicidad* de la hipoteca que se explican más adelante.

Para hacer constar en el registro la existencia del *crédito futuro*, cualquiera de los interesados puede presentar al registrador copia del documento público que acredite el surgimiento del crédito o, en su defecto, una solicitud formulada por ambas partes para pedir que se extienda la anotación respectiva, en la cual se expresen con claridad los hechos que deben dar lugar a la anotación (art. 2924, primer párrafo, CCDF). Si alguno de los interesados se negara a firmar dicha solicitud, el otro interesado debe acudir a la autoridad judicial para que, previo el procedimiento correspondiente, dicte la resolución (art. 2924, segundo párrafo, CCDF).

No obstante, al tratarse de la *hipoteca del máximo* solo "se requiere una sola inscripción que se hace al constituir la hipoteca. El nacimiento posterior de la obligación y, por lo tanto, el monto exacto de ella dentro de aquél máximo, no debe después anotarse de nuevo en el Registro Público de la Propiedad".[71]

Algunos casos de créditos futuros que pueden garantizarse con hipoteca son: el pago de alimentos (art. 317, CCDF), la responsabilidad civil del albacea (art. 1708, CCDF), la satisfacción de la renta vitalicia (arts. 2931 a 2938, CCDF) y la apertura de crédito (art. 298, LGTOC).

[68] Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 505.

[69] *Ibidem*, pp. 505-507.

[70] *Ibidem*, p. 504.

[71] *Ibidem*, p. 507.

La garantía que deben otorgar quienes *administran bienes ajenos*, como tutores, síndicos, albaceas, etc., se establece como un requisito necesario para el desempeño del cargo, pues tiene como finalidad asegurar la eventual responsabilidad civil en que pudieran incurrir por un inapropiado manejo de la administración.[72]

b) Hipoteca de propietario. Se conoce como *hipoteca de propietario* aquella cuya titularidad, en ciertas circunstancias posteriores a la constitución de la hipoteca, es adquirida por el propietario del inmueble hipotecado. La doctrina en México ha considerado supuestos de *hipoteca de propietario* los siguientes:

- Cuando el *tercero constituyente de la hipoteca* paga la deuda garantizada, se subroga en los derechos del acreedor por ministerio de ley, porque tiene interés jurídico en el cumplimiento de la obligación. Al respecto, el art. 2058, fracc. II, del CCDF señala que la subrogación se verifica por ministerio de ley sin necesitar la declaración de los interesados, cuando la persona que paga tiene interés jurídico en el cumplimiento de la obligación.
- Cuando el adquirente de un inmueble paga a un acreedor que tiene sobre dicho bien un crédito hipotecario anterior a la adquisición, pues en este caso se produce la subrogación por ministerio de ley (art. 2058, fracc. IV, CCDF).

  En las dos hipótesis anteriores, quien realiza el pago es un tercero distinto del deudor principal; por ello, en el supuesto de que hubiera otros créditos garantizados con el mismo bien hipotecado, en los que el propietario tampoco tuviera el carácter de deudor principal, el pago efectuado por el garante hipotecario o el adquirente del inmueble no extinguirá el gravamen, lo que le permitirá hacer valer su preferencia respecto de otros acreedores, al haber adquirido el carácter de acreedor en el crédito principal por virtud de la subrogación.[73]

  Debe tenerse presente que el garante hipotecario, cuando es un tercero, no tiene la deuda sino solo la responsabilidad, la cual se limita al valor del bien hipotecado. En esa virtud, si se considerara que la hipoteca se extingue con el pago en el supuesto que se plantea, el garante hipotecario se vería obligado a satisfacer también los demás créditos cuando no es el deudor principal de estos.
- Cuando un *tercero* garantiza con hipoteca una deuda de otro y hereda al acreedor hipotecario, o cuando este hereda a aquel, no existe confusión.[74]
- Un caso indiscutible de *hipoteca de propietario* es aquel en que una sociedad mercantil emite *obligaciones* que representan la participación individual de sus tenedores en un *crédito colectivo* constituido a cargo de la sociedad emisora, las cuales se

[72] *Cfr.* Rafael Rojina Villegas, *op. cit.*, p. 430.

[73] *Ibidem*, pp. 537-540.

[74] *Ibidem*, p. 540.

garantizan con hipoteca constituida sobre bienes de la propia sociedad emisora (arts. 208 y 213, LGTOC).

Es preciso señalar que en el *Código Civil para el Estado de Sonora* (CCES, arts. 3323 a 3327) está prevista expresamente "la hipoteca de propietario en favor del mismo dueño de la finca gravada, para que pueda constituirla por acto unilateral, o adquirirla por subrogación, a efecto de disponer de dicha garantía y mantener preferencia frente a los hipotecarios posteriores" (art. 3323, CCES). El propietario del bien hipotecado adquiere la hipoteca en los casos siguientes:

- Cuando el constituyente de una hipoteca la paga, conserva a su disposición el gravamen con el lugar y grado de preferencia que tenga, para poder transmitirlo a un tercero. De hecho, en el caso de que se remate el bien hipotecado, el propietario tiene preferencia en la forma y términos que correspondan a la hipoteca que hubiere pagado (art. 3324, CCES).
- Se adquiere una *hipoteca de propietario* por subrogación legal, cuando el adquirente del bien gravado paga a un acreedor que tiene sobre él un crédito hipotecario anterior a la adquisición (art. 3325, CCES).
- La hipoteca de propietario también tiene lugar cuando el dueño del bien gravado se libera de la obligación principal por compensación, novación, confusión o remisión. En estos casos, el citado dueño queda subrogado en la hipoteca que pesa sobre su propio bien, siempre y cuando existan otros gravámenes en favor de tercero. De no existir tales gravámenes, se extingue la hipoteca (art. 3326, CCES).
- Cuando el constituyente de una hipoteca la paga para garantizar una deuda ajena, queda subrogado en la hipoteca sobre su propio bien (art. 3327, CCES).

c) Hipoteca inversa. Se conoce como *hipoteca inversa* el contrato por el cual una institución financiera *i)* otorga a una persona física mayor de cierta edad (por lo general, mayor de 60 años) *ii)* un *préstamo* o *crédito garantizado con hipoteca iii*) sobre un bien inmueble propiedad del mismo acreditado, quien lo destina para su *vivienda habitual*, *iv*) el cual habrá de ser dispuesto por el acreditado de manera periódica (mensual), *v*) con la finalidad de asegurar una renta para sí mismo o las *personas que este designe* y sean mayores de cierta edad o estén afectadas de dependencia severa, *vi)* sin perjuicio de que *parte del crédito* sea dispuesto de una sola vez; *vii*) el pago del capital y de los intereses solo puede ser exigible hasta la muerte del acreditado, o cuando se transmita la propiedad del bien hipotecado o este se divida antes de la muerte del acreditado.

Esta figura jurídica tiene una regulación propia en Alemania, España, Estados Unidos de América, Francia, Japón y Reino Unido.[75] En México, este contrato está contemplado en el

[75] Para un análisis más detallado de la hipoteca inversa, consúltese: Eduardo García Villegas, *Hipoteca inversa*, Porrúa y Colegio de Notarios del Distrito Federal, México, 2011.



estado de Jalisco (arts. 2570 bis a 2570 bis 5), en donde recibe el nombre de *hipoteca pensionaria*, así como en el Estado de México (arts. 7.1144 bis a 7.1144 undecies).

La hipoteca inversa es el contrato por el cual el *pensionario* se obliga a pagar al *pensionista* o a su *beneficiario* (cónyuge, concubino o concubina del pensionista), en forma periódica y vitalicia, una determinada cantidad de dinero que el propio *pensionista* garantiza con hipoteca sobre un bien inmueble de su propiedad.

Entre las particularidades de la hipoteca inversa pueden mencionarse las siguientes:

- Las cantidades que reciba el pensionista deben ser suficientes para cubrir sus necesidades básicas (art. 2570 bis 2, fracc. I, *Código Civil del Estado de México*, CCEM).
- El inmueble hipotecado se debe valuar cada cierto tiempo (tres años), con la finalidad de mantener actualizado su valor (art. 2570 bis 1, fracc. V, CCEM).
- El acreditado puede dar por terminada, a iniciativa propia y en cualquier momento, la *hipoteca inversa* mediante el pago de la cantidad total que se haya dispuesto y de sus intereses.
- Al fallecimiento del acreditado, los herederos pueden pagar el crédito dispuesto y sus intereses en el plazo estipulado; de lo contrario, se procede a ejecutar la garantía hipotecaria.
- La *deuda del acreditado* no puede exceder el *valor comercial* de la propiedad, determinado a la fecha de la apertura de la sucesión.
- En la cancelación de la hipoteca inversa, sea anticipada o no, la entidad acreedora no tiene derecho a percibir cantidad alguna por concepto de penalización.
- La falta de pago de una mensualidad causa la rescisión del contrato y la extinción de la hipoteca (art. 2570 bis 4, CCEM).

17.8 La forma de la hipoteca

La hipoteca es un negocio jurídico formal:

a) Debe constar en *documento privado* firmado por los contratantes (acreedor hipotecario y deudor hipotecario) ante dos testigos y ratificarse las firmas ante notario, juez competente o Registro Público de la Propiedad, si el *valor de avalúo* de los bienes inmuebles no excede el equivalente a 365 veces la Unidad de Cuenta de la Ciudad de México en el momento de la operación (arts. 2917 y 2317, CCDF).

b) La hipoteca requiere *escritura pública* cuando el valor de avalúo del inmueble excede 365 veces la referida Unidad de Cuenta (arts. 2917 y 2320, CCDF).

En el supuesto de que la hipoteca se otorgue por *declaración unilateral de voluntad*, los requisitos formales del documento privado o de la escritura pública solo los habrá de satisfacer quien constituya la hipoteca, sin la concurrencia del acreedor hipotecario.

Será suficiente que la hipoteca se otorgue con base en los referidos requisitos formales para que produzca plenos efectos entre las partes (art. 3007, CCDF) y el acreedor hipotecario quede legitimado a fin de intentar ejecutar la *acción hipotecaria*.

No obstante, la hipoteca debe inscribirse en el Registro Público de la Propiedad para que surta efectos contra terceros (arts. 2919, 2925, 3007 y 3042, fracc. I, CCDF).

La falta de la formalidad requerida para la hipoteca causa su *nulidad relativa*, pues se trata de una *ineficacia superable* por virtud de la confirmación del negocio jurídico efectuada al cumplirse con la formalidad debida. Los efectos de la confirmación se retrotraen a la fecha del otorgamiento de la hipoteca, salvo que un *tercero de buena fe* haya registrado algún derecho real o algún gravamen sobre el bien hipotecado antes de la satisfacción de la formalidad omitida, caso en el cual la confirmación no podrá perjudicar al tercero en cuestión.

17.9 La duración de la hipoteca. Su prórroga

Por lo general, la hipoteca dura el mismo tiempo que subsiste la obligación garantizada, y si esta no tuviere término para su vencimiento, la hipoteca no podrá durar más de 10 años (arts. 2927, primer párrafo, y 2934, CCDF). No obstante, los contratantes pueden establecer para la hipoteca una duración menor que la de la obligación principal (art. 2927, segundo párrafo, CCDF), pero nunca mayor que esta.

> ***Ejemplo:*** *A* otorga un crédito de 100 mil pesos a *B*, con interés y garantía hipotecaria, para pagarse en el plazo de cinco años. La hipoteca durará cinco años. No obstante, las partes pueden convenir que la hipoteca solo dure tres años.

Este plazo no debe confundirse con aquel previsto para la *prescripción de la acción hipotecaria de venta* que es, por lo regular, de 10 años contados desde que la obligación sea exigible (art. 2918, CCDF). No obstante, el plazo de prescripción puede ser menor, según sea el plazo de prescripción de la obligación garantizada.

La hipoteca puede prorrogarse de manera *expresa* o *tácita*. La *prórroga tácita* ocurre cuando se prorroga el plazo de la obligación garantizada, pues la hipoteca se entiende prorrogada por el mismo término, a menos que se establezca un tiempo menor (art. 2928, CCDF). Si no fuera así, el acreedor se vería afectado porque prácticamente habría renunciado, por virtud de la prórroga, a un derecho real adquirido.

En la *prórroga expresa* se estipula de manera categórica la extensión del plazo original por el cual la hipoteca fue constituida. Este plazo puede ser igual o inferior a aquel por el cual también se prorroga la obligación principal, pero nunca superior a este (art. 2928, CCDF).

No obstante, la hipoteca también puede prorrogarse cuando habiéndose fijado un plazo de duración menor que aquel que corresponde a la obligación garantizada, dicho plazo se amplía para ajustarlo a este. Como se observa, en esta hipótesis, la duración de la obligación garantizada no sufre modificación alguna.

La hipoteca prorrogada por *primera vez* conserva la preferencia que le corresponde desde su origen respecto de otros créditos (art. 2929, CCDF). En cambio, la prórroga de la hipoteca por *segunda* o *más veces* modifica la preferencia de la garantía: esta conserva la preferencia derivada del registro de su constitución por el plazo establecido desde el origen y la primera prórroga; pero respecto del tiempo relativo a la segunda o ulteriores prórrogas, solo tendrá la prelación que le corresponda por la fecha del último registro (art. 2930, primer párrafo, CCDF).

Lo mismo habrá de observarse al tratarse de la concesión de un nuevo plazo al deudor para que pague su crédito (art. 2930, segundo párrafo, CCDF).

La hipoteca debe prorrogarse antes de la expiración de los plazos que correspondan, para mantener la preferencia que ya tiene. Asimismo, la prórroga debe satisfacer la misma formalidad requerida para la constitución de la hipoteca –por ejemplo, escritura pública si ese fuera el caso– y, además, inscribirse en el Registro Público de la Propiedad.

17.10 Los principios de la hipoteca

El régimen jurídico de la hipoteca en México se sustenta en tres principios fundamentales: *de especialidad*, *de publicidad* y *de indivisibilidad*.[76]

Como lo ha puesto de relieve Sánchez Medal, el derecho hipotecario mexicano está inspirado en el *sistema germánico*, el cual se basa en los principios de especialidad y publicidad, y ha rechazado el *sistema romano*, que se apoya en los principios de generalidad y clandestinidad, así como el *sistema francés*, de carácter mixto en virtud de que admite, por una parte, *hipotecas voluntarias* según los principios de especialidad y publicidad y, por otra, *hipotecas legales* conforme a los principios de generalidad y clandestinidad.[77]

a) Principio de especialidad. Una característica de la hipoteca moderna es que se rige por el *principio de especialidad* respecto de los bienes objeto de la garantía y los créditos que la hipoteca garantiza.

En relación con los *bienes*, el mencionado principio de especialidad exige que la hipoteca se constituya sobre bienes determinados de manera individual, específica. Este principio está previsto en el art. 2895 del CCDF, según el cual "la hipoteca sólo puede recaer sobre bienes especialmente determinados".

En este sentido, se rechaza la posibilidad de que los bienes materia de la hipoteca se determinen con posterioridad al otorgamiento de la garantía o, incluso, que tales bienes puedan determinarse por ciertos factores.[78]

[76] *Cfr.* Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, pp. 501 y 502.

[77] *Ibidem*, p. 502.

[78] *Cfr.* Rafael Rojina Villegas, *op. cit.*, p. 374.

En cuanto a los *créditos garantizados*, la hipoteca debe otorgarse para asegurar la satisfacción de deudas o créditos determinados también de manera específica o concreta; esto es, no podrá otorgarse para garantizar todos los adeudos en general que resultaran a cargo de una persona.[79]

Como lo ha afirmado Planiol, una hipoteca puede gravar varios inmuebles o garantizar varios créditos, sin que por ello deje de ser especial, en la medida en que cada uno de esos bienes o créditos se designen de manera particular.[80]

En México, desde el Código Civil de 1870 se abandonó el *sistema romano* de *hipotecas tácitas y generales* que regía con anterioridad y se había tomado del antiguo derecho español.[81]

Las *hipotecas tácitas* eran aquellas que, sin estipulación alguna de las partes, eran impuestas por la ley de manera preventiva en favor de ciertas personas que requerían una protección especial, como los menores, los cuales tenían hipoteca sobre los bienes de sus tutores por los resultados de la tutela.[82]

Las *hipotecas generales* alcanzaban todos los bienes inmuebles del deudor, lo que permitía que estos no se determinaran. Asimismo, la generalidad en la hipoteca también se refería a los créditos que garantizaba, de tal manera que esta podía abarcar los adeudos que resultaran a cargo del deudor, incluso, sin que el monto de la obligación garantizada se especificara.[83]

Con la finalidad de proteger al deudor "contra la facilidad con la cual hipotecaría la generalidad de sus bienes para la seguridad de una sola deuda", sin que conservara, además, la libre disposición de ninguno de sus bienes, se acogió el principio de especialidad.[84]

En la actualidad, el art. 2919 del CCDF señala, de manera expresa, que "la hipoteca nunca es tácita, ni general".

b) Principio de publicidad. Este principio consiste en que, para que la hipoteca produzca efecto contra terceros, es menester dar publicidad a la constitución del referido gravamen por medio de su inscripción en el Registro Público de la Propiedad, al igual que lo requiere la modificación o extinción de la garantía hipotecaria (arts. 2919, 2925 y 3042, fracc. I, CCDF).

Entre las partes, la hipoteca produce efectos plenos sin necesidad de su inscripción en el mencionado registro (art. 3007, CCDF), incluso en caso de contienda jurisdiccional (art. 469, fracc. II, CPCDF).

El *principio de publicidad* de la hipoteca moderna se basa, también, en el principio de especialidad. Todo el *sistema de inscripción* de la hipoteca en el Registro Público de la Propiedad,

[79] *Cfr.* Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 502.

[80] Citado por Rafael Rojina Villegas, *op. cit.*, p. 455.

[81] *Ibidem*, p. 374.

[82] Gómez de la Serna, citado por Rafael Rojina Villegas, *op. cit.*, p. 454.

[83] *Ibidem*, pp. 373 y 454.

[84] *Cfr.* Manuel Borja Soriano, citado por Rafael Rojina Villegas, *op. cit.*, p. 454.

los efectos que tal inscripción produce respecto de terceros y las consecuencias por la falta de inscripción solo pueden explicarse mediante la especialidad de la hipoteca.[85]

c) Principio de indivisibilidad. Este principio se refiere a dos cuestiones diferentes: por un lado, la hipoteca grava cualquier parte de los bienes que se conserven aunque el resto haya desaparecido; por otro, la hipoteca subsiste íntegra aunque se reduzca la obligación garantizada (art. 2911, CCDF).

El principio de indivisibilidad referido a los bienes hipotecados presenta dos excepciones fundamentales:

- La primera se relaciona con la *hipoteca de varios inmuebles* en garantía de una misma deuda, supuesto en el cual se debe precisar qué parte del crédito queda asegurado con cada inmueble desde que la hipoteca se constituye (art. 2912, primera parte, CCDF).
- La segunda se refiere a la *hipoteca de un inmueble susceptible de ser fraccionado*; en este caso, el gravamen hipotecario se habrá de repartir de manera equitativa entre las porciones resultantes (art. 2913, primera parte, CCDF).

Para Rojina Villegas, las referidas excepciones modifican el carácter indivisible de la hipoteca respecto de los bienes gravados,[86] de tal manera que la hipoteca es en la actualidad divisible por disposición legal, desde la perspectiva de los bienes.[87]

Y es que en los códigos civiles de 1870 y 1884, el principio de indivisibilidad se extendía, incluso, a los casos de *hipoteca sobre varias fincas* y de *hipoteca sobre un inmueble que se fraccionaba*, en los cuales los distintos inmuebles o las diversas fracciones respondían de la totalidad del gravamen; de este modo el acreedor estaba en condiciones de hacer efectiva la garantía sobre cualquiera de ellas o sobre todas, sin importar que el crédito se hubiera reducido por pagos parciales. No obstante, las partes podían pactar la división de la hipoteca.[88]

Rojina cree que el principio de la divisibilidad de la hipoteca es de *interés público* y que, desde el punto de vista económico, es preferible regular la división forzosa de la garantía hipotecaria que mantener la indivisibilidad.[89]

La finalidad que se persigue al exigirse la divisibilidad de la hipoteca en los casos apuntados es permitir que cada parte sea "redimida del gravamen, pagándose la parte de crédito que garantiza" (art. 2912, segunda parte, CCDF).

Al efecto, las partes –el *dueño del inmueble* y el *acreedor hipotecario*– deben distribuir, de común acuerdo, la garantía hipotecaria sobre los inmuebles: así, en la *hipoteca de diversos inmuebles*, la distribución habrá de efectuarse desde que la hipoteca se constituye y por

[85] *Cfr.* Rafael Rojina Villegas, *op. cit.*, p. 456.

[86] *Idem.*

[87] *Ibidem*, p. 438.

[88] *Ibidem*, pp. 438 y 439.

[89] *Ibidem*, pp. 441 y 442.

medio de estipulación expresa, dado que es obligatorio hacerla; en la *hipoteca de un inmueble susceptible de fraccionarse*, la distribución se realizará al momento en que efectivamente se fraccione el inmueble.

En el caso de que las partes omitan distribuir la hipoteca sobre los distintos inmuebles o sobre las diversas fracciones resultantes, la referida distribución se hará por decisión judicial, previa audiencia de peritos (art. 2913, CCDF). Para ello, el *garante hipotecario* habrá de ejercer la *acción de división de la hipoteca* en *vía especial hipotecaria*.

Respecto del *crédito garantizado*, el derecho mexicano mantiene el carácter indivisible de la hipoteca. Esto significa que aunque el crédito se reduzca por pagos parciales, la hipoteca permanece íntegra sobre la totalidad del bien dado en garantía. En otras palabras, la hipoteca no se puede ir reduciendo conforme disminuya la obligación principal, para referirla a una cierta porción del inmueble, a fin de dejar libre el resto.[90]

No obstante, en la medida en que se autorizara la *subdivisión de un terreno hipotecado*, el gravamen podría sujetarse solo a una parte del predio, de común acuerdo con el acreedor hipotecario, para que el propietario del inmueble estuviese en condiciones de enajenar la porción restante, libre de gravamen.

Otra manifestación del principio de indivisibilidad de la hipoteca se aprecia cuando fallece el deudor hipotecario o, en su caso, el acreedor hipotecario.

En efecto, dividir la deuda en tantas partes como herederos del deudor hipotecario haya impide que uno de estos, aun cuando haya pagado parte de la deuda, pida la extinción proporcional de la hipoteca, a menos que la deuda sea pagada en su integridad.

De igual manera, el heredero del acreedor hipotecario que recibió el pago de la parte del crédito que le corresponde tampoco puede cancelar la hipoteca en perjuicio de los demás coherederos a quienes no se haya pagado todavía la parte respectiva del crédito.[91]

Por último, es preciso considerar el caso de una *deuda solidaria* o de una *deuda indivisible* asumida por dos o más deudores, en la que cada uno de ellos garantiza la deuda con hipoteca sobre bienes propios; es decir, que se han otorgado diversas hipotecas para la garantía de un solo crédito. Las hipotecas constituidas en esos supuestos han sido denominadas *hipotecas solidarias* (en la primera hipótesis)[92] e *hipotecas indivisibles* (en la segunda).

Lo relevante de estos supuestos es que, aun cuando se hayan hipotecado varios inmuebles para garantizar la misma deuda, no podría exigirse indicar qué porción del crédito queda

[90] *Ibidem*, pp. 438, 442 y 443.

[91] *Cfr.* Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 503.

[92] En este sentido, la expresión *hipotecas solidarias* es distinta de la que se predicaba en el Código Civil de 1884, como aquella en que la hipoteca se constituía sobre varias fincas para la garantía de un mismo crédito, y se convenía que todas ellas responderían por la totalidad de la deuda, de tal manera que el acreedor podría hacer efectiva la garantía en cualquiera de las fincas o sobre todas de una manera conjunta. A esta clase de garantías se les denominaba *hipotecas correales* (Rafael Rojina Villegas, *op. cit.*, pp. 544 y 545).

garantizada con cada inmueble, precisamente por la naturaleza solidaria o indivisible de la deuda garantizada.

De hecho, Rojina Villegas ha entendido que el art. 2912 del CCDF que prevé la necesidad de señalar la parte del crédito que quedaría asegurada con los bienes: *a)* solo se aplica cuando los inmuebles pertenecen al mismo constituyente de la hipoteca, o *b*) cuando se trata de una pluralidad de deudores hipotecarios que se hayan obligado en forma mancomunada. Según el referido profesor, esa disposición *c*) se refiere a deudas divisibles (no a las indivisibles).[93]

Nada obsta, sin embargo, para que, por acuerdo entre las partes, se faculte al acreedor para ejercer la garantía hipotecaria por la totalidad de la deuda en cualquiera de los bienes hipotecados; o bien, sobre todos ellos de manera sucesiva o simultánea.[94]

17.11 El derecho real de hipoteca

La hipoteca como derecho real confiere al acreedor hipotecario cuatro derechos: *a)* un *derecho a la posesión* del bien hipotecado, *b*) un *derecho de persecución*, *c*) un *derecho de venta* y *d*) un *derecho de preferencia en el pago*.

El *derecho de persecución* es propio de todo derecho real, mientras que el *derecho de venta* y el *derecho de preferencia* en el pago son inherentes solo a los derechos reales de garantía.[95]

a) Derecho a la posesión del bien hipotecado. El acreedor tiene *derecho a la posesión* del bien hipotecado, pero se trata de un derecho *eventual y diferido*. Como se ha precisado, en principio, la hipoteca es una garantía real sin desposesión del bien sobre el que recae. Sin embargo, cuando la obligación garantizada la incumple el deudor, surge en favor del acreedor el *jus possidendi* o el derecho a poseer el bien hipotecado. Por eso es un *derecho eventual*, porque depende del cumplimiento de la obligación que la hipoteca garantiza; es un *derecho diferido* porque se concede al acreedor hipotecario en un momento posterior al otorgamiento de la hipoteca, hasta que la obligación garantizada se haga exigible y se incumpla.

La *posesión jurídica* del bien hipotecado se traslada al acreedor hipotecario a partir del emplazamiento del constituyente de la hipoteca en el juicio especial hipotecario. Desde ese momento, el demandado adquiere el carácter de depositario judicial del referido bien (arts. 2896, 2897, fraccs. I y II, CCDF; 481 y 482, CPCDF).

Sin embargo, si el deudor no quiere aceptar la responsabilidad de depositario, deberá entregar desde ese momento la posesión material del bien hipotecado al acreedor hipotecario (actor) o al depositario que este nombre (art. 482, CPCDF),[96] "como si se tratase de un *interdic-*

[93] *Ibidem*, pp. 544-549.

[94] *Ibidem*, pp. 545 y 546.

[95] *Ibidem*, p. 378.

[96] **Artículo 476 (*Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Colima*):** "El deudor que no quiera aceptar la responsabilidad de depositario entregará desde luego la tenencia material de la finca al actor o al depositario que éste nombre."

to adispiscendi possesionis, que hace recordar al *interdicto salviano*, para entrar en posesión" del bien hipotecado.[97]

Antes del emplazamiento, el propietario del bien hipotecado tiene el derecho de usarlo y servirse de él (*jus utendi*), así como el derecho para percibir los frutos (*jus fruendi*).

No obstante, respecto del *arrendamiento del bien hipotecado*, el propietario del mismo tiene una doble restricción (art. 2914, CCDF):

- Tiene prohibido darlo en arrendamiento y "pactar pago anticipado de rentas, por un término que exceda a la duración de la hipoteca", sin consentimiento del acreedor.
- Si se trata de una hipoteca sin plazo cierto, tampoco puede arrendarlo ni estipular anticipo de rentas por más de un año si el inmueble es rústico; o bien, por más de dos meses, si el inmueble es urbano.

En ese sentido, la disposición contractual que prevea la duración del arrendamiento o el anticipo de rentas por un plazo que exceda el señalado por la ley será nula en la parte que sobrepase el expresado plazo.

En relación con los *frutos*, aquellos que han sido producidos antes de exigirse al deudor hipotecario el pago del crédito pertenecen a este, salvo pacto en contrario (art. 2897, CCDF).[98] En cambio, los frutos originados a partir de ese momento quedan afectos a la hipoteca (forman parte del *asiento de la hipoteca*).

En virtud de que, desde el emplazamiento, el deudor hipotecario adquiere el carácter de depositario judicial del bien hipotecado, habrá de formarse inventario de los frutos y objetos que deban considerarse parte de la garantía hipotecaria; para ello, el deudor queda obligado a facilitar la realización del inventario; en caso contrario, el juez le compelerá por los medios de apremio (art. 481, CPCDF).

El deudor hipotecario está facultado para hipotecar (art. 2901, CCDF) y enajenar (art. 2894, CCDF) el bien hipotecado. Por ello se ha señalado que el deudor hipotecario conserva en parte el *jus abutendi*.[99]

Por último, el acreedor hipotecario puede exigir que se *mejore o sustituya la hipoteca*, en el caso de que el bien hipotecado llegara a ser insuficiente para asegurar la deuda, aun cuando no haya habido culpa del deudor (art. 2907, CCDF). La disminución del valor del bien hipotecado habrá de sujetarse a la opinión de peritos (art. 2908, CCDF) y, una vez constatada la insuficiencia de la garantía, el deudor estará obligado a mejorarla o sustituirla dentro de los ocho días siguientes a la declaración judicial correspondiente; de lo contrario, el crédito

[97] Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 507.

[98] Sánchez Medal se refiere al emplazamiento del deudor al juicio hipotecario como el momento en el cual los frutos dejan de pertenecer al deudor hipotecario (p. 508).

[99] *Cfr.* Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 508.

hipotecario se dará por vencido de manera anticipada y procederá su cobro (arts. 2909 y 1959, fracc. III, CCDF).

b) Derecho de persecución. Como se señaló, el *derecho de persecución* es connatural a los derechos reales en general. En particular, tratándose de la hipoteca, este derecho confiere al acreedor hipotecario la facultad de *perseguir* el bien dado en garantía cuando ya un tercero lo tiene en su poder, con la finalidad de hacer efectiva la hipoteca que pesa sobre él.

En este sentido, la *acción hipotecaria* ha de entablarse contra el tercero que ha adquirido el bien y que, por tanto, tiene el carácter de *poseedor originario*. La acción hipotecaria tiene carácter persecutorio precisamente porque puede dirigirse contra el tercero adquirente. De acuerdo con el art. 2894 del CCDF, "los bienes hipotecados quedan sujetos al gravamen impuesto, aunque pasen a poder de tercero". Incluso, "cuando después de anotada la demanda en el Registro Público de la Propiedad y contestada ésta, cambiare el dueño y poseedor jurídico del predio, con éste continuará el juicio" (art. 12, CPCDF).

La *acción persecutoria* es una *acción real* que solo puede entablarse contra el tercero que ha adquirido a título particular el bien hipotecado, para lo cual se requiere que la hipoteca esté inscrita en el Registro Público de la Propiedad.

La acción que se intenta ejercer contra el tercero adquirente a título universal –como el heredero– no es, en sentido estricto, una *acción persecutoria*, sino una *acción hipotecaria* ordinaria, pues el heredero sustituye al deudor hipotecario de quien ha adquirido. En cambio, la acción ejercida contra el legatario es una *acción persecutoria* porque es adquirente a título particular del bien hipotecado y el crédito garantizado con la hipoteca es, en realidad, una deuda de la herencia, de la cual solo responde de manera subsidiaria.

Respecto del tercero *poseedor derivado*, como el *usufructuario*, *arrendatario*, *comodatario*, *depositario*, etc., no podrá ser demandado en *juicio hipotecario*. Como quedó señalado, solo cuando el tercero posee el bien *animus domini*, esto es, en *concepto de propietario*, puede ejercerse en su contra la *acción real persecutoria*.[100]

En particular, cuando el propietario del bien hipotecado ha transmitido la nuda propiedad a un tercero y se ha reservado el usufructo sobre el referido bien, ambos –nudo propietario y usufructuario–habrán de ser demandados.[101]

c) Derecho a la enajenación del bien hipotecado. Después del vencimiento del crédito, el acreedor hipotecario puede ejercer el derecho a realizar el valor del bien hipotecado. Este *derecho de venta* es inherente solo a los derechos reales de garantía[102] y puede ejercerse de manera *judicial* o *extrajudicial*.

[100] *Cfr.* Rafael Rojina Villegas, *op. cit.*, p. 590.

[101] Rojina Villegas considera que solo debe ser demandado el nudo propietario por ser adquirente y, por tanto, poseedor originario (Rafael Rojina Villegas, *op. cit.*, pp. 590 y 591).

[102] *Ibidem*, p. 378.

La *venta judicial*, como su nombre lo indica, es aquella decretada por el juez como consecuencia del juicio hipotecario que al efecto se ha tramitado, la cual se realiza en subasta pública.

No obstante, la venta también puede efectuarse por medio de subasta pública, pero sin que se haya promovido un juicio hipotecario previo cuando así lo hayan convenido las partes. Aunque esta última forma no está prevista en la legislación, nada obsta para que los contratantes la pacten conforme al principio de autonomía privada.[103]

El precio en que el bien hipotecado habrá de ser rematado puede ser establecido por las partes, de común acuerdo, en el propio acto del otorgamiento de la garantía hipotecaria o en cualquier momento posterior. De acuerdo con Rojina Villegas, "no hay ningún interés digno de protección jurídica especial que impida" esa clase de acuerdos, que se sustentan en el aludido principio de autonomía privada. Los "terceros no resultan perjudicados, porque pueden concurrir a la almoneda y allí hacer pujas o mejoras; si el precio es superior, se irá ampliando por la ley de la oferta y la demanda".[104]

El acreedor hipotecario puede participar como postor en el remate judicial del bien hipotecado, sin necesidad de exhibir ninguna cantidad para intervenir en dicho remate. De hecho, puede adjudicarse el bien si no concurren postores a la subasta.

El deudor hipotecario puede hacer valer *i*) todas las excepciones que tuviera el deudor principal en contra del acreedor hipotecario y, además, *ii*) las excepciones que el propio deudor hipotecario tuviera contra este.

La *venta extrajudicial*, aquella que se realiza sin necesidad de juicio previo y fuera de subasta, solo es posible cuando se ha convenido enajenar el bien hipotecado de esta forma. De acuerdo con el art. 488 del CPCDF, "la venta se hará de la manera que se hubiere convenido, y a falta de convenio, por medio de corredores". Para tal efecto, es indispensable fijar el precio de la enajenación al momento de exigir el pago, sin que sea posible establecerlo con anterioridad, mucho menos desde que se haya constituido la hipoteca (art. 2916, CCDF).

En la hipoteca está prohibido el *pacto comisorio*, que es el acuerdo por el cual, en caso de incumplimiento de la obligación garantizada, el bien hipotecado se adjudica al acreedor, sin necesidad de remate, por el precio establecido al constituirse la hipoteca.[105] No obstante, puede convenirse que se adjudique al acreedor el bien hipotecado en el precio determinado al exigirse la deuda –no al constituirse la hipoteca–, pero este convenio no puede perjudicar los derechos de terceros (art. 2916, segundo párrafo, CCDF). El *pacto comisorio* es diferente del *convenio sobre el valor del bien hipotecado* que servirá de base para el remate, el cual es válido; por ello, no deben confundirse ambas clases de acuerdo.[106]

[103] *Ibidem*, p. 606.

[104] *Idem*.

[105] *Cfr.* Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 509.

[106] *Idem*.



La señalada prohibición obedece a que la situación apremiante del deudor podría orillarlo a aceptar un precio muy inferior al valor real del bien hipotecado, para efectos de la adjudicación de dicho bien en favor del acreedor hipotecario, en caso de que se viera imposibilitado de satisfacer la deuda con oportunidad; de esta manera se le causaría una evidente afectación patrimonial.[107]

Sin embargo, parece haber una excepción a la invalidez del pacto comisorio en la hipoteca,[108] cuando se ha acordado entre las partes que el bien hipotecado se adjudique al acreedor en el precio fijado en el contrato, si el deudor no efectúa el pago dentro del plazo señalado en la sentencia judicial que condene al deudor o, en su defecto, en el plazo de cinco días posteriores al requerimiento que se le hiciere para cumplir de forma voluntaria la sentencia, siempre que además hubiere renunciado de manera expresa a la subasta (arts. 512 y 506, CPCDF).

Con el fin de establecer el precio del bien hipotecado al momento de exigirse el pago para efectos de la adjudicación de dicho bien al acreedor, se habrá de solicitar un avalúo, aplicando en lo conducente las reglas procesales del juicio hipotecario (arts. 488 y 486, CPCDF).

El *deudor* puede oponerse a la adjudicación si tuviere excepciones que hacer valer. La oposición se sustancia de manera incidental. Asimismo, los *acreedores hipotecarios* posteriores pueden oponerse a la adjudicación e incluso a la venta, en el caso de que la acción hipotecaria del acreedor preferente haya prescrito (art. 488, CPCDF).

d) Derecho de preferencia en el pago. La *preferencia en el pago* es peculiar de los *derechos reales de garantía*, lo cual significa que el valor de los bienes gravados se habrá de destinar al pago del crédito que garantiza, con preferencia respecto de ciertos acreedores.

El *derecho de preferencia* se concede al acreedor hipotecario en el contexto de un conflicto entre este y otros acreedores que afirman tener, a la vez, derechos de garantía de igual o diferente categoría que la hipoteca, para pagarse la referida garantía con el producto de la venta de los bienes.

En este sentido, los conflictos de preferencia tienen por objeto resolver la forma de distribuir el precio de la cosa hipotecada –o, en su caso, otorgada en prenda– entre los diversos acreedores que reclaman tener algún derecho sobre el producto de la venta de dicho bien; para ello, se establece el orden de prelación en que habrá de efectuarse el pago a los acreedores.[109]

La discusión respecto de cuál derecho de crédito habrá de pagarse con preferencia a los demás se dilucida en atención a la *clase de créditos* que se disputan la preferencia. Se trata de "determinar el grado de prelación en que debe ser pagado cierto acreedor hipotecario con el producto del remate de la cosa hipotecada".[110] De este modo, la solución será distinta si se

[107] *Cfr.* Rafael Rojina Villegas, *op. cit.*, p. 606.

[108] Según Sánchez Medal, "prácticamente se da cabida a la validez excepcional del pacto comisorio" en dicha disposición legal (Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 509).

[109] *Cfr.* Rafael Rojina Villegas, *op. cit.*, p. 593.

[110] *Idem.*

trata de un *conflicto entre diversos acreedores hipotecarios*, o *entre un acreedor hipotecario y otros acreedores de distinta categoría* (por ejemplo, *acreedores quirografarios* o *comunes*).[111]

Es preciso señalar que algunos créditos se cobran con preferencia al mismo crédito hipotecario, como los siguientes: *i*) los gastos del juicio respectivo y los que causen las ventas de esos bienes; *ii*) los *gastos necesarios* de conservación y administración de los mencionados bienes; *iii)* la deuda de seguros de los propios bienes, siempre que tales seguros consten de manera auténtica (arts. 2985, fraccs. I, II, III, y 2986, CCDF). Asimismo, se pagan antes que los créditos hipotecarios *iv)* los créditos de los trabajadores por salario o indemnizaciones del último año (arts. 2989, CCDF, y 123 constitucional).

En términos generales, el derecho a ser pagado con preferencia a los demás acreedores del deudor se dilucida con base en el crédito más antiguo (arts. 2977, 2982 y 2993, fracc. IX, CCDF).

La preferencia de la hipoteca respecto de otros créditos puede plantearse de cinco maneras diferentes:

- Durante la *ejecución de la sentencia* dictada en un procedimiento seguido por alguno de los acreedores; incluso, una vez efectuado el remate judicial del bien, pero antes de que la cantidad obtenida por la venta se entregue al acreedor ejecutante. Al efecto, el acreedor hipotecario podrá pedir que se retenga el precio de la venta si el crédito garantizado es exigible, o bien, que el precio en cuestión se imponga a satisfacción suya para que se realice el pago cuando el crédito sea exigible (art. 2910, segunda parte, CCDF).
- En *juicio especial hipotecario* de prelación. La vía especial hipotecaria es procedente para exigir la prelación de un determinado crédito hipotecario (art. 468, CPCDF).[112]
- En *tercería excluyente de preferencia*. El acreedor hipotecario también podría promover *tercería excluyente de preferencia* (art. 660, CPCDF), en la que habrá de dilucidarse sobre el mejor derecho que tiene como tercero respecto del procedimiento en que se pretende la ejecución del bien hipotecado, para ser pagado con el precio de la venta de tal bien. En concreto, el *acreedor hipotecario* "tiene derecho de pedir que se fije *cédula hipotecaria* y que el depósito se haga por su cuenta sin acumularse las actuaciones" (art. 663, CPCDF).

  La tercería excluyente de preferencia procede siempre que esté pendiente el pago al ejecutante (art. 664, CPCDF). En este caso, el procedimiento del juicio principal en que se interponga la tercería seguirá hasta la realización de los bienes embargados y se suspenderá el pago, el cual se hará al acreedor que tenga mejor derecho al definirse

[111] *Idem*.

[112] El art. 468 del CPCDF señala que se "tramitará en la vía especial hipotecaria todo juicio que tenga por objeto la constitución, ampliación, división, registro y extinción de una hipoteca, así como su nulidad, cancelación, o bien, el pago o prelación del crédito que la hipoteca garantice".



la tercería; mientras tanto, el precio de la venta se depositará a disposición del juez (art. 666, CPCDF).

- En un *concurso especial* de acreedores hipotecarios. En algunos estados de la República mexicana se prevé un *concurso especial* de acreedores hipotecarios que han sido garantizados con el mismo bien. En la Ciudad de México, esa clase de concurso desapareció al derogarse el art. 477 del CPCDF que lo preveía.

  No obstante, subsiste el deber del juez de notificar a los acreedores hipotecarios *anteriores* la tramitación del procedimiento hipotecario, para que manifiesten lo conducente, cuando la existencia de tales acreedores se advierta del propio contrato de crédito con hipoteca que sustenta la acción hipotecaria (art. 476, CPCDF). De esta manera, los acreedores hipotecarios estarán en condiciones de presentarse al procedimiento y deducir sus derechos.

  El *concurso especial* se abría a petición de alguno de los acreedores que se presentaran al procedimiento hipotecario, una vez que habían sido notificados, según lo contemplaba el referido art. 477 del CPCDF.

- En un *concurso ordinario* de acreedores. Los acreedores hipotecarios –y los acreedores pignoraticios– no necesitan entrar en concurso para cobrar sus créditos. Pueden deducir las acciones que les competan en virtud de la hipoteca –o de la prenda–, en los juicios respectivos, a fin de ser pagados con el valor de los bienes que garanticen sus créditos (art. 2981, CCDF).

  No obstante, si el concurso ha llegado al periodo en que deba pronunciarse sentencia de graduación sin que los acreedores hipotecarios –o los pignoraticios– hayan deducido sus acciones en los juicios correspondientes, el concurso hará vender los bienes y depositará el importe del crédito y de los réditos, observándose, en su caso, las disposiciones relativas a los ausentes (art. 2987, CCDF).

e) Otros efectos de la hipoteca. Los derechos que confiere la hipoteca al acreedor hipotecario pueden hacerse valer mediante la *acción hipotecaria*, la cual es factible tramitar en la vía especial hipotecaria con objeto de constituir, ampliar, dividir, registrar y extinguir la hipoteca, así como obtener su nulidad, cancelación o el pago o prelación del crédito que la hipoteca garantiza (art. 468, CPCDF).

17.12 La transmisión de la hipoteca

La hipoteca se transmite cuando se transmite, a la vez, el crédito que esta garantiza. La transmisión del crédito puede operar por *cesión* o por *subrogación*.

17.12.1 La cesión del crédito garantizado con hipoteca

Las reglas que rigen la *cesión de créditos* se aplican también a la *transmisión de la hipoteca*. Entre estas, cobran particular relevancia las siguientes: *a*) la cesión puede efectuarse sin el

consentimiento del deudor, a menos que la cesión esté prohibida, no lo permita la naturaleza del derecho o se haya convenido en no hacerla; en este último caso, la prohibición habrá de constar en el título constitutivo del derecho para que el deudor esté en condiciones de alegarla contra el cesionario (art. 2030, CCDF); *b*) se observarán para la *cesión* las mismas formalidades que se exigen para constituir la hipoteca (arts. 2031, 2917 y 2926, CCDF); *c*) la cesión comprende los derechos accesorios, como la hipoteca, y *d)* se presumen cedidos los intereses vencidos (art. 2032, CCDF); *e*) es menester notificar la *cesión* al deudor principal y al garante hipotecario, cuando este sea un tercero (arts. 2040, 2041 y 2926, CCDF); *f*) el cedente responde por la existencia o legitimidad del crédito, al tiempo de hacerse la cesión, y *g*) la cesión debe inscribirse en el Registro Público de la Propiedad para que produzca efectos frente a terceros (art. 2926, CCDF).

Cuando se trata de un *crédito a la orden* garantizado con hipoteca, puede transmitirse por endoso del título, sin necesidad de notificación al deudor ni de registro. En cambio, cuando la hipoteca garantiza *créditos al portador*, se puede transmitir por la simple entrega del título, sin ningún otro requisito.

Las *instituciones del sistema bancario mexicano*, las demás *entidades financieras* y los *institutos de seguridad social* pueden ceder sus créditos con garantía hipotecaria, *a*) sin necesidad de notificación al deudor, *b*) ni de escritura pública, *c*) ni de inscripción en el Registro, *d*) siempre que el cedente administre los créditos. En caso de que el cedente dejara de llevar la administración de los créditos, el cesionario solo notificará por escrito la cesión al deudor.

En los dos supuestos anteriores, la inscripción de la hipoteca en favor del acreedor original se considerará hecha en favor del cesionario, quien tendrá todos los derechos y acciones derivados de esta.

En opinión de Mazeaud, el acreedor hipotecario puede ceder la hipoteca a otro acreedor del mismo deudor, conservando su derecho de crédito intacto.[113] Incluso, la cesión de la hipoteca podría tener lugar aun cuando haya sido otorgada por un tercero, siempre que este no resulte afectado por agravarse su situación original.

17.12.2 La subrogación del crédito garantizado con hipoteca

La *transmisión de la hipoteca* también puede operar, como se señaló, por subrogación en los casos siguientes:

a) Cuando un acreedor paga a un acreedor hipotecario preferente.

> ***Ejemplo:*** Un acreedor hipotecario que tiene hipoteca en tercer lugar paga al acreedor hipotecario situado en primer lugar, por lo que se subroga en los derechos de este.

[113] *Cfr.* Henri Mazeaud, León Mazeaud y Jean Mazeaud, *op. cit.*, p. 310.

b) Cuando quien paga tiene interés jurídico en el cumplimiento de la obligación.

c) Cuando un heredero paga con sus propios bienes alguna deuda de la herencia.

d) Cuando quien adquiere un inmueble paga a un acreedor que tiene sobre él un crédito hipotecario anterior a la adquisición. En este caso, quien paga tiene interés jurídico en el cumplimiento de la obligación, en especial cuando existen hipotecas posteriores o embargos sobre el inmueble que adquirió.

17.12.3 La subrogación del crédito garantizado con hipoteca, otorgado por entidades financieras para la adquisición, construcción, remodelación o refinanciamiento relativo a bienes inmuebles

Un caso especial de *subrogación de créditos garantizados con hipoteca* está regulado en la *Ley de Transparencia y de Fomento a la Competencia en el Crédito Garantizado* (LTFCCG, del 30 de diciembre de 2002).

En esta ley se define el *crédito garantizado* como aquel que otorga *a*) una entidad, esto es, una empresa mercantil que habitualmente otorga esa clase de créditos *b*) para la adquisición, construcción, remodelación o refinanciamiento relativo a bienes inmuebles *c*) que están respaldados "con garantía real, ya sea a través de hipoteca, prenda, caución bursátil, fideicomiso de garantía o de cualquier otra forma". Se equiparan al *crédito garantizado* las operaciones de compraventa con reserva de dominio, arrendamiento con opción de compra y compraventa en abonos efectuadas por entidades, por lo que tales operaciones reciben el mismo tratamiento que las *garantías reales* señaladas con antelación.

En el caso de que un *crédito garantizado* se pague de manera anticipada con el importe de otro crédito otorgado por una entidad distinta, dicha entidad (*acreedor subrogado*) quedará *subrogada por ministerio de ley* en los derechos del *acreedor subrogante*; así, la garantía original y su prelación se mantendrán inalteradas, con la finalidad de evitar la constitución de una nueva garantía y los gastos inherentes a la misma (art. 15, LTFCCG).[114]

Esta disposición tiene su antecedente en el art. 2059 del CCDF, según el cual:

> Cuando la deuda fuere pagada por el deudor con dinero que un tercero le prestare con ese objeto, el prestamista quedará *subrogado por ministerio de la ley* en los derechos del acreedor, si el préstamo constare en título auténtico en que se declare que el dinero fue prestado para el pago de la misma deuda. Por falta de esta circunstancia, el que prestó sólo tendrá los derechos que exprese su respectivo contrato.

[114] De acuerdo con Pulliam (notario número 196 en la Ciudad de México), esa hipótesis encuadra en la novación y no en la subrogación, pues "se debe de pagar anticipadamente un crédito con la contratación de uno NUEVO, lo que implica la existencia de dos créditos: uno viejo que se extingue por pago y otro nuevo que se contrata para pagarlo" (Erick Salvador Pulliam Aburto, *Nuevas obligaciones en créditos de entidades financieras, Ley de Transparencia y de Fomento a la Competencia en el Crédito Garantizado de 2002*, Porrúa y Colegio de Notarios del Distrito Federal, México, 2003, pp. 41 y 42).

No es necesario que la subrogación de que trata la LTFCCG se formalice en escritura pública, pues será suficiente que se satisfagan los requisitos siguientes:

a) Que el *acreedor subrogante* emita una constancia del importe total del adeudo del crédito garantizado, que incluya la descripción pormenorizada de los conceptos que lo integran, calculado a la fecha en que se pretenda liquidar el adeudo.

b) Que al momento de pagar al *acreedor subrogante* la cantidad señalada en la constancia, se haga de su conocimiento que el referido pago se efectúa (con dinero prestado para el pago de la deuda, a fin de operar la subrogación y) mantener la garantía otorgada inalterada.

c) Una vez realizado el pago en cuestión, el *acreedor subrogante* carecerá de todo derecho para reclamar cualquier otro pago respecto del *crédito garantizado* de que se trate.

d) El documento que acredite el pago total del adeudo del *crédito garantizado* y el documento público o privado ratificado ante fedatario público en el que conste la *subrogación de acreedor*, se deben inscribir en el Registro Público de Comercio, en el folio electrónico del acreedor subrogante y del subrogado, así como en el folio real del inmueble que corresponda en el Registro Público de la Propiedad o en los registros especiales. Lo anterior, para que *surta efectos frente a terceros* y se *mantenga la anotación relativa al acto de subrogación* hasta en tanto subsista el gravamen correspondiente.

El problema que plantea la *subrogación* en el caso que se analiza es que el *acreedor subrogado* adquiere los derechos de crédito del *acreedor subrogante*, en los mismos términos en que se encuentran establecidos en la relación jurídica original; esto es, el monto del capital y los intereses (ordinarios y moratorios) adeudados, la tasa de interés, los plazos para su pago, etc., serán iguales.

No obstante, con la subrogación se busca en este caso que el acreditado tenga la posibilidad de obtener mejores condiciones de crédito con otras entidades financieras, en especial en cuanto a tasas de interés más bajas y plazos más convenientes. La mera subrogación no permite lograr lo anterior. En ese sentido, se ha recomendado proceder de dos maneras:

a) Celebrar un contrato de *apertura de crédito subrogatorio* para destinarse de manera expresa al pago del crédito, ratificar en ese mismo acto la *hipoteca* y realizar el *convenio modificatorio* del crédito subrogado respecto de la tasa de interés, el plazo del crédito y demás aspectos que se convengan.

b) Realizar la *cesión onerosa* del crédito y celebrar el convenio modificatorio en relación con la tasa de interés, el plazo del crédito y otros puntos adicionales.



17.13 Extinción de la hipoteca

La hipoteca se extingue por *vía directa*: esto es, por causas que afectan de manera directa la garantía real, o bien, por *vía indirecta*, como consecuencia de la extinción de la obligación principal garantizada.

17.13.1 Extinción directa

a) Remisión de la hipoteca. El acreedor hipotecario puede *remitir* la hipoteca sin extinguir la obligación principal (art. 2941, fracc. VI, CCDF). De hecho, el art. 2210 del CCDF señala que la condonación de las obligaciones accesorias deja subsistente la deuda principal. La remisión de la hipoteca es un negocio jurídico unilateral que produce efectos al momento de realizarse, sin que sea necesaria la concurrencia del deudor hipotecario; cuando este es un tercero, tampoco se requiere la aceptación del deudor principal. En principio, la remisión de la hipoteca habrá de constar en escritura pública.

b) Perecimiento o destrucción del bien hipotecado. Hay cuatro formas en que el bien hipotecado puede perecer (art. 2941, fracc. I, CCDF): *i*) por la destrucción material del bien; *ii*) porque el bien queda fuera del comercio; *iii)* porque resulta imposible localizar el bien, y *iv*) porque existe imposibilidad material para recuperar el bien, aunque se conozca el lugar en que se encuentra.

En el caso de que el bien hipotecado perezca parcialmente, la hipoteca subsiste sobre el resto; por ejemplo, cuando se destruye una edificación, la garantía hipotecaria permanece sobre el terreno.

En tales supuestos, cualquiera que haya sido la causa de la destrucción de la construcción –sea por caso fortuito, fuerza mayor o hecho atribuible al deudor hipotecario–, si se levantan las edificaciones, la hipoteca se extenderá a estas. El art. 2896, fracc. IV, del CCDF afirma que la hipoteca se extiende, aunque no se exprese, a "los nuevos edificios que el propietario construya sobre el terreno hipotecado, y a los nuevos pisos que levante sobre los edificios hipotecados". De hecho, es común demoler algunos edificios para construir otros; la hipoteca constituida originalmente sobre el inmueble comprende la nueva edificación, sin necesidad de convenirlo de manera expresa.

c) El caso del bien inmueble asegurado. Si el inmueble hipotecado está asegurado y se destruye, la hipoteca subsiste sobre los restos del inmueble, como se señaló; pero, además, la indemnización correspondiente al seguro queda afecta al pago del crédito garantizado (art. 2910, primera parte, CCDF).

Al respecto, se deben distinguir dos supuestos: *i)* si el crédito es exigible por ser de plazo cumplido, el acreedor puede pedir la retención del seguro; en cambio, *ii)* si el crédito todavía no es exigible, el acreedor puede solicitar que el importe del seguro "se imponga a su satisfacción, para que se verifique el pago al vencimiento del plazo" (art. 2910, segunda parte, CCDF).

Esta disposición es aplicable respecto del precio que se obtuviera en el caso de expropiación (ocupación por causa de utilidad pública) o venta judicial (art. 2910, última parte, CCDF).

Parece que Rojina Villegas es de la idea de que el acreedor hipotecario tiene derecho al seguro con independencia de que el bien haya estado asegurado al momento de constituirse la hipoteca o de que el seguro se haya contratado con posterioridad. Esto se debe a que "la indemnización del seguro es un valor patrimonial que reemplaza al valor de la cosa… como el deudor responde con todos sus bienes, el nuevo valor no es en beneficio suyo, sino que entra a formar parte de la garantía".[115]

d) Prescripción. Aun cuando existe "una regla que admite un término independiente de prescripción para la acción hipotecaria", en realidad esa regla debe matizarse para entender que prescribe, en principio, al mismo tiempo que prescribe el crédito que la hipoteca garantiza (art. 2941, fracc. VII, CCDF).[116]

> ***Ejemplo:*** Se garantiza con hipoteca un crédito derivado de servicios profesionales. Como este prescribe a los dos años desde que resulta exigible, en ese mismo tiempo prescribe la hipoteca, aunque exista disposición legal que establezca su prescripción a los 10 años.

No obstante, existe un caso en que la hipoteca podría prescribir antes que la prescripción del crédito garantizado con ella, cuando este crédito también está sujeto a un plazo de prescripción de 10 años. Esto ocurre en la hipótesis de que el acreedor ejerza solo la acción personal, sin intentar ejecutar la acción hipotecaria. Esta prescribirá transcurridos los 10 años desde que fue exigible, sin haberse promovido la acción hipotecaria.[117]

e) Extinción del derecho real objeto del gravamen. La hipoteca constituida sobre un derecho real inmueble se extingue de manera natural al extinguirse también el propio derecho real, pues la hipoteca solo durará mientras este subsista (art. 2903, primera parte, CCDF). Esta causa de terminación se concreta al hecho de que "se resuelva o extinga el derecho del deudor sobre el bien hipotecado" (art. 2941, fracc. III, CCDF).

No obstante, en el usufructo se presenta una *excepción especial de supervivencia* de la hipoteca[118] cuando el derecho real termina por voluntad del usufructuario, situación donde la "hipoteca subsistirá hasta que venza el tiempo en el que el usufructo hubiera concluido, al no haber mediado el hecho voluntario que le puso fin" (art. 2903, última parte, CCDF). Esta solución "tiene por objeto proteger al acreedor hipotecario contra un acto indebido o doloso del usufructuario",[119] según quedó explicado.

[115] Rafael Rojina Villegas, *op. cit.*, pp. 619 y 620.

[116] *Ibidem*, p. 620.

[117] *Idem.*

[118] *Idem.*

[119] Rafael Rojina Villegas, *op. cit.*, p. 622.

En relación con los demás derechos reales –salvo los de uso y habitación, que no son susceptibles de ser hipotecados–, la regla general es que si los derechos reales se extinguen "por culpa del que los disfrutaba, éste tiene obligación de constituir una nueva hipoteca a satisfacción del acreedor y, en caso contrario, a pagarle todos los daños y perjuicios" (art. 2903, segunda parte, CCDF).

f) Consolidación por confusión. La hipoteca se puede extinguir por *consolidación*, cuando el acreedor hipotecario adquiere la cosa hipotecada o el deudor propietario de la cosa hipotecada adquiere el crédito garantizado por la hipoteca. De esta manera, "al reunirse en una sola persona la propiedad y el derecho real de hipoteca, ésta se extingue".[120]

Ejemplos:

1. Entre los bienes de la herencia se encuentra un *crédito hipotecario* y uno de los coherederos es el *deudor hipotecario*. Si el coheredero adquiere por herencia el crédito hipotecario, la hipoteca constituida sobre el bien de su propiedad se extinguirá por confusión.
2. La *cosa hipotecada* forma parte de la masa hereditaria y uno de los coherederos es el *acreedor hipotecario*. Si el acreedor hipotecario hereda el bien hipotecado, la hipoteca se extingue.
3. El adquirente de un inmueble paga al acreedor que tiene sobre este un crédito hipotecario anterior a la adquisición. La hipoteca se extingue por confusión, porque el adquirente se subroga en los derechos del acreedor, entre los cuales están el crédito y la hipoteca.

En este último caso, cuando haya otros créditos garantizados con el mismo bien hipotecado, pero el adquirente no tiene el carácter de deudor principal, entonces la hipoteca no se extingue sino que el adquirente se subroga en el crédito hipotecario para discutir la preferencia a los demás acreedores. Como ha señalado Rojina, este es un supuesto de *hipoteca de propietario*.[121]

g) Expropiación. En el caso de expropiación del bien hipotecado (art. 2941, fracc. IV, CCDF), la indemnización sustituye al referido bien por una sustitución real; en este caso, el acreedor hipotecario tiene derecho a ser pagado con dicha indemnización.

Si el crédito es exigible por ser de plazo cumplido, el acreedor puede pedir la retención de la indemnización; si el crédito todavía no es exigible, el acreedor puede solicitar que el importe de la indemnización "se imponga a su satisfacción, para que se verifique el pago al vencimiento del plazo" (art. 2910, segunda parte, CCDF).

[120] *Ibidem*, p. 623.

[121] *Cfr.* Rafael Rojina Villegas, *op. cit.*, pp. 624 y 625; Henri Mazeaud, León Mazeaud y Jean Mazeaud, *op. cit.*, p. 308.

h) Venta judicial. Cuando se trata de la venta judicial de la cosa hipotecada (art. 2941, fracc. V, CCDF), el precio de la venta sustituye al referido bien por una sustitución real. El acreedor hipotecario tiene derecho a ser pagado con dicha indemnización.

Al respecto, se aplican las mismas reglas que en los casos de un bien asegurado o expropiado, según se refiera a un crédito exigible o a un crédito que todavía no lo es.

17.13.2 Extinción indirecta o por vía de consecuencia

La hipoteca se extingue como consecuencia de la extinción de deuda principal garantizada: por pago, compensación, confusión, remisión, novación, nulidad, resolución o rescisión, prescripción liberatoria, etc. No obstante, esta regla general presenta dos excepciones, tratándose de la *novación* y del *pago con subrogación*.

En el caso de la *novación*, cuando el mismo deudor principal otorgó la hipoteca, el acreedor puede impedir la extinción de las obligaciones accesorias por una *reserva expresa* que al efecto realice (art. 2220, CCDF). Sobre el particular, Rojina Villegas entiende que la reserva expresa realizada por el acreedor es insuficiente para que las obligaciones accesorias pasen a la nueva relación, pues para ello es menester la concurrencia del deudor.[122]

Cuando quien constituye la garantía hipotecaria –o prendaria– es un tercero, debe consentir en la novación y aceptar que la garantía pase a la nueva obligación. Y es que el "acreedor no puede reservarse el derecho de prenda o hipoteca de la obligación extinguida, si los bienes hipotecados o empeñados pertenecieren a terceros que no hubieren tenido parte en la novación" (art. 2221, primera parte, CCDF). La misma regla aplica para la fianza: se requiere el consentimiento del fiador para que la fianza garantice la nueva obligación (art. 2221, segunda parte, CCDF).

En estos supuestos no se produce la *supervivencia de la hipoteca*, sino que se constituye una nueva garantía: la hipoteca debe constar en escritura pública e inscribirse en el Registro Público de la Propiedad para que surta efectos frente a terceros.

El *pago con subrogación* es una forma de transmitir el crédito y sus derechos accesorios, como la hipoteca. Este efecto se produce, precisamente, por la subrogación legal que comporta el pago efectuado por un tercero.

Por último, la hipoteca que se ha extinguido por *dación en pago* resurgirá si el pago queda sin efecto cuando la cosa dada se pierde por culpa del deudor, si está todavía en su poder o el acreedor sufre la pérdida de la cosa por evicción (art. 2942, CCDF). En este supuesto, si la inscripción de la hipoteca en el Registro Público de la Propiedad se cancela, resurgirá desde la fecha de la nueva inscripción, pero queda a salvo el derecho del acreedor para ser indemnizado por el deudor de los daños y perjuicios que se le hubieran causado (art. 2943, CCDF).

[122] *Cfr.* Rafael Rojina Villegas, *op. cit.*, p. 616.

Autoevaluación

1. Defina la hipoteca.
2. Explique en qué consistía la *fiducia cum creditore*.
3. ¿En qué casos podría calificarse la hipoteca como un contrato principal?
4. Escriba tres diferencias entre la prenda y la hipoteca.
5. ¿En qué consiste la cédula hipotecaria del derecho alemán?
6. Explique la deuda inmobiliaria del derecho alemán.
7. ¿Cómo se constituye la hipoteca por testamento?
8. Explique el caso de la hipoteca constituida por el propietario aparente.
9. ¿Qué requisitos se deben satisfacer para hipotecar bienes de un menor o una persona con discapacidad?
10. ¿En qué supuestos la hipoteca puede recaer sobre bienes muebles?
11. ¿En qué consiste el asiento de hipoteca?
12. Precise a quién pertenecen los frutos producidos por los bienes otorgados en garantía, en la hipoteca.
13. Señale tres clases de bienes que no pueden ser hipotecados.
14. Explique cómo se constituye la hipoteca sobre un bien en copropiedad.
15. ¿Qué se requiere para dar en hipoteca bienes litigiosos?
16. Explique en qué consiste la hipoteca sobre el derecho de superficie.
17. ¿En qué consiste la hipoteca de la hipoteca?
18. ¿Qué clase de bienes son objeto de la hipoteca marítima?
19. Explique qué clase de bienes comprende la hipoteca de empresa.
20. ¿En qué consiste la hipoteca de seguridad?
21. ¿Cuál es la finalidad económica de la hipoteca de propietario?
22. ¿En qué consiste la hipoteca inversa?
23. Explique cuáles son los efectos jurídicos de la prórroga de la hipoteca.
24. ¿Cuáles son los principios de la hipoteca? Explíquelos.
25. ¿Qué tratamiento recibe la hipoteca solidaria?
26. ¿Cuáles son los derechos que confiere la hipoteca al acreedor hipotecario?

27. ¿En qué consiste el derecho de persecución?

28. ¿Qué es el pacto comisorio en la hipoteca?

29. ¿De qué manera se ejerce el derecho de preferencia que confiere la hipoteca al acreedor hipotecario?

30. ¿En qué supuestos se produce la subrogación del crédito garantizado con hipoteca?

31. Escriba tres formas como la hipoteca puede extinguirse. Explíquelas.

32. ¿En qué plazos prescribe la hipoteca?

33. ¿En qué consiste la extinción de la hipoteca por confusión?

34. ¿En qué casos podría resurgir la hipoteca que ha quedado extinguida?

18 capítulo

PARTE 8: LOS CONTRATOS DE AFIRMACIÓN DE DERECHOS

Contrato de transacción

Propósitos

Al finalizar el capítulo, el alumno identificará con precisión los rasgos que caracterizan el contrato de *transacción*, las modalidades que presenta en la práctica, su contenido obligacional, los efectos jurídicos que produce y la manera como termina.

18.1 Concepto

El contrato de transacción es aquel por virtud del cual se acuerda realizar concesiones recíprocas entre las partes, con la finalidad de terminar una controversia presente o prevenir una futura.

El art. 2944 del *Código Civil para el Distrito Federal* (CCDF) define la transacción como el "contrato por el cual las partes haciéndose recíprocas concesiones, terminan una controversia presente o previenen una futura".

La transacción se inscribe dentro del grupo de contratos que tienen como finalidad *eliminar o prevenir una situación jurídica controvertida*, entre los cuales están, además, el *contrato de decisión por suerte* y los *acuerdos para solucionar controversias por medios alternos* (conciliación, mediación y arbitraje).

Los elementos que permiten identificar el contrato de transacción son: *a)* una *situación jurídica controvertida* o susceptible de serlo, *b)* la *eliminación o prevención* de dicha situación jurídica y *c)* las *concesiones recíprocas* que con esa finalidad realizan las partes.

La transacción se sustenta en dos columnas fundamentales: la *composición de la controversia* actual o eventual, la cual tiene el carácter de *elemento funcional*, y las *concesiones recíprocas*, que son el *elemento instrumental*.[1] La primera es el *efecto* que las partes pretenden obtener por la transacción, mientras la segunda es el *instrumento* por medio del cual se obtiene dicho resultado.

[1] *Cfr.* Silvia Tamayo Haya, *El contrato de transacción*, Thomson y Civitas, Madrid, 2002, p. 53.

La *función económica* de la transacción es, precisamente, la *conclusión* o la *prevención* de una *situación jurídica controvertida*, que permite *afirmar* los derechos de las partes objeto de la controversia. Su importancia estriba en que evita o reduce los inconvenientes que los procesos judiciales producen, como la erogación de gastos y honorarios de abogados; las molestias que resienten las partes e, incluso, terceros; los riesgos que el propio procedimiento judicial implica (la duración del litigio, la apreciación de las pruebas, la incertidumbre de la decisión final, etcétera).

La transacción *modifica* una *situación jurídica controvertida* o que es susceptible de serlo, la cual en lo sucesivo quedará fuera de discusión[2] justo porque las partes establecen así, de forma definitiva, la manera como obtendrán la satisfacción de los intereses que habrían estado sometidos a controversia. La referida *modificación* puede surtir *efectos novatorios* o solo *modificatorios*, como se verá más adelante.

La *situación jurídica controvertida*[3] comprende cualquier *controversia actual* o *eventual* respecto de un derecho o una relación jurídica determinada, en la medida en que sea susceptible de transacción.

El rasgo que caracteriza la transacción y la diferencia de los demás actos o contratos que ponen fin a una determinada controversia consiste en las *concesiones recíprocas* que las partes hacen para concluir la controversia o prevenirla.[4, 5] En este aspecto está la *esencia* de la transacción.[6]

18.2 Clasificación

La transacción es un contrato *principal* y *bilateral* por cuanto genera derechos y deberes para ambas partes; de hecho, requiere que las partes realicen concesiones de manera recíproca, al resolver la controversia presente o prever la solución de una controversia futura. Es un contrato *sinalagmático*, aun cuando las prestaciones o las concesiones recíprocas que deriven de la transacción no tuvieran equivalencia económica entre ellas, pues bien podrían tener diferente importancia o cuantía.

Es también un contrato *oneroso*, al producir gravámenes y provechos recíprocos. En el supuesto de que solo una de las partes hiciera concesiones a la otra, se trataría de un negocio

[2] *Cfr.* Ramón Sánchez Medal, *De los contratos civiles*, 25ª ed., Porrúa, México, 2013, p. 515.

[3] Hemos preferido utilizar la expresión *situación jurídica controvertida* en lugar de *relación jurídica controvertida*, porque las partes no siempre están previamente vinculadas por una relación jurídica específica, como cuando se discute la propiedad de un determinado inmueble, por ejemplo (*cfr.* Silvia Tamayo Haya, *op. cit.*, p. 81).

[4] Jorge Alfredo Domínguez Martínez, *Derecho civil. Contratos*, 4ª ed., Porrúa, México, 2011, p. 791; Miguel Ángel Zamora y Valencia, *Contratos civiles*, 13ª ed., Porrúa, México, 2012, p. 445.

[5] TRANSACCIÓN, CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO DE. Quinta época. Registro: 348263. Tercera Sala. Tesis aislada. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*. Tomo LXXXVII. Materia(s): Civil. Tesis: Página: 1261.

[6] Jorge Alfredo Domínguez Martínez, *op. cit.*, p. 796.

jurídico distinto. En opinión de Ramón Sánchez Medal, esa clase de acuerdos correspondería a un desistimiento, un allanamiento o, incluso, una confesión.[7]

Se trata de un contrato *formal* (debe constar por escrito, por tratarse de un contrato cuya finalidad es la definición de una controversia jurídica), de *ejecución instantánea* o *diferida*, además de *conmutativo*, aunque también podría tener carácter *aleatorio* cuando "la prestación de alguna de las partes no pueda precisarse con certeza desde el momento de la celebración del contrato".[8]

18.3 Tipos de transacción

a) Transacción judicial y transacción extrajudicial. La transacción se divide en *judicial* o *extrajudicial*. La primera se celebra ante la autoridad judicial para concluir un litigio o prevenir una controversia. El juez recibe la ratificación del contrato (contenido y firmas), lo aprueba y reconoce el carácter de cosa juzgada de la transacción. En cambio, la segunda se concreta por las partes en lo particular o, en su caso, ante notario público para solucionar una controversia (aunque no haya sido planteada todavía a los tribunales) o prevenirla.

En realidad, la transacción es obra exclusiva de las partes y, para que produzca efectos procesales, debe presentarse al juez que entiende del litigio que se concluirá por medio de ese contrato. En ese sentido, en cuanto a su celebración, la transacción es siempre extrajudicial, pero puede producir efectos judiciales o extrajudiciales.[9]

b) Transacción pura (o particional) y transacción compleja. La *transacción pura* o *particional* se refiere al objeto mismo de la controversia, por lo cual sus efectos son *declarativos* respecto del *reconocimiento de derechos* y, a la vez, *extintivos* en relación con la *renuncia de derechos*. El art. 2961 del CCDF dispone que "por la transacción no se transmiten sino que se declaran o reconocen los derechos que son el objeto de las diferencias sobre [las] que ella recae".

En cambio, la *transacción compleja* involucra bienes o derechos distintos de los que han sido objeto de la controversia, por lo cual tiene, además, *efectos traslativos* de dominio o de uso, según corresponda.

18.4 Diferencias con figuras afines

1. Actuaciones procesales que ponen fin al litigio. Entre las actuaciones procesales que ponen fin al litigio están el *desistimiento de la acción*; el *allanamiento* a las pretensiones del actor y eventualmente del demandado, cuando este reconviene, y la *confesión judicial*.

[7] Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*

[8] Miguel Ángel Zamora y Valencia, *op. cit.*, p. 446.

[9] *Cfr.* José Castán Tobeñas, *Derecho civil español, común y foral*, t. IV, 14ª ed., Reus, Madrid, 1988, p. 822.

Las actuaciones mencionadas se diferencian de la transacción en que esta se concluye con una controversia presente que podría haberse planteado o no en procedimiento judicial, o previene una controversia futura. Además, en la transacción, las partes se efectúan concesiones recíprocas que, de hecho, son la causa de la conclusión de la controversia.

En cambio, el *desistimiento*, el *allanamiento* y la *confesión judicial* solo pueden tener lugar en el procedimiento judicial que parte de la controversia y, por tanto, es requisito indispensable que la misma se haya planteado ante algún órgano jurisdiccional. En esta clase de actuaciones procesales solo una de las partes hace concesiones a la otra, sin que haya concesiones recíprocas.

2. El contrato de decisión por suerte. Es el contrato por virtud del cual "dos o más personas convienen en que se resuelva por suerte un asunto cuestionado entre ellas o en que están interesadas".[10]

Igual que la transacción, este contrato tiene como finalidad terminar o evitar una controversia jurídica, solo que las partes determinan y fijan el derecho que les corresponde por medio de la suerte.

La decisión por suerte puede ser legal o convencional: en el *sistema de comercio de bienes y servicios mediante la integración de grupos de consumidores*, una de las formas como la sociedad administradora del sistema adjudica los bienes o servicios objeto del *contrato de financiamiento por ahorro previo* (o *autofinanciamiento*) de manera periódica es por medio del sorteo. Además, la decisión por suerte podría emplearse, por ejemplo, para determinar las porciones de un inmueble que serán adjudicadas a cada copropietario al dividirse la copropiedad; para repartir los distintos bienes de una herencia; para distribuir entre los socios los lotes resultantes del desarrollo urbano de un determinado predio, etcétera.

Este contrato obliga a las partes "a prestar la actividad encaminada a la verificación del sorteo" y observar el resultado.[11] No obstante, las partes podrían acudir a un procedimiento aleatorio distinto para obtener la solución por medio de la suerte.

En México, este contrato está previsto en el art. 2771 del CCDF, según el cual, cuando "las personas se sirvieren del medio de la suerte, no como apuesta o juego, sino para dividir cosas comunes o terminar cuestiones, producirá, en el primer caso, los efectos de una participación legítima, y en el segundo, los de una transacción".

3. Los acuerdos para solucionar controversias por medios alternos. Los convenios relativos. La *mediación*, la *conciliación*, el *arbitraje* son, junto con el *proceso jurisdiccional*, formas de *heterocomposición de conflictos*. Dicho fenómeno se caracteriza por la participación de un tercero ajeno a la controversia, sin interés propio en ella, que intenta darle solución.[12] Las tres primeras se conocen como *medios alternativos de solución de controversias*. El contrato

[10] José Castán Tobeñas, *op. cit.*, p. 813.

[11] *Ibidem*, p. 814.

[12] *Cfr.* José Ovalle Favela, *Teoría general del proceso*, 4ª ed., Oxford University Press, México, 1998, p. 25.

de *transacción* y los *acuerdos para solucionar controversias por medios alternos* (mediación, conciliación y arbitraje) forman parte del grupo de negocios jurídicos cuya finalidad es la *eliminación de una situación jurídica controvertida.*

a) El acuerdo de mediación o conciliación. La *mediación* y la *conciliación* están reguladas en la legislación de algunas entidades federativas, como la *Ley de Justicia Alternativa del Estado de Colima* y la *Ley de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia para el Distrito Federal* (LJADF), que solo prevé la mediación.

El rasgo fundamental de la mediación y la conciliación estriba en que es la voluntad de las partes la que, al final, solucionará el litigio, lo que ha otorgado a estas figuras una posición intermedia entre la autocomposición[13] y la heterocomposición.[14]

El *derecho a la tutela jurisdiccional* es un derecho subjetivo del gobernado que tiene un *deber jurídico* correlativo a cargo del Estado, el cual le obliga a resolver las controversias que se planteen ante los tribunales. *Esto, sin embargo, no implica que las partes tengan prohibido convenir la solución de sus conflictos o establecer los medios y los procedimientos que al respecto pacten, siempre que sean lícitos.*

Las figuras que la legislación de la Ciudad de México prevé para recoger la voluntad de las partes respecto de la solución de sus conflictos, que son el resultado de procesos de negociación, conciliación o mediación, son los *convenios privados*, los *convenios ante mediador* (*público o privado certificado*), los *convenios judiciales* y las *transacciones.*

Los *convenios ante mediador públic*o o *ante mediador privado certificado* deben constar por escrito y contener, entre otros datos, los antecedentes del conflicto, las declaraciones pertinentes y las obligaciones de dar, hacer o no hacer que acuerden los *mediados* (arts. 35 y 50, LJADF). Asimismo, necesitan ratificarse ante el director general, director o subdirector de Mediación del Centro Estatal de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, en los términos del art. 38 de la LJADF, para que tengan fuerza de *cosa juzgada* y proceder a su ejecución en la *vía de apremio*, en caso de incumplimiento.

Los *convenios privados* son aquellos celebrados por los particulares sin la intervención de un mediador público o privado certificado, los cuales contienen las reglas que los propios particulares "establecen para efecto de encontrar una solución" a la controversia (art. 2, fracc. II, LJADF). Esta clase de convenios carecen de eficacia suficiente para proceder a su ejecución sin necesidad de sujetarse a un procedimiento contencioso previo en el que se demande el cumplimiento del convenio y se escuche a la parte que lo incumplió.

En el caso de que en los convenios señalados en los párrafos anteriores las partes se hagan recíprocas concesiones, tales convenios tendrán la naturaleza de una transacción.

[13] La autocomposición consiste en la renuncia a la propia pretensión o en la sumisión a la pretensión de la contraparte (José Ovalle Favela, *op. cit.*, p. 16). En esa forma de solucionar los conflictos se encuentran el desistimiento, el perdón del ofendido, el allanamiento y la transacción.

[14] *Cfr.* José Ovalle Favela, *op. cit.*, p. 26.

Los jueces deben informar a las partes sobre las características y las ventajas de la *mediación* (art. 55, tercer párrafo, CPCDF).

Asimismo, los *conciliadores adscritos* a los juzgados están facultados para intentar lograr el avenimiento entre las partes en todo tiempo, antes de dictar sentencia definitiva (art. 55, segundo párrafo, CPCDF). En especial, los conciliadores habrán de procurar la conciliación entre las partes, en la audiencia previa y de conciliación, la cual debe desarrollarse después de contestada la demanda o, en su caso, la reconvención (en los 10 días siguientes), como lo establecen los arts. 55 y 272-A del CPCDF.

En las *controversias del orden familiar*, el juez debe exhortar a los interesados a lograr un avenimiento, resolviendo sus diferencias mediante un convenio con el que se evite la controversia o se termine el procedimiento (art. 941, último párrafo, CPCDF).

b) El acuerdo de arbitraje. El contrato de *transacción* y el *acuerdo de arbitraje* (o *compromiso arbitral*) se diferencian en que el primero permite concluir una controversia presente o prevenir una controversia futura, mientras que el segundo no se refiere a la terminación de una controversia, sino a la sujeción de las partes al arbitraje en caso de surgir alguna controversia entre ellas, derivada de la relación jurídica que las partes precisan en el acuerdo respectivo, con lo cual excluyen la competencia del órgano jurisdiccional en el conocimiento de la controversia en cuestión, que habrá de decidir el árbitro. El acuerdo arbitral suele adoptar la forma de una simple *estipulación* en un contrato.

4. El convenio de división de la cosa común. La división de la cosa común no es, necesariamente, una forma de concluir una controversia, pues el convenio respectivo puede tener una causa distinta de esta: los copropietarios concluyen la copropiedad de común acuerdo, por medio de la adjudicación a cada uno de porciones concretas de la cosa común, en sustitución de la parte alícuota que les corresponde sobre el referido bien, sin que haya surgido conflicto alguno entre ellos.

No obstante, la división de la copropiedad podría ser parte del contenido (y de los efectos) de un contrato de transacción celebrado entre los copropietarios, precisamente para concluir la controversia que sobre la referida división se hubiera presentado.

18.5 Las partes contratantes en la transacción

Las partes en el contrato de transacción adoptan, por lo general, la denominación que les corresponde según la clase de relación jurídica que haya dado lugar a la controversia: acreedor-deudor, vendedor-comprador, arrendador-arrendatario e, incluso, actor-demandado cuando se trata de una transacción judicial. Domínguez ha propuesto que a las partes se les denomine *transigentes* o *transaccionistas*.[15]

[15] Jorge Alfredo Domínguez Martínez, *op. cit.*, p. 791.

Las personas que transigen requieren tener *legitimación* para celebrar la transacción; esto es, deben contar con la propiedad de los bienes o la titularidad de los derechos objeto de la transacción para que esta tenga lugar.

La transacción es considerada un *acto de dominio* (*transigere est alienare*) porque comporta, por lo menos, la disposición de bienes o derechos que forman parte del patrimonio de quien transige. Las concesiones recíprocas consistentes en el *reconocimiento* de los derechos ajenos y la *renuncia* de los derechos propios son un *acto de disposición*.[16]

En este sentido, solo puede transigir quien tenga la *libre disposición* de los *derechos controvertidos* que serán objeto de la transacción.

El *tutor* requiere licencia judicial para transigir o comprometer en árbitros los negocios del discapaz (arts. 566 y 2946, CCDF), y cuando el objeto de la reclamación consista en bienes inmuebles, muebles preciosos o valores mercantiles o industriales cuya garantía exceda 2 500 veces la Unidad de Cuenta de la Ciudad de México, el tutor requiere, además, el consentimiento del curador y la aprobación judicial habrá de otorgarse, en tales supuestos, con audiencia de este (art. 568, CCDF).

Los *ascendientes* y *tutores* solo pueden transigir en nombre de las personas que estén bajo su guarda, cuando "la transacción sea necesaria o útil para los intereses" de estos, previa licencia judicial (art. 2946, CCDF).

Estas mismas reglas se aplican al *representante del ausente*, cuando pretenda transigir o comprometer en árbitros los negocios de su representado (art. 660, CCDF).

El *albacea* necesita el consentimiento de los herederos para transigir o comprometer en árbitros los negocios de la *herencia* (art. 1720, CCDF).

Para que el *mandatario* o el *apoderado* pueda transigir en representación del *mandante* o *poderdante*, requiere *poder o cláusula especial* (art. 2587, fracc. II, CCDF). En opinión de Domínguez, la *facultad de transigir* se entenderá conferida al otorgarse *poder general para pleitos y cobranzas*, cuando se señale que quedan comprendidas "todas las facultades generales y las especiales que requieran cláusula especial conforme a la ley", en los términos de los arts. 2554 y 2587 del CCDF.[17]

18.6 El objeto en la transacción

El objeto de la transacción es doble: por una parte, la *situación jurídica controvertida*, esto es, el *derecho* o la *relación jurídica controvertida* o susceptible de serlo; por otro, las *concesiones recíprocas* por cuanto al objeto propio de estas.

[16] *Ibidem*, pp. 792 y 796.

[17] *Cfr.* Jorge Alfredo Domínguez Martínez, *op. cit.*, p. 796.

1. La situación jurídica controvertida. El objeto de la transacción consiste en una *situación jurídica controvertida* que ha surgido o es susceptible de surgir entre las partes, respecto de un *derecho* o una *relación jurídica* que las vincula.

La existencia de una *situación jurídica controvertida* es, como se precisó, un elemento de la transacción que determina la *finalidad económica* de esta clase de contratos; finalidad que es precisamente la conclusión de una *controversia actual* o la prevención de una *controversia eventual* por medio de *concesiones recíprocas*, datos ambos que diferencian la transacción de otras figuras jurídicas.

En este sentido, si el *derecho* o la *relación jurídica* no estuvieran *controvertidos* o no fueran susceptibles de serlo, el contrato gozará de una naturaleza jurídica distinta de la transacción.[18]

La pregunta que aflora a partir de este elemento de la transacción es si se refiere a derechos dudosos (*res dubia*) o si es suficiente que exista controversia respecto de estos (*res litigiosa*). El asunto ha sido discutido por sendas posiciones doctrinales: la teoría de la *res dubia* y la teoría de la *res litigiosa*, a las que se ha sumado una tercera corriente de carácter mixto.

***a) La teoría de la* res dubia.** Esta teoría considera que la transacción debe tener como presupuesto necesario un derecho dudoso o incierto.[19] La duda o la incertidumbre puede referirse a la existencia o al alcance de un derecho, a la razón jurídica que pueda asistirle a las partes, al resultado del proceso judicial, a la incertidumbre respecto de la regulación de una determinada relación jurídica, etcétera.[20]

Esta corriente doctrinal está dividida entre quienes sostienen un enfoque objetivo de la duda y aquellos que parten de la duda subjetiva.

La teoría de la *duda objetiva* exige que la incertidumbre recaiga sobre el soporte legal de las pretensiones de las partes. La duda se refiere, en este enfoque, a la regulación jurídica de la situación controvertida; esto es, si está o no regulada y, en su caso, de qué manera o con qué alcance.

En cambio, la teoría de la *duda subjetiva* pone énfasis en los sujetos: es suficiente que estos consideren dudoso el derecho o la relación jurídica en disputa, sin importar el grado de incertidumbre en que se encuentran. Esta corriente afirma que debe atenderse el punto de vista de las partes, dado que no son personas conocedoras del derecho. Es intrascendente, por tanto, que la situación concreta no resulte dudosa para un especialista en la ciencia jurídica.[21]

La doctrina se ha inclinado por la incertidumbre subjetiva, pero insiste en que debe tratarse de una duda racional o creíble.[22]

[18] *Cfr.* Miguel Ángel Zamora y Valencia, *op. cit.*, p. 448.

[19] *Cfr.* Luis Rafael Rivera Rivera, *El contrato de transacción. Sus efectos en situaciones de solidaridad*, Jurídica Editores, San Juan, Puerto Rico, 1998, p. 37.

[20] *Cfr.* Silvia Tamayo Haya, *op. cit.*, p. 82.

[21] *Ibidem*, p. 84.

[22] *Idem*.

b) La teoría de la **res litigiosa.** Para esta teoría, la transacción solo requiere la existencia de una *controversia* o *situación litigiosa*, aunque no haya sido planteada ante los tribunales, sin que sea necesario que las partes tengan incertidumbre respecto del derecho discutido.[23]

La idea de la *res litigiosa* superó la tesis de la *res dubia* porque amplió el ámbito de la transacción para quienes se encuentran en una situación de controversia o litigio, aunque no exista duda sobre sus derechos.[24] La situación litigiosa se convierte, entonces, en la única condición necesaria para la transacción.[25]

En realidad, las partes transigen por motivos diversos a los relacionados con la duda sobre su derecho. La transacción elimina el litigio, mientras que la desaparición de la incertidumbre queda reservada al ámbito de las intenciones y los motivos.[26]

c) La teoría mixta. La teoría mixta tiene parentesco cercano con la teoría de la *res litigiosa*. De acuerdo con quienes la han planteado, la duda o incertidumbre tiene cabida en la transacción, pero mediante la controversia que la genera. Lo esencial es que la transacción concluye "una controversia que nace precisamente del conflicto de pretensiones de las partes sobre la regulación jurídica de la situación existente entre ellas", aunque pueden estar de acuerdo en este punto y, sin embargo, transigir.[27]

En México, la doctrina mayoritaria ha acogido la teoría de la *res dubia*. De acuerdo con Sánchez Medal,[28] para la eficacia de la transacción basta que haya *incertidumbre subjetiva* respecto de los *derechos controvertidos*, sin que sea menester la presencia de una *incertidumbre objetiva*. Esto significa que es suficiente que las partes consideren controvertido o dudoso el derecho discutido, aunque no lo sea desde una estricta perspectiva jurídica. De ahí que las partes, en principio, están impedidas para sostener el *error de derecho* sobre la existencia de la controversia e impugnar la validez de la transacción.

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) sostuvo, al resolver la contradicción de tesis 78/98 (noviembre del 2000), que la transacción "supone la existencia o incertidumbre de un derecho dudoso, de un derecho discutido o susceptible de serlo".[29]

No obstante, desde nuestra perspectiva, el CCDF adopta la teoría de la *res litigiosa* y no la de la *res dubia*, como se ha entendido. De hecho, la definición legal de transacción se relaciona de manera expresa con la *solución o prevención de una controversia*, sin referir el asunto de la *incertidumbre* sobre los derechos cuestionados.

[23] *Ibidem*, p. 101.

[24] *Ibidem*, p. 41.

[25] *Ibidem*, p. 101.

[26] *Ibidem*, pp. 101 y 102.

[27] Gullón, citado por Silvia Tamayo Haya, *op. cit.*, pp. 102 y 103.

[28] Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 519.

[29] TRANSACCIÓN, CONTRATO DE. TIENE CALIDAD DE COSA JUZGADA Y ES PROCEDENTE SU EJECUCIÓN EN LA VÍA DE APREMIO. Novena época. Registro: 190243. Primera Sala. Jurisprudencia. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Tomo XIII, febrero de 2001. Materia(s): Civil. Tesis: 1a./J. 41/2000. Página: 55.

A diferencia de este, los códigos civiles de 1870 y 1884 siguieron la teoría de la *res dubia*. El art. 3151 del Código Civil de 1884 (similar al art. 3291 del Código Civil de 1870) definió la transacción como el contrato por el que las partes, dando, prometiendo o reteniendo algo, terminan una controversia presente o previenen una futura. La doctrina de la época entendió que la transacción debía recaer sobre un *derecho dudoso*, porque si se abandonaba un *derecho indiscutible*, no habría transacción sino donación. No obstante, era suficiente la presencia de la más ligera duda, aunque solo fuera para los interesados y no para las personas versadas en la ciencia del derecho,[30] con lo cual se desarrolló un *concepto subjetivo de la duda*.

Por otra parte, los *derechos controvertidos* objeto de la transacción deben estar en el comercio y ser susceptibles de enajenarse o renunciarse (art. 2955, CCDF). En este sentido, la transacción no puede tener por objeto cualquier tipo de derecho o de relación jurídica controvertida. Veamos:

- La transacción no puede recaer sobre delito, dolo y culpa futuros (art. 2950, fracc. I, CCDF), ni sobre la *acción civil* derivada de un delito o culpa futuros (art. 2950, fracc. II, CCDF). Sin embargo, está permitida respecto de "la *acción civil* proveniente de un delito" que ya se ha cometido, pero sin que la referida transacción comporte la extinción de la acción pública para imponer la pena; tampoco significa que se tenga por aceptada la conducta delictiva (art. 2947, CCDF).

- La transacción no puede tener por objeto una sucesión futura, esto es, la herencia de una persona viva (arts. 1826 y 2950, fracc. III, CCDF); tampoco la herencia antes de que se conozca el testamento (art. 2950, fracc. IV, CCDF).

  Existe una aparente antinomia entre la prohibición de transigir sobre la herencia antes de conocer el contenido de un testamento y la regla que establece que el descubrimiento de nuevos títulos o documentos no es causa para anular o rescindir la transacción, si no ha habido mala fe (art. 2957, CCDF). Al respecto, se ha considerado que la primera es una regla específica y, por consiguiente, debe prevalecer sobre la segunda, que tiene carácter genérico.[31]

- Está prohibida, también, la transacción sobre el *estado civil* de las personas o la *validez del matrimonio* (arts. 254 y 2948, CCDF);[32] no obstante, es válida la transacción respecto de los *derechos pecuniarios* que pudieran derivarse de la declaración de estado civil en favor de una persona, pero los efectos de la transacción de ninguna manera comportan la adquisición de estado (arts. 338, 339 y 2949, CCDF).

[30] *Cfr.* Manuel Mateos Alarcón, *Lecciones de derecho civil. Estudios sobre el Código Civil del Distrito Federal*, t. V, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2004, p. 503.

[31] TRANSACCIÓN SOBRE LA HERENCIA. ES NULA LA CELEBRADA ANTES DE CONOCER EL TESTAMENTO. Octava época. Registro: 216511. Tribunales Colegiados de Circuito. Tesis aislada. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*. Tomo XI, mayo de 1993. Materia(s): Civil. Tesis: Página: 419.

[32] TRANSACCIÓN, LA DISOLUCIÓN DEL VÍNCULO MATRIMONIAL NO PUEDE SER OBJETO DE (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE MICHOACÁN). Octava época. Registro: 227546. Tribunales Colegiados de Circuito. Tesis aislada. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*. Tomo IV, Segunda Parte-1, julio-diciembre de 1989. Materia(s): Civil. Tesis: Página: 560.

Entre los aspectos que comprende el estado civil están las cuestiones relativas al nacimiento, defunción, matrimonio o nulidad de este, filiación, reconocimiento, emancipación, tutela, adopción, divorcio y ausencia, así como la nulidad o rectificación de las constancias del Registro Civil (art. 24, CCDF).

- Las controversias respecto del *derecho a recibir alimentos* no pueden ser materia de transacción (arts. 1372 y 2950, fracc. V, CCDF); tampoco las relativas al "monto mismo de la pensión alimenticia respectiva"[33] por tratarse de derechos que están fuera del comercio,[34] a menos que se trate de las cantidades que ya se adeuden por ese concepto (art. 2951, CCDF).

La transacción que tenga por objeto derechos o relaciones jurídicas controvertidas sobre las cuales se prohíba transigir, será nula por *ilicitud en la finalidad* (art. 2950, CCDF).

2. Las concesiones recíprocas. También son objeto de la transacción las *concesiones recíprocas* que las partes se brindan entre ellas; esto es, los *bienes* o *derechos* que forman parte de las referidas concesiones.

El hecho de que las partes deban hacerse concesiones recíprocas en la transacción implica que cada una realice ciertos *sacrificios*, como el abandono de algún bien, un derecho o una pretensión. Se trata de que las partes reduzcan sus pretensiones en favor de la otra, a cambio de recibir una parte del objeto de la controversia.[35]

Las *concesiones recíprocas* pueden ser de naturaleza muy diversa. En esencia "contienen, desde el punto de vista técnico, renuncias, reconocimientos y, en su caso, disposiciones".[36] En general, podrían concretarse en *dar, retener o prometer algo*, como lo precisaban los códigos civiles de 1870 y 1884.

En la *transacción pura o particional* pueden consistir en el simple *reconocimiento* de los derechos materia de la controversia o la *renuncia* de tales derechos, sean estos de carácter real o personal; mientras que en la *transacción compleja* comprenden, además del *reconocimiento* o la *renuncia* de derechos, la transmisión de la propiedad, el uso de bienes o la prestación de servicios extraños a la relación jurídica controvertida.[37]

> ***Ejemplo:*** Una persona *A* demanda a otra *B* la reivindicación de una fracción de un predio rústico que tiene en posesión, de la cual sostiene ser el propietario. *B* argumenta tener la propiedad de dicho inmueble, exhibe su título de propiedad al contestar la demanda y reconviene la usucapión. Durante el desahogo de las pruebas, las partes acuerdan terminar la controversia por medio de la división

[33] Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 520.

[34] *Cfr.* Miguel Ángel Zamora y Valencia, *op. cit.*, p. 448.

[35] *Cfr.* Silvia Tamayo Haya, *op. cit.*, p. 141.

[36] *Ibidem*, p. 142.

[37] *Cfr.* Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 515.

del terreno controvertido, para que a cada una corresponda una porción de la fracción reclamada. En la transacción, las partes *reconocen* de manera recíproca que la otra es propietaria de la porción que han precisado y *renuncian* a cualquier derecho que pudiera corresponderles sobre la otra porción. No obstante, la transacción podría comportar la *transmisión de la propiedad* de un lote urbano extraño a la controversia que *B* efectúa en favor de *A*, a cambio de que este reconozca la propiedad exclusiva de *B* sobre el predio rústico controvertido y renuncie a cualquier derecho sobre el referido predio.

En este sentido, *cualquiera* que sea la clase de *concesión* que una parte conceda a la otra puede ser objeto de la transacción, siempre que sea un medio para concluir o prevenir una controversia, como sería: la *remisión* o *quita* total o parcial de la deuda, la *compensación* de deudas, la *dación en pago*, la *transmisión de la propiedad* o el *uso* de bienes, la *prestación de servicios*, la realización de obras, etcétera.

Las *concesiones recíprocas* quizá no tengan equivalencia económica en sentido estricto.[38] Incluso, en algunas situaciones se ha considerado que el simple sacrificio de carácter moral de una de las partes funge como concesión en la transacción.[39] Al respecto, se distingue entre *recíprocas concesiones* y *recíprocas prestaciones*. La transacción requiere las primeras y, por consiguiente, el contenido de las mismas podría ser únicamente moral.[40]

En la base de la discusión sobre la equivalencia económica de las concesiones está la cuestión relativa al valor que se atribuiría a las mismas.

Por una parte, se resalta la dificultad de establecer el valor de los *derechos alegados* por las partes, pues al estar controvertidos, la existencia misma de tales derechos y, por consiguiente, la titularidad de estos resulta incierta, lo que impide medirlos de manera apropiada. Este aspecto es relevante, en particular cuando el valor de los *derechos alegados* se compara con el *objeto de las concesiones* y este es extraño a la controversia.

La *situación jurídica controvertida* se refiere, en sentido estricto, a los *derechos alegados* o *pretendidos* por las partes, esto es, a las *pretensiones* que en realidad se sacrifican más que a los *derechos poseídos* en efecto. De ahí que la valoración de los derechos controvertidos no debe atender la *situación jurídica preexistente*, sino la posición asumida por las partes en la controversia, lo que conlleva a admitir, incluso, la transacción sobre *pretensiones infundadas* planteadas por el *litigante temerario*.[41]

Por otra parte, se sostiene que el valor pecuniario de las concesiones no debe considerarse de manera aislada, sino en atención al interés en solucionar o prevenir la controversia, apreciada en

[38] *Cfr.* José Castán Tobeñas, *op. cit.*, p. 819.

[39] *Cfr.* Silvia Tamayo Haya, *op. cit.*, pp. 146 y 147.

[40] *Ibidem*, pp. 148 y 149.

[41] Silvia Tamayo Haya, *op. cit.*, pp. 150 y 151.

su conjunto. Como señala Silvia Tamayo, el motivo "que determina la superación del conflicto puede determinar la desigualdad en las concesiones".[42]

Además, las concesiones tienen un ingrediente adicional: el valor que las partes les otorgan con miras a concluir la controversia, el cual varía según las circunstancias.[43] La intención de evitar un pleito puede tener tal variedad de motivos que, en el fondo, son los que justifican el abandono o la renuncia de derechos, con independencia de la relevancia que estos tengan.[44]

Aun cuando las concesiones recíprocas tengan un valor desigual, deben ser *serias* en el sentido de que la eventual desproporción que exista entre ellas no habrá de exceder "los límites de razonabilidad y de equidad". Si no existe un apropiado equilibrio entre estas, el desequilibrio manifiesto en perjuicio de una de las partes, en especial de aquella necesitada de protección frente a la otra, podría causar la nulidad de la transacción con base en el *principio de tutela del contratante débil* y el *error*.[45]

Asimismo, la transacción es un tipo contractual *elástico* por cuanto a que cualquier prestación perteneciente a otra figura típica puede formar parte de la composición del litigio en esta clase de negocios jurídicos. La *elasticidad del tipo* se refiere, en este caso, al medio (las *concesiones recíprocas*) para alcanzar la finalidad del contrato (la solución o prevención de la situación jurídica controvertida).[46]

Cuando tales *prestaciones* tienen por objeto bienes o derechos extraños a la controversia (*transacción compleja*), estas cumplen una *función subsidiaria* porque entran al negocio transaccional para integrar las recíprocas concesiones con elementos adicionales o complementarios a los que son objeto de la relación controvertida. Además, dichas prestaciones *pierden su autonomía jurídica* respecto de la transacción,[47] por lo cual su *función económica* queda matizada.

La presencia en la transacción de elementos extraños a la controversia podría otorgarle el carácter de un *contrato mixto*, porque al comprender aspectos que exceden la situación jurídica controvertida, el contrato se integra con elementos característicos de otros negocios jurídicos.[48]

> ***Ejemplo:*** Cuando una de las partes en la transacción reconoce la propiedad de la otra sobre la cosa discutida, a cambio de que esta le pague cierta cantidad de dinero (compraventa y transacción). Otro caso sería aquel en que una de las partes renuncia o abandona una pretensión a cambio de la dación de una cosa (renuncia y donación).

[42] *Ibidem*, p. 159.
[43] *Idem*.
[44] *Ibidem*, p. 160.
[45] *Ibidem*, pp. 160 y 162.
[46] *Ibidem*, p. 157.
[47] *Ibidem*, pp. 154 y 155.
[48] *Ibidem*, pp. 155 y 156.

Uno de los problemas de la transacción compleja es el relativo a la regulación de esta clase de negocios jurídicos. Al respecto, se ha considerado que las prestaciones ajenas a la situación jurídica controvertida no deben regirse por la *aplicación directa* de las normas que les resulten aplicables, sino que requieren integrarse o subsumirse a la transacción.[49] Esto conlleva a sostener que la eventual aplicación de las reglas particulares de tales prestaciones habrá de efectuarse de manera congruente con la función económica que la transacción despliega.

18.7 La forma en la transacción

El contrato de transacción debe constar por escrito cuando tenga por finalidad prevenir una *controversia futura* y el *interés del negocio* exceda 200 pesos (art. 2945, CCDF).

Como ha sugerido Miguel Ángel Zamora y Valencia, es conveniente celebrar la transacción por escrito en cualquier situación para evitar el problema de prueba respecto del contenido de la transacción; es decir, sobre el derecho o la relación jurídica controvertida que ha sido objeto del contrato, así como cuáles derechos se reconocieron, crearon, modificaron, transmitieron o extinguieron según el caso, etc. De lo contrario, podría surgir conflicto respecto de la subsistencia de la controversia primigenia y sobre el alcance de la transacción.[50]

En todos los casos en que la transacción no requiera la forma escrita para su validez, puede hacerse *verbal* y, por consiguiente, "nada impedirá que el consentimiento se manifestara tácitamente".[51] En este supuesto, el contrato de transacción será *consensual* por oposición a *formal* y a *real*, por cuanto a que no se necesita la *entrega material* ni *jurídica* de los bienes objeto del contrato para que este se perfeccione.[52]

En un caso resuelto en 1948, la Tercera Sala de la SCJN consideró que la transacción debe constar en escritura pública cuando por virtud de esta se transmite la propiedad de bienes inmuebles.[53]

18.8 Contenido obligacional

El *contenido* de la transacción es complejo porque proyecta sus efectos en la terminación de una controversia presente o la prevención de una controversia futura. Esto puede dar lugar a una diversidad de supuestos por la variada naturaleza de los derechos, de las relaciones jurídicas controvertidas objeto de esa clase de contratos (derechos reales o derechos de crédito,

[49] *Ibidem*, pp. 157 y 158.

[50] *Cfr.* Miguel Ángel Zamora y Valencia, *op. cit.*, p. 449.

[51] Jorge Alfredo Domínguez Martínez, *op. cit.*, p. 792.

[52] *Cfr.* Miguel Ángel Zamora y Valencia, *op. cit.*, p. 447.

[53] TRANSACCIÓN Y PROMESA DE VENTA (LEGISLACIÓN DE PUEBLA). Quinta época. Registro: 320598. Tercera Sala. Tesis aislada. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*. Tomo XCV. Materia(s): Civil. Tesis: Página: 463.



relaciones contractuales o extracontractuales, controversias presentes o futuras, etc.)[54] y de los medios que las partes empleen para solucionar la controversia o evitarla.

En este sentido, por virtud de la transacción, las partes pueden asumir cualquier *obligación de dar, hacer* o *no hacer* que sea lícita, en la medida en que la satisfacción de esta clase de obligaciones conduzca a concluir o prevenir la controversia.

a) El reconocimiento y la renuncia de los derechos controvertidos. La transacción puede implicar el reconocimiento parcial de los derechos controvertidos que las partes se conceden mutuamente (art. 2961, CCDF), lo que a la vez comportaría la renuncia parcial de tales derechos, como ocurre en la *transacción pura* o *particional*.

La transacción podría referirse, también, al reconocimiento total de los derechos controvertidos por parte de uno de los contratantes y, por consiguiente, a la respectiva renuncia de sus derechos a cambio de bienes ajenos a la controversia, lo cual caracteriza la *transacción compleja*.

Es menester considerar que la *renuncia* solo puede recaer sobre *derechos privados* siempre que no se afecte el interés público de manera directa, ni se perjudiquen derechos de terceros (art. 6, CCDF). Asimismo, la renuncia debe efectuarse en *términos claros* y *precisos*, de tal forma que no quede duda del alcance de la renuncia; de lo contrario, no produciría efecto legal alguno (art. 7, CCDF).

b) La transmisión de bienes o la prestación de servicios. La *transacción compleja* puede referirse a la *transmisión de bienes o derechos* (sea *en propiedad* o *en uso*, o en forma *onerosa* o *gratuita*), o a la *prestación de servicios* extraños a la controversia objeto de la misma.

En este supuesto, el contenido obligacional de la transacción estará integrado por el cúmulo de derechos y deberes que correspondan a las partes, según la clase de contrato que haya servido como medio para la solución de la controversia.

Así, por ejemplo, las partes habrán de asumir los derechos y deberes del enajenante y del adquirente (compraventa, permuta, donación), cuando se transmita el dominio de bienes; o bien, los derechos y deberes del arrendador y del arrendatario, o del comodante y del comodatario, cuando la transacción involucre la transmisión del uso de bienes; o los derechos y deberes del prestador de servicios (del empresario o constructor de la obra) y del prestatario (del comitente de la obra), cuando el contrato comprenda la prestación de servicios o la realización de una obra, etcétera.

c) Los vicios ocultos y la evicción. En la *transacción pura o particional* las partes no quedan obligadas al saneamiento por vicios ocultos ni por evicción, en virtud de que esta clase de contratos recae sobre el objeto mismo de la controversia: los derechos controvertidos (art. 2959, CCDF).

[54] Jorge Alfredo Domínguez Martínez, *op. cit.*, p. 790.

En cambio, cuando la *transacción compleja* comprende la transmisión de la propiedad de bienes (desde luego, bienes extraños a la controversia), entonces el enajenante estará obligado a indemnizar los *vicios ocultos* y la *evicción* (art. 2959, CCDF, *a contrario sensu*). De hecho, de manera expresa el art. 2960 del CCDF establece que cuando el bien transmitido tuviera vicios o gravámenes ignorados por quien lo recibió, "ha lugar a pedir la diferencia que resulte del vicio o gravamen, en los mismos términos que respecto de la cosa vendida".

d) La garantía de la existencia y de la legitimidad de derechos. La declaración o el reconocimiento de derechos que comprende la *transacción pura o particional* tampoco "obliga al que lo hace a garantizarlos" (art. 2961, segundo párrafo, CCDF). Sin embargo, cuando la transacción tiene como objeto la cesión de derechos ajenos a la controversia, el cedente estará obligado a garantizar al cesionario la existencia y legitimidad de los derechos cedidos, como en cualquier *cesión de derechos*.

e) La interpretación del contrato de transacción. Esta clase de contratos debe interpretarse de manera estricta (art. 2962, CCDF), lo cual significa que, en caso de duda sobre el alcance de la transacción, solo habrá de considerarse que esta comprende los bienes o derechos que se deduzcan con claridad del contenido del contrato.

De igual manera, la transacción se rige por el *principio de la relatividad del contrato* (*res inter alios acta*) conforme al cual solo vincula a quienes lo han celebrado y, por consiguiente, de ninguna manera puede perjudicar a terceros. De ahí que, por ejemplo, "el fiador sólo queda obligado por la transacción cuando consiente en ella" (art. 2952, CCDF).

En un caso resuelto en 1995, el Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Sexto Circuito sostuvo que la dación en pago pactada en una transacción "no transmite la propiedad libre de todo gravamen", precisamente porque "no puede afectar a persona ajena a la controversia".[55]

La interpretación estricta de la transacción se explica en atención a que comporta la renuncia de derechos y, por tanto, su extinción.

f) La indivisibilidad del contenido. El contrato de transacción es indivisible, a menos que las partes hayan convenido lo contrario (art. 2962, CCDF). Esto significa que el contenido de la transacción y sus efectos deben considerarse en su integridad. De hecho, uno de los efectos de la indivisibilidad de la transacción es que no consiente la *nulidad parcial*; esto es, la nulidad de una sola de las estipulaciones de las partes anulará el contrato en su totalidad.[56]

La transacción es indivisible porque su finalidad consiste en terminar una controversia presente o prevenir una futura. En principio, se entiende que las partes han considerado el contenido de la transacción en su totalidad para solucionar la controversia o prevenirla, sin que ninguna de sus partes resulte indiferente para ellas. De ahí que el principio de la indivisibilidad

[55] ADJUDICACIÓN POR CONVENIO O TRANSACCIÓN JUDICIAL, EFECTOS DE LA. Novena época. Registro: 203544. Tribunales Colegiados de Circuito. Tesis aislada. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Tomo II, diciembre de 1995. Materia(s): Civil. Tesis: XVI.2o.5 C. Página: 488.

[56] TRANSACCIÓN, INDIVISIBILIDAD DE LA. Quinta época. Registro: 341853. Tercera Sala. Tesis aislada. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*. Tomo CXV. Materia(s): Civil. Tesis: Página: 384.

de la transacción solo habrá de ceder ante estipulación expresa de las partes contratantes (art. 2962, CCDF).

La *interpretación restrictiva* y el *carácter indivisible* de la transacción han sido considerados rasgos particulares de esta clase de contratos.

18.9 Los efectos jurídicos de la transacción

En primer término, entre los principales efectos de la transacción deben mencionarse la conclusión o terminación de una *controversia presente* o, en su caso, la prevención de una *controversia futura* (art. 2944, CCDF).

Asimismo, cuando la transacción se refiere a los bienes o derechos objeto de la controversia (*transacción pura o particional*), solo produce *efectos declarativos* (reconocimiento de derechos) y *extintivos* (renuncia de derechos) (art. 2961, CCDF); en cambio, cuando recae sobre bienes o derechos ajenos a la misma (*transacción compleja*), también podría producir *efectos traslativos* de dominio o de uso, según sea el caso.[57]

En opinión de Zamora y Valencia, al transigir, las partes declaran "extinguidos sus derechos respecto del objeto, en la misma forma y proporción en que reconocen esos derechos en la otra parte". En este sentido, según el referido autor, la transacción "produce como efecto fundamental y característico la extinción de los derechos y obligaciones que habían sido objeto de ella".[58] Esto se debe a que las partes estarán impedidas de reclamar el cumplimiento de los derechos y las obligaciones objeto de transacción, porque esta surte los mismos efectos que una *sentencia* que ha *causado estado*, esto es, de *cosa juzgada*.

La Tercera Sala de la SCJN sostuvo en 1953 que el contrato de transacción extingue "el contrato primitivo, de manera que las partes no podrían ya ejercitar la acción que en este último tuviera su fuente".[59]

La *transacción compleja* tiene como efecto, además, la *creación* de una nueva relación obligatoria (creación de derechos y deberes), como sucede cuando se asume el deber de *transmitir* un determinado bien, pagar una cantidad de *dinero*, prestar algún *servicio* o realizar cierta *obra* que no eran parte de la controversia que motiva la transacción.

Un aspecto que se ha analizado es el relativo a la sustitución de la relación controvertida por virtud de la transacción. Al respecto, se ha discutido si la transacción produce efectos *novatorios* (*transacción novatoria*), lo que implicaría siempre la extinción de la *relación jurídica preexistente* y la creación de una nueva en lugar de aquella; o si tales efectos solo son modificatorios (*transacción modificatoria*).

[57] *Cfr.* Miguel Ángel Zamora y Valencia, *op. cit.*, p. 445.

[58] *Ibidem*, p. 453.

[59] TRANSACCIÓN, NATURALEZA DE LA. Quinta época. Registro: 341855. Tercera Sala. Tesis aislada. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*. Tomo CXV. Materia(s): Civil. Tesis: Página: 384.

En opinión de Castán, aun cuando es frecuente la "interferencia de las reglas de la novación en el ámbito de la transacción (especialmente cuando ésta se lleve a cabo por el cauce de promesas de nuevas prestaciones entre las partes), no es posible reducir todos los supuestos de transacción al esquema de la novación". La novación extintiva quedará excluida si no existe "una radical incompatibilidad entre la obligación 'antigua' y la que se asuma en virtud de la transacción".[60] De ahí que sea factible sostener que la transacción podrá producir *efectos novatorios* o solo *modificatorios*, de acuerdo con las circunstancias particulares de la situación concreta.

Asimismo, la *transacción* no puede servir de base para ejercer derechos contra terceros, pues a estos resultan inoponibles los derechos que han sido reconocidos por virtud de la transacción, lo cual es, sin duda, un reflejo del *principio de relatividad del contrato* (*res inter alios acta*). En particular, la *transacción pura* tampoco es idónea como título para sustentar la usucapión (art. 2959, CCDF).

De este modo, por ejemplo, "la adjudicación que eventualmente se pacte como dación en pago no transmite la propiedad libre de todo gravamen", porque la transacción "no puede afectar a persona ajena a la controversia. Además, únicamente la venta judicial al través de la correspondiente licitación pública, a la que previamente fueren citados los acreedores registrados, produce el efecto de que el bien pase libre de todo gravamen, igual que la adjudicación que solicita el ejecutante en caso de no existir postura legal en la almoneda".[61]

Es preciso señalar que el incumplimiento de la transacción, como cualquier otro contrato, podría dar lugar a *responsabilidad civil contractual* que obligaría a satisfacer daños y perjuicios.

Entre los efectos jurídicos que produce la transacción, conviene analizar en este apartado el *carácter de cosa juzgada* que se le atribuye a este contrato y la manera como se ejecuta ante el incumplimiento de los deberes asumidos por las partes.

a) Eficacia de cosa juzgada. Una de las principales consecuencias de la transacción es que tiene el carácter de *cosa juzgada*. El art. 2953 del CCDF señala que la "transacción tiene, respecto de las partes, la misma eficacia y autoridad que la cosa juzgada; pero podrá pedirse la nulidad o la rescisión de aquella en los casos autorizados por la ley".

No obstante, la transacción no debe confundirse con la sentencia: la solución de la controversia en la transacción es producto de la autonomía privada, mientras que la solución prevista en la sentencia es impuesta por el juez contra la voluntad de las partes.

Por virtud de la transacción, las partes se obligan a *estar y pasar por la transacción como si se tratara de la verdad lega*l y, por tanto, deben *desistir de la controversia* y no volver a plantearla en el futuro.

[60] José Castán Tobeñas, *op. cit*., p. 819.

[61] ADJUDICACIÓN POR CONVENIO O TRANSACCIÓN JUDICIAL, EFECTOS DE LA. Novena época. Registro: 203544. Tribunales Colegiados de Circuito. Tesis aislada. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Tomo II, diciembre de 1995. Materia(s): Civil. Tesis: XVI.2o.5 C. Página: 488.

En el supuesto de que una de las partes pretenda hacer resurgir la discusión respecto de la cuestión transigida, la parte contraria podrá oponer la excepción de transacción (*exceptio litis per transactionem finitae*), que tiene naturaleza similar a la excepción de cosa juzgada.

b) Ejecución en la vía de apremio. El hecho de que la transacción tenga la eficacia de la cosa juzgada significa que *su ejecución procede por la vía de apremio*,[62] como cualquier otra *sentencia* o *convenio judicial*.

Las reglas relativas a la *vía de apremio* se aplican a las transacciones, convenios judiciales y laudos, según lo dispone el art. 533 de *Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal* (CPCDF), lo que implica que *una transacción celebrada entre las partes, fuera de procedimiento o incluso antes de que este comience, puede ejecutarse directamente por la señalada vía, aplicando las normas de la ejecución de sentencia*.

La vía de apremio procede para ejecutar un *convenio* celebrado en juicio, si consta en escritura pública o judicialmente en autos (arts. 500, 501 y 533, CPCDF). Los convenios pueden ejecutarse, también, por la vía ejecutiva (art. 505, CPCDF).

Las *transacciones* y los *convenios* que se celebran en segunda instancia se ejecutan por el mismo juez que conoció del asunto en primera instancia (art. 502, CPCDF).

Contra la ejecución de *convenios judiciales* no se admiten excepciones distintas de las siguientes (art. 531, CPCDF):

- La excepción de pago, cuando la ejecución se pide dentro de los 180 días contados desde la fecha de vencimiento del plazo establecido en el convenio para cumplir las obligaciones asumidas en el mismo; o bien, desde la fecha en que pudo exigirse la última prestación vencida, cuando se tratare de prestaciones periódicas (art. 532, CPCDF).
- La excepción de transacción, compensación y compromiso en árbitros, cuando ha pasado este término, pero no más de un año.
- La excepción de novación, de espera, de quita, de pacto de no pedir y cualquier otro arreglo que modifique la obligación, así como la excepción de falsedad del instrumento, siempre que la ejecución no se pida en virtud de ejecutoria o convenio constante en autos, cuando ha transcurrido más de un año.

Todas estas excepciones, sin comprender la de falsedad, deben ser posteriores al convenio y constar en instrumento público o documento privado reconocido judicialmente o en confesión judicial (art. 531, CPCDF).

Las excepciones en cuestión se deben sustanciar en forma de incidente, con suspensión de la ejecución. La suspensión es improcedente cuando, en el incidente respectivo, se promueve el

[62] TRANSACCIÓN, CONTRATO DE. TIENE CALIDAD DE COSA JUZGADA Y ES PROCEDENTE SU EJECUCIÓN EN LA VÍA DE APREMIO. Novena época. Registro: 190243. Primera Sala. Jurisprudencia. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Tomo XIII, febrero de 2001. Materia(s): Civil. Tesis: 1a./J. 41/2000. Página: 55.

reconocimiento o la confesión. La resolución que resuelve el incidente solo admite el recurso de responsabilidad (art. 531, CPCDF).

Los convenios celebrados ante la Procuraduría Federal del Consumidor (igual que los laudos dictados por esta y los laudos arbitrales) los ejecuta el juez designado por las partes o, en su defecto, el juez del lugar del juicio (art. 504, CPCDF).

Asimismo, aun cuando ninguna disposición legal exige ratificar el contrato de transacción ante fedatario público o ante la autoridad jurisdiccional para que goce de la eficacia de cosa juzgada, es conveniente que las partes lo ratifiquen ante fedatario para evitar discusiones respecto de esa formalidad que, como señalamos, resulta innecesaria.

Incluso, algunos jueces exigen presentar la demanda y, una vez admitida a trámite, reciben la transacción y su ratificación para luego aprobarla y elevarla a la categoría de sentencia ejecutoriada. Por tanto, niegan la posibilidad de realizar el trámite en *jurisdicción voluntaria*.

c) Efectos respecto de obligados solidarios y garantes. La transacción celebrada solo entre el *acreedor* y el *deudor principal* beneficia al *fiador*, pero no lo perjudica (art. 2826, primera parte, CCDF). El fiador solo queda obligado por la transacción cuando consiente en ella (art. 2952, CCDF).

De igual manera, la transacción realizada solo entre el *fiador* y el *acreedor* también beneficia al *deudor principal*, pero no puede afectarle (art. 2826, segunda parte, CCDF).

Es posible aplicar estas disposiciones, por analogía, a la *obligación solidaria*,[63] la *prenda*, la *hipoteca* y los demás negocios jurídicos de garantía. No obstante, cuando la transacción produzca *efectos novatorios*, habrán de tenerse presentes las reglas siguientes:

- La novación extingue la obligación principal y las obligaciones accesorias. El acreedor puede, por una reserva expresa, impedir la extinción de las obligaciones accesorias que entonces pasan a la nueva (art. 2220, CCDF).
- El acreedor no puede reservarse el derecho de prenda o hipoteca de la obligación extinguida, si los bienes hipotecados o empeñados pertenecieren a terceros que no hubieren tenido parte en la novación. Tampoco ha de reservarse la fianza sin consentimiento del fiador (art. 2221, CCDF).
- La novación efectuada entre el acreedor y algún deudor solidario, los privilegios e hipotecas del antiguo crédito, solo quedarán reservados en relación con los bienes del deudor que contrae la nueva obligación (art. 2222, CCDF).
- La novación hecha entre el acreedor y alguno de los deudores solidarios exonera a todos los demás codeudores, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 1999 (art. 2223, CCDF).

[63] SOLIDARIDAD PASIVA. LA TRANSACCIÓN DEL ACREEDOR CON UNO DE LOS DEUDORES, LIBERÁNDOLO DEL PAGO, EXTINGUE LA OBLIGACIÓN RESPECTO DE LOS DEMÁS. Sexta época. Registro: 272151. Instancia: Tercera Sala. Tesis aislada. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*. Volumen XX, Cuarta Parte. Materia(s): Civil. Tesis: Página: 205.

18.10 Terminación de la transacción

La transacción concluye por las causas comunes que producen la terminación de los demás contratos. Sin embargo, de manera específica respecto de la transacción, el art. 2953 del CCDF prevé la nulidad y la resolución de la transacción.

a) La nulidad de la transacción. La transacción es nula por ilicitud en la finalidad, cuando las partes pretenden solucionar controversias respecto de asuntos en los que la transacción está prohibida de manera expresa, como quedó de manifiesto al analizar el objeto de la transacción.

Asimismo, la transacción es *nula por error*; esto es, por *vicios del consentimiento*,[64] en las situaciones siguientes:

- Cuando se basa en un título nulo, a menos que las partes hayan transigido respecto de la referida nulidad (art. 2954, CCDF). Debe entenderse que se trata de una causa de *nulidad relativa*, en virtud de que la transacción respecto de la *nulidad absoluta* será ilícita, porque las razones en las que se sustenta esta clase de nulidad se consideran de orden público.

  La transacción tampoco será nula "cuando las partes están instruidas de la nulidad del título"; es decir, cuando conocen las causas de nulidad del título, o cuando la disputa se refiere a esta nulidad. Sin embargo, para la validez de la transacción se requiere, además, que "los derechos a que se refiere el título sean renunciables" (art. 2955, CCDF).

- Cuando se celebra "teniéndose en cuenta documentos que después han resultado falsos por sentencia judicial" (art. 2956, CCDF).

  No obstante, el mero hecho de que se descubran nuevos títulos o documentos después de celebrarse la transacción no es causa suficiente para anularla o rescindirla, a menos que haya habido mala fe de alguno de los contratantes (art. 2975, CCDF).

> ***Ejemplo:*** Las partes transigen sobre los derechos hereditarios derivados de un testamento, pero después se conoce la existencia de otro testamento que había revocado aquel.

- Cuando se refiere a un "negocio que esté decidido judicialmente por sentencia irrevocable, ignorada por los interesados" (art. 2958, CCDF).

El Código Civil alemán (art. 779) recoge la *teoría de la base firme de la transacción* (*caput non controversum*), para sustentar la nulidad de esta en supuestos como los señalados. De acuerdo con este enfoque, la transacción es nula "si el estado de hecho, que se supuso verdadero conforme al contenido del contrato y que le ha servido de fundamento, no es real", de tal

[64] *Cfr.* Miguel Ángel Zamora y Valencia, *op. cit.*, p. 452.

manera que "si se hubiera conocido la verdadera situación, dicho debate o dicha ignorancia no hubieran tenido lugar".

Para estar en condiciones de impugnar la validez de la transacción es requisito indispensable asegurar, de manera previa, la devolución de todo lo que se hubiera recibido por virtud de la transacción; de lo contrario, la pretensión correspondiente será improcedente (art. 2963, CCDF).

b) La resolución de la transacción. La transacción también está sujeta a rescisión en caso de incumplimiento de las obligaciones asumidas por las partes.

No obstante, Zamora y Valencia duda de que el referido incumplimiento pueda dar lugar a la resolución del contrato, porque "traería como consecuencia el renacimiento de las obligaciones extinguidas por la transacción, cuando la intención de los contratantes fue precisamente la extinción de tales obligaciones".[65]

Sobre el particular, el art. 1976 del Código Civil italiano señala que la "resolución de la transacción por incumplimiento no se puede pedir si la relación preexistente se ha extinguido por novación, salvo que el derecho a la resolución se haya estipulado expresamente".

[65] Miguel Ángel Zamora y Valencia, *op. cit.*, p. 452.

Autoevaluación

1. Defina la transacción.
2. ¿Cuáles son los elementos que permiten identificar la transacción?
3. ¿Cuál es la función económica de la transacción?
4. Explique por qué la transacción modifica la situación jurídica controvertida.
5. ¿Cuál es la diferencia entre la transacción pura y la transacción compleja?
6. ¿En qué consiste el contrato de decisión por suerte?
7. ¿Qué clase de facultades requiere el mandatario o apoderado para celebrar la transacción?
8. ¿En qué consiste la teoría de la *res dubia* respecto del objeto de la transacción?
9. Explique la teoría de la *res litigiosa* sobre el objeto de la transacción.
10. ¿Cuál es el postulado de la teoría mixta sobre el objeto de la transacción?
11. Escriba tres casos en que sea imposible celebrar la transacción.
12. ¿En qué consisten las concesiones recíprocas?
13. Explique en qué consiste el problema relativo a la equivalencia económica de las concesiones recíprocas.
14. .¿Qué forma debe observar la transacción cuando en esta se transmiten bienes inmuebles?
15. Explique qué clase de contenido puede tener la transacción.
16. Comente en qué casos quienes transigen estarán obligados para el caso de evicción.
17. ¿Por qué se dice que la transacción debe interpretarse en sentido restringido?
18. ¿Qué significa que la transacción sea indivisible?
19. ¿En cuáles casos la transacción tendrá efectos novatorios y en cuáles, modificatorios?
20. ¿Qué significa que la transacción produzca efectos de cosa juzgada?
21. ¿Cómo se ejecuta una transacción y por qué?
22. ¿Qué clase de excepciones pueden oponerse a la transacción?
23. ¿Qué efectos produce la transacción en el caso de la fianza?
24. ¿En qué casos la transacción es nula por error?

Bibliografía

Alterini, Atilio Aníbal, *Contratos. Teoría general*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998.

Arce Gargollo, Javier, *Contratos mercantiles atípicos*, 15ª ed., Porrúa, México, 2012.

_____, "Contratos mercantiles asociativos", *Revista de Investigaciones Jurídicas* Núm. 19, Escuela Libre de Derecho, México, 1995.

Arjona Guajardo-Fajardo, José Luis, *Promesas unilaterales y donaciones*, Marcial Pons y Centro de Estudios Registrales de Cataluña, Madrid, 1998.

Barrera Graf, Jorge, *Instituciones de derecho mercantil*, Porrúa, México, 1989.

Borja Martínez, Manuel, *Representación, poder y mandato*, 2ª ed., Colección de Temas Jurídicos, Breviarios núm. 12, Porrúa-Colegio de Notarios del Distrito Federal, México, 2007.

Butty, Enrique Manuel, "Sindicación de acciones: aspectos generales y particulares", en *Negocios parasocietarios*, de Eduardo Manuel Favier Dubois *et al*., Ad Hoc, Buenos Aires, 1994.

Cabanellas de las Cuevas, Guillermo, *Derecho societario. Parte general. El contrato de sociedad*, vol. 2, Heliasta, Buenos Aires, 1994.

_____, *Derecho societario. Parte general. La personalidad jurídica societaria*, Heliasta, Sao Paulo, 1994.

Calvo Caravaca, Alfonso L. y Pilar Blanco-Morales Limones, "Las garantías contractuales (fianza, garantías autónomas y cartas de patrocinio en el comercio internacional)", en *Contratos internacionales*, de Alfonso L. Calvo Caravaca y Luis Fernández de la Gándara (dirs.), Tecnos, Madrid, 1997.

Cárdenas González, Fernando Antonio, *Mandatos y poderes*, 2ª ed., Porrúa, México, 2013.



Carvallo Yáñez, Erik, *Tratado de derecho bursátil*, 4ª ed., Porrúa, México, 2006.

Castán Tobeñas, José, *Derecho civil español, común y foral*, t. IV, 14ª ed., Reus, Madrid, 1988.

Cervantes Ahumada, Raúl, *Títulos y operaciones de crédito*, 13ª ed., Herrero, México, 1984.

Colás Escandón, Ana Ma., *Efectos del contrato de fianza: relaciones entre acreedor, deudor principal y fiador*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2007.

Cuenca García, Ángeles, *Régimen jurídico de las opciones sobre acciones en el mercado español de opciones y futuros*, Comares, Granada, 1999.

De la Madrid Andrade, Mario, *El joint venture. Los negocios jurídicos relacionados*, Porrúa, México, 2005.

_____, "La cesión de bienes en pago a los acreedores", revista *Perspectiva Jurídica UP*, año 02, núm. 03, Guadalajara, agosto de 2014.

Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, *Derecho civil. Contratos*, 4ª ed., Porrúa, México, 2011.

_____, *El poder general para pleitos y cobranzas. Contenido y limitaciones*, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Consultable en http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/8/3694/2.pdf.

Enneccerus, Ludwig, Theodor Kipp y Martin Wolff, *Tratado de derecho civil: derecho de obligaciones*, t. II-2º, vol. 1º, Bosch, Barcelona, 1966.

_____, *Tratado de derecho civil: derecho de cosas*, t. III, vol. 2º, Bosch, Barcelona, 1971.

Enciclopedia Jurídica Omeba, t. I, Driskill, Buenos Aires, 1986.

Esplugues Mota, Carlos y Daniel Hargain, *Derecho del comercio internacional*, Reus y B de F, Buenos Aires, 2005.

Etcheverry, Raúl Aníbal, *Derecho comercial y económico. Contratos. Parte especial*, vol. 2, Astrea, Buenos Aires, 1994.

Farina, Juan M., *Contratos comerciales modernos*, Astrea, Buenos Aires, 1994.

Floris Margadant, S. Guillermo, *El derecho privado romano*, 7ª ed., Esfinge, México, 1977.

García Rendón, Manuel, *Sociedades mercantiles*, Harla, México, 1993.

García Villegas, Eduardo, *Hipoteca inversa*, Porrúa y Colegio de Notarios del Distrito Federal, México, 2011.

Garrigues, Joaquín, *Curso de derecho mercantil*, t. I, Porrúa, México, 1987.

Gregorini Clusellas, Eduardo L., *Locación de obra*, La Ley, Buenos Aires, 1999.

Gutiérrez y González, Ernesto, *Derecho de las obligaciones*, 7ª ed., Porrúa, México, 1990.

H. León Tovar, Soyla, *Contratos mercantiles*, Oxford University Press, México, 2004.

Hernández Rodríguez, Aurora, *Los contratos internacionales de construcción "llave en mano"*, p. 182. Consultado en línea, http://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/viewFile/1915/908. Fecha de consulta: 21 de diciembre de 2015.

López de Zavalía, Fernando J., *Teoría de los contratos. Parte general*, t. I, 3ª ed., Zavalía, Buenos Aires, 1984.

Lorenzetti, Ricardo Luis, *Tratado de los contratos*, t. I, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 1999.

Lozano Noriega, Francisco, *Cuarto curso de derecho civil: contratos*, 6ª ed., Asociación Nacional del Notariado Mexicano, México, 2001.

Llambías, Jorge Joaquín, *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, t. II-Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1982.

Mantilla Molina, Roberto L., *Derecho mercantil*, 26ª ed., Porrúa, México, 1989.

Mateos Alarcón, Manuel, *Lecciones de derecho civil. Estudios sobre el Código Civil del Distrito Federal*, t. V, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2004.

Mazeaud, Henri, León Mazeaud y Jean Mazeaud, *Lecciones de derecho civil*, parte III, vol. I (*Garantías*), Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1986.

_____, *Lecciones de derecho civil*, parte III, vol. III (*Los principales contratos*), Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1986.

Messineo, Francesco, *Manual de derecho civil y comercial*, t. VI, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1979.

Mosset Iturraspe, Jorge, *Mandatos*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 1996.

Murillo, María Luisa, *Forma y nulidad del precontrato*, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1993.

Neri, Argentino I., *Tratado teórico práctico de derecho notarial*, t. V, Depalma, Buenos Aires, 1981.

Orgaz, Alfredo, "El acto de administración", en *Nuevos estudios de derecho civil*, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1954.

Ovalle Favela, José, *Teoría general del proceso*, 4ª ed., Oxford University Press, México, 1998.

Pacheco Escobedo, Alberto, "La terminación del mandato irrevocable", revista *Ars Iuris*, 2-1989, Universidad Panamericana, México, 1989.



Pauleau, Christine, *El régimen jurídico de las joint ventures*, Biblioteca Jurídica Cuatrecasas, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

Pérez Fernández del Castillo, Bernardo, *Contratos civiles*, 11ª ed., Porrúa, México, 2006.

_____, *Representación, poder y mandato. Prestación de servicios profesionales,* 15ª ed., Porrúa, México, 2012.

Petit, Eugene, *Derecho romano*, 13ª ed., Porrúa, México, 1997.

Planiol, Marcel y Georges Ripert, *Tratado elemental de derecho civil*, t. VI, Cajica, México, 1983.

Podetti, Humberto, *El contrato de construcción*, Astrea, Buenos Aires, 2004.

Pulliam Aburto, Erick Salvador, *Nuevas obligaciones en créditos de entidades financieras: Ley de Transparencia y de Fomento a la Competencia en el Crédito Garantizado de 2002*, Porrúa y Colegio de Notarios del Distrito Federal, México, 2003.

Rico Álvarez, Fausto, *De los contratos civiles*, Porrúa, México, 2008.

Riva, Jorge Luis, *Garantías independientes. Garantías a primera demanda. Cartas de crédito Standby*, Depalma, Buenos Aires, 1999.

Rivera Rivera, Luis Rafael, *El contrato de transacción. Sus efectos en situaciones de solidaridad*, Jurídica Editores, San Juan, Puerto Rico, 1998.

Robles Farías, Diego, *Teoría general de las obligaciones*, Oxford University Press, México, 2010.

Rojina Villegas, Rafael, *Compendio de derecho civil. Contratos*, t. IV, 33ª ed., Porrúa, México, 2011.

_____, *Derecho civil mexicano*, t. VI, *Contratos*, vol. I, 9ª ed., Porrúa, México, 2010.

_____, *Derecho civil mexicano*, t. VI, *Contratos*, vol. II, 7ª ed., Porrúa, México, 2001.

Rodríguez Rodríguez, Joaquín, *Derecho mercantil*, 27ª ed., Porrúa, México, 2004.

_____, *Tratado de sociedades mercantiles*, t. I, 6ª ed., Porrúa, México, 1981.

_____, *Tratado de sociedades mercantiles*, t. II, Porrúa, México, 1981.

Sanciñena Asurmendi, Camino, *La opción de compra*, 2ª ed., Dykinson, Madrid, 2007.

Sánchez Medal, Ramón, *De los contratos civiles*, 25ª ed., Porrúa, México, 2013.

Talma Charles, Javier, *El contrato de opción*, Bosch, Barcelona, 1996.

Tamayo Haya, Silvia, *El contrato de transacción*, Thomson y Civitas, Madrid, 2002.

Urdaneta Fontiveros, Enrique, *Las arras en la contratación*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2011.

Valpuesta Fernández, Ma. R., *Derecho de obligaciones y contratos*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.

Vodanovic, Antonio, *La fianza*, Conosur, Santiago, 1999.

Zamora y Valencia, Miguel Ángel, *Contratos civiles*, 13ª ed., Porrúa, México, 2012.

Zannoni, Eduardo A., *Contrato asociativo y sociedad*, Revista de Derecho Privado y Comunitario. Contratos Modernos, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 1997.

Zapa, Gabriel P., "Contratos previos a otros futuros o definitivos", en Rubén S. Stiglitz, *Contratos. Teoría general*, vol. II, Depalma, Buenos Aires, 1993.

Índice analítico

Arrendador, obligaciones del, 144
conservar el bien arrendado, 146
entregar el bien arrendado, 145
garantizar el uso de la cosa arrendada, 149
asumir la pérdida del bien por caso fortuito o fuerza mayor, 153
garantía del hecho personal, 149
garantía del uso o goce pacífico del bien, 149
responder por los vicios ocultos del bien, 152
preferir al arrendatario en caso de venta, 154
reembolsar mejoras, 153
transmitir el uso o goce de un bien, 144
Arrendamiento, 125
clasificación, 126
concepto, 125
contenido obligacional, 144
obligaciones del arrendador, 144
obligaciones del arrendatario, 155
diferencias con figuras afines, 128
con el arrendamiento de inmuebles en centros comerciales, 132
con el arrendamiento financiero, 128
con la compraventa de frutos o productos de bienes, 128
con el contrato de cajas de seguridad, 130
con el contrato de exposición, 133
con el contrato de garaje o estacionamiento, 130
con el contrato de portería, 133
con el usufructo, el uso y la habitación, 131
doble, prohibición del, 151
duración del, 142
forma en el, 143
objeto en el, 137
bien arrendado, 137
renta, 139
partes contratantes en el, 133
subarriendo y cesión del, 163
terminación del, 165
concurso mercantil, 171
enajenación del inmueble arrendado, 171
huelga de los trabajadores del patrón arrendatario, 172
muerte del arrendador o del arrendatario, 170
nulidad, 165
otras causas, 169
prórroga, 167
rescisión, 168
terminación del arrendamiento por tiempo indefinido, 166
vencimiento del plazo, 166
tipos de, 126
administrativo, 127
de bienes muebles o inmuebles, 127
civil, 126
mercantil, 126
Arrendatario, obligaciones del, 155
avisar de las reparaciones necesarias, 161
conservar el bien arrendado, 158
devolver el bien arrendado, 162
pagar la renta, 155
permitir que el arrendador realice actos en el bien arrendado, 161
usar debidamente el bien arrendado, 158
Asociación(es) civil(es), 329
autorizadas para recibir donativos deducibles, 338
como contrato, 332
contenido del, 334
derechos de los asociados, 334
obligaciones de los asociados, 334
forma del, 333
objeto del, 333
partes contratantes en la, 332
como organizaciones de la sociedad civil, 339
como persona jurídica, 335
atributos, 335
finalidad común, 336
funcionamiento, 336
órganos, 336
asamblea de asociados, 336
director o consejo directivo, 337



concepto, 329
diferencias con figuras afines, 330
con la asociación en participación, 331
con la sociedad civil, 330
con las instituciones de asistencia privada, 331
disolución y liquidación de la, 337
terminación, 337

Comodato, 175
clasificación, 175
concepto, 175
contenido obligacional, 182
obligaciones del comodante, 182
obligaciones del comodatario, 183
diferencias con figuras afines, 177
con el contrato de precario, 177
con el mutuo, 177
con la compraventa a vistas, 179
forma en el, 181
objeto en el, 180
partes contratantes en el, 179
terminación del, 187
Compraventa, 22
antecedentes, 23
clases de, 28
civil, 28
extrajudicial, 29
judicial, 29
mercantil, 28
necesaria, 29
privada, 29
pública, 29
voluntaria, 29
clasificación, 22
concepto, 22
contenido obligacional, 43
obligaciones del comprador, 54
pagar el precio, 54
recibir la cosa, 57
obligaciones del vendedor, 43
conservar el bien hasta su entrega, 44
entregar el bien al comprador, 45
garantía del hecho personal, 50
garantizar la evicción, 52
responder por los vicios ocultos de la cosa, 51
transmitir la propiedad del bien al comprador, 46
diferencias con figuras afines, 23
compraventa con entregas periódicas y suministro, 27
enajenación de bienes, 23
permuta, 24
venta de cosa futura y contrato de obra a precio alzado, 24
forma en la, 42
consensual, 42
formal, 42
modalidades de la, 59
a plazos con cláusula rescisoria, 62
con pacto de no vender a determinada persona, 64
con pacto de preferencia, 63
con pacto de retroventa, 65
con reserva de dominio, 59
con reserva de posesión, 62
en atención a la manera como se manifiesta el consentimiento, 66
venta a vistas, 66
venta al gusto (*ad gustum*), 67
venta de un inmueble *ad mensuram* y *ad corpus*, 69
venta por acervo o a precio alzado, 69
venta por cuenta, peso o medida, 68
venta sobre muestras o mercancías conocidas, 66
ventas a domicilio, 69
ventas a ensayo o a prueba, 67
objeto en la, 35
bien, 35
compraventa de cosas futuras, 36
que el vendedor esté legitimado para enajenar el bien, 40
que exista o pueda existir, 35
que sea determinado o determinable en especie y cuantía, 40
que sea susceptible de ser vendido, 39
venta de bienes o derechos litigiosos, 39
partes contratantes en la, 29
adquisición de bienes inmuebles por asociaciones religiosas, 35
adquisición de bienes inmuebles por extranjeros, 34
bienes de la sociedad conyugal, 29
bienes de menores sujetos a patria potestad, 30
bienes de menores emancipados, 31
bienes de personas con discapacidad, en copropiedad, 31
bienes de personas sujetas a tutela, 31
compraventa entre cónyuges, 30
restricciones a la libertad para enajenar o adquirir bienes, 32
precio, 40
debe ser en dinero, 41
ha de ser cierto, 40
justo, 41
real, 41
resolución del contrato de compraventa por incumplimiento, 57
sobre inmuebles, casos específicos de, 70
de bienes inmuebles arrendados, 73
de bienes inmuebles sujetos al régimen de propiedad y condominio, 71

de inmuebles declarados monumentos históricos o artísticos, 74
de la fracción de un terreno, 70
de parcelas ejidales, 73
de predios en áreas de reserva para el crecimiento urbano, 70
de solares urbanos de ejidatarios, 74
de terrenos forestales, 75
en caso de derecho del tanto, 71
Contrato(s)
de garantía, 355
de prestación de servicios, 190
"llave en mano", 276
"mercado en mano", 277
"producto en mano", 276
traslativos de dominio, 22
traslativos de uso, 125
Contrato de obra, 259
clasificación, 261
concepto, 259
contenido obligacional, 277
obligaciones del empresario, 277
obligaciones del propietario de la obra, 284
diferencias con figuras afines, 262
con el contrato de construcción, 264
con el contrato de servicios, 263
con el mandato, 264
con la venta de cosa futura, 262
forma en el, 269
objeto en el, 265
obra, 266
precio de la obra, 267
partes en el, 265
terminación del, 288
desistimiento del comitente, 288
muerte del empresario, 289
rescisión por incumplimiento, 289
tipos de, 269
en atención a la determinación del objeto de la obra, 276
en atención a la determinación del precio de la obra, 269
Contrato de transacción, 468
clasificación, 469
concepto, 468
contenido obligacional, 481
garantía de existencia y legitimidad de derechos, 483
indivisibilidad del contenido, 483
interpretación del contrato de transacción, 483
reconocimiento y renuncia de derechos controvertidos, 482
transmisión de bienes o prestación de servicios, 482
vicios ocultos y evicción, 482
efectos jurídicos de la, 484
eficacia de cosa juzgada, 485
ejecución en la vía de apremio, 486
respecto de obligados solidarios y garantes, 487
diferencias con figuras afines, 470
actuaciones procesales que ponen fin al litigio, 470
acuerdos para solucionar controversias por medios alternos, 473
arbitraje, 473
división de la cosa común, 473
mediación o conciliación, 472
contrato de decisión por suerte, 471
forma en la, 481
objeto en la, 474
concesiones recíprocas, 478
situación jurídica controvertida, 475
partes contratantes en la, 473
terminación de la, 488
nulidad, 488
resolución, 489
tipos de, 470
compleja, 470
extrajudicial, 470
judicial, 470
pura (particional), 470
Contratos asociativos, 291
asociación y sociedad, 292
consideraciones preliminares, 291
derecho de asociación, 291
naturaleza jurídica de los, 300
tipos de, 293
de naturaleza civil y mercantil, 293
sociedad como contrato y como persona jurídica, 299
sociedades de capital, 295
sociedades de personas, 295
sociedades mixtas, 295
teoría contractual, institucional y funcional de las sociedades mercantiles, 296
tipicidad y atipicidad de los, 297
y la personalidad jurídica, 297
Depósito, 190
clasificación, 190
concepto, 190
contenido obligacional, 196
obligaciones del depositante, 199
obligaciones del depositario, 196
diferencias con figuras afines, 194
con el mandato, 194
con la compraventa, 194
con la prenda, 194
forma en el contrato de, 196
objeto del, 195
partes contratantes en el, 195
terminación del, 200



tipos de, 191
civil, 191
contrato de secuestro, 193
en garantía, 193
irregular, 192
mercantil, 191
regular, 192
Derecho del tanto, 64
Donación(es), 84
clasificación, 85
concepto, 84
contenido obligacional, 96
obligaciones del donante, 96
obligaciones del donatario, 98
figuras afines, 84
forma en la, 94
objeto en la, 91
partes contratantes en la, 88
terminación de la, 100
muerte del donante, 106
reducción de las, 105
resolución de las, 104
revocación, 100
efectos de la, 103
por ingratitud del donatario, 102
por superveniencia de hijos, 101
tipos de, 86
Fiador
acciones del, antes del pago, 383
de relevación y cobertura, 383
pauliana contra el deudor, 385
acciones del, después del pago, 385
de reembolso o de regreso, 385
subrogación del fiador en los derechos del acreedor, 389
beneficios del, 379
de división, 379
de excusión, 381
de orden, 380
Fianza, 355
clasificación, 355
concepto, 355
diferencias con figuras afines, 356
con el aval, 356
con el mandato de crédito, 361
con el seguro de crédito, 361
con la modificación de la relación obligatoria por sustitución del deudor, 362
con la obligación solidaria, 357
con la promesa de *porte-fort*, 362
con las cartas de recomendación, 363
con las garantías independientes, 363
con las obligaciones concurrentes, 359
efectos de la, 376
relación entre fiador que paga y demás cofiadores, 390
beneficio de división, 390
derecho de repetición del fiador contra los cofiadores, 393
relación entre fiador y acreedor, 377
relación entre fiador y deudor principal, 383
acciones del fiador antes del pago, 383
acciones del fiador después del pago, 385
extinción de la, 394
por vía de consecuencia, 394
por vía principal, 394
forma en la, 376
objeto en la, 371
partes contratantes en la, 370
tipos de, 365
civil, 367
cofianza o coafianzamiento, 369
convencional, 365
gratuita, 367
judicial, 365
legal, 365
mercantil, 367
onerosa, 367
promesa de fianza, 370
retrofianza, fianza de regreso o contrafianza, 370
simple, 367
solidaria, 367
subfianza, fianza de la fianza o reafianzamiento, 368

Hipoteca, 419
antecedentes, 420
clasificación, 420
concepto, 419
crédito garantizado con, 442
de propietario, 444
de seguridad, 442
inversa, 445
de concesiones, 438
de empresa, 439
de inmueble en usufructo, 432
de la anticresis y de la enfiteusis, 437
de la hipoteca (subhipoteca), 437
de la posesión, 436
derecho real de, 452
a la enajenación del bien hipotecado, 454
a la posesión del bien hipotecado, 452
de persecución, 454
de preferencia en el pago, 456
otros efectos, 458
de servidumbres, 438
diferencias con figuras afines, 421
con la deuda inmobiliaria o deuda territorial, 422
con la hipoteca de cédula, 422
con la prenda, 421
duración de la, 447

extinción de la, 462
directa, 462
indirecta o por vía de consecuencia, 465
forma de la, 446
marítima, 438
objeto de la, 427
bienes hipotecables, 428
bienes litigiosos, 432
derechos reales sobre inmuebles, 432
inmueble en copropiedad, 431
inmueble sujeto a propiedad condicional, 431
partes contratantes en la, 425
principios de la, 448
de especialidad, 448
de indivisibilidad, 450
de publicidad, 449
sobre construcción, 434
tipos de, 424
necesaria, 424
voluntaria, 424
transmisión de la, 458
cesión del crédito garantizado con hipoteca, 458
subrogación del crédito garantizado con hipoteca, 459
otorgado por entidades financieras para adquirir, construir, remodelar o refinanciar bienes inmuebles, 460

Mandato, 202
clasificación, 202
concepto, 202
contenido obligacional, 233
obligaciones del mandante, 241
obligaciones del mandatario, 233
obligaciones del procurador en el mandato judicial, 243
diferencias con figuras afines, 222
con el contrato de agencia, 223
con el contrato de expedición, 225
con el contrato de intermediación bursátil, 224
con el contrato de prestación de servicios profesionales, 226
con la comisión mercantil, 222
duración del, 229
forma en el, 230
objeto en el, 228
partes contratantes en el, 226
poder, representación y, 204
terminación del, 244
causas comunes a todos los contratos, 244
causas propias del mandato, 244
causa especial, 255
interdicción de mandante o mandatario, 255
mandato irrevocable, 246
muerte de mandante o mandatario, 254
renuncia del mandatario, 253
revocación del mandante, 244
terminación del mandato judicial, 255
tipos de, 208
aparente, 218
civil, 208
con garantía, 222
con representación, 208
especial, 210
expreso, 218
general, 210
judicial, 217
limitado, 210
mercantil, 208
sin garantía, 222
sin representación, 208
tácito, 218
Mutuo, 108
clasificación, 109
concepto, 108
contenido obligacional, 115
defensas del mutuatario en materia de intereses convencionales, 120
obligaciones del mutuante, 115
obligaciones del mutuatario, 117
diferencias con figuras afines, 110
con el comodato, 110
con el depósito bancario de dinero, 110
con la apertura de crédito, 111
forma en el, 114
naturaleza jurídica del, 109
objeto en el, 113
partes contratantes en el, 111
terminación del, 123
tipos de, 110
civil, 110
con interés, 110
mercantil, 110
simple, 110
Negocios jurídicos parciarios (aparcería), 341
clasificación, 343
concepto, 342
contenido obligacional de la aparcería agrícola, 347
obligaciones del aparcero, 349
obligaciones del propietario, 348
contenido obligacional de la aparcería ganadera, 350
obligaciones del aparcero, 351
obligaciones del propietario, 350
diferencias con figuras afines, 344
con el arrendamiento, 345
con el usufructo, 345
con la sociedad, 344



duración de la, 347
forma en la, 347
objeto en la, 346
partes contratantes en la, 346
terminación de la, 352
tipos de, 343
agrícola, 343
ganadera, 343
industrial, 343
Permuta, 79
clasificación, 80
concepto, 79
contenido obligacional, 81
diferencias con la compraventa, 82
forma en la, 81
objeto en la, 80
partes contratantes en la, 80
Prenda, 399
bursátil, 407
clasificación, 399
concepto, 399
constitución de la, 406
contenido obligacional, 409
obligaciones esenciales, 409
obligaciones eventuales, 411
derecho real de, 411
extinción de la, 415
formalidad de la, 406
objeto en la, 403
bienes pignorados, 403
crédito garantizado, 405
partes contratantes en la, 402
principio de indivisibilidad de la, 408
tipos de, 400
civil, 401
mercantil, 401
necesaria o legal, 400
promesa de, 402
tácita, 401
voluntaria, 400
Promesa de contratar, 1
clasificación, 2
concepto, 1
contenido obligacional, 15
elementos característicos del contrato definitivo, 16
obligación de hacer, 15
obligaciones en dinero en la promesa, 16
plazo, 16
diferencias con figuras afines, 2
compraventa, preventa y promesa de compraventa, 8
contrato de opción, 4
contrato de prelación o de preferencia, 7
contrato normativo o contrato marco, 6
contrato por persona a designar, 9
negociaciones y carta de intención, 2
oferta o policitación, 4
efectos del incumplimiento de la, 18
forma en la, 15
naturaleza jurídica de la, 10
objeto de la, 14
partes contratantes en la, 13
terminación de la, 19
muerte de un promitente en los contratos *intuitu personae*, 20
nulidad de la promesa, 19
por caducidad, 19
resolución de la promesa, 19
tipos de, 11
bilateral, 11
esponsales (promesa bilateral de matrimonio), 11
promesa de factoraje financiero, 12
promesa de sociedad, 12
unilateral, 11
Sociedad civil, 306
antecedentes, 307
clasificación, 307
concepto, 306
disolución y liquidación de la, 324
modos de terminación, 324
sociedad como contrato, 308
contenido del contrato de sociedad, 314
derechos de los socios, 315
obligaciones de los socios, 314
contrato social y estatutos, 308
forma del contrato de, 311
irregular, 313
objeto del contrato de, 310
partes contratantes en la, 309
sociedad como persona jurídica, 317
atributos de la personalidad jurídica de la sociedad, 317
finalidad común de la sociedad, 318
órganos de la sociedad, 319
administrador, 323
asamblea de socios, 320
negocios (o acuerdos) parasociales, 322
órgano de vigilancia, 324
patrimonio y capital social de la sociedad, 319

Teoría
de la *res dubia*, 475
de la *res litigiosa*, 476
mixta, 476

Venta de un bien ajeno, 49