Contratos mercantiles

Decimoprimera edición

Arturo Díaz Bravo
Con la colaboración de Ana Isabel Velázquez Ávila

Colección textos jurídicos



IURE editores

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:11:58.

Contratos mercantiles

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:32.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:32.

Contratos mercantiles

Primera edición (e-Book)

(Decimoprimera edición impresa)

Arturo Díaz Bravo
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

Con la colaboración de **Ana Isabel Velázquez Ávila**

IURE editores

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:32.

Copyright © 2017 por **IURE editores**, S.A. de C.V. y
Arturo Díaz Bravo, respecto a la primera edición electrónica de la obra

CONTRATOS MERCANTILES, e-Book

Ninguna parte de esta obra podrá reproducirse, almacenarse o transmitirse en sistemas de recuperación alguno, ni por algún medio sin el previo permiso por escrito de
IURE editores, S.A. de C.V.
Para cualquier consulta al respecto, favor de dirigirse a nuestro domicilio ubicado en Antonio Caso núm. 142, Piso 3, Col. San Rafael, Deleg. Cuauhtémoc, C.P. 06470, Ciudad de México. Tel. 5280.0358, fax 5280.5997. **www.iureeditores.com**
Miembro de la Cámara Nacional de la Industria Editorial Mexicana, registro núm. 3329.

ISBN 978-607-616-070-1 (libro electrónico, realizado con base en la 11a edición impresa, © 2012, **ISBN 978-607-7792-95-6**)

Hecho en México - Made in Mexico

Dirección editorial:
Olga Arvizu Bonnells
Gustavo Arvizu Bonnells
Jaime Arvizu Bonnells

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:32.

A mi madre,

in memoriam.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:32.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:32.

Contenido

Prólogo xix
Palabras liminares xxi
Abreviaturas y siglas xxiii

Primera parte **Teoría general del contrato mercantil 1**

Capítulo 1. **Régimen legal y fuentes de las obligaciones mercantiles 4**
1.1 Derecho positivo de las obligaciones mercantiles 4
1.2 Régimen legal supletorio sustantivo 8
1.3 Régimen legal procesal 9
1.4 La unificación del derecho privado 9
1.5 Fuentes de las obligaciones mercantiles 12
1.6 Inexistencia de una teoría general de las obligaciones mercantiles 15
1.7 Los contratos mercantiles internacionales; derecho positivo y *lex mercatoria*. Los principios de UNIDROIT. El proyecto de Convención de las Naciones Unidas sobre empleo de los medios electrónicos en la contratación internacional. Los INCOTERMS 17
1.8 El contrato como fuente de obligaciones mercantiles 23
1.9 La buena fe en los contratos 26
1.10 La confidencialidad y la ética en los contratos 28
1.11 Figuras semicontractuales 30

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:32.

1.12 La causa en los contratos 32
1.13 El derecho contractual estadounidense 33
1.14 Reglas de interpretación de los contratos 34
1.15 Fundamento del efecto obligatorio de los contratos 36
1.16 La ley como fuente específica de obligaciones 37
1.17 Responsabilidades y deberes precontractuales y postcontractuales 39
1.18 Contratos públicos y contratos mercantiles 45
1.19 Discusión sobre el carácter jurídico de los llamados actos colectivos y de los contratos de adhesión 46
1.20 La declaración unilateral de voluntad como fuente de obligaciones mercantiles. Las promociones y ofertas mercantiles 52
1.21 Validez de documentos civiles a la orden o al portador 53
1.22 Diferencias entre declaración unilateral de voluntad y promesa de contratar 54
1.23 La responsabilidad objetiva como fuente de obligaciones mercantiles 55
1.24 Los actos ilícitos como fuente de obligaciones mercantiles 55
1.25 El enriquecimiento ilegítimo 56
1.26 La gestión de negocios ajenos 56
1.27 Obligaciones en especie y en moneda extranjera 56
1.28 Clasificación de los contratos mercantiles 57

Capítulo 2. **La moderna contratación mercantil 59**
2.1 Carácter innovador de la contratación mercantil 59
2.2 Cláusula de *mejores esfuerzos* (*best efforts*) 60
2.3 Cláusula de *diligencia debida* (*due diligence*) 60
2.4 Cláusula de *cuidado razonable* (*reasonable care*) 61
2.5 Los Principios de UNIDROIT 2010 61
2.6 Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales 63
2.7 Cláusula de *reglas del arte* 63
2.8 Aprobación administrativa de algunos contratos mercantiles importantes en la vida económica del país 64

Capítulo 3. **Modalidades de las obligaciones 65**
3.1 Reenvío al derecho común 65
3.2 Plazo 66
3.3 Mancomunidad y solidaridad 67
3.4 La carga 67
3.5 El deber 69
3.6 La condición 69
3.7 La conjuntividad y la alternatividad 70

Capítulo 4. **Formalidades, cumplimiento e incumplimiento 72**
4.1 Perfeccionamiento de los contratos mercantiles entre presentes: la supuesta consensualidad mercantil 72
4.2 La causa en el contrato 76

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:32.

4.3 Perfeccionamiento de los contratos mercantiles entre ausentes. La contratación por medios electrónicos 78
4.4 La firma y las formalidades electrónicas 80
4.5 Eficacia del teléfono, telégrafo, télex y fax 87
4.6 Capacidad mercantil 88
4.7 Contratos mercantiles celebrados con intervención de corredor público 89
4.8 Cumplimiento: pago 90
4.9 Cumplimiento: obligaciones en moneda extranjera 90
4.10 Cumplimiento: cláusula de ajuste e indexación 95
4.11 Cumplimiento: lugar 101
4.12 Incumplimiento: consecuencias 102
4.13 Incumplimiento: teoría de la imprevisión 108
4.14 Interés legal mercantil 118
4.15 Resumen y comentarios 120

Capítulo 5. **Cesión, subrogación, rescisión y extinción 123**
5.1 Cesión: formalidades 123
5.2 Responsabilidades del cedente 125
5.3 Cesión de deudas, subrogación y reenvío 125
5.4 Rescisión de los contratos mercantiles 126
5.5 Extinción de las obligaciones mercantiles 126
5.6 Nulidad, inexistencia e ineficacia 127
5.7 Prescripción 128

Capítulo 6. **Las leyes económicas y la nueva teoría de los contratos 130**
6.1 Las leyes económicas 130
6.2 Bases económicas de la nueva teoría 131
6.3 Repercusiones jurídicas en la inversión extranjera 132
6.4 Contradictoria reglamentación de la inversión extranjera 132
6.5 Repercusiones jurídicas en la adquisición de bienes o de servicios. La protección del consumidor 133
6.6 Los contratos de adhesión. Contratos tipo. Uso y formularios 138
6.7 Las ineficacias en la *LFPC* 140
6.8 Las nulidades en la *LFPC* 140
6.9 Cláusulas naturales conforme a la *LFPC* 141
6.10 Responsabilidades del proveedor según la *LFPC* 142
6.11 Las cláusulas abusivas 144
6.12 El solidarismo contractual 149
6.13 Transparencia y ordenamiento de los servicios financieros 156
6.14 Resumen 163

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:32.

Segunda parte **Los contratos en particular 165**

Título 1 **Contratos traslativos 167**

Capítulo 7. **Compraventa en general 168**
7.1 Generalidades y orígenes: la permuta y su moderno resurgimiento 168
7.2 Concepto 170
7.3 Noción de compraventa mercantil 172
7.4 Clasificación 173
7.4.1 Compraventas mercantiles por el fin 173
7.4.2 Compraventas mercantiles por el sujeto 174
7.4.3 Compraventas mercantiles por el objeto 175
7.5 Inexistencia de las compraventas mixtas o unilateralmente mercantiles 176
7.6 *C.Com.* y *LFPC*: delimitación de los campos 178
7.7 Efectos de las estipulaciones ilícitas 178
7.8 Incumplimiento de una de las partes 179
7.9 Plazos y gastos de entrega 180
7.10 Pago del precio 180
7.11 Falta de cumplimiento 181
7.12 Efectos de la lesión 182

Capítulo 8. **Compraventas especiales 184**
8.1 Compraventa sobre muestras 184
8.2 Compraventa de especies no vistas 184
8.3 Compraventa con entrega diferida 185
8.4 Compraventa con pactos limitantes 186
8.5 Compraventas internacionales 186
8.6 Sucinto y selectivo análisis de la CCCIM 190
8.7 La CCCIM a la luz de la legislación y la doctrina mexicanas 191
8.8 Compraventas bursátiles: generalidades 193
8.9 Formas de las compraventas bursátiles 193
8.10 Contratos prebursátiles 193
8.11 Mecánica de las compraventas bursátiles 194
8.12 Forma de pago en las compraventas bursátiles 195
8.13 Reflexiones y reglas generales 195
8.14 Conclusiones generales y reenvío 196

Capítulo 9. **El préstamo mercantil 197**
9.1 Concepto 197
9.2 Calificación mercantil 198
9.3 Modalidades 200
9.4 Elementos personales 201
9.5 Obligaciones de las partes 202
9.6 Ubicación dentro de la clasificación doctrinal de los contratos 208

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:32.

Capítulo 10. **Suministro y suscripción 210**
10.1 Generalidades 210
10.2 Suministro 211
10.2.1 Generalidades 211
10.2.2 Concepto y mercantilidad 211
10.2.3 Compraventa y suministro: semejanzas y diferencias 212
10.2.4 Suministro de servicios 214
10.2.5 Características 215
11.3 Suscripción 215
10.3.1 Generalidades: diferencias respecto del suministro 215
10.3.2 Concepto y mercantilidad 216

Capítulo 11. **La consignación mercantil o contrato estimatorio 217**
11.1 Generalidades y concepto 217
11.2 Análisis y naturaleza jurídica 218
11.3 Otros derechos y obligaciones de las partes 220
11.4 Causas de terminación 221
11.5 Mérito ejecutivo del documento contractual 221
11.6 Mercantilidad del contrato estimatorio 221

Capítulo 12. **El autofinanciamiento 223**
12.1 Generalidades y mecanismo 223
12.2 Régimen legal 224
12.3 Concepto y formalidades 225
12.4 La empresa autofinanciadora. Autorización 226
12.5 El contrato. Reglas generales 226
12.6 Otros derechos y obligaciones de las partes 229

Título 2 **Contratos de crédito 231**

Capítulo 13. **El arrendamiento financiero o *leasing* 232**
13.1 Generalidades y antecedentes 232
13.2 Régimen legal, concepto y mecanismo 233
13.3 Operación del arrendamiento financiero 235
13.4 Naturaleza jurídica y concepto 237
13.5 Opiniones doctrinales mexicanas sobre su naturaleza jurídica 242
13.6 Carácter mercantil o civil del arrendamiento financiero 243
13.7 Estudio de los pagarés emitidos en el arrendamiento financiero 243
13.8 Opciones terminales 243
13.9 Proyección internacional del arrendamiento financiero 244
13.10 Características 245

Capítulo 14. **El factoraje financiero 246**
14.1 Panorama histórico 246
14.2 El factoraje en México. Su regulación como contrato de crédito 247
14.3 Función económica y concepto 248

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:32.

14.4 Régimen legal. Elementos personales: derechos y obligaciones 249
14.5 Formalidades. Contenido del contrato 250
14.6 Derechos y obligaciones de las partes 252
14.7 Factoraje indirecto u oblicuo 253
14.8 Créditos factorables 254
14.9 Responsabilidades del factorado 254
14.10 Situación de los terceros deudores 255
14.11 Semejanzas y naturaleza jurídica 255
14.12 El factoraje internacional 257

Título 3 **Contratos aleatorios 259**

Capítulo 15. **El seguro 260**
15.1 Generalidades y antecedentes 260
15.2 Importancia económica del seguro 262
15.3 Régimen legal 263
15.4 Concepto 264
15.5 Análisis del concepto 265
15.5.1 Elementos 265
15.5.2 La empresa aseguradora; mercantilidad del seguro 267
15.5.3 El tomador o contratante del seguro 268
15.5.4 Diferencias entre tomador, asegurado y beneficiario 269
15.5.5 Obligación principal del asegurador: la indemnización 270
15.5.6 Obligación principal del tomador: el pago de la prima 271
15.6 Celebración del contrato 272
15.6.1 La mediación en el seguro 272
15.6.2 La oferta 275
15.6.3 Perfeccionamiento del contrato: consensualidad 276
15.6.4 La póliza 277
15.6.5 La póliza: naturaleza jurídica 279
15.7 Otros elementos de definición del seguro 281
15.7.1 La prima: concepto y naturaleza 281
15.7.2 La prima: unicidad e indivisibilidad 282
15.7.3 La prima: falta de pago 283
15.7.4 El riesgo: concepto 285
15.7.5 El riesgo: comparación entre el asegurativo y otros. Concepto 285
15.7.6 El riesgo asegurativo: régimen legal 286
15.7.7 El riesgo: desaparición y agravación 287
15.7.8 El interés asegurable y el carácter indemnizatorio del seguro de daños 288
15.7.9 El interés asegurable: reglas de operación; el coaseguro 290
15.7.10 Inexistencia del interés asegurable y del principio indemnizatorio en el seguro de vida 291
15.8 Otros derechos y obligaciones de las partes 293
15.8.1 Generalidades 293
15.8.2 Posición del asegurador 293
15.8.3 Posición del asegurado. Obligaciones, deberes y cargas 295

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:32.

15.8.4 La protección del asegurado 296
15.8.5 El infraseguro 299
15.8.6 La subrogación del asegurador 300
15.9 El seguro de personas 302
15.9.1 Generalidades 302
15.9.2 Reglas específicas para el seguro de personas 303
15.9.3 Régimen legal de la edad del asegurado 304
15.9.4 Régimen legal de la cláusula beneficiaria 304
15.9.5 La cláusula de indisputabilidad 307
15.10 El siniestro 307
15.10.1 Generalidades y reenvío 307
15.10.2 Procedimientos de cobro 308
15.10.3 La prescripción 309
15.10.4 Características del contrato de seguro 312
15.11 El fraude en el seguro 315
15.11.1 Generalidades 315
15.11.2 La legislación mexicana 316
15.11.3 El panorama extranjero 317
15.11.4 Características del contrato de seguro 312
15.12 El reaseguro 317
15.12.1 Antecedentes y generalidades 317
15.12.2 Régimen legal y concepto 319
15.12.3 Tipos, características y naturaleza jurídica 320
15.12.4 Derechos y obligaciones de las partes 324

Título 4 **Contratos de garantía 327**

Capítulo 16. **La fianza 328**
16.1 Antecedentes 328
16.2 Generalidades 329
16.3 Fianza civil y fianza mercantil 330
16.4 Régimen legal y concepto 332
16.5 Elementos de la fianza 333
16.6 Garantía de recuperación de la empresa afianzadora 334
16.7 Obligaciones de la institución fiadora. Formalidad del contrato 335
16.8 Extinción de la obligación fiadora 338
16.9 Obligaciones y deberes del tomador, del fiado, del obligado solidario y del contrafiador 340
16.10 Fuente de la obligación fiadora 341
16.11 Accesoriedad de la fianza 342
16.12 Pago de la fianza; efectos: la subrogación 343
16.13 Reafianzamiento y coafianzamiento; naturaleza jurídica 344
16.14 Diferencias entre el seguro y la fianza de empresa 346
16.15 Características 346

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:32.

Capítulo 17. **La prenda 347**
17.1 Generalidades y régimen legal 347
17.2 La prenda en la *LFPC* y en la NOM 179 348
17.3 Concepto y mercantilidad. La prenda sin desposesión 349
17.4 Formalidades; la prenda tácita. El Registro Único de Garantías Mobiliarias 353
17.5 El deudor prendario; bienes pignorables 361
17.6 Derechos y obligaciones de las partes antes del vencimiento de la obligación garantizada 363
17.7 Derechos y obligaciones de las partes al vencimiento de la deuda garantizada; el pacto comisorio 363
17.8 La prenda bursátil 365
17.9 La prenda internacional. Modernas proyecciones 366
17.10 Características 367

Título 5 **Contratos de servicios 369**

Capítulo 18. **El transporte 370**
18.1 Delimitación del tema 370
18.2 El contrato civil de transporte 371
18.3 Régimen legal del contrato mercantil de transporte 372
18.4 Concepto y mercantilidad 375
18.5 Noticia sobre algunas disposiciones en materia de transporte 376
18.6 Disposiciones legales aplicables a toda clase de transporte 378
18.7 Otros derechos, responsabilidades y obligaciones: en el transporte terrestre 379
18.8 *Idem*: en el transporte aéreo 386
18.9 *Idem*: en el transporte marítimo 387
18.10 *Idem*: la fortuna de mar 389
18.11 Limitación de la responsabilidad del porteador marítimo 389
18.12 Documentos de embarque 390
18.13 Carácter jurídico del documento de embarque 390
18.14 Competencia judicial 391
18.15 El transporte internacional de personas y mercaderías 392
18.16 Características 397

Capítulo 19. **La comisión mercantil 398**
19.1 Generalidades y concepto 398
19.2 Mandato civil y comisión mercantil; estudio comparativo 400
19.3 Análisis de la noción legal 402
19.4 Comisión verbal no ratificada 403
19.5 Derechos y obligaciones del comitente 403
19.6 Derechos y obligaciones del comisionista 404
19.7 Características 406

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:32.

Capítulo 20. **Agencia, correduría privada y mediación *stricto sensu* 407**
20.1 Generalidades 407
20.2 La agencia 408
20.2.1 Régimen legal y características 408
20.2.2 Agencia mercantil, civil y laboral 410
20.2.3 Tipos de agencia en el derecho mexicano 412
20.2.4 Contenido del contrato 413
20.2.5 La agencia en el derecho internacional privado 416
20.2.6 Resumen y características 416
20.3 La correduría privada, mediación *stricto sensu* o corretaje 417
20.3.1 Falta de régimen legal; mercantilidad 417
20.3.2 Manifestaciones prácticas 419
20.3.3 Formalidades y características 420

Capítulo 21. **El arbitraje o compromiso mercantil 421**
21.1 Introducción: el conflicto y sus mecanismos de solución 421
21.2 Terminología y clasificaciones 423
21.2.1 Autocomposición y heterocomposición 423
21.2.2 Los equivalentes jurisdiccionales 424
21.2.3 Los mecanismos alternativos de solución de controversias 425
21.2.4 Conceptos 426
21.3 Concepto y elementos 429
21.3.1 Naturaleza jurídica 429
21.3.1.1 Corriente jurisdiccionalista 429
21.3.1.2 Corriente contractualista 429
21.3.1.3 Comentario 430
21.3.2 Características 431
21.3.3 Arbitrabilidad 433
21.3.3.1 Demarcación del tema y regulación vigente internacional 434
21.3.3.2 Arbitrabilidad en México: regulación y reacciones recientes 438
21.4 Fuentes del Derecho Arbitral 439
21.4.1 Derecho aplicable en el arbitraje 439
21.4.2 Elementos de existencia y requisitos de validez del acuerdo arbitral 440
21.4.3 Autonomía de la cláusula arbitral 442
21.4.4 Efectos del acuerdo arbitral 443
21.5 El Tribunal Arbitral 446
21.6 El procedimiento arbitral 449
21.7 Conclusión 459

Capítulo 22. **Los contratos de obra 461**
22.1 Régimen legal 461
22.2 Las partes, sus derechos y obligaciones 462
22.3 Modalidades 463

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:32.

22.4 El contrato de servicios profesionales 464
22.5 Los contratos de obra en el derecho internacional. El contrato de llave en mano 467

Capítulo 23. **Los servicios varios o de mediación, *lato sensu* (asistencia) 470**
23.1 Generalidades 470
23.2 Régimen legal 472
23.3 Clausulado general 474
23.4 Asistencia automovilística 476
23.5 Servicios médicos, hospitalarios y funerarios 476
23.6 Asistencia jurídica 477
23.7 Asistencia en el hogar 477
23.8 Comodato de equipos para la venta de refrescos y golosinas 478
23.9 La garantía extendida 479
23.10 Autoalmacenaje 480
23.11 Resumen y consideraciones generales 481

Título 6 **Contratos asociativos o de colaboración 483**

Capítulo 24. **Los contratos publicitarios 484**
24.1 Generalidades 484
24.2 Definición y modalidades 486
24.3 Las empresas publicitarias y los medios de difusión 489
24.4 Publicidades sujetas a autorización 491
24.5 Mercantilidad de las empresas y de los contratos publicitarios 495
24.6 Publicidad de patrocinio 495
24.7 Medios de difusión de la publicidad 497
24.7.1 Papel de la radio 498
24.7.2 Papel de la prensa 499
24.7.3 Papel de la televisión 499
24.7.4 Publicidad electrónica 502
24.7.5 Publicidad ambulante 505
24.8 La publicidad obsesiva, visual, auditiva y ambulante. Prohibiciones y restricciones 505
24.8.1 Anuncios en las vías públicas 505
24.8.2 Publicidades prohibidas y restringidas 506
24.8.3 Publicidad obsesiva. Formas y efectos 509
24.9 La PROFECO y sus facultades 511
24.10 Imagenología de la publicidad: simulada, engañosa, subliminal, comparativa y combinada 514
24.10.1 La imagenología en la publicidad 514
24.10.2 Publicidad simulada 514
24.10.3 Publicidad engañosa 515
24.10.4 Publicidad subliminal 517
24.10.5 Publicidad comparativa. Ventajas e inconvenientes 517

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:32.

24.10.6 Publicidad combinada 519
24.11 Resumen y conclusiones 520

Capítulo 25. **La asociación en participación 521**
25.1 Generalidades y antecedentes 521
25.2 Régimen legal y concepto 522
25.3 Mercantilidad 524
25.4 Naturaleza jurídica 524
25.5 Formalidades 527
25.6 Derechos y obligaciones de las partes 528
25.7 Bienes y servicios aportables; situación jurídica 529
25.8 Actuación del asociante 530
25.9 Disolución y liquidación 532
25.10 Asociación en participación con inversión extranjera 532
25.11 Características 532

Capítulo 26. **El tiempo compartido 533**
26.1 Antecedentes e importancia actual 533
26.2 Concepto y terminología 534
26.2.1 Concepto 534
26.2.2 Terminología 535
26.3 Naturaleza jurídica 536
26.4 Mercantilidad y civilidad 537
26.5 Régimen legal 537
26.6 Deberes precontractuales del prestador 538
26.7 Derechos, deberes y obligaciones de las partes 539
26.8 Procedimiento en caso de queja 542
26.9 Terminación del contrato 542

Capítulo 27. **La concesión 543**
27.1 Contenido del contrato 543
27.2 Carácter jurídico de la concesión mercantil 544
27.3 Aspectos constitucionales 546
27.4 Características 547

Capítulo 28. **La unión transitoria de empresas, alianza estratégica o *joint venture* 548**
28.1 Antecedentes e importancia actual 548
28.2 Antecedentes legislativos extranjeros 551
28.3 Concepto 552
28.4 Naturaleza jurídica 553
28.5 Terminología 554
28.6 Régimen legal 554
28.7 Elementos 555
28.8 Características 556
28.9 Derechos y obligaciones 557

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:32.

Título 7 **Contratos sobre bienes inmateriales 559**

Capítulo 29. **La transferencia de tecnología 560**
29.1 Generalidades y antecedentes 560
29.2 Régimen legal del llamado contrato de transferencia de tecnología 561
29.3 Consideraciones económico-jurídicas 562
29.4 Concepto y terminología 562
29.5 Mercantilidad del contrato 564
29.6 Contenido y forma 565
29.7 Examen de algunas cláusulas 566
29.8 Otras cláusulas probables 567
29.9 Naturaleza jurídica del derecho de los autores o inventores: teorías 568
29.10 Carácter jurídico del contrato conforme al derecho mexicano 570
29.11 Características 571

Capítulo 30. **La franquicia 572**
30.1 Generalidades e importancia 572
30.2 Antecedentes, concepto y elementos 575
30.3 Contenido del contrato. Deberes precontractuales 577
30.4 Naturaleza del contrato y situación jurídica de las partes 578
30.5 Franquicia y monopolio 581
30.6 Legislación 584
30.7 La franquicia internacional 585
30.8 Características 585

Capítulo 31. **La edición 587**
31.1 Generalidades 587
31.2 Régimen legal del derecho de autor y del contrato de edición 588
31.3 Notas sobre la naturaleza jurídica del derecho de autor 589
31.4 Carácter jurídico del contrato de edición 592
31.5 Formalidad y mercantilidad del contrato de edición 593
31.6 Régimen jurídico del contrato de edición 594
31.7 Obligaciones legales del editor 595
31.8 Inscripción del contrato 595
31.9 Características 596

Bibliografía 597
Índice onomástico 610
Índice analítico 613

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:32.

Prólogo

Si necesaria fuese imparcialidad para escribir un prólogo, habría de declararme incapacitado para redactar éste. No soy imparcial, por el gran afecto que profeso al autor del libro.

Hace más de un cuarto de siglo que **Arturo Díaz Bravo** comenzó a colaborar en mi bufete; poco después, pensé que también sería valioso auxiliar en mi curso de la Facultad de Derecho, y fue mi adjunto en derecho mercantil. No tardó en quedar al frente de un grupo; siguió con constante vocación y, posteriormente, fue profesor de Contratos mercantiles; de aquí uno de los gérmenes de este libro: la docencia.

El otro: su actividad profesional, en una empresa estatal y como asesor de seguros y de reaseguros. Paralelamente fue subdirector de Propiedad Industrial y más tarde mi asesor en Inversiones Extranjeras. ¡Rica y variada experiencia!

Se cumplió así la admonición de **Vivante**: no emprender nunca una investigación jurídica sin conocer a fondo la estructura técnica y la función económica de la institución objeto del estudio.

La experiencia de la viva realidad jurídica y preparación para la docencia dieron a **Díaz Bravo** un profundo conocimiento de la función económica de muchos contratos y de la estructura técnica de los más complejos (el seguro y el reaseguro), y la vertió, primero en la cátedra, y ahora en este libro.

Confieso que al recibir sus páginas mecanografiadas y examinar su contenido se suscitó en mí un tanto de envidia: más de una vez he pensado en continuar mis pu-

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:32.

blicaciones con el estudio del tema que ahora aborda **Díaz Bravo**; encontraba un vacío en la bibliografía mercantilista, dado el carácter deliberadamente sucinto del Curso de **Joaquín Rodríguez**, y pensé en colmarlo con un trabajo, en el nivel de tratado, sobre la contratación mercantil. **Arturo** me ganó la mano.

Y bien ganada. Su obra —fácilmente podrá apreciarlo el lector— abarca casi exhaustivamente el campo: incluye contratos poco estudiados, creaciones recientes de la práctica de los negocios. Por ejemplo: contratos de concesión, de transferencia de tecnología, etc. Se analizan con base en los documentos mismos —como quiere **Vivante**, que nos dice haber examinado cientos de contratos de colectivas y comanditas— y, además, con sistemático apoyo doctrinal: la bibliografía de los países con sistemas jurídicos similares al nuestro (Argentina, España, Francia, Italia) es bien conocida por **Díaz Bravo**, que cuando el caso lo amerita, recurre también a la anglosajona; así lo muestra en las oportunas citas, nunca innecesariamente abrumadoras, que se encuentran a lo largo de la obra, también apoyada, como es obvio, en la doctrina mexicana, ya sea para seguirla o ya sea para contradecirla (de esto es víctima alguna opinión mía). El aparato bibliográfico no se limita a las obras generales, sino que incluye, cuando es menester, obras monográficas.

Una discordancia: no aplaudo, aunque empleado por distinguidos juristas, el sistema de citas, con proscripción de notas marginales, que emplea el autor.* Es frecuente en los escritores mexicanos cierto tácito menosprecio por la jurisprudencia: no incurre en ello esta obra, en la que acertadamente se la invoca, y se analiza siempre que es procedente.

Todo ello, y el buen criterio de **Arturo Díaz Bravo** (que tan útil ha sido para mí en las múltiples ocasiones en que he solicitado su opinión al realizar mis trabajos profesionales o académicos), aunado a un estilo directo y conciso, de fácil lectura, conspiran al resultado: un libro que será de gran utilidad para los estudiantes, de enorme provecho para los profesionales y de estímulo para futuras obras.

Compruébalo, lector, adentrándote en sus páginas.

ROBERTO L. MANTILLA MOLINA
Mayo de 1982

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

* *Nota del autor*: a partir de la segunda edición de este libro aparecen las notas de pie de página que echaba de menos mi admirado prologuista.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:32.

Palabras liminares

No es normal que el autor del presente libro haya decidido elaborar estas notas previas sólo a partir de la octava edición del mismo, por lo que el lector merece una explicación.

En efecto, me había propuesto no redactar proemio o nota alguna a guisa de autojustificación del libro, pues me pareció, y sigue pareciendo, que el prólogo de mi inolvidable y querido amigo, **Roberto L. Mantilla Molina**, basta como presentación del mismo. Ahora bien, dicho prólogo fue redactado a la vista de los originales de la primera edición, que, treinta años después, ha debido ser objeto de actualizaciones, modificaciones, ampliaciones y supresiones, todas ellas obligadas por el reconocido carácter dinámico y en continua transformación de una gran parte de las instituciones del derecho mercantil, en especial las contractuales, muchas de las cuales se examinan en este libro.

En tales condiciones, dicho prólogo podría hoy resultar un tanto anacrónico, pues las nuevas generaciones de estudiantes, catedráticos, funcionarios judiciales y profesionistas lo encontrarán desfasado, a pesar de lo cual he decidido que siga apareciendo, como un homenaje *post mortem* a la amistad que nos unió y como muestra de mi gratitud por los conocimientos que de él recibí.

Aunque no rigurosamente apegado a los programas vigentes en nuestras facultades de derecho, el temario abarca la gran mayoría de los contratos mercantiles previstos en dichos programas, e incluso algunos más, lo que propicia su aprovechamiento en escuelas y facultades no propiamente jurídicas, e incluso por profesionistas, consultores de empresas y juzgadores, no menos que por profesionistas de especialidades afines, como la contaduría, la economía y la administración de negocios.

Y vaya aquí otro intento de justificación. No se examinan en este libro algunos contratos exclusivos del derecho marítimo, con todo y su mercantilidad, precisamente por la apuntada razón de moverse dentro de un derecho, como el marítimo, del que

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:32.

tantas veces se ha predicado autonomía, todos ellos previstos y regulados por la *LNCM*. Así, la hipoteca marítima, constituida con motivo de créditos navales (arts. 101-106); los contratos de arrendamiento de buques, de fletamento por tiempo o por viaje y de remolque (art. 111), así como el seguro marítimo (arts. 186 y ss). En cambio, por rebasar la invocada autonomía del derecho marítimo, se examinan aquí los contratos de transporte marítimo de personas y de mercancías (arts. 128-147), así como las compraventas marítimas (arts. 254-263).

Finalmente, el autor agradece la hospitalidad y las atenciones que para la publicación de la presente decimoprimera edición le brindó Iure Editores, pero en especial agradece a Ana Isabel Velázquez Avila, cuya importante y abnegada colaboración, prestada con el mayor entusiasmo, fue factor decisivo en la preparación de la misma, pues sin ella hubiera ofrecido dificultades casi insuperables. A Lucy Bastidas Miranda, sus aportaciones, algunas de ellas con carácter correctivo, y a Cecilia Azar Manzur, la redacción del capítulo relativo al contrato de arbitraje.

Coyoacán, D.F., verano de 2012.

EL AUTOR

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:32.

Abreviaturas y siglas

AAA	American Arbitration Association
ADICONSUM	Asociación Italiana de Consumidores
ADR	Alternative Dispute Resolution
a. en p.	asociación en participación
AF	Arrendamiento Financiero
ALI	American Law Institute
AMIS	Asociación Mexicana de Instituciones de Seguros
ANIA	Asociación Nacional Italiana de Aseguradores
APPRI	Acuerdos de Promoción y Protección Recíprocas en Materia de Inversión
BID	Banco Interamericano de Desarrollo
CADOAR	Cámara Dominicana de Aseguradores y Reaseguradores
CAM	Centro de Arbitraje de México
CANACO	Cámara Nacional de Comercio
CNUDMI	Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Inernacional (por sus siglas en inglés)
CCCIM	Convención sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías
CCI	Cámara de Comercio Internacional
C.Civ.	*Código Civil Federal*
C.Civ.DF	*Código Civil del Distrito Federal*
C.Civ…	*Código Civil del país o estado de la Federación respectivos*
C.Com.	*Código de Comercio de los Estados Unidos Mexicanos*
C.Com…	*Código de Comercio del país respectivo*
CCDF	*Código Civil para el Distrito Federal*
CEE	Comunidad Económica Europea
CESE	Comité Económico y Social Europeo
CFC	Comisión Federal de Competencia
CFE	Comisión Federal de Electricidad

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:32.

CFPA	Agencia para la Protección del Consumidor Financiero
CFPC	*Código Federal de Procedimientos Civiles*
CIDIP	Conferencia Interamericana de Derecho Internacional Privado
CISG	Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaduría
cit.	Citado, citada
CIUCRCE	Convenio Internacional para la Unificación de Ciertas Reglas en Materia de Conocimiento de Embarque (Reglas de Bruselas)
CMR	Contención relativa al Contrato de Transporte Internacional de Mercaderías por Carretera
CNBV	Comisión Nacional Bancaria y de Valores
CNSF	Comisión Nacional de Seguros y Fianzas
CNUDMI	Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (frecuentemente mencionada por sus siglas en inglés: UNCITRAL)
CONDUSEF	Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros
COFEPRIS	Comisión Federal para la Protección contra Riesgos Sanitarios
CPC	*Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal*
CPEUM	*Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*
CRTD	Convención sobre la Resposnabilidad Civil por los daños causados durante el Transporte de Mercancías Peligrosas por Carretera, Ferrocarril y Buques de Navegación Interiior
DEG	Derechos Especiales de Giro
DICONSA	Sistema de Distribución Conasupo, S.A. de C.V.
DOF	*Diario Oficial de la Federación*
et al.	*et alii:* y otros, y colaboradores
FEA	Firma electrónica avanzada
FIDIC	Federación Internacional de Ingenieros Consultores
FIDES	Federación Interamericana de Empresas de Seguros
FMI	Fondo Monetario Internacional
frac., fracs.	fracción, fracciones
IAB	Interactive Advertising Bureau
IATA	Asociación Internacional del Transporte Aéreo
IMPI	Instituto Mexicano Prop. Ind.
inc.	inciso
INCOTERMS	Términos Comerciales Internacionales (adaptados por la Cámara de Comercio Internacional)

	Inglés	*Español*
CFR	Cost and Freight	Costo y Flete
CIF	Cost Insurance and Freight	Costo, Seguro y Flete
CIP	Carriage and Insurance Paid To	Flete/Porte y Seguro Hasta…
CPT	Carriage Paid To	Flete/Porte Pagado Hasta…
DAP	Delivered At Place	Entregado en un punto
DAT	Delivered At Terminal	Entregado en Terminal
DDP	Delivered Duty Paid	Entregado con Aranceles (impuestos) pagados

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:32.

EXW	ExWorks	En Punto de Origen
FAS	Free Alongside Ship	Libre al Costado del Buque
FCA	Free Carrier	Libre (Franco) de Porte
FOB	Free On Board	Libre (Franco) a Bordo

infra	abajo, después
LA	*Ley Agraria*
LAC	*Ley de Aviación Civil*
LCIA	London Court of International, Arbitration
LCM	*Ley de Concursos Mercantiles*
LCPAF	*Ley de Caminos, Puentes y Autotransporte Federal*
LFCE	*Ley Federal de Competencia Económica*
LFCP	*Ley Federal de Correduría Pública*
LFDA	*Ley Federal del Derecho de Autor*
LFIF	*Ley Federal de Instituciones de Fianzas*
LFPC	*Ley Federal de Protección al Consumidor*
LFRT	*Ley Federal de Radio y Televisión*
LFT	*Ley Federal del Trabajo*
LGICOA	*Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares* (abrogada)
LGISMS	*Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros*
LGOAAC	*Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito*
LGS	*Ley General de Salud*
LGSM	*Ley General de Sociedades Mercantiles*
LGT	*Ley General de Turismo*
LGTOC	*Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito*
LIC	*Ley de Instituciones de Crédito*
LIE	*Ley de Inversión Extranjera*
LMDIMF	*Ley Modelo sobre la Divulgación de la Información en Materia de Franquicia*
LMEUM	*Ley Monetaria de los Estados Unidos Mexicanos*
LMV	*Ley del Mercado de Valores*
LN	*Ley de Navegación*
LN, LNCM	*Ley de Navegación y Comercio Marítimos* (derogada)
LOAPF	*Ley Orgánica de la Administración Pública Federal*
loc. cit.	locución latina
LPDUSF	*Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros*
LPE	*Ley de Publicidad Exterior*
LPI	*Ley de la Propiedad Industrial*
LRSF	*Ley Reglamentaria del Servicio Ferrolario*
LSCS	*Ley sobre el Contrato de Seguro*
LSI	*Ley de Sociedades de Inversión*
LTOSF	*Ley para la Transparencia y Ordenamiento de los Servicios Financieros*
LUC	*Ley de Uniones de Crédito*
LVGC	*Ley de Vías Generales de Comunicación*
MASC	Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias
NOM	Norma Oficial Mexicana
núm.	número
OCDE	Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos
OEA	Organización de Estados Americanos
op. cit.	*opus citato:* obra citada

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:32.

pág., págs.	página, páginas
PAOT	Procuraduría Ambiental y de Ordenamiento Territorial
párr.	párrafo
Pemex	Petróleos Mexicanos
PFC O PROFECO	Procuraduría Federal del Consumidor
Pro Consumidor	Instituto Nacional de Protección de los Derechos del Consumidor
proy. C.Com.	Proyecto de *Código de Comercio* mexicano elaborado por la Comisión de Legislación y Revisión de Leyes de la Secretaría de Industria y Comercio, según texto dado a conocer en 1960
Pymes	Pequeñas y medianas empresas
RAC	Resolución Alternativa de Controversias
RAFSA	*Reglamento de Autotransporte Federal y Servicios Auxiliares*
RASF	*Reglamento de Agentes de Seguros y de Fianzas*
RCSPS	*Reglamento de Control Sanitario de Productos y Servicios*
RDAI	*Revue de Droit des Affaires Internationales*
RDU	*Revue de Droit Uniforme*
RLGSMP	*Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Publicidad*
RLIE	*Reglamento de la Ley de Inversión Extranjera y del Registro Nacional de Inversiones Extranjeras*
RLPI	*Reglamento de la Ley de la Propiedad Industrial*
RSCCIGC	*Reglamento de Sistemas de Comercialización Consistentes en la Integración de Grupos de Consumidores*
RSF	*Reglamento del Servicio Ferroviario*
RTMI	*Reglamento para el Transporte Multimodal Internacional*
RTTRP	*Reglamento para el Transporte Terrestre de Materiales y Residuos Peligrosos*
SAT	Servicio de Administración Tributaria
SAC	Solución Alternativa de Controversias
SCFI	Secretaría de Comercio y Fomento Industrial
SCJN	Suprema Corte de Justicia de la Nación
SCT	Secretaría de Comunicaciones y Transportes
SE	Secretaría de Economía
SEP	Secretaría de Educación Pública
SG	Secretaría de Gobernación
sig., sigs.	siguiente, siguientes
supra	arriba, antes
SHCP	Secretaría de Hacienda y Crédito Público
SRE	Secretaría de Relaciones Exteriores
SS	Secretaría de Salud
ST	Secretaría de Turismo
t., ts.	tomo, tomos
Telmex	Teléfonos de México
tít.	título
TLCAN	Tratado de Libre Comercio de América del Norte
UCC	Uniform Commercial Code
UDIS	Unidades de inversión
UE	Unión Europea
UNAM	Universidad Nacional Autónoma de México
UNIDROIT	Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado
vol., vols.	volumen, volúmenes

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:32.

Contratos mercantiles

A los estudiantes y a los estudiosos
—los dos términos no siempre son sinónimos—
que frecuentemente me piden consejos y temas para sus disertaciones,
no puedo dar otra guía que el método seguido por mí.
Que no se aventuren jamás en algún estudio jurídico
si no conocen a fondo la estructura técnica
y la función económica de la institución que constituye
el objeto de sus investigaciones. Que recojan en las bolsas,
en los bancos, en las agencias, en las sociedades mercantiles,
en los tribunales de justicia, el material necesario
para comprender dicha estructura científica;
es una falta de probidad hablar de una institución para fijar
su disciplina jurídica sin conocer a fondo tal institución
en su realidad.

Cesare Vivante

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:32.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:32.

PRIMERA PARTE

Teoría general del contrato mercantil

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

Capítulo 1
Régimen legal y fuentes de las obligaciones mercantiles

Capítulo 2
La moderna contratación mercantil

Capítulo 3
Modalidades de las obligaciones

Capítulo 4
Formalidades, cumplimiento e incumplimiento

Capítulo 5
Cesión, subrogación y extinción

Capítulo 6
Las leyes económicas y la nueva teoría de los contratos

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

CAPÍTULO 1

Régimen legal y fuentes de las obligaciones mercantiles

1.1 Derecho positivo de las obligaciones mercantiles

Los regímenes legales con derecho privado diferenciado, como el de México, suelen reconocer al derecho común como fuente supletoria de las leyes mercantiles (arts. 2o., *C.Com.* y 2o.-IV, *LGTOC*), porque en ellos la teoría general de las obligaciones civiles cumple el mismo desempeño respecto de las obligaciones mercantiles. Ello no quita el que existan, a propósito de estas últimas, disposiciones que no sólo se apartan, sino que, en ocasiones, muestran tendencias opuestas a las del derecho común; los siguientes ejemplos, entre muchos otros citables, pueden servir como demostración de lo anterior: "La solidaridad —dispone el art. 1988 del *C.Civ.*— no se presume; resulta de la ley o de la voluntad de las partes"; tal solidaridad se impone, tratándose de letras de cambio, pagarés, cheques y obligaciones, a quienes en tales documentos aparezcan como suscriptores del mismo acto (arts. 159, 174, 196 y 228, *LGTOC*), y se presume en los contratos de crédito regulados por la misma Ley (art. 4o.);[1] el cedente de un crédito civil

[1] Y por todo ello, encuentro serias dificultades para compartir la opinión de **Óscar Vásquez del Mercado** (*Contratos mercantiles*, 5a. ed., Editorial Porrúa, México, 1994, pág. 151) en el sentido de que "en el derecho mercantil se presume la solidaridad en las obligaciones", afirmación que resulta tanto más extraña cuanto que el propio autor expresa más adelante (pág. 152) que "el Código de Comercio no *contiene una declaración general acerca de la solidaridad en las obligaciones mercantiles c*omo el Código Civil la contiene al contrario" (las cursivas son mías), y a continuación cita varios

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

(art. 2042, *C.Civ.*) responde sólo de la existencia y legitimidad del crédito en el momento de la cesión; por el contrario, el que aporta un crédito al capital de una sociedad mercantil responde (art. 12, *LGSM*), además, de la solvencia del deudor.

Ahora bien, no es una afirmación perogrullesca la de que una obligación mercantil sólo puede surgir de un acto de comercio, en razón del amplio campo de los llamados *actos mixtos* que, por su doble carácter, presentan también una doble vertiente: la obligación mercantil por parte del que realizó el acto de comercio, y la civil para su contraparte. Ya la doctrina mexicana ha puesto de relieve la ausencia de una clara solución legal sustantiva para estos actos: mientras algunos autores[2] estiman que, por no existir la posibilidad legal de imponer a ambas partes el carácter que el acto tiene sólo para una de ellas, en tales casos existe un doble régimen legal; otros apuntan que con ello se crearían situaciones caóticas, sólo evitables mediante la aplicación, a tales actos mixtos, del *C.Com.* exclusivamente.[3] El *proy. C.Com.* proclamaba, en el art. 5o., su aplicabilidad a los actos de que se trata; así lo dispone el vigente *Código de Comercio* español: "Los actos de comercio, sean o no comerciantes los que los ejecuten, y estén o no especificados en este Código, se regirán por las disposiciones contenidas en él;... Serán reputados actos de comercio los comprendidos en este Código y cualesquiera otros de naturaleza análoga" (art. 2o.).

Tampoco tengo conocimiento de que los tribunales mexicanos se hayan pronunciado sobre la naturaleza civil o mercantil de un acto mixto; es la práctica la que ha venido superando muchas de las dificultades que podrían resultar de la teoría legal bifronte, cuando en los contratos se estipulan con claridad los intereses normales y moratorios, la fecha y las consecuencias de la mora, e incluso, con frecuencia, las bases para estimar los daños y perjuicios.

Pero además, hay ciertos contratos tradicionalmente regulados sólo por la legislación civil, y quizá por esta razón son considerados siempre como civiles, no obstante que, por alguno o varios de los elementos que en ellos concurren, son verdaderamente mercantiles, sin que importe su falta de regulación en leyes de esta última naturaleza, pues, al tenor de lo dispuesto por el art. 2o. del *C.Com.*, deberá aplicárseles la ley civil, con carácter supletorio y en lo conducente; así, el arrendamiento de un inmueble, cuando el arrendador y el arrendatario sean empresarios mercantiles y el local se destine al funcionamiento de una negociación comercial. En este caso no hay duda sobre el propósito de especulación comercial que anima a los contratantes; luego, por aplicación analógica del art. 75, frac. I del *C.Com.*, el contrato configura un acto de tal naturaleza;[4] de la misma forma, la hipoteca constituida en garantía de pago de un

---

casos de disposiciones mercantiles específicas en materia de solidaridad, que, a mi juicio, son la mejor demostración de que en ellos sí se da el supuesto de imposición legal de la solidaridad, ya previsto en el art. 1988 del *C.Civ.*, y de que la regla general sobre no presunción de la misma debe observarse en materia mercantil, ante la inobjetable aplicación supletoria de tal precepto.

[2] **Jorge Barrera Graf**, *Instituciones de derecho mercantil*, Editorial Porrúa, México, 1989, pág. 71; **Roberto L. Mantilla Molina**, *Derecho mercantil*, 22a. ed., Editorial Porrúa, México, 1982, pág. 72.

[3] **Joaquín Rodríguez Rodríguez**, *Curso de derecho mercantil*, t. I, 4a. ed., Editorial Porrúa, México, 1960, pág. 31.

[4] Opinión que no comparten **Francisco Lozano Noriega** (*Contratos*, Asociación Nacional del Notariado Mexicano, México, 1986, pág. 281), quien estima que, atento el citado texto legal, el arrendamiento mercantil sólo puede recaer en bienes muebles, y **Jorge Barrera Graf** (*Estudios de derecho mercantil*, Editorial Porrúa, México, 1958, pág. 234); en el sentido del texto, en cambio, **Roberto L. Mantilla Molina**, *Derecho...*, *cit.*, pág. 66.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

crédito bancario (art. 75-XIV) que, según lo expuesto, y a pesar de ser actos de comercio, se regulan por las disposiciones del *C.Civ.*, si bien les son aplicables, por encima de aquéllas, las relativas a la generalidad de los contratos mercantiles, consignadas en los arts. 77 y sigs. del *C.Com.*

El citado criterio erróneo conduce a la no menos equivocada pero invariable práctica de promover, en casos litigiosos, juicios civiles (ordinarios, hipotecarios), no obstante que, por la naturaleza de tales actos, la acción procesal es de carácter mercantil y, por ende, mercantiles también deben ser los juicios que se incoen. Así, con toda claridad, lo dispone el art. 1049 del *C.Com.*

Jurisprudencia. Y por ello también es criticable la tesis de jurisprudencia 63/98 sustentada por la Primera Sala de la SCJN al resolver la contradicción de tesis 76/96, el 18 de noviembre de 1998, en la siguiente forma:

"Si, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1049 del *Código de Comercio*, son juicios mercantiles los que tienen por objeto ventilar y decidir una controversia derivada de un acto de comercio y si, de conformidad con el artículo 75 de dicho Código, el arrendamiento de inmuebles no es un acto de comercio, es inconcuso que la vía mercantil es improcedente para ventilar y decidir una controversia derivada de un arrendamiento de inmuebles".

Otro tanto debe afirmarse de los demás actos y contratos que, aun sin estar previstos por las leyes mercantiles, adoptan el carácter de actos de comercio por los sujetos que los celebran, por el objeto sobre el que recaen, por su forma o por su propósito, pues con ello configurarán *actos de naturaleza análoga a los expresados* en el *C.Com.* (art. 75-XXV).

Resulta infundada, pues, la afirmación de **Jorge Adame Goddard**[5] en el sentido de que "... el *Código de Comercio*, por reforma del 4 de enero de 1989, establece (art. 1050) que las compraventas en las que una parte sea civil y la otra comerciante, se regirán por las leyes mercantiles", expresiones estas últimas de una absoluta inexactitud ante el verdadero tenor del precepto que, como es fácil apreciar, sólo aborda el aspecto *procesal* de los actos mixtos —y no sólo de la compraventa—, no así el sustantivo: "Cuando conforme a las disposiciones mercantiles, para una de las partes que intervienen en un acto, éste tenga naturaleza comercial y para la otra tenga naturaleza civil *la controversia que del mismo se derive* se regirá conforme a las leyes mercantiles".

Un poco más adelante el mismo doctrinario se autorrectifica y, en nota de pie de página, ya no invoca la calidad de los sujetos, pero, como medio para apoyar su postura en pro de la aplicación de las leyes sustantivas mercantiles a los actos mixtos, incurre en un grave *lapsus calami*, pues afirma que el transcrito art. 1050, después de admitir el doble carácter civil y mercantil de un acto, dispone que el mismo "se regirá conforme a las leyes comerciales".

[5] *El contrato de compraventa internacional*, McGraw-Hill, México, 1994, pág. 28.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

El autor considera que no está del todo fuera de lugar una mención, por breve que sea, de las obligaciones civiles, respecto de las cuales no es fácil encontrar un concepto tan claro como el ya examinado de las obligaciones mercantiles.

De esta suerte, no bastaría con afirmar que es obligación civil la que deriva de un contrato civil, lo cual es absolutamente cierto, pues existen otras obligaciones que también son civiles, pero que no derivan de un contrato de tal naturaleza, sino de una circunstancia totalmente ajena al comercio y a la calidad de comerciante del sujeto pasivo de la obligación. Por ello, nada tiene de extraño que dos comerciantes celebren entre sí un contrato puramente civil, que necesariamente supondrá obligaciones civiles entre ambos.

He aquí, por supuesto expresadas con la brevedad que impone la naturaleza de este libro, las principales obligaciones puramente civiles, derivadas, como es natural, del *Código Civil* Federal:

— La declaración unilateral de voluntad, consistente en ofrecer al público objetos en determinado precio, sin que el autor de la oferta tenga la calidad de comerciante (art. 1860).
— La del no comerciante, que por anuncios u ofrecimientos hechos al público, se comprometa a cumplir una prestación a favor de quien llene determinada condición o desempeñe cierto servicio (art. 1861).
— La estipulación, en un contrato civil, a favor de un tercero (art. 1869).
— La obligación asumida en documentos civiles a la orden o al portador (art. 1873).
— La derivada de un enriquecimiento sin causa en detrimento de otro, al que debe indemnizar de su empobrecimiento en la medida en que se haya enriquecido (art. 1862).
— La resultante de haber recibido alguna cosa que no se tenía derecho de exigir y que por error ha sido indebidamente pagada (art. 1883).
— La que derive de haber aceptado un pago indebido por parte de quien haya procedido de mala fe, el que además queda obligado a abonar intereses (art. 1884).
— La que corre a cargo del que, sin mandato y sin estar obligado a ello, se encarga de un asunto civil de otro y que deviene obligado a obrar conforme a los intereses del dueño del negocio (art. 1896).
— La obligación del que obre ilícitamente o contra las buenas costumbres y que de ese modo cause daño a otro, por lo que resulta obligado a pagarlo, a menos que demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima (art. 1910).
— Igualmente reporta una obligación civil quien al ejercitar un derecho origine un daño a otro, si se demuestra que el derecho sólo se ejerció a fin de causar el daño, sin utilidad para el titular del derecho (art. 1912).
— Especial importancia reviste la obligación civil prevista por el art. 1913, derivada de la responsabilidad objetiva de los daños que se causen con mecanismos, instrumentos, aparatos o sustancias peligrosos.

continúa

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

continuación

— En todo caso, según el art. 1915 la reparación del daño debe consistir, a elección del afectado, en el restablecimiento de la situación anterior, cuando ello sea posible, o en el pago de los daños y perjuicios.
— Igualmente constituye una obligación civil la de reparar el daño moral, consistente, como es sabido, en

> … la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspectos físicos, o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás. Se presume que hubo daño moral cuando se vulnere o menoscabe ilegítimamente la libertad o la integridad física o psíquica de las personas.

1.2 Régimen legal supletorio sustantivo

Ahora bien, la antigua discusión en punto a la verdadera supletoriedad de la regulación de los actos de comercio ha quedado zanjada con la reforma al art. 2o. del *C.Com.* (*DOF* 24 may. 1996): habrán de aplicarse las disposiciones "del derecho común contenidas en el *Código Civil* aplicable en materia federal".

Por tanto, me parecen apostillables algunas afirmaciones que sobre este punto vierte **Jorge Alfredo Domínguez Martínez**.[6] Este autor sostiene que "… a los contratos mercantiles les es aplicable el derecho común, con la única excepción de lo mencionado al efecto por el *Código de Comercio*. Así lo señala el art. 81 de este último ordenamiento…", pero en rigor no es así, pues no debe olvidarse que los contratos mercantiles, así como "Los actos comerciales sólo se regirán por lo dispuesto en este Código y las demás leyes mercantiles aplicables", y que sólo "A falta de disposiciones de este ordenamiento y las demás leyes mercantiles, serán aplicables a los actos de comercio las del derecho común…". En consecuencia, y siempre con arreglo a lo previsto por el art. 81 del *C.Com.*, invocado por el mencionado tratadista, son aplicables a los actos de comercio las disposiciones civiles en materia de capacidad de los contrayentes y de excepciones y causas de rescisión o invalidez de los contratos, sin olvidar las reglas que, en materia de restricciones a la capacidad mercantil, consigna el citado *C.Com.* (arts. 1o., 2o., 12, 13 y 14).

Toda esta problemática derivada de la bifronte regulación del derecho privado encontraría solución en caso de que nuestro legislador se decidiera, como ocurrió en Suiza (1881), en Italia (1942), en Perú (1936), en Paraguay a partir de 1988 y en Brasil a partir del 1 de enero de 2003, a unificar legislativamente el derecho de las obligaciones, incluido el de los contratos, tema por demás interesante y que ha suscitado un gran número de pareceres en pro y en contra, desde que lo planteó **Vivante**, a fines del siglo XIX.[7] Sobre este punto, *véase*, *infra* 1.4.

---

[6] *Derecho civil. Teoría del contrato. Contratos en particular*, 3a. ed., Editorial Porrúa, México, 2007, pág. 147.
[7] Para un examen detallado y comparativo de los argumentos esgrimidos por los simpatizantes y por los adversarios de la unificación, *véase* **Mantilla Molina**, *Derecho…*, *cit.*, págs. 26-40.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

1.3 Régimen legal procesal

Por el contrario, el aspecto procesal no ofrece mayores dudas: cuando el acto es absolutamente mercantil o tiene tal naturaleza por los elementos personales u objetivos que en él intervienen, el juicio tendrá que ser mercantil (art. 1049, *C.Com.*); también lo será cuando el acto tenga carácter mixto (art. 1050).

Aquí no hay duda en cuanto a la supletoriedad del *Código Federal de Procedimientos Civiles,* respecto de lo cual es por demás claro el texto del art. 1054 del *C.Com*.

1.4 La unificación del derecho privado

La antes expuesta problemática sustantiva, procesal, doctrinal y judicial desaparecería, a lo menos en grado importante, de operarse la llamada *unificación del derecho privado*, primeramente planteada, a fines del siglo XIX, por **Cesare Vivante**, quien con acopio de argumentos se refirió a la conveniencia, en grado de necesidad, de reunificar las dos expresiones del derecho privado, postura que prontamente fue aplaudida por unos y combatida por otros.[8] A la tendencia *unificacionista* se adhirieron, en nuestro país, **Jorge Barrera Graf**,[9] quien no oculta sus simpatías por la unificación, si bien apunta el por ahora insuperable obstáculo de orden constitucional, contenido en los arts. 73-X y 124 de la *CPEUM*, en cuyos términos la materia comercial es, exclusivamente, de jurisdicción federal, al paso que la materia común corresponde a las legislaturas de las entidades federativas; **Raúl Cervantes Ahumada**[10] también se muestra partidario de la misma tendencia:

> En realidad, no hay obstáculo de fondo para la unificación, que entre nosotros sería conveniente, ya que eliminaríamos, en materia de obligaciones y contratos, los treinta y un Códigos... que padecemos, y habría un solo ordenamiento.

Por su parte, **Roberto L. Mantilla Molina**,[11] dentro de la misma línea unificadora, se expresa como sigue:

> Resulta falsa la necesidad de una regulación propia de las obligaciones mercantiles en general, pues no son caracteres privativos del comercio la sencillez de formas y la protección al crédito... es conveniente y deseable suprimir muchas de las diferencias que hoy en día separan, innecesariamente, ambas ramas del derecho. La especialidad de los procedimientos y de los jueces mercantiles no encuentra justificación lógica, y por ello, tiende a desaparecer en todos los países.

---

[8] Para una amplia referencia a este punto, *véase* mi libro *Derecho mercantil*, 2a. ed., Iure Editores, México, 2006, págs. 29-37.
[9] *Instituciones..., cit*., págs. 34-36.
[10] *Derecho mercantil*, 4a. ed., Editorial Herrero, México, 1982, págs. 15-18.
[11] *Derecho..., cit*., pág. 35.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

Del mismo autor[12] son las siguientes expresiones:

> Resta, por último, discutir si las necesidades sociales del momento histórico justifican la diferencia entre las normas sustantivas a regular la materia mercantil y aquellas por las cuales se gobierna la vida civil… es obvio que si no se justifica la existencia de principios de las obligaciones mercantiles contrarias a los de las civiles, menos se justifica la innecesaria inclusión en el Código, de normas que fueren mera reiteración o consecuencia de las civiles... Por mi parte pienso que en cuanto es más asequible y más estable, en cuanto sus efectos se harían sentir en mucho mayor número de casos si se tuviera la aludida disyuntiva, habría de optarse por el primer extremo: la unidad interna habría de buscarse por encima de la uniformidad internacional… Hagamos votos porque caigan las barreras que en muchos países separan artificiosamente la materia mercantil de la civil; hagamos votos para que el derecho privado así unificado, acercándose cada día más al ideal de justicia, llegue a ser el mismo, a lo menos en todos los países de pareja tradición cultural, y sea un nuevo vínculo que una a los pueblos en la ruta hacia la Paz y la Justicia.

En efecto, parece a todas luces aconsejable tal unificación, pues, de operarse con un solo código de derecho privado, quedarían superadas las dificultades que con frecuencia ofrece la identificación de un contrato como civil o mercantil, y con ello la decisión sobre la ley procesal aplicable, pero también se lograría la unificación didáctica y doctrinal, puesto que ya no cabría el examen separado de las obligaciones y de los contratos. Por supuesto, en nuestro país el punto ofrecería, ante todo, una seria dificultad de orden constitucional, atento el carácter obligatoriamente federal de la materia mercantil, en razón de lo dispuesto por el art. 73-X, de la *CPEUM*, obstáculo por supuesto salvable en la medida en que nuestro legislador atienda a resolver problemas sustantivos y procesales que en realidad no tienen razón de existir.

Es cierto que muchas veces se ha dicho que los actos, contratos y en general las instituciones mercantiles deben ser objeto de un derecho positivo especial, que atienda a la necesaria agilidad, flexibilidad e informalidad que son características de la vida del comercio, pero también lo es que en la legislación unificada podrían consignarse algunas salvedades en aras de la seguridad de ciertas operaciones, pues, en cambio, quedarían reguladas por la legislación civil las instituciones del derecho de familia y del sucesorio, lógicamente necesitadas de una explicable formalidad.

Del mismo parecer es **Javier Arce Gargollo**:[13]

> Considero que conviene una profunda revisión de la legislación civil y mercantil para tratar, por lo pronto, de *unificar en un solo ordenamiento* lo relativo a las obligaciones y los contratos..., una solución que ayude a la unificación de las normas privadas civiles y mercantiles,... se puede lograr para el Derecho mexicano *—sin reforma constitucional y respetando la competencia legislativa federal y local—* de la siguiente manera: *a*) ya que el Código civil federal es el ordenamiento supletorio del Código de comercio (art. 2o.) hay que *mercantilizar* este ordenamiento mediante "el traspaso al campo del Derecho civil de principios e instituciones jurídicas nacidas en el Derecho mercantil"... *b*) la reforma debe hacerse en una forma importante en el *Código civil*, ya que "la tendencia general es favorable a

[12] "La unificación del derecho privado y su uniformidad internacional", en *Inchieste di Diritto Comparato*, vol. III, CEDAM, Padova, 1973, págs. 313-331.

[13] *Contratos mercantiles atípicos*, 10a. ed., Editorial Porrúa, México, 2004, págs. 12-13.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

la emigración al Código civil de las normas especiales nacidas en el tráfico mercantil y recogidas en el Código de comercio".

Este autor sugiere que se supriman del *Código de Comercio* las escasas normas sobre obligaciones mercantiles y las relativas a los contratos regulados por partida doble y que, en cambio, a la misma legislación mercantil se incorporen contratos no regulados por los códigos civiles por cuanto, en la mayoría de los casos, de hecho asumen carácter mercantil por relacionarse con las actividades de las empresas; añade que, consecuentemente, el *Código de Comercio* debe consignar una norma de reenvío o de supletoriedad, por virtud de la cual en todo lo relacionado con las obligaciones y los contratos debe aplicarse el mencionado *Código Civil* Federal, sin perjuicio de que se conserven todas las leyes especiales mercantiles, por razón de que han sido el natural producto del carácter expansivo del comercio.

No encuentro adecuada tal propuesta, que resulta un tanto artificiosa y complicada, independientemente de que no resolvería el problema de la duplicidad, pues por muy *mercantilizado* que resultara el *Código Civil* Federal, seguiría siendo también *civil*, y la misma naturaleza deberían tener los contratos en él regulados y las obligaciones también previstas en el mismo.

Por su parte, el tratadista argentino **Atilio Aníbal Alterini**[14] subraya también lo que él llama "comercialización del derecho civil":

> Como vimos, en un tiempo de esplendor de la *lex mercatoria* los comerciantes hicieron su ley, tuvieron sus propios tribunales, y designaron sus jueces. Esa ley se aplicó también a los no comerciantes, sea por la teoría objetiva de los actos de comercio, fuera por la teoría del acto unilateralmente mercantil. La división entre el Derecho Civil, propio de la economía agrícola, y el Derecho Comercial, propio del comercio y de la industria, comenzó, pues, a diluirse. Esa dilución desembocó en la denominada *comercialización del Derecho Civil* como resultado de varias causas: del trasvasamiento al Derecho Civil de criterios comerciales; de la "difusión del espíritu comercial"...; de la prevalencia de las normas propias de los contratos comerciales sobre las correspondientes a los civiles;...

Ahora bien, la tendencia unificadora se ha mostrado con especial intensidad en el derecho comparado, a partir de que en 1888 **Vivante** dio a conocer un opúsculo denominado *Para un código único de las obligaciones.* Como antes se vio, la tendencia unificadora prendió en las leyes de otros países europeos e incluso en Perú, Paraguay y en Brasil, pero debe hacerse también referencia al Proyecto Franco-Italiano de 1927, con la misma tendencia, e igualmente al deseo del Parlamento Europeo que, en 1989, encomendó al danés **Ole Landö** la elaboración de un código europeo de los contratos, sin distinguir entre la naturaleza civil o comercial de los mismos. Este trabajo quedó concluido en 1993 y se conoce como Principios de Derecho Europeo de los Contratos, que no tienen carácter imperativo, pues sólo se aplican cuando las partes así lo convengan expresamente, y así se dispone en su art. 1102.

---

[14] *Contratos. Civiles-Comerciales-De consumo. Teoría general*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, pág. 109.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

> Por lo que se refiere a la unificación en Paraguay, la respectiva nota de elevación contiene las siguientes expresiones, por demás interesantes: "El tema tan debatido por los civilistas y *comercialistas*, sobre la posibilidad y conveniencia de abolir toda distinción entre derecho civil y derecho mercantil, unificando las normas relativas a las obligaciones y a los contratos, para sistematizarlas en un cuerpo único… encontró positiva solución en el Proyecto del Código Civil Paraguayo, porque con ello se abandona la clásica dicotomía del derecho privado… y cimenta la unificación del derecho de las obligaciones y de los contratos… Por esta reducción de ambas disciplinas quedó absorbido el derecho contractual mercantil por el derecho civil positivo. Pues el derecho mercantil no es sino un privilegio de clase, en detrimento de la parte civil del contrato… Como no hay una teoría de las obligaciones para el derecho civil y otra para el derecho comercial,… viene por lógica consecuencia que ambos derechos se encuentren y liguen en un haz común…".

Empero, cabe poner en tela de duda esta supuesta unificación paraguaya, a medida que se examinen las consecuencias de lo dicho en el párrafo que se transcribe a continuación, tomado del mismo documento:

> De hecho la unificación no implica la desaparición del derecho mercantil, como no la ha implicado en Italia el Código italiano de 1942. Es la expansión del derecho comercial y su fuerza *vitalizadora* la que lo ha llevado a abarcar zonas de actividad racionalmente reservadas al derecho civil lo que ha hecho sentir la necesidad de esa unificación. Por ello los tratadistas enseñan, cuando se refieren a este fenómeno, que se trata de una auténtica comercialización del derecho civil y no de una civilización del derecho comercial.

La unificación operada en Brasil ofrece un panorama diverso. Ya a fines del siglo XIX el tratadista **Teixeira de Freitas** presentó al Gobierno de su país un Proyecto de Código Privado único, pero tal intento no fructificó. Muy posteriormente, en 1965, el Poder Ejecutivo planteó al Congreso un Proyecto de Código de las Obligaciones confesadamente inspirado en el suizo, que por varios años quedó olvidado y que, diez años después, resurgió como Proyecto de 1975, que con pocas modificaciones configuró, finalmente, el ya citado *Código Civil* unificado.

Parece, pues, que la única solución sería la adoptada por las leyes suiza, italiana y brasileña.

1.5 Fuentes de las obligaciones mercantiles

Conforme a nuestro sistema jurídico, son fuentes de las obligaciones mercantiles el contrato, la ley, la declaración unilateral de voluntad, la responsabilidad objetiva, el enriquecimiento ilegítimo, la gestión de negocios y el acto ilícito; en ciertas ocasiones, además, la costumbre.

La legislación y la doctrina mexicanas han dejado de considerar, desde hace más de un siglo, los llamados cuasicontratos como fuentes de las obligaciones, si bien tal omisión es puramente formal, pues en cambio admiten como generadores de obligaciones el enriquecimiento sin causa (art. 1882 del *C.Civ.*) y la gestión de negocios (art. 1896), que, en cambio, en otras legislaciones se mencionan como cuasicontratos.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

Así, la práctica, la doctrina y la jurisprudencia estadounidenses,[15] que parten del supuesto de que en todos estos casos la fuente de la obligación está en el enriquecimiento injusto de una persona, a costa del desembolso o los servicios de otra.

> Por supuesto, se reconoce que estos cuasicontratos no son verdaderos contratos, ante la ausencia del necesario acuerdo de voluntades para celebrarlos, y así se mencionan, entre otros muchos: *a*) los servicios contratados entre dos personas, una de las cuales, el prestador, actúa, por error, en beneficio de un tercero, que de ello obtiene provecho de una u otra manera; *b*) la conducta del médico que, frente a un accidente automovilístico, presta auxilio profesional a una de las víctimas del accidente, en forma oficiosa y sin solicitud de parte alguna; *c*) ante la ausencia de un deudor, el tercero cubre su deuda, también oficiosamente, con lo cual, sin duda, el verdadero deudor reporta un beneficio; *d*) de cara a una demanda judicial, y también ante la ausencia del demandado, el tercero, sin estar obligado a ello, acude a defender los intereses del deudor, que a la postre resulta beneficiado merced a la gestión oficiosa del tercero.
>
> Todos estos casos pueden presentarse en la vida del comercio, y por ello antes se han mencionado, como fuentes de obligaciones mercantiles, el enriquecimiento ilegítimo y la gestión de negocios.

Jorge Barrera Graf[16] ha hecho notar que omito, como fuente genérica de estas obligaciones, la costumbre. Y es que no comparto su opinión[17] en el sentido de que tal costumbre es fuente autónoma, ya que, al igual que **Mantilla Molina**,[18] considero que sólo sería válido reconocerle tal carácter si algún precepto legal así lo proclamara; me parece que, aunque de modo implícito, el propio **Barrera Graf** aporta elementos suficientes para llegar a tal conclusión, cuando expresa que:

> ... si bien el *C.Co.* no invoca como fuente general a la costumbre, sí lo hacen otras leyes comerciales respecto a las materias que regulan: la *LGTOC*, art. 2o., frac. III ("usos bancarios y mercantiles"); [la *LN*, art. 6o. inciso *f*) ("los usos marítimos internacionales"); la *LMV*, art. 70 ("usos bursátiles y mercantiles"); la *LSI* (art. 2o.), que invoca a los usos bursátiles y mercantiles, en fin, la Convención de la Unión de Paris para la Protección de la Propiedad Industrial, art. 10 *bis,* núm. 2 ("Usos honrados en materia industrial o comercial")] ... Que el *C.Co.* no haya seguido la tradición de los códigos mexicanos anteriores, o de los códigos hispano e ítalo, no debe interpretarse como un deseo deliberado del legislador de excluir la costumbre como fuente general del derecho mercantil. Si ésa hubiera sido su intención, lo hubiera expresado; y resultaría incongruente con tal postura, que leyes posteriores, redactadas con mayor cuidado, como son las tres aludidas antes (*LGTOC, LN, LMV*), sí hayan reconocido a la costumbre, como *fuente general* de las materias que regulan.

Por el contrario, me parece que la omisión del legislador no puede por menos que considerarse deliberada, y que, en cambio, la referencia a dicha costumbre como fuente *específica* de ciertas obligaciones configura la mejor demostración de que no debe atribuírsele la calidad de fuente genérica. Por otra parte, el terminante y claro texto del

---

[15] **Gordon D. Shaber** y **Claude D. Rohwer**, *Contracts*, 3a. ed., Best Publishing Co., St. Paul, 1994, págs. 120-127.

[16] Reseña del presente libro en el *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, año XIX, núm. 55, ene.-abr. 1986, México, pág. 163.

[17] **Jorge Barrera Graf**, *Instituciones...*, *cit.*, págs. 57 y 58.

[18] **Roberto L. Mantilla Molina**, *Derecho..., cit.*, pág. 48.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

art. 14 de la *CPEUM*, sólo dispone que las sentencias del orden civil se ajusten "... a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho", texto que, evidentemente, no faculta a los jueces para apoyar sus sentencias en costumbres que no estén legalmente previstas.

De tal suerte, puedo admitir a la costumbre como fuente mediata de obligaciones mercantiles, pero sólo en la medida en que así se reconozca por la ley, que, como se ha visto, menciono en cambio como fuente directa o inmediata de numerosas obligaciones mercantiles.

Leonel Pereznieto Castro y **Jorge Alberto Silva Silva**[19] se preguntan si con arreglo al derecho positivo mexicano "... las partes pueden regir sus obligaciones con base en disposiciones consuetudinarias internacionales (contratos tipo, condiciones generales, reglas para la interpretación de términos comerciales internacionales, etc.), o bien, con las reglas de gremios y de sectores industriales que ya mencionamos. Nosotros pensamos que sí. La costumbre y los usos son fuente del derecho mercantil positivo mexicano…". En apoyo de su pensamiento, estos autores invocan los arts. 280, 590, 726, 731, 854, 896 y 1132 del *C.Com*. y mencionan el parecer, en el mismo sentido, de **Joaquín Rodríguez Rodríguez**.

No me es posible compartir tal opinión: *a*) El art. 280 menciona, en relación con la conducta del comisionista, que en desempeño de su cometido puede emplear dependientes en operaciones que, según la costumbre, se confíen a estos, pero, como fácilmente puede apreciarse, la referencia a la costumbre es claramente específica y de ningún modo generalizadora; *b*) Por su parte, al regular las obligaciones del porteador terrestre de mercancía, el art. 590-III del *C.Com*. lo constriñe a verificar el viaje desde luego y, si no hay término estipulado, en el más próximo a la fecha del contrato, si acostumbra hacer viajes periódicamente. De aquí tampoco puede inferirse una disposición general aplicable a todo tipo de negociaciones mercantiles; *c*) Por demás extraña parece la referencia a los arts. 726, 731, 854 y 896 del *C.Com*. que fueron derogados desde hace muchos años, al expedirse la hoy abrogada *Ley de Navegación y Comercio Marítimos*; *d*) Más intranscendente aún resulta lo previsto por el art. 1134-IV del *C.Com*., que obliga a todo juez a excusarse de intervenir cuando exista una relación de intimidad derivada de algún acto religioso o civil sancionado y respetado por la costumbre.

Parece claro, pues, que tampoco es posible invocar, con apoyo en los mencionados preceptos, a la costumbre como fuente autónoma de obligaciones mercantiles en nuestro sistema jurídico. Igualmente endeble es la argumentación de **Joaquín Rodríguez Rodríguez**, que por su parte sostiene la aplicación de la costumbre mientras no sea contraria a la ley, máxime en los tiempos que corren, en los que se han incrementado grandemente los usos y costumbres, de modo especial en las prácticas internacionales.

Lo anterior, por supuesto, no debe entenderse como un desconocimiento o rechazo del secular y decisivo influjo de la costumbre en el derecho mercantil, que, como es bien sabido, surgió y se conserva sustentado, casi de modo exclusivo, por las prácticas y usos del comercio. Lo que sostengo es que, en derecho mexicano, sólo es fuente de obligación la costumbre cuando con tal carácter se le reconozca en algún texto legal, como ha venido ocurriendo en el ámbito internacional; así, la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías

[19] *Derecho internacional privado. Parte especial*, Oxford University Press, México, 2000, pág. 260.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

(CCCIM), cuando dispone que "Para determinar la intención de una parte o el sentido que habría dado una persona razonable deberán tenerse debidamente en cuenta..., cualesquiera prácticas que las partes hubieran establecido entre ellas, *los usos y el comportamiento ulterior de las partes*. Las partes quedarán obligadas por cualquier *uso en que hayan convenido* y por cualquier *práctica que hayan establecido entre ellas*" (arts. 8o. y 9o.); así, los Principios de los Contratos Mercantiles Internacionales, elaborados en el seno del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT): "(1) Las partes están obligadas por cualquier uso en cuya aplicación hayan convenido y por cualquier práctica que hayan establecido entre ellas. (2) Las partes están obligadas por cualquier uso que sea ampliamente conocido y regularmente observado en el tráfico mercantil de que se trate por sujetos participantes en dicho tráfico, a menos que la aplicación de dicho uso no sea razonable" (art. 1.8).

Todo ello muestra, en grado de evidencia a mi entender, que incluso el legislador mercantil internacional está consciente de que es necesario sancionar en textos legales la existencia de la costumbre como fuente de obligaciones mercantiles.

Alterini,[20] por su parte, tras de subrayar la significación que la costumbre ha tenido en el derecho mercantil, como prueba de lo cual menciona las varias referencias que a ella hace el *C.Com*. argentino, invoca el art. 218 del mismo, en cuyos términos "... el uso y práctica generalmente observados en el comercio, en casos de igual naturaleza, y especialmente la costumbre del lugar donde debe ejecutarse el contrato *prevalecerán sobre cualquier inteligencia en contrario que se pretenda dar a las palabras*...". En el derecho mercantil argentino, pues, no es dudosa la eficacia de la costumbre *praeter legem* y *secundum legem.*

1.6 Inexistencia de una teoría general de las obligaciones mercantiles

Ahora bien, son a tal punto escasas las disposiciones generales que en materia de obligaciones contiene el *C.Com.,* que bien podría afirmarse que no existe, en nuestro sistema jurídico, una teoría general de las obligaciones mercantiles; en consecuencia, y siempre de conformidad con lo dispuesto por los arts. 2o. y 81, y con las pocas salvedades previstas en los arts. 77 a 88, son aplicables a la materia mercantil las disposiciones generales del *C.Civ.* en materia de obligaciones y contratos.

Existen, ciertamente, disposiciones especiales para determinados actos y contratos comerciales, algunas de las cuales difieren, e incluso son contradictorias, de las civiles; mas, precisamente por su carácter específico, se examinarán en el lugar oportuno.

Si a lo anterior se añade que la revisión de la teoría general, por lo visto, sólo sería una repetición de la teoría de las obligaciones civiles, encontrará plena explicación la circunstancia de que aquí no se haga un desarrollo sobre el particular, pero sí una somera referencia a algunos aspectos que considero interesantes.

De esta suerte, incluso es posible que un contrato celebrado en México se ajuste a algún derecho extranjero e incluso a diversos derechos, pues todo ello está permitido

[20] *Op. cit.,* pág. 59.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

por el art. 14-II, III y V del *C.Civ*. A esta posibilidad se le menciona, por parte de algunos tratadistas, con el vocablo francés *depeçage*.

Ahora bien, como ocurre con todo ordenamiento legal, el *C.Com.* muestra numerosas lagunas, las cuales encuentran, como regulación supletoria, el *C.Civ.*, atento lo dispuesto por el art. 2o del mencionado *C.Com.*:

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

Aunque en su lugar se harán las explicaciones pertinentes, conviene hacer notar que el antes expresado elenco de fuentes de las obligaciones mercantiles, que lo son también de las civiles, no coincide con los expuestos, y en ocasiones insinuados, por modernos autores; así, algunos de ellos[21] apuntan la existencia de una especial forma de acuerdo de voluntades en el acto constitutivo de una sociedad mercantil que, a su juicio, no es contrato, sino *acto colectivo*, y que de ese modo, a mi juicio quedaría configurado como una especial fuente de obligaciones; otros, por su parte, no mencionan a la ley como fuente específica de obligaciones;[22] en nuestro medio, **Ernesto Gutiérrez y González**[23] afirma que los contratos de adhesión —que él prefiere llamar *guiones administrativos*— no son contratos ni declaraciones unilaterales de voluntad, de manera que los encuadra en una nueva y especial categoría como fuente de obligaciones.

En su libro *Obligaciones I*,[24] los tratadistas argentinos, **Ramón Daniel Pizarro** y **Carlos Gustavo Vallespinos**, se preguntan si tienen razón quienes opinan que el derecho privado está viviendo, actualmente, el fin de la era de la codificación, caracterizado por la proliferación de leyes especiales, que abarcan aspectos cada vez más importantes de la vida social, y por el paulatino oscurecimiento de los códigos de derecho privado, cuya normativa resulta obsoleta cada día y, por tanto, se aleja de los procesos económicos y sociales de nuestro tiempo y de la ideología imperante a la hora de resolverlos. Siguen expresando, sin mencionar nombres, que no faltan quienes propician la sustitución de los códigos por la Constitución, en su papel anunciador de los grandes principios del sistema. Así, del monosistema, edificado en torno al *Código Civil*, se está pasando a un polisistema, con epicentro en la Constitución, a cuyo alrededor girarían leyes especiales y también el *Código Civil*, pero cada uno formando un peculiar microsistema.

Por supuesto, tales opiniones son un tanto controvertibles, pero la verdad es que, en efecto, como también lo han expresado otras voces, el derecho privado está viviendo una interesante doble etapa: por un lado su unificación en torno de un *Código civil* (Suiza, Italia, Brasil y otros) y, por otro, su descodificación, ante la inconveniencia y serias dificultades físicas y materiales, de codificar las diversas instituciones jurídicas en él previstas, pero no reguladas o bien parcialmente reguladas.

---

[21] **Francesco Messineo**, *Manual de derecho civil y comercial*, t. IV, trad. de la 8a. edición italiana, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1971, págs. 436-437; **Roberto L. Mantilla Molina**, *Derecho…*, *cit.*, págs. 213-215.

[22] **Manuel Bejarano Sánchez**, *Obligaciones civiles*, 5a. ed., Oxford University Press, México, 1999, pág. 26.

[23] *Derecho de las obligaciones*, 7a. ed., Editorial Porrúa, México, 1990, págs. 410-420.

[24] Editorial Hammurabi, Buenos Aires, segunda reimpresión, 2006, pág. 117.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

1.7 Los contratos mercantiles internacionales; derecho positivo y *lex mercatoria*. Los principios de UNIDROIT. El proyecto de Convención de las Naciones Unidas sobre empleo de los medios electrónicos en la contratación internacional. Los INCOTERMS

La llamada *integración* o *globalización de la economía*, y en especial del comercio, ha traído consigo la necesidad de uniformar también las regulaciones internacionales de sus diversas expresiones, en algunos casos mediante tratados estatalmente suscritos (sociedades mercantiles, títulos de crédito, transporte, compraventa, arbitraje, etc.) y en otros mediante la voluntariamente vinculatoria aceptación, por parte de los comerciantes y demás sectores involucrados en la actividad mercantil, de reglas y compilaciones que sin tener sanción estatal, pero por configurar *lex mercatoria* —usos y costumbres en el comercio— llegan a investirse de una consuetudinaria normatividad internacional (cartas de crédito, Reglas de York-Amberes).

Debe mencionarse aquí la ingente labor que, en pro del derecho internacional privado, vienen realizando las llamadas *tres hermanas*: la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado, el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, más conocido por sus siglas francesas, UNIDROIT, y la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, en este caso mencionada por sus siglas en español, CNUDMI, pero también con la abreviatura en inglés UNCITRAL. Frecuente referencia a ellas se hará en este libro.

James F. Smith[25] escribe que la globalización se muestra en tres dimensiones fundamentales, a saber: la económica, la técnica y la política. Empero, es evidente que le faltó la jurídica, y así lo demuestra la autora del libro prologado, cuando se enfrasca en las diversas manifestaciones jurídicas de la globalización.

Por supuesto, no faltan casos, que yo llamaría *intermedios* por no participar de uno u otro de los referidos ingredientes, en que la globalización del derecho internacional legislado, a pesar de emanar de organismos intergubernamentales, no se expresa en tratados suscritos y ratificados, pero tampoco en recopilaciones de *lex mercatoria* como los antes mencionados. Se trata de las llamadas *leyes modelo* o *leyes tipo*, como la de arbitraje comercial internacional, adoptada por las Naciones Unidas a través de su brazo jurídico, la CNUDMI (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional), en 1985, y como los Principios de UNIDROIT sobre los Contratos Mercantiles Internacionales, de 2010, que, sin configurar derecho positivo, aspiran, según se dice en su preámbulo, a aplicarse forzosamente "... cuando las partes hayan acordado que su contrato se rija por ellos", y voluntariamente, "... cuando las partes hayan acordado que el contrato se rija por los 'principios generales del derecho', la '*lex mercatoria*' o expresiones semejantes", pero también a "... servir como modelo para los legisladores nacionales e internacionales".

Ahora bien, por manera que no es del todo claro, y por lo menos unánimemente aceptado, el concepto de *lex mercatoria*, parece conveniente intentar aquí acotarlo:

---

[25] Prólogo al libro *México en el umbral del siglo XXI. Los efectos de la globalización*, de **María Eugenia Padua**, Fontamara, México, 1999, págs. 11-15.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

> Se trata de pautas de comportamiento que se originan primariamente en usos y prácticas, y que, en gran medida, han sido compiladas o codificadas por los particulares;… La cuestión no es si existe o no este fenómeno llamado *lex mercatoria*, sino determinar su alcance jurídico. Este fenómeno comprende la normativa creada por los propios comerciantes, pues, según los estatistas, se trata de reglas creadas al amparo de la autonomía de la voluntad. No caen en estas, la normatividad positivada, como la que se encuentra en los tratados internacionales o la que ha sido receptada en las leyes internas de los Estados. Esto último ya es derecho positivado. Las disposiciones de *lex mercatoria* han sido creadas por los comerciantes y no en forma directa por el Estado.[26]
>
> Ciertamente, una parte de la doctrina[27] controvierte la aplicabilidad de la *lex mercatoria* a los contratos, por estimar que en ella está ausente la autoridad del Estado, pero no debe olvidarse que con frecuencia dicha *lex mercatoria* forma parte del derecho internacional privado.

En cambio, para **Marina Vargas Gómez-Urrutia**:[28]

> Por *lex mercatoria* entendemos el conjunto de usos, costumbres, prácticas y principios generados por el comercio internacional, en la medida que constituyan una normativa propia e independiente, producida por organismos internacionales, o bien por grupos u organismos no gubernamentales, y utilizadas por los operadores jurídicos del comercio, para regir sus relaciones jurídicas, constituyendo de este modo el derecho aplicable a las mismas.

Por lo mismo, pero mayormente por la importancia que en el mundo moderno del comercio internacional se viene confiriendo a estos Principios como derecho aplicable a los contratos transfronterizos, me parece por demás interesante el consignar aquí los antecedentes de esta importante *lex mercatoria*.

En lo que se refiere al ámbito europeo, es necesario subrayar la importancia de los Principios de Derecho Europeo de los Contratos.

Como es bien sabido, los intentos de unificación internacional de importantes aspectos del derecho mercantil se iniciaron a fines del siglo XIX, con el Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial; cobraron creciente importancia a principios del siglo XX con diversas compilaciones en materia de títulos de crédito y de conocimiento de embarque marítimo, alcanzando su máxima expresión merced a los trabajos del ya citado UNIDROIT y de la CNUDMI, así como de otros entes vinculados al derecho internacional privado, incluido el comercio internacional, como la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado, de la que forma parte nuestro país, y cuyo Estatuto, modificado el 30 de junio de 2005, se publicó en el *Diario Oficial* del 28 de diciembre de 2006. También son importantes los trabajos unificadores que vienen redactando, en sus respectivas esferas de competencia, el Comité Marítimo Internacional y la Cámara de Comercio Internacional.

Ahora bien, por lo que hace a la genérica contratación mercantil internacional, no cabe duda de que el trabajo más importante es el ya citado, consistente en los Princi-

---

[26] **Jorge Alberto Silva Silva**, "Resurgimiento de la *lex mercatoria:* la regulación de las relaciones comerciales internacionales", en *Estudios sobre la lex mercatoria*, UNAM, México, 2006, págs. 279-281.

[27] **Jürgen Basedow**, "*Lex Mercatoria* and the private international law of contracts in economic perspective", en *RDU*, vol. XII, 2007-4, págs. 697 y siguientes.

[28] *Contratación internacional en el sistema interamericano*, Oxford University Press, México, 2000, pág. 74.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

pios de UNIDROIT sobre los Contratos Mercantiles Internacionales, 2010, cuya elaboración se decidió en 1971 por su Consejo de Dirección. Empero, los trabajos avanzaban muy lentamente, y por ello se decidió, en 1980, crear un grupo de trabajo especializado, del que pasaron a formar parte juristas de todos los principales sistemas jurídicos del mundo, conocedores del derecho de los contratos, en especial de los empleados en el comercio internacional; buena parte de ellos, además, eran y son catedráticos universitarios, magistrados o jueces de alto nivel. El trabajo se dividió por capítulos y los proyectos vinieron siendo examinados por el grupo de trabajo, que en su momento solicitó la opinión de expertos internacionales, principalmente de los numerosos corresponsales de UNIDROIT en todo el mundo.

Después de laboriosos trabajos, sesiones y amplias discusiones, los *Principios* quedaron redactados, en su versión actual, durante 2010, y en ellos se observan los siguientes aspectos fundamentales, a guisa de exposición de motivos:

- Reflejan conceptos vigentes en numerosos sistemas jurídicos.
- Por cuanto están destinados a configurar un código de reglas concebidas en función de las exigencias de los contratos comerciales internacionales, en ellos se adoptan soluciones apropiadas para satisfacer tales exigencias, a pesar de que algunas de tales soluciones no son todavía de general aceptación.
- Tal vez su principal objetivo es el de erigirse en un sistema armónico de reglas utilizables en todo el mundo, por encima de las tradiciones jurídicas específicas y condiciones económicas y políticas de los países.
- Por lo que se refiere a su presentación formal, en ellos se trató de evitar el uso de una terminología determinada.
- Su perfil internacional está apoyado en los comentarios que acompañan a cada uno de los preceptos, en los que no se hace referencia alguna a los derechos nacionales, con la salvedad consistente en alguna que otra referencia a la Convención sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (CCCIM).
- Ya con referencia a cuestiones de fondo, se advierte en los *Principios* cierta flexibilidad que les permite adaptarse a los continuos cambios propios del desarrollo tecnológico y económico.
- Otro de los objetivos torales consiste en el propósito de propiciar y asegurar la equidad en las relaciones comerciales internacionales, para lo cual se subraya el deber de las partes de actuar sobre un riguroso principio de buena fe.
- Por último, el hecho de que se trata sólo de una recopilación de reglas generales, únicamente aplicables a los contratos mercantiles internacionales cuando las partes así lo convengan, pero de ninguna manera un tratado internacional, con la circunstancia, además, de que pueden servir como ley modelo de una legislación nacional o futura regulación internacional, todo lo cual les atribuye un amplísimo ámbito de posibilidades en cuanto a su aplicación.[29]

Con todo y la valía, pues, de estos trabajos legislativos, se trata de meras recomendaciones que, incorporadas por los Estados a sus legislaciones domésticas, o voluntа-

[29] Estas expresiones han sido tomadas de la edición correspondiente a la versión primigenia de los *Principios*, auspiciada por el UNIDROIT y publicada en Roma durante marzo de 1995, por lo demás valederas para la nueva versión.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

riamente adoptadas por las partes en un contrato, llegan a erigirse en fuente de obligaciones mercantiles.

Ahora bien, por cuanto no configura el presente un estudio monográfico de los *Principios*, únicamente se hará referencia, a continuación, a algunos de los aspectos más importantes de los mismos, con la previa aclaración de que en los mismos no se consigna definición alguna de contrato:

- Libertad de contratación (art. 1.1).
- Consensualismo y libertad de forma (art. 1.2).
- Carácter vinculante del contrato (art. 1.3).
- Acatamiento de reglas imperativas de origen nacional, internacional o supranacional, que sean aplicables conforme a las disposiciones pertinentes de derecho internacional privado (art. 1.4).
- Posibilidad de que las partes excluyan expresamente, en forma total o parcial, los *Principios*, así como en modificar sus efectos, salvo que se disponga de otra manera en los *Principios* (art. 1.5).
- Los *Principios* deben interpretarse a la vista de su carácter internacional y de sus propósitos, incluso la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación (art. 1.6).
- Los contratantes deben actuar con arreglo a la buena fe y a la lealtad negocial en el comercio internacional, sin que les sea dado excluir o limitar tal deber (art. 1.7).
- Las partes quedan obligadas por cualquier uso en el que hayan convenido y por todas las prácticas que entre ellas hayan establecido, así como por los usos que sean ampliamente conocidos y regularmente observados en el comercio internacional por personas involucradas en el comercio de que se trate, salvo cuando la aplicación de tales usos no resulte razonable (art. 1.9).
- Se definen los alcances de las expresiones tribunal, establecimiento de negocios, deudor y escrito (art. 1.11).
- Se especifica el momento en el que debe entenderse celebrado el contrato (arts. 2.1.1 a 2.1.22).

Repetidamente, **Boris Kozolchyk**[30] pondera el influjo del Uniform Commercial Code en tales principios, así como en diversas e importantes legislaciones internacionales, como la Convención sobre el Contrato de Compraventa Internacional de Mercaderías, los Principios Generales del Derecho Europeo de los Contratos y otras, a algunas de las cuales se hará especial referencia más adelante. Por ahora es de elemental justicia el dejar constancia de que el tratadista mexicano **Jorge Sánchez Cordero Dávila**, en su carácter de miembro del Consejo Directivo del UNIDROIT, ha venido participando en la elaboración de estos *Principios*.

Otra por demás importante manifestación de la *lex mercatoria* son los INCOTERMS en su versión 2010, que se examinarán más adelante (8.5), al tratar las compraventas internacionales, si bien importa dejar precisado que, aunque elaborados por la Cámara de Comercio Internacional para aplicarse, como ha quedado dicho, a las compraventas internacionales, su aplicación se ha extendido a los mercados domésti-

[30] *La contratación comercial en el derecho comparado*, Editora de Publicaciones Científicas y Profesionales, Madrid, 2006, págs. 183, 259 y otras.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

cos, a tal punto que en algunos de ellos se han incorporado a sus respectivas legislaciones, como ocurre en México con la *Ley de Navegación y Comercio Marítimos* (arts. 256, 258 a 262).

El objetivo fundamental de los INCOTERMS consiste en establecer criterios definidos sobre la distribución de los gastos y la transmisión de los riesgos entre la parte compradora y la parte vendedora en un contrato de compraventa internacional.

Los INCOTERMS son de aceptación voluntaria por las partes, o sea, no son un esquema jurídico obligatorio; el tratado jurídico obligatorio para los 71 países que lo han ratificado es el CISG,* mencionado más arriba. Su principal ventaja consiste en haber simplificado, mediante once denominaciones normalizadas, un cúmulo de condiciones que tienen que cumplir las dos partes contratantes. Gracias a esta armonización o estandarización, la parte compradora y la parte vendedora saben perfectamente a qué atenerse.

Además de las estipulaciones propias de cada INCOTERM, un contrato de compraventa internacional de mercancías puede admitir otras condiciones adicionales. Estos casos se deben establecer cuidadosamente, porque los INCOTERMS están redactados con gran armonía y recogen la práctica de infinitas experiencias comerciales internacionales.

Los INCOTERMS se aplican únicamente en las compraventas internacionales de mercaderías, no en las de servicios, ya que éstos son intangibles y en ellos no se utiliza la logística.

Los INCOTERMS regulan cuatro aspectos básicos del contrato de compraventa internacional: la entrega de mercancías, la transmisión de riesgos, la distribución de gastos y los trámites de documentos aduaneros.

1. **La entrega de las mercancías:** es la primera de las obligaciones del vendedor. La entrega puede ser directa, cuando el INCOTERM define que la mercancía se entregue al comprador, son los términos "E" y los términos "D"; o indirecta, cuando la mercancía se entrega a un intermediario del comprador, un transportista o un transitario (vocablo de nuevo cuño en el idioma español; según la vigesimosegunda edición del *Diccionario de la lengua española*, de la Real Academia Española: "Que se ocupa de las gestiones administrativas y logísticas necesarias para el transporte de mercancías, especialmente en puertos y aeropuertos"), son los términos "F" y los términos "C".
2. **La transmisión de los riesgos:** es un aspecto esencial de los INCOTERMS y no se debe confundir con la transmisión de la propiedad, que queda regulada por la ley que rige el contrato. El concepto fundamental se basa en que los riesgos, y en la mayoría de los casos, también los gastos, se transmiten en el punto geográfico y en el momento cronológico que definen el contrato y el INCOTERM establecido. El punto geográfico puede ser la fábrica, el muelle, la borda del buque, etc.; mientras que el momento cronológico está definido por el plazo de entrega de la mercancía. La superposición de ambos requisitos produce automáticamente la transmisión de los riesgos y de los gastos. Por ejemplo, en una entrega FAS (*Free Alongside Ship*, Franco al Costado del Buque), acordada en Valencia entre el 1 y el

* United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980).

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

15 de abril, si la mercancía queda depositada el 27 de marzo y se siniestra el 28, los riesgos son por cuenta del vendedor; en cambio, si se siniestra el 2 de abril, los riesgos son por cuenta del comprador aunque el barco contratado por éste no haya llegado.

3. **La distribución de los gastos:** lo habitual es que el vendedor corra con los gastos estrictamente precisos para poner la mercancía en condiciones de entrega y que el comprador corra con los demás gastos. Existen cuatro casos, los términos "C", en que el vendedor asume el pago de los gastos de transporte (y el seguro, en su caso) hasta el destino, a pesar de que la transmisión de los riesgos es en origen; esto se debe a usos tradicionales del *transporte marítimo* que permiten la compraventa de las mercancías mientras el barco está navegando, ya que la carga cambia de propietario con el traspaso del conocimiento de embarque.
4. **Los trámites de documentos aduaneros:** en general, la exportación es responsabilidad del vendedor; sólo existe un INCOTERM sin despacho aduanero de exportación: EXW (*Ex Works*, En Fábrica), donde el comprador es responsable de la exportación y suele contratar los servicios de un transitario o un agente de aduanas en el país de expedición de la mercancía, que gestione la exportación. Los restantes INCOTERMS son «con despacho»; es decir, la exportación es responsabilidad del vendedor, que algunas veces se ocupa también de la importación en el país de destino; por ejemplo, DDP (*Delivered Duty Paid*, Entregada Derechos Pagados).

Diverso papel desempeñan los tratados internacionales, sea cual fuere el nombre que adopten, pues en ellos los Estados asumen una postura más activa en su aplicación, que, sin embargo, con frecuencia no llega a la imperatividad absoluta, probablemente como expresión de la supervivencia del respeto a la autonomía de la voluntad de las partes en los contratos. Intentaré explicarme: el carácter aparentemente compulsivo de tratados suscritos por nuestro país, como la CCCIM (CNUDMI, 1980, *DOF* 17 mar. 1988), que proclama, enfáticamente (art. 1o.), que "se aplicará a los contratos de compraventa de mercaderías entre partes que tengan sus establecimientos en estados diferentes...", se ve atenuado más adelante (art. 6o.), pues permite a las partes "excluir la aplicación de la presente Convención o... establecer excepciones a cualquiera de sus disposiciones o modificar sus efectos". Tampoco puede desconocerse la trascendencia que, en la determinación de las fuentes legales de obligaciones mercantiles, a lo menos en nuestro Continente, tiene la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales (México, 1994, *DOF* 1 jun. 1998), pues en ella se determina "el derecho aplicable a los contratos internacionales" (art. 1o.), incluso los de naturaleza civil. Cual era de esperarse, proclama, como regla de oro, la aplicabilidad del derecho expresa o tácitamente elegido por las partes (art. 7o.).

De cara a la cada vez más frecuente celebración de tratados de libre comercio, mercados comunes, convenciones internacionales y demás acuerdos de toda índole a nivel intergubernamental, ha venido adquiriendo especial relevancia el parecer sobre la posibilidad de que estos tratados internacionales tengan prelación sobre las constituciones políticas de los países suscriptores. Por la respuesta afirmativa se inclinan profundos tratadistas, pero también, aunque en forma un tanto velada, algunos tratados internacionales e igualmente importantes precedentes jurisprudenciales de corte internacional.

De esta suerte, la Corte Permanente de Justicia Internacional dejó establecido, hace muchos años, que el derecho internacional, tanto el privado como el público, es superior

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

a las normas nacionales, incluida la Constitución. Pero además, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, suscrita por nuestro país, aprobada por la Cámara de Senadores el 11 de diciembre de 1987, según decreto publicado en el *DOF* el 11 de enero de 1988 y publicada en el *Diario Oficial* del 28 de abril del mismo año, determina, con toda claridad, que "Un Estado parte en un tratado no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento del tratado".

De esta suerte, parecen fuera de lugar cualesquiera opiniones contrarias y aun posturas disidentes, incluso de la SCJN.

En el mismo sentido, para el ámbito europeo, se pronuncia la Convención sobre la *Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales* (Roma, 19 de junio de 1980, en vigor a partir del 1 de abril de 1991) y sus Protocolos de interpretación (Bruselas, 19 de diciembre de 1988): "El contrato se rige por la ley elegida por las partes. Tal elección debe ser expresa o resultar de manera indudable de las estipulaciones del contrato o de las circunstancias del caso…".

Conviene expresar que en forma conjunta, el American Law Institute (ALI) y el UNIDROIT han redactado un proyecto de Principios y Reglas relativos al Procedimiento Civil Transnacional, cuya versión final se conoció a fines de 2004.

Por su parte, si bien confesadamente dirigida al empleo de los medios electrónicos, se aprobó, primeramente por la CNUDMI (julio de 2005), la Convención sobre las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales, y posteriormente, el 23 de noviembre del mismo año, por la Asamblea General del propio organismo, si bien todavía no ha sido ratificada por nuestro país.

Finalmente, y por lo que hace al ámbito europeo, resulta ilustrativo dejar referencia aquí sobre que en la mayoría de los países que conforman la UE rigen los Principios de Derecho Europeo de los Contratos, a los que antes se hizo referencia (*supra*, 1.4).

1.8 El contrato como fuente de obligaciones mercantiles

Definido en los arts. 1792 y 1793 del *C.Civ.*, no cabe duda sobre que el contrato es la fuente por excelencia de las obligaciones mercantiles.

Cabe recordar que, conforme a los indicados preceptos, el contrato es una especie del género convenio, y que el primero de tales vocablos sólo debe emplearse para aquellos acuerdos de voluntades por virtud de los cuales se producen o transfieren obligaciones o derechos; cuando se modifiquen o extingan obligaciones, será menester el empleo de la palabra *convenio*.

Apenas si hace falta detenerse en consideraciones sobre los inconvenientes de tal dualidad de expresiones, cuyo empleo, en estrictos términos legales, podría ofrecer en la práctica dificultades a veces insuperables: ¿cómo llamar al acuerdo de voluntades para modificar o extinguir derechos?; no será contrato, por cuanto no se producen o transfieren obligaciones y derechos; tampoco será convenio, puesto que el mismo implica acuerdo de voluntades para crear, transferir, etc., obligaciones, pero no derechos. Por otra parte, ninguna razón justifica la dicotomía legal, luego, es perfectamente válido e inatacable, a pesar de lo dispuesto por el art. 1793, un contrato para modificar o extinguir obligaciones.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

En la misma forma se pronuncia **Jorge Alfredo Domínguez Martínez**:[31]

> Así pues, la tan llevada y traída relación y supuesto acoplamiento perfecto entre los arts. 1792 y 1793 en los que el convenio es el género y por su parte el contrato y el convenio en sentido estricto las especies, en el fondo su origen es el defecto legislativo padecido por el *Código Civil*, primero de definir de más y segundo, peor aún, de hacerlo erróneamente.- La tendencia legislativa a definir los conceptos suele ser concepto de crítica por la doctrina y precisamente nuestro *Código Civil* ha sido blanco perfecto para esos señalamientos… Ahora bien, el error en la definición legal dada para el convenio como concepto, se debe a la pretensión de la ley de delimitar y circunscribir el contenido y efectos del mismo en sentido amplio,… sin tener en cuenta que un acuerdo en lo jurídico tiene un campo de aplicación ilimitado…

Una interesante cuanto controvertible definición doctrinal es la propuesta por **Alterini**:[32]

> Acto jurídico mediante el cual dos o más partes manifiestan su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales. De ella resultan:... *e*) El objeto del contrato, esto es, las relaciones jurídicas patrimoniales. Quedan excluidas, por lo tanto, las de índole extrapatrimonial.

Lo discutible de tal opinión está en la hoy día evidente maximalización del alcance conceptual del contrato, que, como es bien sabido, abarca numerosas manifestaciones extrapatrimoniales, según lo demostró **Rudolf von Ihering**,[33] quien hizo notar que el supuesto contenido exclusivamente patrimonial de los contratos arranca, posiblemente, de una falseada interpretación de las *Instituciones* de **Gayo** (Comentario Cuarto, I, C, párrafo 48):

> En todas las fórmulas que tienen una "condemnatio", está redactada con términos que implican una estimación pecuniaria. Así, si nosotros reclamamos alguna cosa corporal, como por ejemplo un fundo, un esclavo, un vestido (*el oro*), la plata, el "iudex" no condena al accionado por la cosa misma, como se solía hacer antiguamente (*sino que*) estimada la cosa, lo condena por su valor pecuniario.

En concordancia con lo dispuesto por el art. 1169 del *C.Civ*. argentino, **Alterini**[34] apunta, igualmente, que el *contenido* (prestación) de todo contrato debe ser susceptible de valoración económica, sin perjuicio de que el *objeto* o interés del acreedor pueda ser extrapatrimonial. En parecida forma se pronuncian los también argentinos **Roque Fortunato Garrido** y **Jorge Alberto Zago**:[35]

> Entendemos, en consecuencia de lo que venimos exponiendo, que la doctrina general de los contratos resulta similar tanto para los civiles como para los comerciales, pero teniendo presente que la base la ubicamos en el *Código Civil*,… y en la Parte Segunda del Libro Se-

---

[31] *Derecho civil. Teoría del contrato. Contratos en particular*, 3a. ed., Editorial Porrúa, México, 2007, pág. 13.
[32] *Op. cit.,* pág. 9.
[33] "La lucha por el derecho", en *Estudios jurídicos*, Oxford University Press, México, 2000, págs. 85-136.
[34] *Op. cit.,* pág. 221.
[35] *Contratos civiles y comerciales*, t. I, parte general, 2a. ed., 2a. reimp., Editorial Universidad, Buenos Aires, 2006, pág. 39.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

gundo hay una generalización respecto de los hechos y actos jurídicos también aplicable a la materia, ya que como ha establecido la doctrina —de la que participamos— el contrato es un acto jurídico bilateral de contenido patrimonial.

Con todo y las poderosas razones que operan en contra de tal criterio, demostradas con la diaria celebración de contratos que, en todo o en parte, no tienen un contenido patrimonial, tal criterio ha encontrado también eco en tratadistas mexicanos, como **Miguel Ángel Zamora y Valencia**:[36]

> El convenio en sentido amplio es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones y como ya se indicó con anterioridad, de contenido patrimonial. El contrato es el acuerdo de dos o más personas para crear o transmitir derechos y obligaciones, y como ya se indicó con anterioridad, de contenido patrimonial.

Opinión tal resulta por demás incompartible, a la luz del claro texto de los respectivos preceptos del *C.Civ*.

> ***Artículo 1792.*** *Convenio es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones.*
> ***Artículo 1793.*** *Los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre de contratos.*

Por ninguna parte aparece la necesidad de que los acuerdos de voluntades tengan un contenido patrimonial.

Como resumen de lo expuesto, la verdad es que resulta por demás extraña la concepción puramente patrimonialista de todo contrato, a poco que se examine una respetable cantidad de estipulaciones contractuales carentes de correlato patrimonial, lo que demuestra, más allá de toda duda o postura incluso legislativa, lo errado de tal pretensión. Por ello, como antes se dijo, es por demás difícil compartir el apuntado criterio de exclusividad patrimonial, proclamado, en efecto, por el *C.Civ*. argentino:

> ***Artículo 1169.*** *La prestación, objeto de un contrato, puede consistir en la entrega de una cosa, o en el cumplimiento de un hecho positivo o negativo susceptible de una apreciación pecuniaria.*

Y un ejemplo, entre otros muchos posibles, de la cotidiana celebración de contratos sin contenido patrimonial, es el siguiente, tomado además de un caso real. Una persona decide celebrar un contrato de donación gratuita de un importante lote de libros, con la carga al donatario de permitir al público la libre y también gratuita consulta de los libros, e incluso al donante el derecho de retirar libros para su temporal consulta, con la obligación de devolverlos en breve plazo.

Y surgen así las obligadas preguntas: ¿dónde aparece el contenido patrimonial o dinerario del acuerdo de voluntades?; ¿cuál de las partes va a obtener algún provecho económico?; ¿se debe negar a tal acuerdo de voluntades el carácter jurídico de contrato?

No está por demás dar cuenta de que en todo contrato se consignan derechos y obligaciones de las partes, pero también es posible que se estipulen deberes y cargas,

---

[36] *Contratos civiles,* Editorial Porrúa, México, 2000, pág. 31.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

cuyos respectivos conceptos se examinan en este libro más adelante (*infra* 15.8.3), con referencia al contrato de seguro, en el que es frecuente estipularlos.

Finalmente, aunque parece obvio afirmar que no sólo un contrato mercantil puede ser fuente de obligaciones de tal naturaleza, en cambio la determinación del carácter comercial de un contrato ofrece serias dificultades.

Y aunque podría sostenerse que la mercantilidad de una relación jurídica está dada por la ley, con ello no se da cabo a la necesidad de precisar el verdadero carácter de tal relación. En efecto, aparentemente no ofrece dificultad el afirmar que cualquier adquisición, enajenación o alquiler verificado con propósito de especulación comercial, involucra un contrato mercantil, pues así lo dispone el art. 75-I del *C.Com.*; mas ¿qué debe entenderse por "especulación comercial", por cierto también mencionada en la frac. II del mismo precepto, con referencia a las compras y ventas de bienes inmuebles?

"Especular —expresa el *Diccionario de la lengua española*, de la Real Academia Española—. …, efectuar operaciones comerciales o financieras, con la esperanza de obtener beneficios basados en las variaciones de los precios o de los cambios", si bien cabe dejar puntualizado que el precepto legal mexicano no emplea el vocablo "especulación" con el alcance gramatical que le atribuye el citado lexicón, sino, simplemente, con el significado de ganancia, provecho o utilidad.

Pero además, el precepto legal añade el calificativo de "comercial" a la especulación, con el indudable propósito de precisar que el provecho, ganancia o utilidad, debe ser el resultado de operaciones masivas o en serie, de tal manera que un solo contrato, por especulativo que sea el resultado para una o para ambas partes, no podrá ser considerado mercantil.

Los demás contratos mercantiles, implícitos en el resto de las fracciones del art. 75, tienen carácter objetivo, pues en ellos ya no se predica el aludido propósito de ganancia, sino el objeto sobre el que recaen o la naturaleza empresarial del sujeto que los realiza. Por ello, deberán ser contratos mercantiles las compras y ventas del llamado *papel comercial*, tanto bancario como estatal (fracs. III y IV), así como los contratos de abastecimiento, suministro, construcción, fabricación, etcétera (fracs. V, VI y VII).

Por cierto, en este libro se examinan algunos de los contratos considerados mercantiles con arreglo al criterio configurado por el art. 75 del *C.Com.*, pero también por otras leyes inspiradas en cualquiera de los indicados criterios: propósito de especulación comercial, cosas mercantiles o empresas.

1.9 La buena fe en los contratos

También es necesario hacer referencia aquí a la importancia de la buena fe en la validez de los contratos, pregonada por el art. 1796 del *C.Civ.*:

> Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento,... Desde que se perfeccionan obligan a los contratantes no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias que, según su naturaleza, son conforme a la buena fe, al uso o a la ley.

Por supuesto, mucho es lo que podría bordarse en torno del concepto y alcances de la buena fe, que el *Diccionario de la lengua española*, de la Real Academia Española,

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

vigésimo primera edición, define como: "Rectitud, honradez. 2. *Der.* Convicción en que se halla una persona de que hace o posee alguna cosa con derecho legítimo. Con ingenuidad y sencillez; sin dolo o malicia... Con verdad y sinceridad".

Según **Alterini**:[37]

> La buena fe es (o debería ser) la pauta ordinaria de conducta en la vida jurídica;... se distinguen la *buena fe subjetiva*..., y la *buena fe objetiva*. La buena fe *subjetiva*... consiste en la impecable conciencia de estar obrando conforme a Derecho..., y es antecedente para la adquisición de un derecho... La buena fe *objetiva* implica una regla de conducta de *probidad*, que genera en los demás la *confianza* en que será acatada... Son *desprendidos naturales* del principio de buena fe la condena de la lesión, la teoría de la imprevisión, el impedimento para obrar abusivamente.

Una interesante manifestación de esta buena fe contractual es la configurada por la modernamente calificada como teoría o doctrina de los actos propios, que descansa en la confianza que infunde en uno de los contratantes las previas rectitud, seriedad y honradez de su contraparte, que fueron factores de convencimiento para establecer la relación jurídica.[38] De esta suerte, cualquier conducta contraria a tales precedentes, en cuanto cause algún daño o perjuicio, puede invocarse por la parte afectada como causal de responsabilidad a cargo del causante, por estimar su actuación contraria a la buena fe.

Como es de suponerse, la expresión con la que se viene calificando esta institución jurídica no responde a su verdadero alcance, y por ello el autor estima que debe mencionarse de otra manera, y así podría erigirse como teoría de la responsabilidad por infracción de la buena fe o de alguna otra forma que facilite el entendimiento de su verdadero alcance.

1.10 La confidencialidad y la ética en los contratos

La llamada cláusula de confidencialidad es hoy día de uso corriente en toda clase de contratos, lo cual es por demás explicable, si bien demostrativo de una tal vez justificada desconfianza de la recíproca discreción con la que las partes deben conducirse a la luz de un criterio de rectitud, que la experiencia vino demostrando como declinante.

Por virtud de esta cláusula, las partes se obligan a mantener en absoluta reserva los informes, datos y documentos que recíprocamente se intercambien con motivo del contrato. Por lo demás, apenas si hace falta poner de relieve que no todos esos informes, datos y documentos participan del atributo de confidencialidad, pero lo cierto es que la cláusula suele redactarse con mención de la absoluta confidencialidad antes referida, una vez más sin duda para evitar parciales o torcidas interpretaciones.

Y, como era de esperarse, también es frecuente estipular que cualquier infracción de lo así convenido dará lugar a las responsabilidades civiles por los daños y perjuicios

---

[37] *Ibidem*, pág. 33.

[38] Sobre este punto, el autor agradece al tratadista colombiano, **Carlos Ignacio Jaramillo J.**, el envío electrónico de su trabajo no publicado al escribirse estas notas (primavera de 2010), bajo el título *La teoría de los actos propios*, en el que con amplitud y buen criterio aborda el tema.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

que se causen a la parte afectada, e incluso es frecuente convenir en que la conducta del infractor podría configurar el delito de revelación de secretos.

Mas, ¿cuál es el verdadero fondo de este tipo de cláusulas, o dicho lo mismo en otras palabras, qué aspectos de sus actividades consideran las partes en el contrato que no deben ser conocidos de terceros, en especial de otros competidores?

Aunque es frecuente que en estas cláusulas se especifiquen los aspectos administrativos, técnicos, operativos y legales que deberá comprender el pacto de confidencialidad, la práctica puede ofrecer complicaciones o dudas de interpretación, para resolver las cuales será necesario acudir, por una parte, a la buena fe contractual, antes examinada, pero también al contenido del contrato y, de modo especial, a la intención de las partes, sin olvidar su legítimo derecho a evitar la desleal competencia.

Y buena prueba que la posibilidad de que se presenten tales dudas resulta de lo expresado por algún doctrinario:[39]

> El acuerdo de confidencialidad, en efecto, frecuentemente se firma entre dos sociedades que llamaremos sociedad A y sociedad Z; la sociedad A, que recibe la información confidencial, se compromete, **en su calidad de persona moral, a respetar el secreto en cuanto a las informaciones recibidas de la sociedad Z**. Surge, en estas condiciones, la única cuestión de saber si la o las personas que han firmado el contrato tenían o no el poder de obligar a la sociedad A, bajo reserva de la aplicación de la teoría de la apariencia o de la llamada de la buena fe.

A tal planteamiento puede responderse con cierta facilidad, a lo menos desde el punto de vista de las leyes mexicanas, con arreglo a dos supuestos:

a) Si el firmante del contrato es un simple mandatario que actúa sólo con facultades para signar el contrato, parece necesario estimar que carecía de las necesarias para comprometer a su mandante más allá de las otorgadas;
b) Si en cambio, quien firmó el contrato es un representante legal, *stricto sensu*, de la sociedad, parece que no debe caber duda sobre que, en razón de tal calidad, puede obligar a la sociedad en todos aquellos aspectos que de cualquier modo se relacionen con el contrato, aunque no desempeñen una función directa en él, puesto que la sociedad le confió su plena representación orgánica.

Con todo, al parecer la moderna tendencia, y por ello la última palabra, se consigna en el art. 2.1.16 de los ya citados Principios de UNIDROIT 2010:

> Cuando en el curso de las negociaciones previas, una de las partes reciba de la otra información considerada como confidencial, aquélla está obligada a no divulgarla ni a utilizarla a beneficio propio, se celebre o no el futuro contrato. El incumplimiento de este deber, puede ocasionar, cuando ello se justifique, una indemnización que comprenda el beneficio que haya recibido la parte infractora.

Sin embargo, conviene acotar que la versión francesa de este precepto no hace referencia a la circunstancia de que el futuro contrato se celebre o no.

---

[39] **Philippe Marchandise**, "Qui doir signer l'accord de confidentialité?", en *Revue de Droit des Affaires Internationales*, no. 7, 2002, págs. 743 y 744.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

Íntima y lógicamente vinculada con la buena fe, la ética contractual se desenvuelve, empero, en su propio escenario.

El concepto de ética ha implicado, desde los tiempos aristotélicos, serias dificultades de conceptuación, por cuanto supone la existencia de supremos valores humanos.

En el mundo moderno ya nadie duda de que la ética es una rama de la filosofía que estudia, a lo menos en el terreno jurídico que aquí se examina, los valores a los que debe ceñirse toda relación contractual, cualquiera que sea su contenido y naturaleza, no sólo en lo que atañe a la equivalencia de las prestaciones, pues va más allá. Es por ello que **Karl Larenz**[40] afirma que, de modo general:

> El principio fundamental del derecho, del cual arranca toda regulación es el respeto recíproco, el reconocimiento de la dignidad personal del otro y, a consecuencia de ello, de la indemnidad de la persona del otro en todo lo que concierte (*sic*) a su existencia exterior en el mundo visible (vida, integridad física, salubridad) y en su existencia como persona (libertad, prestigio personal). Desde este punto se proyecta una nueva luz sobre la "paz jurídica": es aquel estado en el cual las relaciones entre los hombres no se rigen por el "derecho del más fuerte", sino por el principio del respeto recíproco cuyo cumplimiento queda asegurado.

Ahora bien, esta ética negocial sólo ha venido llamando la atención de los especialistas en los tiempos recientes:

> En los últimos 25 años más o menos ha habido una investigación sostenida e intensiva de la ética en los negocios, no sólo por parte de los filósofos, sino también por científicos sociales y miembros de las disciplinas administrativas. Esta investigación ha procedido simultáneamente a lo largo de cuatro frentes distintos, aunque estrechamente relacionados. El primero,… relaciona la ética en los negocios con las teorías normativas. El segundo aprovecha el trabajo realizado en el primero, pero se centra más en las disciplinas,... y ve la ética en los negocios desde la óptica de esa disciplina… La tercera línea de investigación explora una serie de problemas complejos que han surgido como consecuencia por los intentos de aplicar las ideas de las investigaciones normativas y disciplinarias a problemas específicos… La ética… en el panorama internacional, los derechos de los trabajadores, la ética en el trabajo, y la ética en los negocios y el medio ambiente…[41]

Por supuesto, mucho es lo que podría exponerse sobre este particular, pero no lo permiten las dimensiones de este libro. Baste citar, entre otros muchos ejemplos, la conducta de los médicos que de modo insistente prescriben a sus pacientes la práctica de análisis, precisamente en los laboratorios recomendados por ellos, a cambio de lo cual estos últimos les cubren comisiones por el acarreo de tales pacientes, si bien estas comisiones asumen otros mecanismos: pago de asistencia a congresos, de secretarias, de gastos de alojamiento, fines de semana vacacionales, etc. Todo ello ha dado lugar, según informaciones periodísticas publicadas durante febrero de 2006, a que un diputado haya presentado a nuestra Cámara de Diputados una iniciativa para que se incluya, en el *Código de Comercio*, una normatividad ética para los médicos, tendiente a restringir tamaña antiética conducta.

---

[40] *Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica,* Editorial Civitas, Madrid, 1990, pág. 57.

[41] **Robert E. Frederick**, *La ética en los negocios*, Oxford University Press, México, 2001, pág. XV.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

1.11 Figuras semicontractuales

Ahora bien, dentro del anchuroso mundo contractual operan, en la moderna vida mercantil, acuerdos de voluntades que, por una u otra razón, ofrecen algunas dificultades para encuadrarlos como contratos, en ocasiones por una injustificable resistencia de los otorgantes a emplear el término *contrato*; en otras, por razón de que una de las partes, o ambas, no disponen de libertad (generalmente, por efecto de taxativas legales) para convenir los términos del contrato y, en algunos casos, ni siquiera para decidir libremente si lo celebran o no.

Ejemplo del primer supuesto son los llamados *joint ventures, cartas de intención, cartas de compromiso, pactos de caballeros* y algunos otros transvasados de la práctica angloestadounidense, esto es, surgidos en un medio jurídico de derecho consuetudinario, e indudablemente por ello presentados con una terminología extraña a nuestro sistema. Sobre el particular, **Marcel Fontaine**,[42] con toda claridad, se ha expresado en la siguiente forma:

> La negociación de estos contratos es larga y difícil. Entre la primera definición de los objetivos comunes y la firma de los acuerdos definitivos debe tener lugar un lento proceso de elaboración: estudios previos, obtención de las aportaciones necesarias por parte de terceros, por ejemplo sobre los planes de financiamiento, de seguro, de aprovisionamiento... obtención de las autorizaciones gubernamentales eventualmente requeridas... Semejante negociación, y los múltiples incidentes que la acompañan, pueden tomar muchos años. No es raro que las discusiones se prolonguen más allá del comienzo de ejecución del contrato, pues la urgencia del proyecto presiona a las partes a emprender su realización antes de poner punto final a los textos contractuales... La naturaleza jurídica de las cartas de intención es en efecto por demás incierta. Parece que los autores de estas cartas frecuentemente consideran que las mismas no obligan todavía a nada... A través de la más grande diversidad de situaciones y de fórmulas empleadas se desprende sin embargo la impresión de que ciertas cartas de intención, o ciertas cláusulas contenidas en ellas, configuran ya obligaciones jurídicas para los signatarios... La apreciación jurídica de las cartas de intención representa pues, en gran parte, la exploración de nuevas tierras... La mayor parte de las cartas de intención examinadas presentan vicios más o menos graves de redacción, de naturaleza propia para engendrar inevitables dificultades de interpretación para las partes en caso de litigio... Las ambigüedades así creadas pueden tener consecuencias catastróficas.

Pero además, doctrinalmente mucho se discute sobre la verdadera naturaleza jurídica de estos acuerdos de voluntades, de modo especial en razón del texto con el que se redactan, habida cuenta, primordialmente, de que se originaron, como otras tantas figuras semicontractuales, en la práctica negocial de los Estados Unidos de América y sin perder de vista que en algunos casos se anuncia la futura celebración de un contrato en forma, pero en otros no se da tal supuesto y simplemente las partes anuncian, sin prometerlo, la posible celebración de un contrato.

Más aún, según informes del todo dignos de crédito,[43] declaraciones de este último tipo se otorgan en el Reino Unido, en los Estados Unidos de América, Francia, Italia y

---

[42] *Droit des contrats internationaux. Analyse et rédaction des clauses*, Forum Européen de la Communication, Paris, 1989, págs. 5, 6 y 46.

[43] **Johanna Schmidt**, "Les lettres d'intention", en *RDAI*, 2002, núm. 3/4, págs. 257 y siguientes.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

Alemania, con la clara manifestación de que no se pretende celebrar un contrato. Así lo proclama el numeral 21 del *Restatement of Contracts 2d*, del segundo de dichos países, al dejar claramente establecido lo siguiente:

> **21. Intention to Be Legally Bound**. Neither real nor apparent intention that a promise be legally binding is essential to the formation of a contract, but a manifestation of intention that a promise shall not affect legal relations may prevent the formation of a contract.

Con todo, no cabe duda sobre que, en la mayoría de los casos, configuran verdaderos contratos o, con mayor propiedad, promesas de contratos, pues involucran compromisos de asumir en lo futuro obligaciones y derechos, frecuentemente sujetos a condiciones suspensivas de la más diversa índole.

Para el derecho italiano, en la misma forma se pronuncia **Gabriele Capecchi**,[44] el que, tras de informar que estas formas precontractuales son relativamente nuevas en la práctica italiana, opina que no cabe duda de que debe atribuírseles naturaleza contractual, atenta una aplicación, extensiva pero indudable, de los arts. 1321, 1337 y 2932 del *Codice Civile*.

En cuanto a los segundos, esto es, aquellos contratos que constituyen el único medio de obtención de indispensables satisfactores, líneas adelante (*infra*, núm. 1.19) me detendré a examinar las teorías que niegan carácter contractual a los llamados *contratos de adhesión*.

Pero además, la práctica muestra la existencia de los cuasicontratos, hoy olvidados por nuestra ley y por nuestros doctrinarios. Se trata de esa extensa congerie de relaciones jurídicas en las que una de las partes presta un servicio a otra, o bien cumple una obligación a cargo de ésta, sin estar obligada a ello.

Empero, no faltará quien, prontamente, recuerde que estas relaciones jurídicas están previstas por nuestros códigos civiles con las expresiones "enriquecimiento ilegítimo" y "gestión de negocios", si bien parece necesario apuntar que ambas suponen necesarias declaraciones unilaterales de voluntad, que normalmente habrían implicado un contrato si la parte beneficiada hubiera expresado su conformidad, desde un primer momento, con la conducta del prestador del servicio o aportador de los bienes. Por ello, nada de reprochable tendría el considerar estas operaciones como cuasicontratos, pues en verdad el acuerdo de voluntades no llegó a perfeccionarse, en razón de que la voluntad de actuar se manifestó sólo por una de las partes. Los ejemplos menudean, y suelen expresarse en las cátedras universitarias y en los tratados: el médico que encuentra, a su paso, a un individuo sangrante o tirado por la calle y prontamente acude en su auxilio, sin solicitarle consentimiento alguno; el que, sin tener obligación alguna de ello, paga la deuda de otro; el que, también sin reportar obligación alguna, instaura un procedimiento judicial o administrativo en beneficio de otro. En todos estos casos se tiene derecho a una remuneración, *como si se hubiera celebrado el contrato respectivo*.

Por otra parte, bien cierto es que el concepto de cuasicontrato ha suscitado vivas discusiones, y así lo apuntaba **Manuel Borja Soriano**,[45] el que censuraba la circuns-

---

[44] "Nature and enforceability of a letter of intent under italian law", en *Revue de Droit des Affaires Internationales*, Forum Européen de la Communication, no. 2, Paris, 2004, págs. 151 y siguientes.

[45] *Teoría general de las obligaciones,* 8a. ed., Editorial Porrúa, México, 1982, págs. 342-344.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

tancia de que la gestión de negocios se haya aceptado, en nuestro vigente *C.Civ*., como una función de solidaridad social y no como un mandato tácito; al mismo tiempo, aplaudía el hecho de que, en cambio, en el *Código Napoleón* (*sic*) (art. 1371), se haya consignado lo siguiente:

> Los cuasicontratos son hechos puramente voluntarios del hombre, de donde resulta una obligación cualquiera hacia un tercero y algunas veces una obligación recíproca de ambas partes.

Dentro del inagotable repertorio anecdótico de **Napoleón**, suele citarse la forma en la que, ya preso en Santa Elena, se refirió al todavía hoy vigente y ya bicentenario *Código Civil* francés (1804), elaborado a su iniciativa y merced a sus auspicios. He aquí sus palabras:

Mi verdadera gloria no está en haber ganado cuarenta batallas. Waterloo eclipsará el recuerdo de tantas victorias. Lo que no será borrado, lo que vivirá eternamente es mi Código Civil.

1.12 La causa en los contratos

No parece fuera de lugar el hacer aquí una somera referencia a la otrora acreditada teoría de la causa como requisito de validez de los contratos, por cuanto, como se expresará más adelante, no faltan autores que sostienen su vigencia, incluso a la luz de la ley mexicana.

Hay que decir, ante todo, que aunque el autor de la noción jurídica de la misma fue **Domat**, coautor del *Código Civil* francés de 1804, la misma fue desarrollada por **Robert Joseph Pothier**, y que de modo resumido sostiene que la obligación de cada una de las partes encuentra su fundamento en la que asiste a la otra, por lo que su ausencia acarrea la nulidad del compromiso; en palabras de **Pothier**, *nulla obligatione sine causa*.

Ahora bien, según dichos tratadistas y sus numerosos seguidores, la causa puede ser final, impulsiva o eficiente, si bien es la segunda la que asume mayor importancia, pues en realidad configura, según **Manuel Borja Soriano**:[46]

> ... *el motivo* que induce a cada una de las partes a contratar; no es como la causa final, un elemento intrínseco y constitutivo de la obligación; es, al contrario, extrínseca, exterior. En tanto que la causa final es siempre idénticamente la misma en todos los contratos idénticos, la causa impulsiva es esencialmente variable. En un contrato de venta, por ejemplo, ya sea hecho por Pedro, por Pablo o por Diego, la causa final será siempre invariablemente idéntica: para el vendedor la obligación del comprador, y para éste, la de aquél... Pero véase la causa impulsiva y habrá diferencias y variedades infinitas. ¿Por qué motivo Pedro, Pablo o Diego ha contraído un préstamo? Puede ser que el primero para pagar un precio

[46] *Ibidem*, pág. 160.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

de venta, el segundo para dotar a su hija, el tercero, para hacer reparaciones a su inmueble o para jugar, etcétera.

El tema ha sido por demás controvertido en la doctrina mexicana, que en principio reconoce, de modo casi unánime, que la noción de causa es un tanto confusa, por lo que según algunos, como **Rafael Rojina Villegas**[47] y como el citado **Borja Soriano**,[48] nuestros códigos civiles no la acogieron, pues sólo admiten la noción de fin, y así resulta del texto de los arts. 1795, 1813, 1830, 1831 y 2225 del *C.Civ*. Otros,[49] por el contrario, afirman que sí está reconocida, para lo cual se apoyan en lo previsto por los arts. 1795-III y 1813 del *C.Civ*.

Atentas tales consideraciones, parece que el único aspecto unánimemente admitido es el resultante de lo previsto por el ya citado art. 1795, que en su frac. III abre la posibilidad de invalidar un contrato cuando su objeto, motivo o fin sea ilícito, y por ello parece que no hay necesidad de reclamar, como elemento de validez, la causa en cuanto móvil inicial de los contratantes, en cuanto referida a la correlativa obligación de la contraparte.

Aunque a continuación se examinarán, con la necesaria brevedad, algunos aspectos del derecho contractual estadounidense, conviene desde ahora hacer referencia, a propósito del tema que aquí se examina, al equivalente de la causa en la práctica contractual de los Estados Unidos de América. Aquí se está en presencia de la *consideration*, que es un elemento de validez en este derecho contractual, con pocas salvedades: toda promesa contractual formulada por una de las partes, debe tener un correlato por parte del otro contratante, y así lo dispone la sección 71(1), del *Restatement Second of Contracts*, colocada bajo el rubro "The requirement of consideration" ("Existencia de una causa"): para constituir una causa, el cumplimiento o la promesa debe tener un correlato.

1.13 El derecho contractual estadounidense

Por dos razones, no me parece fuera de lugar el hacer una referencia, necesariamente breve, al derecho contractual estadounidense:

1. La importancia de las relaciones comerciales entre nuestro país, su vecino del norte, y Canadá, lógicamente incrementadas a partir del 1 de enero de 1994, en que cobró vigencia el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN).
2. El influjo que las prácticas comerciales de los Estados Unidos de América ha venido ejerciendo en las de otros países, el nuestro entre ellos, así como en la redacción del tratado y leyes modelo internacionales en materia de contratación mercantil.

---

[47] *Derecho civil mexicano*, t. V, *Obligaciones,* vol. I, Editorial Porrúa, México, 1981, págs. 334 y siguientes.
[48] *Op. cit.,* pág. 197.
[49] **Raúl Ortiz Urquidi**, *Oaxaca, cuna de la codificación iberoamericana*, Editorial Porrúa, México, 1974, pág. 384, y también **José Gomiz** y **Luis Muñoz**, *Elementos de derecho civil mexicano,* t. I, s/e, México, 1942, pág. 366.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

Es obligado, para ello, hacer mención de la ingente labor que ha venido desplegando, en un país carente de leyes escritas en materia contractual, el Instituto Americano de Derecho (American Law Institute; ALI), constituido en 1923 con un selecto grupo de expertos jueces y profesores de derecho, que se ha venido dedicando a recopilar la jurisprudencia, usos y prácticas de todas las manifestaciones del derecho privado, entre ellas la contractual, de tal manera que en 1932 concluyó la redacción del *Restatement of Contracts*, revisado a partir de 1962, por lo que la versión actual, conocida como *Restatement Second of Contracts*, se publicó en 1981. En dicha compilación se define el contrato como "... una promesa o conjunto de promesas para cuyo incumplimiento la ley suministra remedios, o cuyo cumplimiento la ley reconoce como una obligación" (§1).

Sin la autoridad de una codificación obligatoria, el *Restatement* es generalmente reconocido como principal fuente del derecho contractual estadounidense, incluso por los jueces y las cortes.

Ello ha permitido a un antiguo director del ALI afirmar que si una corte se aparta del *Restatement* "lo hará a sabiendas de que la regla que rechaza ha sido escrita por gente que, por su práctica y reputación, se reconoce como grandemente conocedora de esta especialidad y que las conclusiones del especialista se han discutido y sostenido ante un cuerpo de críticos verdaderamente capaces".[50]

Con todo, en palabras del mismo personaje, **E. Allan Farnsworth**,[51] "las fuerzas creadoras del derecho contractual han sido tradicionalmente más judiciales que legislativas,…".

Todo ello no implica, por supuesto, desconocer la importancia del *Uniform Commercial Code*, cuya última versión oficial data de 2005, con la circunstancia de que, como es sabido, sus disposiciones no tienen carácter preceptivo, sino supletorio de la voluntad contractual.

Un amplio, interesante y bien documentado estudio sobre la fuerza vinculante del contrato en el derecho estadounidense es el del mismo **Farnsworth**, *Changing your mind: the law of regretted decisions*, Yale University Press, New Haven & London, 1998.

1.14 Reglas de interpretación de los contratos

> … la interpretación del contrato, concebida como una prototípica actividad humana, *in concreto* lógica, medularmente persigue el esclarecimiento del contenido contractual, para lo cual el intérprete, con sujeción a una tarea fundamentalmente de índole reconstructiva, propende por establecer el alcance y la extensión de las diversas estipulaciones que *in complexu*, conformen el entramado del contrato, aquilatada materia prima del hermeneuta con miras a determinar el norte del derecho de crédito y del correlativo deber de prestación, nacientes del respectivo acuerdo de voluntades… La operación interpretativa del contrato parte de un principio básico: la fidelidad a la voluntad, a la intención, a los móviles de los contratantes. Obrar de otro modo es traicionar la personalidad del sujeto comprometido en el acto jurídico, o en otros términos, adulterar o desvirtuar la voluntad plasmada en él... la función de los jueces, por regla, es la de intervenir para la solución de un

[50] **E. Allan Farnsworth**, *United States Contract Law*, Transnational Juris Publications, Inc., New York, 1991, pág. 54.

[51] *Op.* y *loc. cit.*

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

> conflicto preexistente (actuación típicamente heterocompositiva) circunstancia que supone, racionalmente y *ex ante*, que las partes agotaron los medios de solución directa de la controversia, y que la adopción de las vías judiciales, por consiguiente, obedece a la frustración de dicho entendimiento extrajudicial. Ello quiere significar que antes que los jueces, son las propias partes las que tienen a su cargo el ejercicio de la actividad hermenéutica.[52]

No parece fuera de lugar el hacer referencia aquí a las reglas de interpretación de los contratos, propuestas por **Pothier** en su *Traité des obligations*, que, inicialmente adoptadas por el *Código Civil* francés de 1804, encontraron eco en prácticamente todas las ulteriores legislaciones civiles de impronta napoleónica, incluida, por supuesto, la mexicana, según aparece a continuación, con referencia a las principales de las antes citadas reglas y a los preceptos del *C.Civ*. en los que fueron recogidas:

1a. Cuando el sentido literal de los términos de un contrato parezca contrario a la intención común de las partes, debe atenderse a esta última (art. 1851, 2o. párrafo).
2a. Cuando una cláusula es susceptible de dos sentidos, se debe más bien entenderla conforme al que ha podido tener efecto, y no según aquel sentido que daría por resultado no ser posible estipulación alguna (art. 1853).
[...]
4a. Lo que puede parecer ambiguo en un contrato, se interpreta por lo que es costumbre en el país (art. 1856).
[...]
6a. Una cláusula se debe interpretar por las otras contenidas en el contrato, ya precedan o sigan a dicha cláusula (art. 1854).
7a. En caso de duda, una cláusula debe interpretarse contra aquel que ha estipulado alguna cosa y en descarga del que ha contraído la obligación, pues al acreedor debe imputarse el no haberse expresado mejor (sin equivalente).
8a. Aunque se haya convenido en términos generales, el contrato no comprende más que las cosas por las cuales las partes contratantes han entendido que contratan, y no aquellas en las que no han pensado (art. 1852).

Obviamente, las citadas reglas, a través de las también mencionadas disposiciones legales del *C.Civ*., son aplicables a los contratos mercantiles, en mérito de lo dispuesto por el art. 2o. del *C.Com*.

Pero es el caso que, al tantas veces mencionado influjo de la práctica contractual estadounidense, en los últimos tiempos han hecho su aparición, tanto en los contratos mercantiles internacionales como en los puramente domésticos, cláusulas de no siempre claro significado, y que, por lo mismo, precisan de aclaración cuando la misma no se incluya en los textos contractuales.

A dichas cláusulas se hará referencia en el posterior capítulo 2.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

---

[52] **Carlos Ignacio Jaramillo J.**, *La interpretación del contrato en el derecho privado colombiano*, versión electrónica gentilmente suministrada por su autor, págs. 9, 15 y 19.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

1.15 Fundamento del efecto obligatorio de los contratos

Algunos doctrinarios se preguntan por el fundamento del efecto obligatorio de los contratos, a lo cual la respuesta parece en principio obvia: por la voluntad de los otorgantes. Empero, opiniones hay que no se conforman con tal apreciación, por estimar que es necesario rastrear en la verdadera razón de la fuerza vinculante de los contratos, y de ese modo no ha faltado quien invoque la ley, de la que, por lo demás, hoy día nadie duda de su papel como fuente directa de numerosas obligaciones.

El tantas veces citado **Alterini**[53] escribe lo siguiente:

> ¿Cuál es el fundamento de tan trascendentales efectos? Desde un punto de vista exclusivamente pragmático la cuestión fundamental no sería *por qué* obligan los contratos; sino *cuándo* obligan... Vale decir, sólo tendría utilidad investigar bajo qué circunstancias una persona queda obligada a realizar una prestación, o a soportar una indemnización, antes bien que determinar la razón por la cual nacen tales obligaciones. Sin embargo, el fundamento de la fuerza obligatoria del contrato también puede llevar a conclusiones vinculadas con esa inquietud meramente pragmática. Por ejemplo, si se acepta que la actitud de un sujeto que genera en otro la confianza en que realizará cierta prestación, lo deja obligado hacia el segundo, tal confianza —como fundamento de la obligación contractual— será relevante para concluir que en el caso existe un deber jurídico obligacional.

A continuación, este autor relaciona las diversas teorías elaboradas al respecto: *a*) positivista; *b*) del imperativo categórico; *c*) del poder de la voluntad; *d*) de la justicia correctiva; *e*) utilitarista; *f*) religiosa y moral; *g*) de la veracidad y de la confianza. Finalmente, **Alterini** apunta, como propia, la siguiente:

> Quien decide *estar a Derecho* y obra un acto jurídico, con discernimiento, intención y libertad, restringe de alguna manera su albedrío, al obligarse frente a otra parte a cumplir una prestación, o a indemnizarla en caso de incumplimiento.

Otro autor[54] ha intentado desentrañar los efectos de las declaraciones que suelen preceder al clausulado de los contratos:

> El preámbulo es raramente una necesidad. Un contrato sin preámbulo es en principio perfectamente viable. La redacción de un preámbulo puede resultar sólo de un deseo maquinal de someterse a cierta tradición…

Es necesario, por último, hacer referencia aquí a una serie de cláusulas, de innegable y confesado origen estadounidense pero cada vez más frecuentes en nuestro medio, y en general en la práctica mercantil de los países de derecho escrito, partícipes todas ellas de un contenido por demás dudoso, y por tanto de difícil ubicación, pues prácticamente en todas ellas se emplean vocablos carentes de un preciso alcance jurídico.

Me refiero a las hoy día usuales cláusulas sobre "mejores esfuerzos" (*best efforts*); plazos, personas, remuneraciones y lugares "razonables"; minimización o mitigación de

---

[53] *Op. cit.,* pág. 18.
[54] **Fontaine**, *op. cit.,* pág. 87.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

daños; actuación de buena fe y algunas otras.[55] Un autor, formado dentro de la tradición románica, se ha expresado en forma por demás clara:[56]

> El recurso a las expresiones de tipo "best efforts", "due diligence" (debida diligencia), cuidados razonables o "reglas del arte", por demás frecuentes en los contratos internacionales, refleja el dilema entre la imposibilidad de asumir ciertos compromisos de manera absoluta y la necesidad de definir el grado de exigencia al cual sin embargo debe ajustarse la prestación del deudor. La redacción de tales cláusulas es delicada; ninguna fórmula puede aportar seguridad plena. Las reflexiones anteriores deberían servir para poner en práctica con la mayor claridad las estipulaciones más adecuadas. ¡A los negociadores corresponde desplegar sus mejores esfuerzos!

Por lo que hace a los contratos celebrados en el extranjero, es necesario recordar lo dispuesto por el art. 79 del *C.Com.*, en el sentido de que sólo surtirán efecto en nuestro país cuando se hayan satisfecho las escrituras, formas o solemnidades exigidas por la ley extranjera, aunque no las exija la ley mexicana.

Empero, **Leonel Pereznieto** y **Jorge Alberto Silva Silva**[57] estiman que el juez mexicano puede pasar por alto la citada disposición, con apoyo en lo dispuesto por el art. 13-V del *C.Civ.*, pero no es fácil compartir tal opinión, puesto que la redacción del estatuto mercantil es por demás clara y no abre la posibilidad de una aplicación supletoria del *C.Civ.*, que sólo sería válida ante alguna omisión del citado art. 79, en términos de lo previsto por el art. 2o. del mismo *C.Com*.

1.16 La ley como fuente específica de obligaciones

Es frecuente omitir la ley como fuente de obligaciones de derecho privado.[58] Negarle tal atributo, sin embargo, me parece un desafuero. Hago referencia, por supuesto, no a la ley como fuente genérica, sino como fuente específica de *ciertas* obligaciones; así el art. 1802 del *C.Civ.*, cuando confiere al supuesto celebrante de un contrato no ratificado el derecho de exigir daños y perjuicios al gestor oficioso, cuya actuación contractual no sea ratificada por el supuesto representado. Nótese que aquí la única fuente de la obligación a cargo del gestor oficioso es la ley y no el contrato, que, a la postre, resulta inexistente —y no nulo, como erróneamente expresa el *C.Civ.*

Yerra, en efecto, la citada disposición legal, al pretender la nulidad derivada de la falta de consentimiento por parte de quien debió darlo para la celebración del contrato, y no lo dio. De ser cierta la afirmación legal, el contrato surtiría provisionalmente sus efectos (arts. 2226 y 2227, *C.Civ.*) y, por ende, el aparente representado debería dar cumplimiento a sus supuestas obligaciones en tanto no se declarara la nulidad por

---

[55] Para un amplio e interesante examen y análisis de estas cláusulas, *véase* **Stephan Reifegerste** et **Guillaume Weiszberg**, "Obligation de minimiser le dommage et 'raisonnable' en droit du commerce international", en *Revue de Droit des Affaires Internationales*, Forum Européen de la Communication, no. 2, Paris, 2004, págs. 181 y siguientes.

[56] **Marcel Fontaine**, *op. cit.,* pág. 125.

[57] **Leonel Pereznieto Castro** y **Jorge Alberto Silva Silva**, *op. cit.*, *Parte especial*, pág. 271.

[58] El art. 1089 del *C.Civ.* español, de modo expreso, le reconoce tal carácter. *Véase también* **Antonio Hernández Gil**, *Derecho de las obligaciones,* Editorial Ceura, Madrid, 1983, págs. 213-216.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

sentencia firme: difícil concebir mayor absurdo; creo que, a pesar de la criticada obligación legal, el contrato está, primeramente, sujeto a la condición suspensiva de su ratificación por el aparente representado; de no producirse tal ratificación, el contrato será inexistente por falta de consentimiento (arts. 1794, frac. I, y 2224), y no nulo, por no darse ninguno de los supuestos de ilicitud, falta de forma, error, dolo, violencia, lesión o incapacidad previstos por los arts. 2225, 2228 y siguientes.

Otros casos, entre muchos, en los que la ley constituye la única fuente de obligaciones, son harto conocidos: el derecho de exigir al remiso en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales el pago de daños y perjuicios (art. 2104, *C.Civ.*) o de intereses (art. 362, *C.Com.*); la obligación, por parte del que acepta un pago indebido, de abonar intereses legales sobre las sumas percibidas (art. 1884, *C.Civ.*); el derecho que asiste al comisionista de hacer vender los efectos recibidos del comitente cuando el valor presunto de los mismos no baste para cubrir los gastos de transporte y recibo de ellos (art. 279-1, *C.Com.*), etcétera.[59]

Pero también la ley es, a menudo, fuente única de acciones judiciales para obtener la modificación de obligaciones contractuales asumidas en forma diferente, e incluso de obligaciones literalmente estipuladas precisamente de forma contraria y, en no pocos casos, para beneficiarse con la nulidad.

Numerosos ejemplos de los tres casos se encuentran en las leyes:

- *Ley Federal de Protección al Consumidor* (*LFPC*)*:* aunque las partes en un contrato de compraventa en abonos hayan estipulado la forma de pago, cuando después de haber pagado más de la tercera parte del precio o del número total de pagos convenidos, el comprador incurra en mora, tendrá derecho, a pesar de la exigencia de rescisión por parte del vendedor, de optar entre tal rescisión o el cumplimiento del contrato mediante el pago del adeudo vencido más el de las prestaciones que procedan (art. 71).
- *Ley de Inversión Extranjera:* la adquisición de acciones de una sociedad por parte de un extranjero en contravención de dicha *LIE*, faculta a la emisora para negar el pago de dividendos. Cualquier realización de actos efectuados en contravención a las disposiciones de dicha Ley facultará a la Secretaría de Economía para revocar las autorizaciones otorgadas. Además, los actos, convenios o pactos sociales y estatutarios que la propia Secretaría declare nulos, por ser contrarios a las disposiciones de la misma Ley, no surtirán efectos legales entre las partes ni se podrán hacer valer ante terceros (art. 37).
- *Código Civil*: es nula la claúsula en la que se estipule que la cosa comprada no podrá venderse a persona alguna (art. 2301).
- *Ley General de Sociedades Mercantiles:* es nulo todo pacto que restrinja la libertad de voto de los accionistas (art. 198).

Finalmente, también hay que decir que la ley se ha venido convirtiendo en fuente de la *obligación de contratar*, en los casos en que exige la celebración de ciertos contratos como medio para obtener determinadas consecuencias. Así, por ejemplo, la *Ley de Vías Generales de Comunicación (LVGC)*, que en su art. 127 exige que los transportistas de pasajeros contraten un seguro de responsabilidad civil o un depósito en garantía

[59] Para una amplia relación de obligaciones *ex lege*, *véase* **Messineo**, *Manual...*, *cit.*, t. VI, págs. 439-442.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

para hacer frente a la obligación que les incumbe como responsables de la muerte o lesiones de los pasajeros y de los daños a sus equipajes.

1.17 Responsabilidades y deberes precontractuales y postcontractuales

En cambio, no ofrece la misma nitidez el fundamento legal de la responsabilidad derivada del incumplimiento de los llamados *deberes precontractuales*, temas ambos profusamente explorados por una parte de la doctrina extranjera. Hay consenso en que fue **Ihering** el que, en 1860, desató la discusión doctrinal con su trabajo *Culpa in contrahendo, oder Schadenersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Verträge*, en el que sostuvo que los tratos entre las partes interesadas en celebrar un futuro contrato suponen un tácito pacto de responsabilidad entre ellas, por virtud del cual asumen el riesgo de responder del daño que puedan causarse cuando cualquiera de ellas, dolosa o culposamente, se retire de dichos tratos y con ello cause a la otra un daño patrimonial; tal responsabilidad es, pues, *in contrahendo*, ya que, ciertamente, la parte afectada pudo haber efectuado erogaciones en la confianza de que el ofrecimiento o la aceptación de la otra se efectuó precisamente con la intención de celebrar el contrato respectivo, esto es, en el supuesto de la buena fe por parte de los dos interesados.

A partir de tal planteamiento, las corrientes doctrinarias han asumido dos posturas:

1. La de quienes consideran que se trata de una responsabilidad extracontractual o *aquiliana*, por cuanto, en verdad, todavía no existe contrato alguno.
2. La que, siguiendo el planteamiento de **Ihering**, apunta la existencia de una relación entre ambas partes que, si bien es previa al futuro contrato, al celebrarse este último formará parte de él, en una u otra forma, pues la conducta de dichas partes, así como las erogaciones respectivas en la etapa previa son, necesariamente, presupuesto del futuro contrato.

Antes de citar opiniones doctrinales, séame permitido dejar aquí consignado el influjo que, en una u otra postura, han de ejercer los respectivos textos legales. Así, es natural que, a partir de 1942, la doctrina italiana borde en torno del art. 1337 de su *Código Civil*: "Las partes, en el desarrollo de los tratos y en la formación del contrato, deben comportarse conforme a la buena fe", texto que me permite afirmar, de paso, que aquí la fuente de la responsabilidad civil es la ley misma, independientemente de que se le atribuya carácter contractual o no, máxime que el precepto de que se trata se encuentra colocado en el Título II del estatuto civil italiano, *De los contratos en general*.

De este modo, la doctrina italiana ha mostrado notables discordancias: **Renato Scognamiglio**,[60] tras de opinar que la discusión sobre la naturaleza contractual o *aquiliana* de esta responsabilidad es de importancia meramente teórica, muestra sus simpatías por la segunda de tales corrientes; la misma postura adopta **Adriano de Cupis**:[61] "La teoría extracontractualista se manifiesta, por tanto, como preferible, por no

[60] *Teoría general del contrato*, Universidad Externado de Colombia, Santa Fe de Bogotá, 1991, pág. 121.
[61] *El daño. Teoría general de la responsabilidad civil*, Editorial Bosch, Barcelona, 1975, pág. 167.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

tener en su contra los obstáculos característicos de la teoría contractualista..."; por último, **Messineo**[62] estima, en cambio, que se trata de una responsabilidad contractual, y más precisamente *precontractual*, "... no solamente porque el art. 1338 del *C.Civ.* proclama deberes efectivos *entre las partes*, sino también porque la relación (si bien llamada *precontractual*) es contractual, en cuanto impone *deberes de comunicación y de información*, los cuales dependen de la naturaleza contractual del comportamiento de las partes con mala fe...".

También los doctrinarios argentinos se han ocupado profusamente en el tema, no obstante que su legislación acusa la ausencia de un precepto semejante al italiano, lo que no ha impedido que **Rubén Stiglitz** y **Gabriel Stiglitz**[63] afirmen, con toda razón, que "Un elemental principio, basado en la buena fe recíproca, exige que, también en período formativo, las partes actúen con lealtad y corrección... Pareciera que el punto de equilibrio deseable habremos de hallarlo, si es que aceptamos que la ruptura de las tratativas genera responsabilidad, sólo cuando es injustificada y arbitraria...", lo que les permite dejar sentado que las conductas dañinas, en la etapa precontractual, pueden consistir en:

a) Ocultar la realidad a través de la reticencia (dolo pasivo).
b) Falsificar la realidad, mediante la disimulación de lo verdadero.
c) Silenciar, por negligencia o por ignorancia culpable, la existencia de una causa de ineficacia.
d) Apartarse, injustificada y arbitrariamente, de las tratativas.
e) Prolongar, deliberada e incausadamente, las tratativas, para luego contratar con un tercero.
f) Actuar sin poder, o más allá de sus límites.
g) Revocar la propuesta, habiendo renunciado a la facultad de retractarla, o cuando se hubiese obligado a "permanecer en ellas hasta una época determinada".
h) Iniciar las tratativas sin seriedad, entendido ello en el sentido de que, por anticipado, se sabe que no se tiene intención de negociar (art. 1150, *C.Civ.*).

Los autores citados concluyen con su opinión en el sentido de que se trata de una responsabilidad extracontractual, derivada "... de la transgresión del *naeminem laedere*, cualquiera sea su fuente, y aunque no se trate de un acto ilícito *stricto sensu*".

Jorge Mosset Iturraspe[64] adopta una postura original: "Nos interesa saber si el comportamiento arbitrario, o intempestivo, en el período de las tratativas, constituye un incumplimiento, un acto ilícito o un acto abusivo", y, tras de mostrar sus discrepancias de las tesis contractualista y extracontractualista, concluye en que "... para quienes ven un abuso del derecho de no contratar en la separación intempestiva y arbitraria de las tratativas, tal conducta configuraría un acto abusivo, un acto antifuncional, que no puede quedar impune".

Dentro de la doctrina francesa, **Christian Larroumet**,[65] al abordar el tema, se expresa de la siguiente manera:

---

[62] *Tratatto di diritto civile e commerciale*, XXI, t. I, *Il contrato in genere*, Giuffrè, Milano, 1973, pág. 365.
[63] **Rubén S. Stiglitz** y **Gabriel A. Stiglitz**, *Responsabilidad precontractual*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992, págs. 9, 21-23, 48 y 49.
[64] *Contratos*, EDIAR, Buenos Aires, 1988, pág. 361.
[65] *Teoría general del contrato*, vol. I, Editorial Temis, Santa Fe de Bogotá, 1993, págs. 74 y 75.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

> ... se considera que es una culpa el hecho de revocar una oferta abusivamente..., habría abusado del derecho de revocar la oferta, y esta falta comprometería la responsabilidad civil del oferente. Se trata de responsabilidad civil delictual o extracontractual y no contractual, puesto que todavía no hay acuerdo de voluntades... La responsabilidad civil extracontractual no supone la violación de una obligación. La falta consiste en haber observado un comportamiento reprochable... En otras palabras, la responsabilidad por revocación de una oferta de contrato encaja perfectamente bien dentro del marco de la responsabilidad precontractual, que es sólo una aplicación de la responsabilidad extracontractual.

Para el derecho colombiano, **Gabriel Escobar Sanín**[66] ha desarrollado uno de los más amplios y profundos estudios sobre el particular, que le lleva a concluir en que la fuente de la responsabilidad que nos ocupa es, de modo exclusivo, la ley:

> La posición más lógica señala que la ley es la que determina la fuerza vinculante del acto unilateral, es el poder vinculante que otorga la ley para que esa voluntad pueda proyectarse con seguridad hacia los terceros... Se establece así una diferencia clara entre la obligación de mantener la oferta, y la obligación de celebrar el contrato, que nace con la comunicación de haber sido aceptada por el destinatario...

A la misma conclusión, si bien no en forma tan rotunda, llega **Fontaine**:[67]

> Antes de su celebración, un futuro contrato puede producir efectos jurídicos. La negociación que precede al acuerdo de las partes es creadora de derecho. Al iniciar sus pláticas, los potenciales contratantes enajenan una parte de su libertad de acción; se obligan a cierto comportamiento. Esta afirmación adquiere todo su valor cuando el contrato negociado se refiere a una operación compleja, de gran amplitud cuya ejecución podrá extenderse durante numerosos años, e implicar la colaboración de numerosas empresas.

El derecho mexicano presenta un panorama diferente y, a mi parecer, ofrece soluciones de aparente sencillez a los dos aspectos que inquietan a los antes mencionados doctrinarios. En efecto, con arreglo a los planteamientos de éstos, los tratos previos a la celebración de un contrato exigen de ambas partes dos cosas: *a*) las mismas diligencia y buena fe, y *b*) la imposibilidad de romper los arreglos previos, salvo que para ello exista causa justificada, en la inteligencia de que el incumplimiento de cualquiera de ambos deberes finca responsabilidades a su autor. Como pudo apreciarse, los respectivos fundamentos legales no siempre ofrecen la deseable claridad y, por lo que hace a la naturaleza jurídica de las responsabilidades, se discute si es contractual, extracontractual o asume algún otro carácter.

En cuanto al deber de observar diligencia y buena fe en los tratos previos, implica la necesidad de no retrasar indebidamente la celebración del contrato en ciernes, así como de no propiciar, con negligencia o dolo, el error por parte del otro futuro contratante. Sobre este particular, el *C.Civ.* proclama la nulidad de todo contrato celebrado mediante un consentimiento expresado por error, arrancado por violencia o sorprendido por dolo (arts. 1812, 1815 y 1816); ahora bien, como en cualquiera de tales supuestos opera una conducta ilícita, el autor de la misma, cuando se cause daño a la otra parte, está obligado a repararlo (art. 1910).

---

[66] *Negocios civiles y comerciales*, II, Biblioteca Jurídica Diké, Bogotá, 1994, págs. 435 y 436.
[67] *Op. cit.,* pág. 5.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

Por lo que se refiere a la buena fe en esta etapa precontractual, son aplicables las expresiones vertidas *supra*, núm. 1.9, sin pasar por alto que, como apunta **Alterini**,[68] en todo momento, tanto en los arreglos previos como durante la vigencia del contrato y aun en la etapa postcontractual, debe atenderse a la naturaleza misma del contrato, no menos que al contenido y evidente intención de las negociaciones previas y a las prácticas establecidas entre las partes, así como a su conducta ulterior y a la equidad.

En lo que concierne al deber de celebrar el contrato ofrecido, esto es, de mantener firme la oferta de celebrar el contrato, no me cabe duda sobre que configura una promesa unilateral de contratar, pues no otro es el contenido de la propuesta hecha a un tercero para celebrar un contrato, que este último es libre de aceptar o no (arts. 2243 y 2244); de esta suerte, es lógico: que "Toda persona que propone a otra la celebración de un contrato fijándole un plazo para aceptar, queda ligada por su oferta hasta la expiración del plazo" (art. 1804), en la inteligencia de que si al efectuarse la oferta no se fija plazo, el autor de la misma queda ligado "... durante tres días además del tiempo necesario para la ida y vuelta regular del correo público, o del que se juzgue bastante..., según las distancias y la facilidad o dificultad de las comunicaciones". Considero que no hay duda sobre el alcance de la exigencia legal en cuanto a que el oferente queda ligado por su oferta: no puede retirarla mientras no transcurra el plazo que haya fijado o el legalmente prescrito; por ende, si el destinatario expresa su aceptación y hace que el proponente la reciba dentro del plazo, el contrato quedará formado (art. 1807).

Así pues, a mi juicio, y con apoyo en los mencionados preceptos legales, la fuente de la obligación a cargo de quien actúa con dolo o mala fe en los tratos previos a un contrato es el acto o actos ilícitos que ulteriormente causen daño a su contraparte (art. 1910, *C.Civ.*); en cambio, la fuente de la obligación que asiste al proponente del mismo es su promesa unilateral de celebrarlo (arts. 2244 y 2245, *C.Civ.*). Pero también parece éste el lugar indicado para consignar el influjo del error en que podría incurrir una de las partes, o ambas, al celebrar el contrato. La consecuencia está claramente prevista y resuelta por el art. 1813 del *C.Civ.*:

> *El error de derecho o de hecho invalida el contrato cuando recae sobre el motivo determinante de la voluntad de cualquiera de los que contratan, si en el acto de la celebración se declara ese motivo o si se prueba por las circunstancias del mismo contrato que se celebró éste en el falso supuesto que lo motivó y no por otra causa.*

El desarrollo de esta particular manifestación de la ley como fuente de obligaciones ha tomado, ciertamente, un espacio excesivo, considerado el carácter de este libro, pero me he visto en el caso de hacerlo así, por una parte, ante la escasa o nula importancia que la doctrina mexicana ha prestado al tema de las responsabilidades precontractuales; por otro lado, en razón de los titubeos que muestra el derecho comparado en cuanto a la falta de fundamento legal y a la naturaleza jurídica de dichas responsabilidades.

Pero además, menudean los casos en los que la ley misma es fuente directa de estos deberes precontractuales. A reserva de examinar algunos otros más adelante, por ahora bastará con citar tres ejemplos:

---

[68] *Op. cit.,* pág. 62.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

- Como parte de la regulación del contrato de franquicia, el art. 142 de la *LPI* dispone lo siguiente:
  [...]
  Quien conceda una franquicia deberá proporcionar a quien se la pretenda conceder, por lo menos con treinta días previos a la celebración del contrato respectivo, la información relativa sobre el estado que guarda su empresa, en los términos que establezca el Reglamento de esta Ley.
  La falta de veracidad en la información a que se refiere el párrafo anterior dará derecho al franquiciatario, además de exigir la nulidad del contrato, a demandar el pago de los daños y perjuicios que se le hayan ocasionado por el incumplimiento...

- El solicitante de un seguro debe suministrar a la aseguradora toda la información que le permita evaluar el riesgo y, por lo mismo, tarificar el costo, pues así lo dispone el art. 8o. de la *LSCS*:

  El proponente estará obligado a declarar por escrito a la empresa aseguradora, de acuerdo con el cuestionario relativo, todos los hechos importantes para la apreciación del riesgo que puedan influir en las condiciones convenidas, tales como las conozca o deba conocer en el momento de la celebración del contrato.

- Pero, como era de esperarse, sin duda el régimen legal de protección del consumidor es el que consigna el mayor número de deberes precontractuales a cargo de los proveedores, de modo especial en lo que se refiere al texto de la publicidad de productos o servicios. Considérese, para ello, el texto de algunos de los preceptos contenidos en la *LFPC*:

  Artículo 32. *La información o publicidad relativa a bienes, productos o servicios que se difundan por cualquier medio o forma, deberán ser veraces, comprobables y exentos de textos, diálogos, sonidos, imágenes, marcas, denominaciones de origen y otras descripciones que induzcan o puedan inducir a error o confusión por engañosas o abusivas...*
  Artículo 41. *Cuando se trate de productos o servicios que de conformidad con las disposiciones aplicables, se consideren potencialmente peligrosos para el consumidor o lesivos para el medio ambiente o cuando sea previsible su peligrosidad, el proveedor deberá incluir un instructivo que advierta sobre sus características nocivas y explique con claridad el uso o destino recomendado y los posibles efectos de su uso, aplicación o destino fuera de los lineamientos recomendados. El proveedor responderá de los daños y perjuicios que cause al consumidor la violación de esta disposición, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 92 ter de esta Ley.*

Examinados así los deberes y responsabilidades previos a la celebración del contrato, es el momento de pasar revista a las estipulaciones con vigencia posterior a la conclusión del mismo.

Aunque en verdad son poco frecuentes, estas cláusulas vienen siendo objeto de inclusión en ciertos contratos, de modo especial los internacionales, particularmente en los de colaboración, de distribución y de asistencia técnica. Pero antes de examinar estas cláusulas, parece aconsejable reflexionar sobre el fundamento jurídico de dichas estipulaciones, a pesar de que el contrato en el que se incluyan deje de surtir

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

efectos. A primera vista, podría sostenerse algo aparentemente absurdo, como es el hecho de que, legalmente prevista y acordada la conclusión del acuerdo de voluntades, supervivan algunas de sus estipulaciones y consecuencias, lo que llevaría a la consideración de que los contratos respectivos no han muerto del todo y, por lo mismo, seguirán manifestándose en las estipulaciones sobre el particular convenidas.

Ello, sin embargo, encuentra una lógica explicación y claro fundamento.

Si, como es sabido, la voluntad de las partes es la suprema ley en cualquier contrato, y en el caso de que se trata opera, con claridad, el deseo de las partes de mantener en vigor ciertos derechos y obligaciones necesariamente vinculados a los que originalmente formaron parte del contrato ahora extinguido, no puede caber duda sobre que de tal suerte se presentan dos consecuencias: *a*) En realidad el contrato original subsistirá en algunos de sus aspectos, que desde luego no serán los que, de modo principal, constituyeron su esencia; *b*) Como consecuencia de la terminación del contrato, es posible que una o ambas partes deseen reservarse ciertos derechos o configurar una relación que no implique algún daño o perjuicio con motivo de la conducta de cualquiera de ellas, referida a los derechos y obligaciones que constituyeron el contrato hoy fenecido.

Entre otros muchos posibles, un par de ejemplos pueden servir para aclarar lo anterior:

1o. En un contrato de distribución, el principal tiene decidido interés en que, al concluir el mismo, el distribuidor no pase a prestar sus servicios a otro productor de los mismos bienes o servicios, para eludir el peligro de que la clientela suponga que los bienes o servicios son del productor original, con lo que se crearía un entorno de confusión por parte del público.
2o. A propósito de la cada vez más frecuente cláusula de confidencialidad, que puede abarcar muchos aspectos, una de las partes, y con frecuencia ambas, suelen intercambiarse previamente, y durante la vigencia del contrato, datos, informes y documentos derivados de su operación interna, elaborada *ad hoc*, con la relación de sus proveedores especialmente adiestrados, con los procedimientos empleados con motivo de patentes legalmente protegidas, etc., todo lo cual forma parte de los llamados derechos de propiedad industrial o comercial, también mencionados con el anglicismo *goodwill*, cuya revelación por cualquiera de las partes, con posterioridad a la vigencia del contrato, puede afectar, con mayor o menor gravedad, los derechos e intereses legítimos de la contraparte, con las consecuencias patrimoniales fáciles de imaginar.

Así pues, nada de extraño tiene el que en ciertos contratos se estipule la obligación, a cargo de una o de ambas partes, de no divulgar y tampoco de aprovechar en beneficio propio toda esta laya de elementos inmateriales con posterioridad a la vigencia del contrato.

Sobre la forma y términos en los que se operan estas cláusulas en algunos mercados europeos, es recomendable la lectura del amplio e interesante estudio elaborado por **Benoît Kohl.**[69]

[69] "Les clauses mettant fin au contrat et les clauses survivant au contrat", en *RDAI*, núm. 3/4, 2002, págs. 443 y siguientes.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

1.18 Contratos públicos y contratos mercantiles

En otro orden de ideas, la cada vez más difundida celebración de los llamados contratos administrativos plantea la conveniencia de establecer una distinción entre ellos y los contratos civiles o mercantiles, aspecto sobre el cual existe el siguiente criterio:

> Para determinar la naturaleza de un contrato administrativo frente a uno civil o mercantil, debe atenderse a ciertos factores. En los contratos privados, la voluntad de las partes es la ley suprema y su objeto los intereses particulares, mientras que en los administrativos está por encima el interés social y su objeto son los servicios públicos. En los privados, se da la igualdad de las partes, en los administrativos la desigualdad entre Estado y contratante. En los privados, las cláusulas son las que corresponden de manera natural al tipo de contrato, en los administrativos se dan las cláusulas exorbitantes. En los privados la jurisdicción para dirimir controversias recae en los tribunales ordinarios, en los administrativos interviene la jurisdicción especial, ya sea tribunales administrativos, si los hay, o en propia sede administrativa, según los trámites establecidos por la ley o lo estipulado en el contrato mismo. En resumen, para que se den los caracteres distintivos de un contrato administrativo deben concurrir los siguientes elementos: 1. El interés social y el servicio público; 2. La desigualdad de las partes, donde una necesariamente debe ser el Estado; 3. La existencia de cláusulas exorbitantes; y, 4. La jurisdicción especial.[70]

Con el mismo propósito, aunque en un plano diferente, y atento al desarrollo que han alcanzado las diversas formas de colaboración Estado-particulares, la CNUDMI se dio a la tarea, a mediados de 2003, de redactar una serie de adiciones a la Guía Legislativa sobre los Proyectos de Infraestructuras con Financiamiento Privado, que confesadamente persigue el propósito de configurar posibles disposiciones legislativas-tipo, más que una ley-tipo, a fin de facilitar la tarea de los legisladores nacionales, que de ese modo pueden escoger las disposiciones que les parezcan más apropiadas dentro de sus respectivos ámbitos nacionales.[71] Adviértase, sin embargo, que este proyecto de adición forma parte de un anexo a la citada Guía Legislativa, previamente elaborada también por la propia CNUDMI.

El mismo propósito de sentar las bases de una adecuada colaboración jurídico-económica pública y privada inspira la adopción, por ambos sectores de la actividad francesa, de una Ordenanza reguladora del contrato-tipo de asociación entre las diversas expresiones del sector público y de la iniciativa privada, en la cual se define este contrato de asociación como el que permite a "... una persona pública o privada encargada de un servicio público, asociarse con un tercero, ya sea para el financiamiento, la preparación, realización o transformación y explotación o mantenimiento de instalaciones públicas, o bien para el financiamiento, diseño y puesta en marcha de una actividad de

---

[70] Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Sexto Circuito, amparo en revisión 196/2001, Vía Construcciones, S.A. de C.V., resuelto por unanimidad de votos, el 9 de agosto de 2001.

[71] Un amplio e interesante estudio de este proyecto de adición, en **Bruno de Cazalet** et **John Crothers**, "Présentation des dispositions législatives type sur les projects d'infrastructures a financement privé. Additif du guide legislative de la CNUDMI", en *Revue de Droit des Affaires Internationales*, Forum Européen de la Communication, No. 1, Paris, 2004, págs. 33 y siguientes.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

prestación de servicios". La Ordenanza precisa, sin embargo, que se trata de un "contrato administrativo global".[72]

El punto ha suscitado también un marcado interés por parte de la Comisión de las Comunidades Europeas, la que expidió, el 4 de julio de 2001, una comunicación interpretativa sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar los aspectos medioambientales en la contratación pública.

1.19 Discusión sobre el carácter jurídico de los llamados actos colectivos y de los contratos de adhesión

Existe una amplia gama de actos jurídicos que, aunque son producto de acuerdos de voluntades para crear obligaciones y derechos, en opinión de reputados autores no configuran contratos ni declaraciones unilaterales de voluntad.

Me referiré, primero, a los ya anunciados *actos colectivos* (**Messineo**, **Mantilla Molina** y **Cervantes Ahumada**).

Ya desde mediados del siglo pasado se expresaron serias dudas en cuanto a la naturaleza contractual del acto constitutivo de una sociedad civil o mercantil; a los primigenios argumentos se han añadido otros en el curso de los años, de tal manera que, en la actualidad, de modo sucinto pueden expresarse así:

a) Las voluntades en el contrato se ubican unas frente a otras y cada una de las partes persigue un propósito diverso; así, el comprador desea adquirir la cosa y el vendedor se propone recibir el precio; el arrendatario quiere obtener el uso del bien, mientras que el arrendador espera recibir una renta, etc., todo lo cual no ocurre en el *contrato* de sociedad, en el que no se da el encuentro de voluntades, cada una con fines propios, pues todos los socios encaminan su propósito a un punto que les es común, constituido por el objeto social.
b) Las obligaciones y los derechos de cualquiera de las partes en un contrato tienen como correlato los derechos y las obligaciones de las demás partes; en consecuencia, la morosidad de cualquiera de ellas puede acarrear el incumplimiento por parte de las demás, o bien dar lugar al surgimiento de una acción que estas últimas pueden ejercitar en contra de la remisa para obligarla al cumplimiento, supuestos que tampoco se presentan en el negocio social, por cuanto el incumplimiento de uno de los socios en modo alguno da derecho a los demás para dejar de cumplir con sus obligaciones sociales, y tampoco hace surgir acción alguna a favor de los socios cumplidos y en contra del negligente.
c) La ecuación *acuerdo de voluntades = contrato* no se da en el negocio social, pues el acuerdo de voluntades conduce, en él, al surgimiento de una persona moral que, paradójicamente, aunque creada por los socios, será la única facultada para exi-

[72] Para un estudio de este aspecto, *véase* **Boris Martor** et **Sébastien Thouvenot**, "Le contrat de paternariat ou la renaissance du partenariat public privé a la française", en *Revue de Droit des Affaires Internationales*, Forum Européen de la Communication, No. 2, Paris, 2004, págs. 111 y siguientes.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

girles el cumplimiento de sus obligaciones, no obstante que ella no celebra, al surgir, operación alguna con los socios que la forman.

Tras de censurar el concepto contractual de las sociedades, con el calificativo de plurilateral, **Francesco Messineo**[73] expresa lo siguiente:

> Hemos señalado en otro lugar que es técnicamente discutible el concepto de contrato plurilateral y que debe sustituirse al mismo, especialmente en la aplicación a la sociedad, la figura del acto colectivo. Aquí, *hemos de añadir*, que las reglas sobre el contrato llamado plurilateral no cuadrarían siempre con la de la sociedad, porque, según las primeras, sería necesario siempre *la unanimidad* de los participantes en el contrato, mientras que los principios que regulan el acto colectivo no exigen tal unanimidad... Por tanto, desde el punto de vista *estructural*, se presta mejor, a definir la sociedad, la noción de acto colectivo…

Por su parte, **Francesco Ferrara**[74] participa de la misma opinión:

> El acta constitutiva contiene la declaración unánime de voluntad de los asociados de… formar un todo colectivo, al cual cada uno se declara pertenecer como miembro subordinado. El acta constitutiva es, por tanto, un negocio jurídico… Dudoso es si se trata de un contrato… Porque es evidente que el acta de constitución no crea la persona jurídica, sino únicamente la asociación,… En cambio, debemos aceptar la doctrina que ve en el acta de constitución un acto colectivo, esto es, un acuerdo de varias declaraciones paralelas, encaminadas al mismo fin y no ya entrecruzadas entre sí en un punto de coincidencia como sucede en el esquema contractual.

Cabe hacer referencia, en segundo lugar, a otros acuerdos de voluntades, cuya naturaleza contractual también se ha venido controvirtiendo, en este caso por otras razones; se trata de una creciente especie de operaciones que, por una parte, el consumidor de los bienes o servicios se ve obligado a celebrar, ante la absoluta necesidad o alto grado de conveniencia de ellos y, por otra parte, encuentra que práctica o legalmente está imposibilitado de discutir los términos, las condiciones y la contraprestación. Tales son los casos de los transportes mercantiles de personas o de cosas, los seguros, las operaciones bancarias, en todos los cuales se habla de notoria conveniencia para el consumidor; otros supuestos implican la adquisición de bienes o servicios que son absolutamente indispensables: alimentos de primera necesidad, energía eléctrica, combustibles, ropa, medicinas, algunos artículos sanitarios, etcétera.

Ha de convenirse, efectivamente, en que algunos de tales bienes o servicios son en verdad imprescindibles, a tal punto que el consumidor no se encuentra en libertad de decidir si los adquiere o no, con la circunstancia, además, de que en una gran parte de ellos es el Estado el que determina el precio y, en otros, queda fijado unilateralmente por el proveedor, sin posibilidad alguna de discusión por el adquirente. No es éste el lugar para comentar las razones de tal estado de cosas que, como se sabe, son de orden socioeconómico y no jurídico.

---

[73] *Manual de derecho civil y comercial*, t. V, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1971, pág. 296.

[74] *Teoría de las personas jurídicas*, Editorial Reus, Madrid, 1929, págs. 723 y 724.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

En forma clara y no carente de brillo, **Georges Ripert**[75] razona de la siguiente manera:

> Nuestro siglo rechaza la teoría filosófica de la autonomía de la voluntad, que ya sólo aparece como la manifestación de un individualismo caduco. Se pregunta si la voluntad puede crear derechos y una nueva concepción del contrato inspira soluciones desconocidas por el Código civil. Pero, en verdad, el espíritu se interroga sobre el fundamento de la fuerza obligatoria del contrato, cuando la libertad contractual se halla en decadencia… Cuando se busca en qué idea puede apoyarse la defensa de la fuerza de la voluntad, es ya demasiado tarde; y aun cuando se encontraran razones para resucitarla, el contrato sale de estas discusiones tan rebajado, que nada podrá devolverle su fuerza obligatoria de antaño. No obstante, sin admitir la autonomía de la voluntad como doctrina filosófica, aún es cierto que el contrato obtiene su fuerza de la sumisión voluntaria del deudor, y que debe respetarse la fe jurada. Fundada en la obligación moral, la obligación civil es inatacable. El deudor debe pagar porque ha prometido, y la autoridad pública presta su concurso al acreedor, para el cumplimiento de la promesa hecha… Asistimos a una decadencia de la soberanía del contrato, que se acentúa rápidamente en la actualidad.

Más tarde se sumó a tal concepción, en nuestro país, incluso con adopción literal de dicha terminología, **Néstor de Buen Lozano**,[76] quien afirma que no es posible seguir considerando tales actos jurídicos como contratos, por estimar que no media en su celebración ninguna autonomía de la voluntad, a lo menos de uno de los otorgantes, el que, además, tampoco disfruta de libertad de elección. En el caso de los contratos predispuestos por el proveedor y sancionados por alguna autoridad, como los de seguros, de suministro de energía eléctrica y otros (y los previstos como de adhesión por los arts. 85-90 de la *Ley Federal de Protección al Consumidor*, agregaría yo), **Gutiérrez y González**[77] prefiere echar mano de una expresión, *guiones administrativos*, que no tiene connotación jurídica.

Cabe, entonces, repetir la pregunta sobre si estas dos amplias gamas de negocios jurídicos son verdaderos contratos o no.

Juicioso es, en el intento de dar respuesta a tal interrogante, partir, una vez más, de la ya conocida definición legal del contrato; y conviene precisar más: de la definición contenida en el *C.Civ.*, que conceptualmente es más amplia que la consignada en otros códigos, particularmente extranjeros.

Nótese que la fórmula empleada por el legislador mexicano ("... acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones") es por demás escueta, pues, conforme a su texto, basta el acuerdo de dos o más personas para producir o transferir obligaciones y derechos, como elemento suficiente a los efectos de configurar un contrato; dentro de tal sencillez caben, entonces, toda clase de consentimientos encaminados a la creación o transmisión de obligaciones y derechos, sin que sea necesario:

a) Que las personas tengan libertad *económica* (aunque sí deben tener la jurídica) de contratar o no.

---

[75] *El régimen democrático y el derecho civil moderno*, Editorial José M. Cajica Jr., Puebla, s/f, págs. 219 y 220.
[76] *La decadencia del contrato*, 2a. ed., Editorial Porrúa, México, 1986, pág. 289.
[77] *Los contratos de adhesión no son contratos, son guiones administrativos*, tesis profesional, México, 1951, págs. 112 y 113; *Derecho…*, *cit.*, pág. 410.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

b) Que las personas convengan libremente las condiciones de la contratación.
c) Que las obligaciones y los derechos sean *recíprocos.*

En efecto:

a) Bien sabido es que el supremo principio del liberalismo individualista económico, *laisser faire, laisser passer,* fue, desde su enarbolamiento, sólo eso, una teoría de gabinete, por la imposibilidad de su aplicación práctica: ¿cómo es posible suponer que el legislador, al definir el contrato, partió de un infantil supuesto de libertad *económica* de contratación, frente a una diaria e insoslayable necesidad de tantos y tantos satisfactores, que coloca al consumidor fuera de toda posibilidad de prescindir de ellos?
b) Si la necesidad de disponer de ciertos bienes no deja al individuo más alternativa que la de contratar, muy pocas son las posibilidades que le quedan de discutir las condiciones de la contratación; mas, como se ha hecho notar, ni el precepto legal de que se trata, ni ningún otro, exige como supuesto de validez de un contrato la libre discusión entre las partes de todas sus cláusulas; luego su total redacción por una de ellas, en modo alguno impide su encuadramiento como contrato.

No obsta a lo anterior el carácter *simplemente permisivo* con el que el art. 1839 del *C.Civ., faculta* a los contratantes para incluir las cláusulas que deseen; por el contrario, inmediatamente después se viene a poner en claro el propósito de la ley, que forma parte, en unión de muchos otros, del amplio y creciente muestrario de casos en los que bien poca o ninguna es la libertad para convenir las condiciones de la contratación, cual es el de que, a pesar de la supuestamente libre inserción u omisión de cláusulas, se tendrán por puestas, aunque no se incluyan, las relativas a requisitos esenciales. Otras leyes, como la de *Protección al Consumidor* y la de *Inversión Extranjera*, ocupan un prominente lugar en el indicado muestrario.
c) No plantea el texto legal mexicano —mientras que sí lo consigna el italiano— la necesidad de que la relación jurídica se establezca precisamente entre las partes (art. 1321 del *C.Civ.* italiano: "El contrato es el acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir *entre ellas* una relación jurídica patrimonial."); en cuanto a esta última parte, obsérvese que nuestro *C.Civ.* tampoco exige que la relación sea de carácter patrimonial; luego, las obligaciones y derechos pueden tener contenido económico, extrapatrimonial o ambos.

Las conclusiones de todo lo anterior, a mi entender, son las siguientes:

1. A pesar de los reparos por parte de algunos tratadistas, son contratos, conforme al *C.Civ.*, todos los acuerdos de voluntades para crear o transmitir obligaciones y derechos, no obstante que una de las partes, o todas, se vean forzadas a manifestar su consentimiento ante la imposibilidad práctica de inclinarse por otra opción, y a pesar también de que las prestaciones y demás circunstancias de la contratación sean determinadas por uno de los contratantes o, incluso, por la autoridad, en razón de la latitud del concepto legal que, por no ser un lecho de Procusto, da cabida a los referidos acuerdos de voluntades. Más adelante (*infra* núm. 6.10), se examinarán estas cláusulas abusivas.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

Gutiérrez y González[78] escribe que estos acuerdos de voluntades, en cuanto *guiones administrativos*, son actos administrativos plurilaterales, no obstante reconocer que sí hay libertad para celebrarlos, si bien "... puede negarse válidamente que sea... igual a la libertad que tienen las partes en los contratos civiles"; por su parte, **De Buen Lozano**,[79] después de un amplio y documentado recorrido doctrinal, en el que con acopio de argumentos combate ardorosamente la naturaleza contractual de estos acuerdos, admite que no acierta a enmarcarlos en otra forma jurídica, pues "... falta encontrar esas formas jurídicas nuevas... dejamos esa tarea para otros juristas...".

De modo, a mi juicio, acertado, **Ramón Sánchez Medal**[80] ha defendido la corriente contractualista al apuntar, entre otros sólidos argumentos, que debe distinguirse entre *libertad de contratar* y *libertad contractual*, y que basta, a los efectos de nuestro concepto legal, la existencia de la primera, por graves que sean las restricciones a la segunda; restricciones, agrego yo, impuestas por las leyes o por la autoridad precisamente para evitar que, valida de este sí decadente principio de la autonomía de la voluntad, una de las partes en el contrato, la económicamente fuerte, pueda, con tranquilidad y sin cortapisas, imponer sus abusivas condiciones a la otra.

También por la naturaleza contractual de estas convenciones, se inclinan: en México, **Luis Ruiz Rueda**[81] y **Leopoldo Aguilar Carbajal**;[82] en España, **Alfonso de Cossío**,[83] quien además informa que el mismo criterio sustenta la jurisprudencia española; en Colombia, **Guillermo Ospina Fernández** y **Eduardo Ospina Acosta**,[84] así como **Carlos Ignacio Jaramillo J.**;[85] en Francia, **Larroumet**;[86] en Italia, **Messineo**;[87] en Argentina, **Juan Carlos Rezzónico**.[88]

En la propia Argentina, **Alterini**[89] se adhiere, sin reservas, a la naturaleza contractual de estas convenciones, si bien apunta que precisan de soluciones especiales, un tanto apartadas de las propias del sistema clásico:

> Sin perjuicio de las disposiciones puntuales de las leyes especiales —en particular la de Defensa del Consumidor— el *Código Civil* debe regular a los contratos predispuestos, porque la incumbencia de aquellas leyes abarca exclusivamente, según los casos, a ciertos contratos.

Arce Gargollo (*Contratos… cit.*, pág. 83) apunta una serie de ventajas y de inconvenientes que, a su juicio, ofrecen estos contratos de adhesión, si bien opina que son más las primeras que los segundos, a tal punto "… que el balance resulta positivo y las necesidades de la moderna contratación van imponiendo su práctica habitual. Sin em-

---

[78] *Los contratos...., cit.*, pág. 116.
[79] *Op. cit.*, pág. 290.
[80] *De los contratos civiles,* 17a. ed., Editorial Porrúa, México, 1999, págs. 11-13.
[81] *El contrato de seguro*, Editorial Porrúa, México, 1978, págs. 76 y 77.
[82] *Contratos civiles*, 3a. ed., Editorial Porrúa, México, 1982, pág. 45.
[83] *Instituciones de derecho civil*, 1, Alianza Universidad, Madrid, 1977, págs. 254 y 255.
[84] *Teoría general de los actos o negocios jurídicos*, Editorial Temis, Bogotá, 1980, págs. 70 y 71.
[85] *Estructura de la forma en el contrato de seguro*, Editorial Temis, Bogotá, 1986, págs. 142 y siguientes.
[86] *Op. cit.*, págs. 214 y 215.
[87] *Trattato..., cit.,* pág. 475.
[88] *Contratos con cláusulas predispuestas*, Astrea, Buenos Aires, 1987, pág. 312.
[89] *Op. cit.,* págs. 130-131.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

bargo, es importante que la existencia de estas condiciones esté reconocida por el ordenamiento jurídico y que se impongan limitaciones para considerar ciertas cláusulas como abusivas."

Semejante propuesta merece mi aprobación, pues, en efecto, nuestra legislación, con las escasas salvedades que consigna la *LFPC*, mantiene un ominoso silencio en lo que hace a la protección de la parte jurídicamente débil en los contratos.

Pero además, la última palabra, a juicio del autor de este libro, la proclama el art. 85 de la *LFPC*, en la siguiente forma:

> *Para los efectos de esta ley, se entiende por contrato de adhesión el documento elaborado unilateralmente por el proveedor, para establecer en formatos uniformes los términos y condiciones aplicables a la adquisición de un producto o la prestación de un servicio, aun cuando dicho documento no contenga todas las cláusulas ordinarias de un contrato. Todo contrato de adhesión celebrado en territorio nacional, para su validez, deberá estar escrito en idioma español y sus caracteres tendrán que ser legibles a simple vista y en un tamaño y tipo de letra uniforme. Además, no podrá implicar prestaciones desproporcionadas a cargo de los consumidores, obligaciones inequitativas o abusivas, o cualquier otra cláusula o texto que viole las disposiciones de esta ley.*

2. Son también contratos los llamados *actos colectivos*, expresión con la que, como se vio antes, **Messineo** y sus seguidores anticontractualistas califican el acto constitutivo de una sociedad civil o mercantil, pues al celebrar tal acto, los socios *crean obligaciones y derechos*, sin que importe que no sean recíprocos, sino frente a la sociedad, que surge *ipso facto*, pues, por una parte, nuestro *C.Civ.*, a diferencia del italiano, no exige tal reciprocidad; por otra parte, en razón de que, descorrido el velo de la personalidad, la sociedad es el conjunto de sus socios; luego, la circunstancia de que al otorgarse el contrato social se creen obligaciones y derechos frente a una entidad que surge en ese momento, no constituye ningún absurdo legal (como no lo es la creación, en un contrato de seguro, de derechos a favor de un beneficiario, que quizá sólo después de varios años se entere de la existencia de tales derechos); finalmente, por cuanto no hay, en el contrato social, dislocadura alguna de la ecuación *acuerdo de voluntades = contrato*, en vista de la tantas veces examinada creación de obligaciones y derechos como consecuencia *directa* del negocio social.

De menor envergadura son otros argumentos. A diferencia del precepto italiano, nuestra definición no impone el contenido exclusivamente patrimonial de la relación jurídica, luego comprende también todos los derechos y las obligaciones *corporativos* inherentes al *status* de socio, y la fórmula legal no impide que el acuerdo de voluntades produzca otros efectos, además del puramente contractual; por el contrario, es la ley misma la que, en este caso, dota con un efecto adicional a dicho acuerdo: la personalidad jurídica de la sociedad.

Alterini[90] rechaza la naturaleza contractual de estos actos colectivos, pues afirma que aquí las voluntades no se cruzan, como sí en cualquier contrato verdadero. Además, varias personas actúan sobre la base de una posición idéntica en cuanto a los

[90] *Op. cit.,* pág. 24.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

intereses en juego, luego las voluntades se unen para formar un solo conjunto. Por todo ello, afirma que el llamado contrato de sociedad es en realidad un acto colectivo, pues en él todos los participantes persiguen un interés común, cual es el de percibir una utilidad apreciable en dinero.

Se mantienen afiliados a la corriente contractualista: en México, **Rodríguez Rodríguez**,[91] **Barrera Graf**,[92] **Sánchez Medal**[93] y **Walter Frisch Philipp**;[94] en España, **Joaquín Garrigues**;[95] en Italia, **Antonio Brunetti**.[96]

1.20 La declaración unilateral de voluntad como fuente de obligaciones mercantiles. Las promociones y ofertas mercantiles

Como fuente de obligaciones, la declaración unilateral de voluntad presenta peculiares características dentro del derecho mercantil, las cuales serán objeto de examen al tratar de los actos jurídicos o de los contratos que la involucran.

No cabe duda sobre que una de las principales manifestaciones mercantiles de esta fuente de obligaciones es la relativa a la emisión de títulos de crédito.

La teoría contractualista, que ha tratado de reclamar para sí la fuente de la obligación cambiaria del suscriptor, con la pretensión de que el contrato se celebra frente a un tomador, el que al inicio es determinado y posteriormente desconocido, ha caído en desgracia; lo propio puede decirse de la corriente híbrida, con arreglo, a la cual la obligación cambiaria es de naturaleza contractual en su origen y después, al circular el título, encuentra como fuente la declaración unilateral de voluntad del suscriptor, pues no es explicable que una obligación que surge de un contrato se convierta, por voluntad de una de las partes —el acreedor— al transmitir el documento, en una simple declaración unilateral, si se tiene en cuenta que dicho acreedor original, cuando transmite el documento por endoso, transfiere todos los derechos en él incorporados, sin modificación alguna; luego, las obligaciones del suscriptor siguen siendo las mismas y sólo se ha operado una sustitución de acreedor.[97]

Una de las manifestaciones más generalizadas de la declaración unilateral de voluntad es la consistente en las promociones y ofertas. Por *promoción* entiende el art. 46 de la *Ley Federal de Protección al Consumidor*, el ofrecimiento al público de bienes o servicios con el incentivo de proporcionar adicionalmente otro bien o servicio de cualquier naturaleza, en forma gratuita, a precio reducido o al mismo precio, de parti-

---

[91] *Op. cit.*, t. I, pág. 95.
[92] "Concepto y requisitos de la sociedad en derecho mexicano", en *Estudios jurídicos en homenaje a Joaquín Garrigues*, Editorial Tecnos, Madrid, 1971, págs. 57-60.
[93] *Op. cit.*, págs. 316-318.
[94] *Sociedad anónima mexicana*, 5a. ed., Oxford University Press, México, 1999, págs. 176 y 177.
[95] *Curso de derecho mercantil*, 9a. ed., reimpresión, t. I, Editorial Porrúa, México, 1993, págs. 328 y 329.
[96] *Tratado de derecho de las sociedades*, vol. I, UTEHA, Buenos Aires, 1960, págs. 132 y 133.
[97] Un amplio tratamiento de las teorías sobre la fuente de la obligación cambiaria puede encontrarse en **Héctor Cámara**, *Letra de cambio y vale o pagaré*, t. 1, Ediar, Buenos Aires, 1970, págs. 226-231; para el derecho mexicano, *véase* **Roberto L. Mantilla Molina**, *Títulos de crédito*, 2a. ed., Editorial Porrúa, México, 1983, págs. 30-36.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

cipar en sorteos, concursos o eventos similares, así como el ofrecimiento de un contenido mayor en la presentación usual de un producto, en forma gratuita o a precio reducido, o de dos o más productos iguales o diversos por un solo precio, así como la inclusión en los propios productos, en las tapas, etiquetas o envases, de figuras o leyendas impresas distintas de las que obligatoriamente deban usarse.

En cuanto a la *oferta*, *barata*, *descuento*, *remate* o expresión similar, el mismo precepto legal la conceptúa como: "... ofrecimiento al público de productos o servicios de la misma calidad a precios rebajados o inferiores a los normales del establecimiento".

En estos casos, al anunciarse las promociones u ofertas deberá hacerse saber también las condiciones, el plazo de su vigencia o bien el número de piezas que se ofrecen; de no anunciarse ninguna de estas dos últimas circunstancias, deberán mantenerse indefinidamente mientras no se anuncie en forma adecuada, y por los mismos medios en que se hizo la publicidad original, su revocación (art. 48-I); en tanto no transcurra el plazo o no se agote el volumen de mercancías ofrecido, todo consumidor tiene derecho a adquirir los productos o servicios ofrecidos (art. 48-II); el incumplimiento por parte del oferente da derecho al consumidor a optar entre la exigencia del cumplimiento forzoso, la aceptación de otro bien o servicio equivalente o la rescisión del contrato, en todo caso, con el pago de daños y perjuicios, que no serán inferiores al importe de la diferencia entre el valor del bien o servicio ofrecido y su precio normal (art. 50).

En el *DOF* 26 sep. 1990 se publicó el *Reglamento* sobre estas promociones y ofertas, que conserva vigencia a pesar de que la nueva *LFPC* se publicó en el *DOF* 24 dic. 1992, atento lo dispuesto por el artículo segundo transitorio de la misma.

1.21 Validez de documentos civiles a la orden o al portador

Es criticable la ubicación legal de los títulos civiles a la orden o al portador dentro de las manifestaciones de la declaración unilateral de voluntad (arts. 1872-1881, *C.Civ.*), pues ello podría configurar la errónea creencia de que, en efecto, se trata de una más de las declaraciones unilaterales, con todas sus consecuencias; que no es así resulta, entre otras características *sui generis*, de lo dispuesto por el art. 1879 del *C.Civ.*, conforme al cual la obligación es válida aunque el suscriptor demuestre que el título entró en circulación contra su voluntad, por donde se aprecia, con toda claridad, que la fuente de la obligación no es tal voluntad, sino exclusivamente la ley.

En el mismo sentido se pronuncia **Cervantes Ahumada**;[98] en cambio, se ubican dentro de la corriente unilateralista, **Mantilla Molina**[99] y **Bejarano Sánchez**.[100] Ahora bien, la apuntada circunstancia de que en el *C.Civ.*, así como en los de otros Estados de la República, se contengan disposiciones en materia de documentos civiles "a la orden o al portador", ha dado lugar a la creencia de que se trata de los titulos-valor regulados

[98] *Títulos y operaciones de crédito*, 14a. ed., Editorial Herrero, México, 1988, págs. 33-35.
[99] *Títulos...*, *cit.*, págs. 31-32 y 35-36.
[100] *Op. cit.*, pág. 188.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

por la *Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito*, que por haberse publicado y entrado en vigor durante la *vacatio legis* del *C.Civ.*, derogó las mencionadas disposiciones de este último, *antes de que configuraran ley positiva.*

Tal opinan **Gutiérrez y González**,[101] así como el anónimo cuanto oficioso comentarista de cierta edición del *C.Civ.* (*C.Civ.*, Porrúa), al afirmar que los preceptos relativos "... se consideran derogados por la *Ley de Títulos y Operaciones de Crédito*...".

No comparto tal criterio. Creo, con **Rojina Villegas**,[102] **Bejarano Sánchez**[103] y **Joaquín Rodríguez Rodríguez**,[104] en la validez de documentos civiles a la orden o al portador que, según se ha dicho, no son titulos-valor, tienen su propio campo económico de acción y se desenvuelven dentro de su reservada esfera jurídica civil.

Por lo demás, fácil es verificar la intención del legislador del propio *C.Civ.*, en el sentido de que deben coexistir, tales documentos civiles y los titulos-valor, cuando pone de manifiesto, en la exposición de motivos, que para facilitar la circulación de dichos documentos se inspiró en la de los mercantiles: "Con objeto de facilitar las relaciones jurídicas, entre particulares, asegurar el fiel cumplimiento de sus compromisos y estimular la circulación de la riqueza por medios más rápidos y sencillos, *se adoptaron las formas comerciales del endoso y la transmisión de los títulos a la orden y al portador.*" (Exposición de Motivos del *C.Civ.*).

1.22 Diferencias entre declaración unilateral de voluntad y promesa de contratar

La declaración unilateral de voluntad presenta ciertas semejanzas con la promesa unilateral de contratar, prevista por el art. 2244 del *C.Civ.*; conviene, por tanto, puntualizar algunas diferencias:

a) La promesa de contratar configura por sí sola un contrato, pues para ser válida requiere la comparecencia de uno o más promitentes y de uno o más promisarios, esto es, supone un acuerdo de voluntades desde el primer momento, al paso que la declaración unilateral de voluntad es válida sin necesidad del concurso de alguien más.
b) La promesa de contratar se asume frente a una persona o personas determinadas (art. 2246, *C.Civ.*), mientras que la declaración unilateral de voluntad puede formularse a personas indeterminadas.
c) La promesa de contratar debe constar por escrito (art. 2246, *C.Civ.*), en tanto que la declaración unilateral de voluntad es válida aunque sólo se formule verbalmente.
d) La promesa de contratar debe limitarse a cierto tiempo (*idem C.Civ.*); en cambio, como antes se dijo, la declaración unilateral de voluntad puede tener, en determinados supuestos, duración indefinida (art. 2245, *C.Civ.*).

---

[101] *Derecho...*, *cit.*, pág. 434.
[102] *Teoría general de las obligaciones o derechos de crédito*, t. II, Editorial Porrúa, México, 1943, págs. 198-233.
[103] *Op. cit.*, págs. 191 y 192.
[104] *Op. cit.*, pág. 266.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

e) Finalmente, la promesa sólo engendra obligaciones de hacer (*idem C.Civ.*), no así la declaración unilateral de voluntad, que puede dar lugar, como en los casos ya citados de las promociones u ofertas, sólo a obligaciones de dar.

1.23 La responsabilidad objetiva como fuente de obligaciones mercantiles

De orden diverso, y no pocas, son las dificultades que al estudioso y al juzgador plantea la afirmación relativa a la existencia de una responsabilidad objetiva como fuente de obligaciones mercantiles pues, en efecto, parecería que la teoría del riesgo ha creado un coto reservado al derecho civil. Con la necesaria brevedad, expondré mi opinión.

En ejercicio de su actividad mercantil, una empresa, por ejemplo, de transporte de cosas, causa daños con un vehículo, por error de su conductor o por fallas mecánicas, al vehículo de otra empresa del mismo género; ambas actúan en cumplimiento de sus respectivos contratos mercantiles de transporte, luego la misma naturaleza debe tener la responsabilidad objetiva de la primera y el crédito surgido a favor de la damnificada; si tal carácter tendría el juicio que, en su caso, promovería el dueño de la carga que transportaba el vehículo (art. 1049, *C.Com.*), ¿por qué habría de convertirse en civil por el mero hecho de que el sujeto pasivo del daño, la empresa propietaria del vehículo afectado, no esté ligada a la primera por contrato alguno? Evidentemente, el nexo contractual o extracontractual no puede modificar el carácter de la responsabilidad que, por obra de una suerte de *mimetismo* jurídico, debe ser igual frente a cualquier dañado.

Y por ello, mercantiles habrían de ser los juicios que se promovieran en contra de la empresa responsable (arts. 1049 y 1050, *C.Com.*).

1.24 Los actos ilícitos como fuente de obligaciones mercantiles

Quizá mayores aún sean los escollos con los que tropiece la afirmación sobre el carácter de ciertos actos ilícitos como fuente de obligaciones mercantiles. Mas a poco que se piense en que la conducta ilícita puede manifestarse en ocasión del ejercicio de una actividad comercial o en infracción de un precepto de naturaleza mercantil, no ofrecerá graves dificultades, creo yo, la conclusión en el sentido de que aquí también la responsabilidad del sujeto estará coloreada de mercantilidad. Empero, como queda apuntado, hay que convenir en que la práctica es pródiga en casos cuyo encuadramiento no es fácil: corresponde al juez la decisión acerca de su naturaleza civil o comercial (art. 75, último párr., *C.Com.*).

Así, parece que no hay duda respecto del carácter mercantil de la responsabilidad en los casos de las infracciones y los delitos previstos por los arts. 213 y 223 de la *Ley de la Propiedad Industrial*, que suponen, en la mayoría de los casos, el indebido uso de una marca o la violación del derecho de patente.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

Finalmente, cuando las obligaciones mercantiles surjan de responsabilidad objetiva o de actos ilícitos, la prescripción operará por el transcurso de diez años, según disposición del art. 1047 del *C.Com.*, y no de dos, según está previsto en el art. 1934 del *C.Civ.*, salvo, naturalmente, disposiciones específicas en otras leyes mercantiles.

1.25 El enriquecimiento ilegítimo

Aquí, en cambio, parece que no puede caber duda respecto de que ha de ser mercantil la obligación de quien, con motivo de un acto de comercio, real o supuesto, debe indemnizar a otro, en razón de un enriquecimiento sin causa del primero a costa del segundo.

Entre las consecuencias, algunas ya son conocidas: naturaleza mercantil del eventual juicio; plazo prescriptorio de diez años y no de uno o de cinco, según diversos supuestos que contempla el art. 1893 del *C.Civ.* Pero ha de considerarse también la relativa a los intereses *legales* (art. 1884, *C.Civ.*) que el aceptante, de mala fe, de un pago indebido debe abonar al que lo efectuó, que supuestamente serán a razón del 6 (art. 362, *C.Com.*) y no del 9% anual (art. 2395, *C.Civ.*). Sobre la validez de estos intereses *legales*, *véase* más adelante el núm. 3.14.

1.26 La gestión de negocios ajenos

Tampoco debiera suscitar dudas la afirmación de que los derechos y las obligaciones surgidos de una gestión oficiosa son de naturaleza mercantil, si de tal naturaleza es el asunto gestionado.

Obviamente, si la gestión se realiza en asunto procesal, no surgirán obligaciones mercantiles, pues la comparecencia en juicio o procedimiento ante autoridad de cualquier índole no es, por sí sola, acto de comercio, aunque mercantil sea el negocio que se ventile.

Cabe recordar, siempre dentro del terreno procesal, que en el derecho mexicano el gestor puede comparecer en interés del actor o del demandado, tanto si se trata de juicios civiles (art. 50, *CPC*), como de juicios mercantiles (art. 1058, *C.Com.*).[105]

1.27 Obligaciones en especie y en moneda extranjera

Como ocurre con los objetos o efectos sobre los que recaen numerosos contratos, las *obligaciones* mercantiles pueden recaer sobre toda clase de objetos y efectos, algunos de ellos incluso intangibles, como en el caso de *obligaciones de hacer*, a las que más adelante se hará específica referencia.

---

[105] Un amplio y conceptuoso estudio de esta figura se encuentra en **Giorgio de Semo**, *La gestión de negocios ajenos en la teoría y en la práctica, Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1961.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

Por lo que se refiere a los contratos en moneda extranjera, también mencionados en la práctica bancaria como divisas, a continuación se examinarán las disposiciones legales respectivas, si bien por ahora sólo se mencionará la circunstancia de que las monedas extranjeras no son de curso legal en el país y las obligaciones en ellas contraídas legalmente pueden cumplirse en moneda nacional, cuenta habida, por supuesto, de su equivalente, a cuyo efecto será de obligatoria observancia lo dispuesto en los arts. 20 del *Código Fiscal de la Federación*; 8o, primero, segundo y tercer párrafos; 10, primer párrafo, del *Reglamento Interior del Banco de México*, y Único, del Acuerdo de adscripción de las unidades administrativas del Banco de México, en los términos de los cuales las monedas extranjeras deberán calcularse, en primer lugar, con arreglo a su equivalencia en dólares de los Estados Unidos de América y, acto seguido, a la paridad del dólar estadounidense con el peso mexicano.

No resulta ocioso recordar que la equivalencia del dólar con las demás monedas extranjeras se publica mensualmente en el *DOF* y, en cambio, la equivalencia de tal divisa con el peso mexicano se publica diariamente en el mismo órgano oficial.

1.28 Clasificación de los contratos mercantiles

Son a tal grado numerosas las clasificaciones de los contratos mercantiles, que no resulta exagerada la afirmación en el sentido de que cada autor ha expuesto su propia clasificación ajustada, según el caso, al contenido, a la formalidad, al carácter de los otorgantes, a la naturaleza de los derechos y obligaciones respectivos, etcétera.

Por supuesto, no pretendo extenderme demasiado sobre el particular, luego me limitaré a exponer dos posturas:

El tratadista colombiano **Jaime Alberto Arrubla Paucar**[106] apunta la existencia de contratos unilaterales y plurilaterales con los cuales, según afirma, se da cabida a la estructura de los negocios jurídicos complejos o de colaboración; el contrato, a su modo de ver, supone que los intereses de las partes son distintos y opuestos, mientras que en los actos complejos se concilian los intereses, porque las partes persiguen iguales intereses y juntos colaboran en su realización.

El mismo autor afirma que otras doctrinas simplemente adoptan una más amplia noción del contrato, para agrupar en ellas, tanto el negocio jurídico de colaboración, como el de contraprestación.

Por su parte, el tratadista mexicano **Omar Olvera de Luna**[107] apunta varias clasificaciones:

- Una general, en cuyos términos los contratos mercantiles son nominados o típicos, regulados expresamente en el *C.Com.*, como los de correduría, comisión, depósito, préstamo, compraventa y permuta, y los atípicos o innominados, que, aunque tengan un nombre específico, carecen de regulación, como el suministro, el intercambio publicitario, etcétera.

---

[106] *Contratos mercantiles. Teoría general del negocio mercantil*, t. I, 12a. ed., Biblioteca Jurídica Diké, Medellín, Colombia, 2007, págs. 122 y 123.

[107] *Contratos mercantiles*, Editorial Porrúa, México, 1982, págs. 6 y 7.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

- Con arreglo a otro criterio, el mismo autor adopta la clasificación de contratos bilaterales o unilaterales, según que hagan nacer obligaciones recíprocas o sólo para una de las partes.
- Otros contratos, a su juicio pueden ser onerosos o gratuitos; en los primeros se estipulan provechos y gravámenes recíprocos, al paso que en los gratuitos el provecho es sólo para una de las partes, en la inteligencia de que los onerosos se subdividen, a su vez, en conmutativos y aleatorios. En los primeros, las prestaciones de ambas partes son ciertas desde el primer momento, mientras que en los aleatorios las ganancias o las pérdidas de una o de ambas partes dependen de un acontecimiento futuro e incierto.
- Por último, **Olvera de Luna** enlista los contratos de colaboración asociativa, como el de sociedad; de colaboración simple, como la comisión simple; en el que se transmiten bienes o servicios, como en el de transporte; de garantía, como la prenda; de cobertura de riesgos, como el de seguro; de otorgamiento de crédito, como el préstamo.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

CAPÍTULO 2

La moderna contratación mercantil

2.1 Carácter innovador de la contratación mercantil

A estas alturas, en los inicios del siglo XXI, no constituye novedad alguna la afirmación en el sentido de que el carácter evolutivo del derecho mercantil se muestra, principal aunque no únicamente, en el continuo surgimiento de nuevas formas contractuales, así como en la permanente reestructuración de contratos ya conocidos, que adoptan variantes, modalidades, supresiones y adiciones.

Tampoco resulta extraña la afirmación en el sentido de que tal panorama ha surgido dentro de las llamadas economías del primer mundo, cosa por demás lógica, puesto que en los países económica e industrialmente más poderosos surgen nuevas ideas en lo que se refiere al más productivo manejo de los recursos monetarios, mediante mecanismos que a los países hoy llamados de *economías emergentes* no queda más remedio que adoptar e imitar, so pena de verse marginados económica, industrial y tecnológicamente.

Mas, como es igualmente sabido por la experiencia, a los legisladores de estos últimos países incumbe, quiéranlo o no, el deber de conformar las necesarias estructuras legislativas de las nuevas expresiones contractuales, cuando ello sea necesario.

A continuación se dará cuenta de algunas cláusulas un tanto novedosas en el medio contractual mercantil mexicano, si bien algunas de ellas no han ameritado novedosos

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

esquemas legales, pero sí la intervención, en algunos casos, de las autoridades bancarias, en materia de protección al consumidor o incluso de competencia económica.

2.2 Cláusula de *mejores esfuerzos (best efforts)*

Esta cláusula, surgida y de uso corriente en los Estados Unidos de América, prontamente se extendió a otros países y ya no es desconocida en el medio mexicano.[1] Se la emplea, con frecuencia, en los contratos de distribución y en los de servicios, por cuanto en ambos casos se está frente a contratos de medios y no de resultados: así el distribuidor como el constructor se obligan a desplegar su máximo empeño, no menos que sus conocimientos y experiencia, en obtener el mejor de los resultados a favor de su contraparte, pero no exactamente determinados en cuanto a su importe y calidad, que en tales supuestos son difícilmente predeterminables.

Y tal vez la mejor prueba de ello está en lo dispuesto por el art. 2615 del *C.Civ.*: "El que preste servicios profesionales sólo es responsable, hacia las personas a quienes sirve, por negligencia, impericia o dolo, sin perjuicio de las penas que merezca en caso de delito".

Claro es que en la práctica ofrecerá dificultades, en caso de conflicto, la demostración en el sentido de que la parte obligada no desplegó sus mejores esfuerzos, pues para ello será necesario acudir a pruebas periciales, de tal manera que no es aventurado afirmar que en tales supuestos la decisión queda en manos de los peritos más que en las del juez, al que no puede atribuírsele calidad de superperito.

Así pues, por hipótesis la decisión final tendrá el carácter de técnica más que de jurídica, sin perjuicio de que su punto de arranque será la cláusula que aquí se examina, que dará lugar al dictamen pericial en el sentido de que la parte obligada desplegó o no sus mejores esfuerzos.

2.3 Cláusula de *diligencia debida (due diligence)*

También surgida en la práctica contractual estadounidense, esta cláusula guarda, en verdad, notables semejanzas con la de mejores esfuerzos, por lo que es necesario precisar que la diferencia entre ambas es de matiz y se relaciona con determinados contratos por virtud de los cuales una de las partes se obliga a prestar ciertos servicios a la otra. La prestación del servicio o, si es el caso, la elaboración de un producto, por sus características especiales de novedad, originalidad, efectos en el usuario o consumidor y otras características semejantes, pueden exigir especiales cuidados, razonablemente necesarios para suministrar el servicio o el producto en condiciones adecuadas de seguridad y certeza.

---

[1] **Christine Chappuis**, "Les clauses de best efforts, reasonable care, due diligence et les règles de l'art dans les contrats internationaux", en *RDAI*, 2002, núm. 3/4, págs. 281 y siguientes. En dicho estudio se incluyen algunas de las consideraciones que más adelante se harán en este capítulo.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

A guisa de ejemplo, esta cláusula es aconsejable en contratos por virtud de los cuales un fabricante de alimentos o de medicamentos para el consumo humano, acude a un tercero para que le provea de ciertos insumos animales, vegetales o minerales, necesarios como ingredientes del que a su vez el primero de ellos ofrecerá al público o a distribuidores.

En tales supuestos, por demás frecuentes en la práctica, la cláusula es recomendable y aun necesaria, tanto en los contratos finales, celebrados con los distribuidores o directamente con los consumidores, como en los contratos subyacentes, celebrados con los proveedores de insumos.

2.4 Cláusula de *cuidado razonable (reasonable care)*

Apenas si hace falta reiterar aquí el semejante sustrato de esta cláusula con las anteriores, respecto de las cuales sólo hace falta tener muy presente que aquí se acude al empleo del adjetivo *razonable*, con el que, indudablemente resultan atenuadas las consecuencias de dichas cláusulas previas, habida cuenta de que gramaticalmente, según el *Diccionario de la lengua española*, de la Real Academia Española, razonable es lo "Arreglado, justo, conforme a razón… mediano, regular, bastante en calidad o en cantidad".

Finalmente, casi resulta ociosa la afirmación sobre las razones de la influencia que en el mundo de la contratación mercantil surten las prácticas comerciales de los Estados Unidos de América, por las razones tantas veces repetidas. Pero en el caso de nuestro país opera otra razón no menos importante: la de nuestra vecindad con una frontera de tres mil trescientos veintiséis kilómetros.

2.5 Los Principios de UNIDROIT 2010

A propósito de las cláusulas antes examinadas, es por demás ilustrativo transcribir aquí la forma en la que los tantas veces mencionados Principios de UNIDROIT sobre los Contratos Mercantiles Internacionales, 2010, se pronuncian en cuanto al significado de dichas cláusulas:

> ***Artículo 5.1.4.- (1)*** *En la medida en que la obligación de una de las partes implique un deber de alcanzar un resultado específico, esa parte está obligada a alcanzar dicho resultado.*
>
> ***(2)*** *En la medida en que la obligación de una de las partes implique un deber de emplear los mejores esfuerzos en la ejecución de la prestación, esa parte está obligada a emplear la diligencia que pondría en circunstancias similares una persona razonable de la misma condición.*
>
> ***Artículo 5.1.5.- (1)*** *Para determinar en qué medida la obligación de una parte implica una obligación de emplear los mejores esfuerzos o de lograr un resultado específico, se tendrán en cuenta, entre otros factores:*

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

a) Los términos en los que se describe la prestación en el contrato;
b) El precio y otros términos del contrato;
c) El grado de riesgo que suele estar involucrado en alcanzar el resultado esperado;
d) La capacidad de la otra parte para influir en el cumplimiento de la obligación.

Resulta evidente que las reglas así previstas por tal ordenamiento se inspiran, en gran parte, en la distinción entre contratos de medios y contratos de resultados. Es claro, también, que estos últimos plantean, en alto grado, la realización de mejores esfuerzos, debida diligencia y cuidado razonable por parte del obligado.

En cambio, como es bien sabido, en los contratos de medios el prestador sólo está obligado a no actuar con negligencia, impericia o dolo, en términos del varias veces comentado art. 2615 del *C.Civ.*

Como tantas veces se ha dicho, los indicados *Principios* reproducen conceptos que figuran ya en numerosos sistemas jurídicos, si no es que en todos.

Pues bien, a la vista de su creciente influjo en los contratos internacionales celebrados en México, a continuación se expresarán, como ya se hizo en anterior pasaje de este libro, algunos más de los principales aspectos de dichos *Principios*:

Artículo 7.1.1 *(Definición del incumplimiento). El incumplimiento consiste en la falta de ejecución por una parte de alguna de sus obligaciones contractuales, incluyendo el cumplimiento defectuoso o el cumplimiento tardío.*
Artículo 7.1.2 *(Interferencia de la otra parte). Una parte no podrá ampararse en el incumplimiento de la otra parte en la medida en que tal incumplimiento haya sido causado por acción u omisión de la primera o por cualquier otro acontecimiento por el que ésta haya asumido el riesgo.*
Artículo 7.1.3 *(Suspensión del cumplimiento).* ***(1)*** *Cuando las partes han de cumplir simultáneamente, cada parte puede suspender el cumplimiento de su prestación hasta que la otra ofrezca su prestación.*

(2) *Cuando las partes han de cumplir de modo sucesivo, la parte que ha de cumplir después puede suspender su cumplimiento hasta que la parte que ha de hacerlo primero haya cumplido.*
Artículo 10.5 *(Suspensión por procedimiento judicial).* ***(1)*** *El decurso del período de prescripción se suspende:*

a) Cuando al iniciar un procedimiento judicial, o en el procedimiento judicial ya iniciado, el acreedor realiza cualquier acto que es reconocido por el derecho del foro como ejercicio del derecho del acreedor contra el deudor;
b) En caso de insolvencia del deudor, cuando el acreedor ejerce sus derechos en los procedimientos de insolvencia; o
c) En el caso de procedimientos para disolver la entidad deudora, cuando el acreedor ejerce sus derechos en los procedimientos de disolución.

(2) *La suspensión dura hasta que se haya dictado una sentencia definitiva o hasta que el procedimiento concluya de otro modo.*
Artículo 10.6 *(Suspensión por procedimiento arbitral).* ***(1)*** *El decurso del período de prescripción se suspende cuando al iniciar un procedimiento arbitral, o en el procedimiento arbitral ya iniciado, el acreedor realiza cualquier acto que es reconocido por el derecho del tribunal arbitral como ejercicio del derecho del acreedor contra el deudor. A falta de disposiciones en el reglamento de arbitraje o de otras reglas que determinen la fecha exacta del comienzo del procedimiento arbitral, dicho procedimiento se con-*

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

sidera comenzado el día en que el deudor recibe una solicitud para que se adjudique el derecho en disputa.

***(2)** La suspensión dura hasta que se haya dictado una decisión vinculante o hasta que el procedimiento concluya de otro modo.*

***Artículo 10.7** (Medios alternativos para la resolución de controversias). Las disposiciones de los artículos 10.5 y 10.6 se aplican, con las modificaciones apropiadas, a otros procedimientos con los que las partes solicitan de un tercero que les asista en el intento de lograr una resolución amistosa de sus controversias.*

2.6 Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales

En el *DOF* del 1 de junio de 1998 se publicó el Decreto Promulgatorio de la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales, adoptada en la Ciudad de México el 17 de marzo de 1994, en el curso de la Quinta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP-V), la que, a pesar de tan rimbombante denominación y de que había sido aprobada por la Cámara de Senadores el 29 de abril de 1996, al escribirse estas notas sólo está en vigor en México y en Venezuela, pues ninguno de los demás países que la suscribieron ha procedido a su ratificación.

Por tal razón, el autor de este libro considera innecesario hacer referencia a su contenido.

2.7 Cláusula de *reglas del arte*

Esta cláusula, en cambio, casi desconocida todavía en nuestro medio, es recomendable en los contratos de obra o de factura de equipos o de obras artísticas, pues en todos ellos el obligado se compromete a poner en práctica la experiencia ajena en la elaboración, fabricación o manufactura del bien que se le encomienda.

Así pues, con la expresión *reglas del arte* debe entenderse que el obligado deberá hacer uso de su experiencia, así como de la ajena y de los conocimientos necesarios, para prestar el servicio o elaborar el bien de conformidad con la mejor de las prácticas generalizadas en la especialidad de que se trate.

Sobre la forma en la que se operan las cláusulas antes mencionadas en países extranjeros, principalmente, por supuesto, los Estados Unidos de América, Inglaterra, Francia y Alemania, es aconsejable la consulta del ya citado trabajo escrito por **Christine Chappuis**.

Por lo demás, no es difícil dejar establecido que, cuando esta cláusula se inserte en un contrato, el que afirme su incumplimiento por inobservancia de estas reglas del arte, deberá mostrar la existencia de las mismas, de modo especial mediante la prueba pericial.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

2.8 Aprobación administrativa de algunos contratos mercantiles importantes en la vida económica del país

Como antes se apuntó, la antes proclamada, frecuentemente a voz en cuello, libertad de contratación mercantil, inspirada en el principio napoleónico, por lo que hace a la economía de los Estados, de *dejar hacer* y *dejar pasar* (*laissez faire*, *laissez paser*), ha sido sustituida, en casi todo el mundo, por la del intervencionismo estatal en la actividad de los comerciantes, particularmente de las grandes empresas a las que, por necesidad o por conveniencia, acuden las también grandes masas de consumidores, fatalmente víctimas del abuso hegemónico de los proveedores en perjuicio de los consumidores, para lo cual se viene echando mano de legislaciones tutelares de las grandes masas consumidoras.

Para ello, cada vez en mayor número son los actos y contratos que requieren de la previa autorización administrativa, a lo menos por lo que se refiere a sus aspectos más importantes. Como es bien sabido, en ello ocupa un por demás importante papel la corriente protectora de los intereses del consumidor, máxime que en el mundo todos los seres humanos, sin excepción, somos consumidores.

Claro es que algunos supuestos requieren de una mayor actuación estatal, cuales son los casos de las llamadas actividades financieras, como lo son las bancarias, las de seguros, las de almacenaje masivo, las de transporte colectivo y algunas otras, en las cuales interviene el Estado, incluso para fijar los precios y, en general, las erogaciones por parte de las llamadas clases débiles en la contratación, pues con todo ello, según se afirma, el Estado reasume un papel que nunca debió delegar, como es el de protector de los intereses y derechos de las grandes masas, particularmente las sometidas a la percepción de sueldos, salarios, pensiones y demás, por lo general de modesta cuantía.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

CAPÍTULO 3

Modalidades de las obligaciones

3.1 Reenvío al derecho común

Omiso el *C.Com.* en punto a modalidades de las obligaciones, ha de entenderse (art. 2o.) que son las consignadas en el *C.Civ.* (arts. 1938-2010), a saber: la condición, el plazo, la conjuntividad, la alternatividad, la mancomunidad, la carga, la solidaridad y la indivisibilidad.

Reitero que me he limitado a reproducir la nomenclatura legal, pues tengo por infecundas las especulaciones doctrinales en torno al dudoso carácter de modalidades por parte de algunas de ellas, así como a la existencia de otras, como la carga[1] y la facultad.

Empero, respecto de algunas de tales modalidades conviene hacer ciertas puntualizaciones, derivadas de las escasas disposiciones que sobre el tema consigna el *C.Com.* Es menester aclarar que sólo acotaré tales disposiciones; por tanto, debe entenderse que, en todo lo demás, son aplicables a los contratos mercantiles las disposiciones del *C.Civ.* en la materia que nos ocupa.

[1] **Ernesto Gutiérrez y González**, *Derecho de las obligaciones*, 7a. ed., Editorial Porrúa, México, 1990, pág. 10.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

3.2 Plazo

Cuando las obligaciones sean de dar y no se hubiese estipulado fecha ni plazo de cumplimiento, no será aplicable lo dispuesto por el art. 2080 del *C.Civ.*, con arreglo al cual el acreedor sólo podrá exigirlo después de transcurridos treinta días de la interpelación judicial que haga al deudor, notarialmente o ante dos testigos, pues de conformidad con lo previsto por los arts. 83 y 85-II del *C.Com.*, las obligaciones serán exigibles diez días después de contraídas o al día siguiente, según sea ordinaria o ejecutiva la acción judicial a favor del acreedor; en cuanto a la mora, comenzará a contarse desde el día en que el propio acreedor formule reclamación al deudor en cualquiera de las formas ha poco indicadas, previstas por el *C.Civ.*

Arce Gargollo[2] opina que el citado art. 83 del *C.Com*. deroga al también citado 2080 del *C.Civ*., y que el criterio de distinción proclamado por el precepto del *C.Com*. es arbitrario, pues "obliga a calificar la obligación procesalmente, es decir, determinar qué clase de 'acción' genera o cuál será la vía procesal propia para exigir su cumplimiento"; que en cambio, el *C.Civ*. acude a un criterio sustantivo más congruente, por cuanto establece una distinción basada en la naturaleza de la obligación, según que sea de dar o de hacer, sin contar con las dificultades que ofrecería un contrato u otro acto jurídico del que derivaran diversas obligaciones, unas exigibles en la vía ordinaria y otras en la vía ejecutiva.

Me parece un tanto excesiva la apreciación de **Arce Gargollo**. En primer lugar, no es exacto que el art. 83 del *C.Com*. derogue al 2080 del *C.Civ*. pues aunque ambos ordenamientos son federales, no resultaría lógico que, en cuanto aplicables a obligaciones diversas, unas mercantiles y las otras civiles, con el primero se pretendieran derogar disposiciones del segundo. Además, no parece que sea un despropósito el de fijar plazos con arreglo a criterio procesales, máxime si se atiende a que el *C.Com*. consigna disposiciones sustantivas y también procesales, luego resulta lógico que el criterio de distinción sea diferente en ambos ordenamientos, y, por último, tampoco ofrecería dificultades serias la circunstancia de que, consignadas diversas obligaciones en un contrato mercantil, algunas fueran exigibles en cierto plazo y otras en uno diferente, puesto que tampoco constituiría un desatino el que unas se exigieran en la vía ordinaria y otras en la vía ejecutiva, puesto que, como apunta el propio **Arce Gargollo**, todas ella serían diversas, lo que permite opinar que se estaría en presencia de un contrato múltiple.

En lo que se refiere a la posible estipulación de intereses o réditos en el contrato de préstamo mercantil, nada dispone el *C.Com.*, que sólo se refiere a los comúnmente llamados deudores morosos de tal préstamo, en la siguiente forma:

> ***Artículo 362.*** *Los deudores que demoren el pago de sus deudas, deberán satisfacer, desde el día siguiente al del vencimiento, el interés pactado para este caso, o en su defecto el seis por ciento anual.*
>
> *Si el préstamo consistiere en especies, para computar el rédito se graduará su valor por los precios que las mercaderías prestadas tengan en la plaza en que deba hacerse la devolución, el día siguiente al del vencimiento, o por el que determinen peritos si la mercadería estuviere extinguida al tiempo de hacerse su valuación.*

---

[2] *Contratos mercantiles atípicos*, 10a. ed., Editorial Porrúa, México, 2004, pág. 19.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

Y si consistiere el préstamo en títulos o valores, el rédito por mora será el que los mismos títulos o valores devenguen, o en su defecto el 6 por 100 anual, determinándose el precio de los valores por el que tengan en la Bolsa, si fueren cotizables, o en caso contrario por el que tuvieren en la plaza el día siguiente al del vencimiento.

3.3 Mancomunidad y solidaridad

El diverso, y aun contrapuesto, tratamiento que a la pluralidad de deudores dispensan el *C.Civ.* y, en materia de titulos-valor, la *LGTOC*, en la práctica conduce a situaciones aparentemente antagónicas y, sin embargo, compatibles; un ejemplo servirá para aclarar y demostrar lo anterior: en un contrato mercantil se configura una pluralidad de deudores en simple mancomunidad, esto es, con división de la deuda en tantas partes cuantos sean los deudores (art. 1985, *C.Civ.*), pero se conviene en documentarla con pagarés, suscritos por todos ellos. En su manifestación cambiaria, la responsabilidad asume carácter solidario, por disposición de los arts. 159 y 174 de la *LGTOC,* luego la forma en que deberán cumplir la misma obligación dependerá de la vía judicial que intente el acreedor a quien, obviamente, convendrá promover la acción cambiaria, como medio para conformar la responsabilidad solidaria de sus deudores, que en cambio contractualmente se mantienen mancomunados. Fuera de tal supuesto, que en verdad configura materia de excepción —como tantas otras que singularizan el derecho cambiario—, son aplicables a las deudas colectivas mercantiles las disposiciones del *C.Civ.* (arts. 1984-2010) en punto a obligaciones mancomunadas, salvo que se trate de operaciones de crédito reguladas por la *LGTOC*, en cuyo caso operará la solidaridad (art. 4o., *LGTOC*).

En cambio, según opinión vertida en la nota al pie de la página 1 de este libro, no comparto la indiscriminada opinión de **Vásquez del Mercado** en el sentido de que en el derecho mercantil se presume la solidaridad en las obligaciones, opinión que también rechaza **Arce Gargollo**,[3] "pues no hay fundamento legal alguno que sustente dicha opinión".

3.4 La carga

Se trata aquí también de una obligación en sentido genérico, que puede consistir en un hacer o no hacer, y que resulta siempre de una voluntaria estipulación contractual, con una consecuencia novedosa: no es imperativamente exigible; mas como su incumplimiento debe surtir efectos jurídicos plenos, da lugar a la caducidad de todos o parte de los derechos de la parte remisa o, como se dice en algunos textos legales, la liberación total o parcial de las obligaciones de la otra parte. Tal vez por ello, una parte de la doctrina afirma que se trata de una condición resolutoria. Concepción tal es por demás discutible, si no se olvida que, con arreglo al texto legal respectivo —art. 1940 del *C.Civ.*—, cumplida la condición resolutoria queda resuelta la obligación respectiva y las cosas vuelven al estado que tenían, como si la obligación no hubiera existido. Aunque de modo general puede sostenerse que tal es la consecuencia del incumplimiento de

[3] *Contratos..., cit.*, pág. 24.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

la carga, no debe soslayarse la posibilidad de que el perjudicado tenga derecho, a su vez, de reclamar el pago de los daños, y tal vez de los perjuicios, que le haya causado la conducta remisa de su contraparte. Por lo demás, tampoco debe pasarse por alto que, según definición generalmente aceptada, incluso por nuestro *C.Civ.* (art. 1938), la condición es un acontecimiento futuro e incierto, con la circunstancia de que, especialmente con referencia a la resolutoria, la realización de tal acontecimiento no debe quedar en manos de alguna de las partes, y así, con toda claridad, lo proclama el art. 1944 por lo que se refiere al deudor, cuando dispone que si el cumplimiento de la condición depende de la exclusiva voluntad del deudor, la obligación deviene nula, sino que debe provenir de un acto de tercero o de un hecho natural. Así, a guisa de ejemplo, es válido sostener que el contrato de seguro, en cuanto aleatorio, supone que la obligación de reparar, reponer o indemnizar a cargo de la aseguradora, está sujeta a una condición suspensiva, cual es la realización del siniestro o acontecimiento dañino, que no debe provenir de un acto de voluntad del asegurado.

La doctrina mexicana ha sido punto menos que omisa en el tratamiento de la carga en cuanto modalidad de las obligaciones, principalmente las contractuales, a pesar de la importancia que reviste en el moderno mundo de los negocios; contratos hay por demás pródigos en cargas, como el de franquicia, el de licencia de patente o de marca, el de seguro y algunos otros, que por cierto se examinarán en este libro.

Así, nada dicen sobre esta modalidad obligacional **Ernesto Gutiérrez y González**[4] y tampoco **Joaquín Martínez Alfaro**.[5] En cambio **Manuel Borja Soriano**[6] la examina, si bien con exclusiva referencia a la doctrina extranjera, a la que sigue incluso en sus deficiencias. Así, transcribe la opinión de **Giorgi**, a la cual parece adherirse el propio **Borja Soriano**, pues no la objeta, en el sentido de que el modo o carga no se concibe más que en las donaciones y quizás en algunos contratos que aparentemente son conmutativos, pero en realidad encierran una liberalidad.

Opinión tal es, por supuesto, inexacta por minimalista, en razón de que, como antes se expresó, en cualquier contrato pueden insertarse cargas, según antes se expresó.

También con brevedad, aunque con mayor aportación propia, **Rafael Rojina Villegas**,[7] si bien niega a la carga el carácter de modalidad en sentido estricto, la define como cierta prestación o gravamen que una de las partes impone a la otra, si bien este autor también parece mostrar el parecer en el sentido de que la carga sólo se presenta en los contratos contentivos de liberalidades.

Mas también la doctrina extranjera se muestra un tanto incierta en punto al concepto de esta modalidad obligacional.

Así, **Guillermo A. Borda**,[8] quien tajantemente afirma que en los contratos onerosos no se da el supuesto de que una de las partes quiera beneficiar a la otra:

> … sino por el contrario, cuidar de su propio interés y sacar del acto la mayor ventaja posible. Las obligaciones impuestas en tal caso a la otra parte, no son un cargo, sino simple-

[4] *Derecho…, cit.*
[5] *Teoría de las obligaciones*, 4a. ed., Editorial Porrúa, México, 1997.
[6] *Teoría general de las obligaciones*, 8a. ed., Editorial Porrúa, México, 1982, págs. 407 y 408.
[7] *Compendio de derecho civil*, t. III: *Teoría general de las obligaciones*, 17a. ed., Editorial Porrúa, México, 1991, pág. 510.
[8] *Manual de obligaciones*, 9a. ed., Editorial Perrot, Buenos Aires, 1992, pág. 280.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

mente la contraprestación. La doctrina extranjera es unánime en el sentido de que el cargo sólo puede concebirse en los actos que importan una liberalidad.

De lo antes expuesto resulta que la opinión del tratadista argentino es totalmente alejada de la realidad, y por demás aventurada cuando afirma que la doctrina extranjera comparte su opinión en el sentido de que la carga sólo existe en los actos de liberalidad.

De su lado, el clásico **Joaquín Escriche**[9] expresaba lo que sigue:

… la condición que es natural en un contrato, o que se estipula por las partes, como cuando se vende una tierra con la carga de tal servidumbre, renta, canon, censo o pensión.

Aquí, como fácilmente se aprecia, para **Escriche** la carga es admisible en cualquier contrato, y no sólo en los que impliquen alguna liberalidad.

3.5 El deber

Una vez más, se está aquí en presencia de una obligación *lato sensu* a cargo de uno de los contratantes, pero en este caso no se asume voluntariamente, sino es impuesta por la ley, como complementaria de las obligaciones *stricto sensu*. Tal vez ello explique la expresión empleada por algunos autores en el sentido de que se trata de un deber *jurídico*.

Aquí también menudean modalidades legales de esta naturaleza, algunas de ellas incluso aplicables a todo tipo de contratos, como la de cumplir no solamente lo pactado de modo expreso, sino también las consecuencias propias de la naturaleza del contrato, en todo caso conforme a la buena fe, al uso o a la ley (art. 1796, *C.Civ*.). Ahora bien, como en el caso de la carga, el cumplimiento del deber no puede ser legalmente exigido por la parte afectada, y, como igualmente ocurre con el incumplimiento de la carga, su inobservancia acarrea la caducidad del derecho de la parte remisa, vale decir, la liberación de las obligaciones asumidas por la contraparte, incluso sin necesidad de intervención judicial.

Pero además, como antes se dijo, otras leyes consignan un amplio elenco de deberes, y así en los ya referidos contratos de franquicia, de transferencia de tecnología, de seguro y en otros más, respecto de los cuales las respectivas leyes, en estos casos la *Ley de la Propiedad Industrial* y su Reglamento y la *Ley sobre el Contrato de Seguro*, que constriñen a una de las partes a la observancia de ciertas conductas, incluso previas a la celebración de los contratos respectivos, en materia de información a base de la cual se celebrará en su momento el contrato. Más adelante, al examinar estos contratos, se hará referencia a los deberes antes mencionados.

3.6 La condición

Bien sabido es que la condición es un acontecimiento futuro, de realización incierta y que, al presentarse, hace surgir o tal vez extinguir, una obligación. En el primer caso

[9] *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, I, Editorial Porrúa, México, 1979, pág. 427.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

se trata de la condición suspensiva y, en el segundo, de la resolutoria (arts. 1938 a 1940, *C.Civ.*).

Ahora bien, según se expresó con anterioridad, no se trata aquí de bordar con amplitud sobre la teoría jurídica de las obligaciones condicionales, pero, en cambio, sí resulta ilustrativo el hacer algunas acotaciones sobre su presencia en la esfera de la contratación mercantil.

Y en verdad es por demás frecuente la inserción de obligaciones condicionales en el mundo del comercio. Nada menos que uno de los más importantes contratos de tal naturaleza, el seguro, en casi todas sus manifestaciones supone la existencia de una condición suspensiva: la obligación de pagar, reponer o reparar a cargo de las aseguradoras es siempre suspensiva, y de ahí el carácter aleatorio de este contrato. Pero también es posible que se asuma una obligación sujeta a condición resolutoria, cual es el caso de un seguro de pensiones vitalicias, en el que la obligación de pago cesará cuando fallezca el beneficiario.

En otro importante aspecto de la vida del comercio es también normal, e incluso legal en numerosos casos, la inserción de la cláusula sobre condición suspensiva. En prácticamente todas las sociedades mercantiles el pago de dividendos a los socios está condicionado a la obtención de utilidades por parte de la sociedad.

3.7 La conjuntividad y la alternatividad

Al tenor del art. 1962 del *C.Civ.*:

> Si el deudor se ha obligado a uno de dos hechos, o a una de dos cosas, o a un hecho o a una cosa, cumple prestando cualquiera de esos hechos o cosas…

Se trata de las obligaciones alternativas, en las que la elección corresponde al deudor, a menos que se pacte en forma diferente (art. 1963).

Si, en cambio, la elección compete al acreedor, se está en presencia de las obligaciones facultativas, y si una de las dos cosas se pierde por culpa del deudor, puede el primero elegir la cosa que ha quedado o el valor de la perdida con pago de los daños y perjuicios (art. 1969).

Un claro ejemplo de obligación alternativa está configurado, una vez más, por la que asumen las instituciones aseguradoras de daños, en razón de lo dispuesto por el art. 116 de la *Ley sobre el Contrato de Seguro* que faculta a dichas entidades aseguradoras para que, una vez ocurrido el siniestro, actúen de la siguiente manera:

> La empresa podrá adquirir los efectos salvados, siempre que abone al asegurado su valor real según estimación pericial. Podrá también reponer o reparar a satisfacción del asegurado la cosa asegurada, liberándose así de la indemnización.

Se da, en cambio, un supuesto de obligación alternativa, en que la elección compete al acreedor, en el caso, un tanto frecuente en la práctica societaria, de que la asamblea de una sociedad anónima decrete el pago de dividendos, a elección de los socios, en efectivo o en títulos accionarios, caso este último que dará lugar, obviamente, a un incremento en los derechos corporativos y patrimoniales del accionista.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

Rafael Rojina Villegas[10] mencionaba la existencia de ciertas obligaciones contractuales complejas:

> … en virtud de que el deudor por virtud del contrato mismo, reporta diversas obligaciones de dar, hacer o no hacer que debe ejecutar conjuntamente para cumplir en todas sus partes con la operación que ha celebrado. Por ejemplo, el contrato de compraventa impone al vendedor diversas obligaciones: transmitir el dominio de la cosa, entregar ésta, garantizar una posesión pacífica (respondiendo de los actos jurídicos de tercero anteriores al contrato que perturben dicha posesión) y útil (respondiendo de los vicios o defectos ocultos de la cosa); asimismo,… del saneamiento para el caso de evicción.

Como puede apreciarse, algunas de estas obligaciones, como la de transmitir el dominio de la cosa, son meros efectos del contrato, al paso que otras configuran deberes jurídicos, arriba examinados, como el de responder del saneamiento para el caso de evicción.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

[10] *Compendio…*, *cit.*, págs. 533 y 534.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

CAPÍTULO 4

Formalidades, cumplimiento e incumplimiento

4.1 Perfeccionamiento de los contratos mercantiles entre presentes: la supuesta consensualidad mercantil

Sólo como fruto de un inconcebible desconocimiento de la vida comercial podría pretenderse la vigencia práctica del art. 78 del *C.Com.*: a nadie escapa que la arrolladora formalidad documental casi no admite excepciones en la práctica. Entre estas últimas quizá sólo podrían citarse las compraventas que, en la vida diaria, se efectúan con los pequeños comerciantes abarroteros.

Por ello, es válido afirmar que la última parte del precepto "... sin que la validez del acto comercial dependa de la observancia de formalidades o requisitos determinados", ha devenido letra muerta.[1]

[1] Con su habitual claridad de estilo, censura implacablemente este precepto, **Felipe de J. Tena** (*Derecho mercantil mexicano*, 3a. ed., t. I, Editorial Porrúa, México, 1944, págs. 289-300): "... el art. 78 consigna una mentira, y quien creyere descubrir en él la atrevida y plausible reforma que literalmente expresa, pronto sufrirá el más completo desengaño, al enterarse del siguiente art. 79: ... ¿Qué alcance, qué significado práctico puede tener tal artículo en presencia del que inmediatamente le sigue? Absolutamente ninguno, como no sea el de patentizar bien a las claras la reprensible ligereza y descuido, que no la ignorancia, con que los redactores del código desempeñaron su grave cometido".

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

En efecto, resulta por demás difícil captar el verdadero sentido de la tendencia consensualista, que, como enseña la práctica, muy poco satisface el aparente propósito de sus propugnadores, de facilitar las transacciones, en este caso mercantiles, y de tutelar los intereses de la parte débil en el contrato.

Así, ya **Ihering**[2] se expresaba así:

> De todos los rasgos característicos del derecho antiguo, ninguno llama más vivamente la atención, por superficial que ésta sea, como el formalismo que le es propio… ningún otro principio material como el de la forma pudo alcanzar una realización tan amplia ni tan absoluta; ningún elemento del derecho antiguo ha sido conservado tan largo tiempo: *las formas han sobrevivido a la libertad romana… Enemiga jurada de la arbitrariedad, la forma es* hermana gemela de la libertad. Es, en efecto, el freno que detiene los intentos de aquellos que arrastran la libertad hacia la licencia; la que dirige la libertad, la que la contiene y la protege. Las formas fijas son la escuela de la disciplina y del orden y, por consiguiente, de la libertad; son un valuarte contra los ataques exteriores: podrán romperse, pero no plegarse. El pueblo que profesa verdadero culto a la libertad comprende instintivamente el valor de la forma, y siente que ella no es un yugo exterior, sino el *vigía de su libertad*.

Con posterioridad, **Marcel Planiol**[3] remarcó también los peligros del consensualismo:

> En realidad, actualmente el acto consensual ha alcanzado su apogeo. Las complicadas relaciones derivadas de una civilización avanzada, multiplican las probabilidades de los fraudes y de los errores a que están expuestas las partes en los contratos desprovistos de formalidades. De aquí precauciones cada vez más numerosas: creación de oficiales especiales destinados a redactar, comprobar o registrar los contratos, notarios, escribanos, oficiales del estado civil, registradores, etc. El exceso de cultura produce así, efectos análogos a los de la simplicidad e ignorancia de los pueblos antiguos, y la *solemnidad de los actos jurídicos* reaparece en todas partes con nuevas formas, bajo los nombres de *autenticidad, registro, transcripción*, etc. No se trata empero de simbolismo, sino de desconfianza.

Especial importancia debe atribuirse a lo escrito por **Jean Etienne Marie Portalis**[4] por razón de que, como es bien sabido, tuvo una muy importante participación en la redacción del *Código Civil* francés de 1804:

> La escritura es, en todas las naciones civilizadas, la prueba natural de los contratos. Sin embargo, acomodándonos a todas las leyes precedentes, autorizamos la prueba por testigos en caso de que exista un principio de prueba escrita. Este principio de prueba por escrito, ni siquiera es necesario en los negocios mercantiles, que se llevan a cabo en la Bolsa, en la plaza pública o en una conversación imprevista.

No parece temeraria la afirmación en el sentido de que si **Portalis** resucitara, consciente de la problemática que ofrece en la actualidad la contratación mercantil y, más aún, de las dificultades que presenta la demostración de tantos y tantos pactos, compromisos, cláusulas especiales y demás, muy otro sería su modo de pensar.

---

[2] **Rudolf von Ihering**, *El espíritu del derecho romano*, vol. 3, Oxford University Press, México, 2001, págs. 582 y 583.
[3] *Tratado elemental de derecho civil*, vol. III, Editorial José M. Cajica, Jr., Puebla, 1946, pág. 159.
[4] *Discurso preliminar al Código Civil francés*, Editorial Civitas, Madrid, 1997, pág. 90.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

Es en verdad impresionante el moderno *documentalismo* mercantil, que campea sin obstáculo alguno en todas las manifestaciones de la actividad comercial y abarca desde los simples y pequeños boletos, billetes, fichas o contraseñas como requisito *sine qua non* para abordar el *metro* o viajar en un autobús urbano, hasta la prolija complejidad de un contrato de transferencia de tecnología; en todo caso, la carencia del documento coloca prácticamente al acreedor en la imposibilidad de reclamar su derecho.[5]

Pero a todo ello hay que agregar el inexorable aumento de exigencias registrales como requisito, en ocasiones, para la oponibilidad a terceros del acto o contrato mercantil, y en otras aun para la reclamabilidad de su cumplimiento entre las partes.

Ejemplos del primer caso encontramos ya en el propio *C.Com.*:

> ***Artículo 27.*** *La falta de registro de los actos cuya inscripción sea obligatoria, hará que éstos sólo produzcan efectos jurídicos entre los que los celebren, y no podrán producir perjuicio a tercero, el cual sí podrá aprovecharse de ellos en lo que fueron favorables.*

Ulteriormente, en la *Ley de la Propiedad Industrial (LPI):*

> ***Artículo 62.*** *Los derechos que confiere una patente... podrán gravarse y transmitirse total o parcialmente en los términos y con las formalidades que establece la legislación común. Para que la transmisión de derechos o gravamen puedan producir efectos en perjuicio de terceros, deberá inscribirse en el Instituto.*
> ***Artículo 63.*** *El titular de la patente... podrá conceder... licencia para su explotación. La licencia deberá ser inscrita en el Instituto...*

Lo propio disponen los arts. 136 y 143 respecto de las marcas registradas o en trámite de registro. Tal vez todo ello justifique la postura del tratadista argentino **Rubén S. Stiglitz**,[6] quien propugna la adopción legal del formalismo en los contratos.

Sin llegar a tal extremo, **Arce Gargollo**[7] admite que en la actualidad se observa "un cierto renacimiento del formalismo", y como demostración menciona una larga

---

[5] Las consecuencias jurídicas de tal documentalismo han sido puestas de relieve por **Christian Larroumet** (*op. cit.*, págs. 108 y 109): "Es verdad que el formalismo se ha desarrollado considerablemente desde el *Código Civil* de 1804, no sólo porque el legislador ha multiplicado los contratos solemnes, sino también porque en beneficio de algunos terceros ha ampliado la existencia de un contrato... y su desarrollo se explica en gran parte, por la necesidad de proteger el consentimiento de una de las partes del contrato, consentimiento que debe darse con pleno conocimiento de causa por aquel a quien pretende proteger la ley; ya que el formalismo contractual sirve con frecuencia para la ejecución de una obligación precontractual de información", así como por **Juan Carlos Rezzónico** (*op. cit.*, pág. VII): "El reemplazo —casi por regla— del contrato con contenido negociado, por cláusulas uniformes y normalmente inmodificables como las condiciones negociales generales.... no puede explicarse a la luz de los esquemas tradicionales y requiere una consideración autónoma. Una vez aceptado ello, habrá que contar con que se trata de una materia compleja y polifacética que requiere del jurista el replanteo de casi todos los temas del derecho de contratos...".

[6] **Rubén S. Stiglitz**, *Autonomía de la voluntad y revisión del contrato*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1992, págs. 33-35. En el mismo sentido, **Augusto Mario Morello** ("Evolución y actualidad del derecho de los contratos", en *La Ley*, año LII, núm. 67, Buenos Aires, 4 de abril de 1988, pág. 1), quien habla del "renacimiento de un *formalismo* que al presente cobra un sentido protector más que garantista y neutral de derecho", así como **Christian Larroumet** (*op. cit.*, págs. 108 y 109), el que añade que "Sin embargo, en el desarrollo del formalismo no podríamos ver sistemáticamente un ataque contra la autonomía de la voluntad...".

[7] *Contratos..., cit.*, págs. 38-40.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

serie de actos y contratos mercantiles que suponen la formalidad escrita, y también hace referencia a los contratos reales, como el de depósito mercantil, el de reporto y la prenda mercantil; reconoce, finalmente, que "la libertad de forma de una gran cantidad de negocios jurídicos incluye la posibilidad de que las partes impongan, para determinados casos, una forma obligatoria para los mismos".

A su vez, **Alterini**[8] hace también referencia a lo que llama "renacimiento del formalismo":

> Actualmente el formalismo aparece renovado, con la finalidad de dar información al contratante tenido por débil: así, la locación de cosas pasó a ser un contrato formal, y la *Ley de Defensa del Consumidor*... suele exigir la forma escrita... La tendencia del régimen de los contratos, orientada al mero consensualismo, aparece revertida en el Derecho del consumidor, en el cual se advierte un importante renacimiento del formalismo.

Sobre el mismo punto, conviene tener presente que nuestra *LFPC* se inscribe dentro de la misma línea formalista:

> ***Artículo 12.*** *Sin perjuicio de lo dispuesto por la legislación fiscal, el proveedor tiene obligación de entregar al consumidor factura, recibo o comprobante, en el que consten los datos específicos de la compraventa, servicio prestado u operación realizada.*

Por lo demás, tal formalismo no constituye novedad alguna. Considérense, a continuación, las palabras de *El Corán*:

> 282: ¡Oh vosotros los que creéis! Si contraéis una deuda por tiempo determinado, sentadla por escrito. Que un escribano, en vuestro nombre, la haga constar fielmente por escrito. Que el escribano no se niegue a hacerlo, de acuerdo con lo que Alá le ha enseñado… Llamad a dos testigos de entre los vuestros o, de no haber dos hombres, un hombre y dos mujeres de entre los que el deudor haya escogido para el caso;… Y no haced poco caso (poned el mayor cuidado) cuando se trae de poner por escrito una deuda sea ésta pequeña o grande en todo, y en fijad muy bien la fecha… Pero llamad a los testigos cuando vendáis algo… No os neguéis a testimoniar, pues aquél que se niega es, en verdad, pecador con todo su corazón. Pensad que Alá sabe lo que hacéis.

En cuanto al silencio como forma de entender el consentimiento y, por ende, el perfeccionamiento del contrato, mucho se ha discutido sobre si tal inactividad puede servir de apoyo a la celebración de un contrato. Una primera consideración podría ser la siguiente: si ambas partes han convenido, previamente, en que el silencio de una de ellas habrá de entenderse como consentimiento, ninguna duda cabe sobre el particular. En cambio, si no operó tal convenio previo, resulta muy discutible el sostener la misma conclusión, pues, en rigor, no podría aducirse que operó un claro e indudable acuerdo de voluntades.

Parecida consideración podría hacerse con referencia al uso o práctica establecido por las partes, de tal manera que ninguna de ellas podría negarse a desconocer la ce-

[8] *Op. cit.*, págs. 21 y 80.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

lebración de un nuevo contrato si con anterioridad manifestó su voluntad de cumplir otros anteriormente celebrados sin su consentimiento expreso.

Por lo demás, parece que tampoco ofrece duda la consideración en el sentido de que nuestra ley reconoce el silencio como forma de expresión del consentimiento, siempre que operen otras particularidades:

> El consentimiento puede ser expreso o tácito; para ello se estará a lo siguiente:... II. El tácito resultará de hechos o de actos que lo presupongan o que autoricen a presumirlo, excepto en los casos en que por ley o por convenio la voluntad deba manifestarse expresamente (art. 1803, *C.Civ.*).

Un interesante caso de tácito consentimiento en materia mercantil, es el previsto por el art. 276 del *C.Com.*

> El comisionista que practique alguna gestión en desempeño del encargo que le hizo el comitente, queda sujeto a continuarlo hasta su conclusión, *entendiéndose que acepta tácitamente la comisión.*

Sobre el mismo punto, **Alterini**[9] escribe lo siguiente, que coincide, en lo sustancial, con lo antes expresado:

> El silencio... En principio, no implica manifestación de voluntad pero, según los casos, puede configurar tanto manifestación directa como manifestación indirecta de ella:... directa... si se ha previsto que el silencio es el modo de expresar conformidad en un caso dado... El silencio es considerado, en la doctrina moderna, un modo idóneo para manifestar la voluntad en forma directa, porque la manifestación expresa depende menos de la forma que se emplee para hacer conocer la voluntad, que de la certidumbre con que se puede conocerla... el silencio es un modo de manifestación indirecta de la voluntad, siempre que,... permita conocer con certidumbre la existencia de la voluntad.

4.2 La causa en el contrato

Por lo que se refiere al motivo o causa en cuanto elemento fundamental de la determinación de la voluntad en los contratantes, es cierto que en algunas ocasiones se ha sostenido que este aspecto no está reconocido por nuestra ley. Antes de emitir un juicio sobre el particular, conviene hacer una referencia histórica y de derecho comparado sobre este punto.

Ante todo, cabe recordar que el *Código Civil* francés considera la causa como un elemento de validez del contrato:

> ***Artículo 1131.*** *La obligación sin causa, o con una causa falsa o con una causa ilícita, no puede producir efecto alguno.*
> ***Artículo 1133.*** *La causa es ilícita cuando está prohibida por la ley, cuando es contraria a las buenas costumbres o al orden público.*

---

[9] *Contratos Civiles-Comerciales-De consumo. Teoría general*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, pág. 203.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

Los clásicos comentaristas de dicho cuerpo legislativo, **Ambroise Colin** y **Henry Capitant**,[10] al definir y comentar esta institución jurídica se expresan así:

> La *causa* se encuentra en todas las obligaciones que tienen su fuente en la voluntad del individuo, ya sean contractuales o procedan de una disposición testamentaria. En efecto, siempre que una persona se obliga lo hace *en vista de un fin inmediato,* directo, que la determina a establecer la obligación; este fin se llama *causa*. Y, según una doctrina que se remonta a los jurisconsultos romanos, para que un contrato sea válido es necesario que las obligaciones que genera tengan una causa y que ésta no sea ilícita ni inmoral... No hay noción alguna respecto de la cual se haya discutido más. La mayoría de los autores coinciden aún hoy al decir que la idea de causa es una concepción artificial, escolástica, que no constituye, propiamente hablando, un elemento distinto del consentimiento del objeto y de la que sería preferible librar a la ciencia. Creemos que esta crítica está mal fundada y que un análisis profundo del mecanismo del contrato mostrará sin duda la utilidad de la noción de causa.

Por último, estos autores distinguen entre *causa* y *motivo*, a cuyo efecto precisan que la primera, calificada de causa próxima, es la razón inmediata, directa y siempre la misma en cada contrato determinado, y que impulsa al deudor a obligarse, al paso que el *motivo* o causa remota es el móvil personal de cada individuo y, por ende, variable hasta el infinito en cada contratante, pues configura la razón que lo impulsa a contratar.

El derecho angloestadounidense no podía pasar por alto la importancia de este aspecto. El *Restatement of the law second, contracts 2d,* dispone, en los párrafos 72 y 79, que para que un contrato vincule a las partes debe existir una previa *consideration*, que no es otra que la causa, respecto de la cual **Farnsworth**[11] escribe lo siguiente:

> La abolición del sello ha dejado a la *consideration* como la única base tradicional para el carácter vinculatorio de los contratos. Ya hemos visto cómo evolucionó la *consideration* hacia una acción del derecho común y cómo ha llegado a ser la justificación que el promitente debe recibir a cambio de su compromiso frente al promisario.

Ahora bien, una vez demostrada la existencia de la *consideration*, poco importa que se presente o no una desproporción entre las prestaciones, pues, en caso de ser excesiva o desproporcionada, opera la llamada *frustración del contrato*, que se examinará *infra*, núm. 4.10.

Más *¿quid iuris* en nuestro sistema legal? No debe ofrecer duda la afirmación en el sentido de que el *C.Civ*. admite, sin ambages, el requisito de la causa o motivo, y lo mismo ocurre en los códigos civiles de nuestras entidades federativas. Examínese, para ello, el claro texto del precepto respectivo:

> ***Artículo 1795.*** *El contrato puede ser invalidado: I...; II...; III. Porque su objeto, o su motivo o fin sea ilícito; y... IV...*

---

[10] *Derecho civil.* Vol. 1: *Obligaciones*, Serie obligaciones, contratos, garantías y pruebas y negocios jurídicos, Editorial Jurídica Universitaria, México, 2002, pág. 111.

[11] *United..., cit.,* págs. 69 y 70.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

Tal opinión, empero, está muy lejos de compartirse en forma unánime, según informa **Augusto Turcott Cárdenas**,[12] quien menciona como anticausalistas a **Rafael Rojina Villegas**, **Manuel Borja Soriano** y **Rafael de Pina**; como causalistas, a **Raúl Ortiz Urquidi**, **José Gomiz** y **Luis Muñoz**, para concluir con su propia opinión en la siguiente forma:

> Reiteramos la afirmación que al inicio del presente apartado se hizo, en el sentido de que la Doctrina Mexicana es coincidente en esencia, pues los autores que se ostentan como anticausalistas reconocen que nuestro Derecho exige para la validez del contrato que sea lícito su motivo o fin determinante, lo que equivale a decir, como lo señalan los autores causalistas, que el *Código Civil* vigente da cabida a la noción de causa, pero entendida ésta como la "causa impulsiva", es decir la que motiva la decisión del contratante.

4.3 Perfeccionamiento de los contratos mercantiles entre ausentes. La contratación por medios electrónicos

Al abandonar el confuso mecanismo anterior en cuanto al perfeccionamiento de los contratos mercantiles entre ausentes —"... quedarán perfeccionados desde que se reciba la aceptación de la propuesta..."—, nuestro *C.Com.* ha adoptado el de la recepción (art. 80), que ya proclamaba el *C.Civ.* (art. 1807).

Por tanto, aunque parezca obvio, conviene dejar precisado que la ausencia, más o menos prolongada del receptor, no impide la formación del contrato, siempre, claro es, que la aceptación se haya entregado en el lugar por él indicado al efecto, o, a falta de tal indicación, en su domicilio. En efecto, la nueva disposición mercantil (desde el momento que se reciba la aceptación) no exige, como sí la civil, que sea precisamente el proponente quien reciba la aceptación.

Igualmente puede ofrecer dificultades el efecto obligatorio, en nuestro país, de un contrato internacional celebrado entre ausentes que residan en diversos países, cuando la oferta y la aceptación se hayan emitido en dichos países, en el supuesto de que el contrato surtirá efectos en México.

Por supuesto, en tal caso habrá de estarse, ante todo, a lo que se haya convenido en punto a la ley sustantiva aplicable. En caso de que se haya optado por la mexicana, se observará, en cuanto al perfeccionamiento o formación del contrato, lo que aquí se expondrá a continuación.

Ahora reconocidos los *mecanismos electrónicos como medio de contratación*, implícitamente el *C.Com.* los ubica dentro de la celebrada entre ausentes; así resulta de lo previsto por el art. 80: "Los convenios y contratos mercantiles que se celebren por correspondencia, telégrafo o mediante el uso de medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología...", y proclama que su perfeccionamiento opera en el momento en que se recibe la aceptación o las condiciones con las que se modificare, criterio adoptado también por el *C.Civ.* (art. 1807).

---

[12] "La causa. Interpretación comparativa del derecho francés y español con el derecho mexicano en su origen", en *Revista de la Facultad de Derecho*, t. LIII, núm. 239, UNAM, México, 2003, págs. 207-222.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

Por ello, resulta extraña la circunstancia de que **Arce Gargollo** mencione en la décima edición de su libro[13] (2004) como vigente el hoy modificado texto del art. 80 del *C.Com.*, por cuanto tal modificación había operado desde el 29 de mayo de 2000.

Mas en razón de las complejidades técnicas implícitas en estas herramientas electrónicas, válido es preguntar en qué momento debe entenderse recibida tal aceptación en términos fehacientes. La respuesta legal, a mi modo de ver, no es un modelo de claridad pues, visto su alto componente técnico, puede ser un semillero de dificultades probatorias.

Sobre este punto, el *C.Civ*. (art. 1805) plantea una presunción que no me parece acertada, en el sentido de que una oferta hecha por cualquier medio electrónico, óptico o de cualquier otra naturaleza, permite siempre que la aceptación se haga en forma inmediata y, por tanto, si la aceptación no se hace inmediatamente, el autor de la oferta quedará desligado. Los hechos demuestran que no es así, por cuanto es bien sabido que una oferta hecha mediante un mecanismo electrónico no supone invariablemente que el destinatario, o su representante, se encuentre en aptitud de proponer una inmediata respuesta; a decir verdad, no es raro el hecho de que este último se encuentre alejado de su equipo electrónico, y por ello demore su respuesta por muchas horas, y tal vez por varios días. Conviene precisar que el precepto legal sólo apunta la posibilidad de que el medio técnico "permita" la aceptación en forma inmediata, pero no supone que siempre lo sea.

En cambio, **Arce Gargollo**[14] opina que, conforme al citado precepto:

> ... hay que considerar que el contrato por medios electrónicos se considera celebrado entre presentes.

Empero, como se ha visto, la disposición legal no lo presume así en forma concluyente.

En el ámbito internacional, no es aventurado afirmar que la mayoría de los países ha adoptado la regulación contractual de estos mecanismos electrónicos. Por ahora, especial mención debe hacerse a la Directiva 2000/31 sobre el comercio electrónico, vigente en la UE, así como a la Convención de las Naciones Unidas sobre empleo de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales, hasta ahora no ratificada por nuestro país.

En lo que hace al ámbito doméstico, la Secretaría de Economía y la Asociación Nacional del Notariado Mexicano han celebrado dos convenios que de modo directo inciden sobre la contratación electrónica:

a) El primero de ellos, publicado en el *DOF* del 6 de octubre de 2000, sobre la colaboración entre ambos organismos, destinada a establecer los mecanismos de emisión y administración de los certificados digitales, que se utilizarán, tanto para acceder al Registro Público de Comercio, como para realizar transacciones comerciales.
b) El segundo, publicado en el *DOF* del 31 de mayo de 2001, que dejó sentada la colaboración para participar en los programas de modernización registral y economía digital.

---

[13] *Contratos..., cit.*, pág. 67.
[14] *Contratos..., cit.*, pág. 47.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

Aunque sin los efectos contractuales o registrales antes mencionados, no carece de interés el mencionar también un acuerdo interinstitucional, otorgado entre las dependencias que integran la Administración Pública Federal centralizada, publicado en el *DOF* del 24 de agosto de 2006, por virtud del cual quedaron establecidos los lineamientos para la homologación, implantación y uso de la firma electrónica avanzada en la Administración Pública Federal.

Finalmente, por todo lo expuesto reviste trascendental importancia el dar cuenta aquí de que la CNUDMI aprobó en su 38o. período de sesiones, celebrado en 2005, el texto de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales, y que la misma "… entrará en vigor el primer día del mes siguiente a la expiración del plazo de seis meses contado a partir de la fecha en que se haya depositado el tercer instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión" (art. 23, 1).

4.4 La firma y las formalidades electrónicas

Pues bien, a lo anterior debe añadirse la circunstancia de que en el *Diario Oficial* del 29 de agosto de 2003 se publicaron una serie de reformas al *C.Com*. para adoptar la regulación de la que en lo sucesivo se conocerá como *firma electrónica*, tomada también, casi literalmente, de la respectiva ley modelo adoptada por la CNUDMI. *Véanse*, a continuación, algunos de los aspectos más importantes de esta trascendental y novedosa institución jurídica:

- La regulación es aplicable a todos los negocios de índole comercial, sin olvidar la prevalencia de los respectivos tratados internacionales, en la inteligencia de que las actividades suscritas con firma electrónica quedarán sometidas, "… en su interpretación y aplicación a los principios de neutralidad tecnológica, autonomía de la voluntad, compatibilidad internacional y equivalencia funcional del mensaje de datos en relación con la información documentada en medios no electrónicos y de la firma electrónica en relación con la firma autógrafa".
- Los datos de creación de la firma electrónica son códigos o claves criptográficos privados que cada firmante elaborará de manera secreta y que utilizará para crear su propia firma electrónica.
- Como destinatario deberá entenderse, por supuesto, la persona a la que se dirige el mensaje de datos, "… pero que no esté actuando a título de intermediario con respecto a dicho mensaje".
- Ahora bien, un mensaje de datos es la información generada, enviada, recibida o archivada por medios electrónicos, ópticos o mediante cualquier otra tecnología.
- A su vez, es emisor toda persona física o jurídica que, conforme al mensaje de datos, actúe a nombre propio o en cuyo nombre se envíe o genere el mensaje, siempre que no actúe a título de intermediario.
- Por supuesto, uno de los conceptos más importantes es el de firma electrónica, configurada por los datos electrónicamente consignados en un mensaje de datos o acompañados al mismo mediante empleo de cualquier tecnología, que se utilicen para identificar al firmante y dejar indicado que aprueba la información respectiva, de tal manera que tal conjunto de datos deberá producir los mismos

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

efectos jurídicos que la firma autógrafa y, por tanto, serán admisibles como prueba en juicio.

- Como consecuencia de lo expuesto, debe considerarse como firmante a la persona que posee los datos de la creación de la firma y que actúa en nombre propio, o en representación de la otra, mientras que será intermediario todo aquel que actúe por cuenta de otro y envíe, reciba o archive el mensaje de datos o preste cualquier servicio relacionado con el mismo.
- Frente a los referidos personajes aparece la "parte que confía", que es la persona física o jurídica que, como destinatario o no, actúa sobre la base de un certificado o de una firma electrónica. Más adelante se expondrá todo lo relacionado con este certificado. A reserva de ello, conviene anticipar que este documento sólo puede ser expedido por un prestador de servicios de certificación, que es una persona física o entidad pública a la que se asignen las facultades respectivas.
- Como era de esperarse, en todo esto desempeñará un importantísimo papel la Secretaría de Economía, en lo sucesivo mencionada sólo como "la Secretaría".
- Es sistema de información todo procedimiento que se utilice para generar, enviar, recibir, archivar o procesar mensajes de datos.
- Finalmente, deberá atribuirse el carácter de titular de un certificado a la persona física o jurídica a cuyo favor se expida.

Todos los conceptos anteriores se encuentran en el art. 89 del *C.Com.*, así como los que a continuación se citarán.

Tras de aclarar que toda la información contenida en un mensaje de datos surtirá absolutos efectos jurídicos y tendrá plena validez o fuerza obligatoria (art. 89 *bis*), se adopta una presunción —que, como se expresará más adelante, admite prueba en contrario— en el sentido de que un mensaje de datos proviene del emisor cuando haya sido enviado por el mismo, o bien cuando se hayan empleado medios de identificación (claves o contraseñas) idóneos, aunque el mensaje provenga de un tercero facultado para actuar en nombre del emisor, pero también cuando se utilice un sistema de información programado por el emisor o en nombre del mismo para que funcione automáticamente (art. 90).

En cuanto a la fuerza probatoria de estos mensajes de datos, la nueva legislación procesal mercantil proclama que la misma dependerá de "la fiabilidad del método en que haya sido generada, archivada, comunicada o conservada" (art. 1298-A).

Expuesto lo anterior, un destinatario o parte que confía podrá actuar válidamente, con arreglo a las supradichas presunciones, siempre que aplique adecuadamente el procedimiento acordado con el emisor, a fin de dejar establecida la autenticidad de la procedencia, o bien, cuando el mensaje resulte de los actos de un intermediario al que se le haya permitido el acceso al método utilizado por el emisor y apropiado para identificar el mensaje de datos.

Sin embargo, el destinatario o la parte que confía no podrá actuar en consecuencia a partir del momento en que reciba información del emisor sobre que el mensaje de datos no proviene de este último, y haya dispuesto de un plazo razonable para actuar. Tampoco podrá actuar a partir del momento en que tenga o debería tener conocimiento, mediante una diligente actuación o merced a la aplicación del método convenido, de que el mensaje de datos no procede del emisor (art. 90 *bis*).

Especial importancia debe atribuirse a la determinación del momento en que debe considerarse recibido un mensaje de datos, si no se olvida que, conforme al art.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

80, todo contrato mercantil se perfecciona en el momento en que se reciba la aceptación de la propuesta. Pues bien, dentro de esta novedosa regulación electrónica de los contratos, el momento de recepción de un mensaje de datos quedará determinado en cualquiera de las siguientes formas:

- En el momento en que el mensaje de datos ingrese en el sistema de información que designe el destinatario.
- En cambio, si el mensaje de datos se envía a un sistema de información no designado por el destinatario, o en caso de que este último no lo haya designado, en el momento en que dicho destinatario recupere el mensaje.
- Por último, y siempre en caso de que dicho destinatario no haya designado un sistema de información, el mensaje se entenderá recibido cuando ingrese a un sistema del mismo destinatario.

Todo ello conforme al art. 91.

En cuanto a la expedición del mensaje, y salvo estipulación en contrario, deberá entenderse realizada cuando el mensaje ingrese en un sistema de información no controlado por el emisor o por un intermediario (art. 91 *bis*).

También resulta importante dejar aquí consignado el nuevo régimen legal aplicable a los casos en que la ley exija la forma escrita para el válido otorgamiento de un acto o contrato mercantil. Semejante requisito se entiende satisfecho en la medida en que la información contenida en un mensaje de datos se mantenga íntegra y accesible para su ulterior consulta, cualquiera que sea el formato adoptado.

En caso de que, además, la ley exija la firma de las partes, tal formalidad se entenderá cumplida siempre que el mensaje sea atribuible a las partes.

Por último, cuando sea legalmente necesario el otorgamiento de un acto jurídico en instrumento público ante fedatario público, este último y los otorgantes podrán, mediante mensajes de datos, expresar los términos de sus respectivos compromisos y, por su parte, el fedatario público deberá transcribir, en el instrumento respectivo, los elementos que hayan servido para atribuir los mensajes a los otorgantes e igualmente deberá conservar bajo su resguardo una versión íntegra de todo ello para su ulterior consulta, hecho lo cual deberá otorgar el instrumento de conformidad con la legislación aplicable (leyes notariales, *Ley Federal de Correduría Pública* [*LFCP*], etc.). Así se dispone en el art. 93.

Puesto que las leyes exigen que en algunos casos (arts. 1242 del *C.Com.* y correlativos de otras leyes) se exhiban, en caso de juicio, documentos originales, tal requisito debe entenderse satisfecho, con referencia a un mensaje de datos, si opera una garantía confiable de que la información se ha conservado íntegra a partir del momento en que se generó por primera vez en su forma definitiva como mensaje de datos o en alguna otra forma y, además, si tal información puede ser mostrada a la persona a la que debe presentarse, habida cuenta de que un mensaje de datos es íntegro si ha permanecido completo e inalterado independientemente de los cambios que hubieren podido afectar al medio que lo contiene, como resultado del proceso de comunicación, archivo o presentación. En cuanto al grado de confiabilidad requerido, se determinará con arreglo a los fines para los que se generó la información y a las demás circunstancias relevantes del caso (art. 93 *bis*).

En el mismo orden de ideas, y por razón de que es necesario, y en muchos casos indispensable por variadas razones, determinar el lugar de procedencia de un men-

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

saje, así como el lugar de recepción, dentro de este mecanismo, y salvo pacto en otro sentido, se entiende expedido un mensaje en el lugar donde el emisor tenga su establecimiento, y por recibido, en el lugar donde el destinatario tenga el suyo, en la inteligencia de que si cualquiera de ellos tuviere más de un establecimiento, la expedición o recepción se entenderá hecha en el que guarde una relación más estrecha con la operación subyacente o, de no haberla, en el establecimiento principal. En cambio, si uno u otro no tuviere establecimiento, expedición o recepción debe entenderse realizada en el lugar de residencia habitual de uno u otro (art. 94).

Es de verse, a continuación, el mecanismo regulatorio de la novedosa firma electrónica.

Cuando por disposición legal o por acuerdo de las partes, se precise el empleo de una firma con motivo de un mensaje de datos, tal requerimiento se entenderá satisfecho siempre que se utilice una firma electrónica apropiada para los fines que dieron lugar a la generación o comunicación del mensaje de datos. A estas alturas, la firma electrónica se considera avanzada o fiable si satisface los siguientes requisitos:

a) Los datos de creación de la misma, habida cuenta del contexto, corresponden exclusivamente al firmante;
b) Al crearse la firma, los datos que sirvieron para configurarla estaban bajo el control exclusivo del firmante;
c) Es posible detectar cualquier alteración de la firma que se introduzca después del momento de su empleo;
d) También es posible detectar cualquier alteración del mensaje de datos, hecha después del momento de la firma.

Sin embargo, es legalmente posible demostrar de cualquier otra forma la fiabilidad de una firma electrónica, pero también demostrar que tal firma no es fiable (art. 97).

Se crea el servicio de certificación de firmas electrónicas avanzadas o fiables, así como de información sobre si dichas firmas cumplen o no los requerimientos mencionados en el apartado anterior, que estará a cargo de ciertas entidades y de personas físicas o morales, según se expresará más adelante, todo ello con arreglo a normas y criterios internacionalmente reconocidos, y sin perjuicio de la aplicación de las reglas que sobre el particular formen parte del derecho internacional privado (art. 98).

Por otra parte, se fincan ciertos deberes al usuario de una firma electrónica:

a) Cumplir las obligaciones que deriven del uso de la firma;
b) Emplear toda la diligencia necesaria, pero razonable, para evitar la utilización no autorizada de los datos de creación de la firma;
c) También con toda la diligencia razonable, cerciorarse de que las declaraciones que haya hecho en relación con un certificado sean exactas;
d) Responder de las obligaciones resultantes del uso no autorizado de su firma, cuando no hubiere actuado con la debida diligencia para impedir su utilización, salvo que el destinatario tuviere conocimiento de la inseguridad de la firma o, a su vez, no hubiere actuado con tal debida diligencia;
e) Además, el firmante será responsable de las consecuencias jurídicas que arroje su incumplimiento oportuno de las obligaciones antes mencionadas (art. 99).

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

Serán prestadores de servicios de certificación las siguientes personas y entidades, previa acreditación ante la Secretaría:

a) Los notarios y los corredores públicos;
b) Las personas morales de carácter privado, y
c) Ciertas entidades públicas, de conformidad con las leyes respectivas.

Ciertamente, la facultad de expedir certificados no conlleva, por sí sola, fe pública, por lo que los notarios y corredores públicos podrán expedir certificaciones con fe pública o sin ella, tanto en documentos consignados en papel, como en archivos electrónicos o en cualquier otro medio o sustancia en el que pueda consignarse la información (art. 100).

Tales prestadores de servicios de certificación, cuando se trate de personas morales, deberán incluir en sus estatutos, dentro de su objeto social, la mención del mecanismo apropiado para verificar la identidad de los usuarios y su vinculación con los medios de identificación electrónica, así como de comprobar la integridad y suficiencia del mensaje de datos y verificar la firma electrónica de quien realiza la verificación respectiva. Podrán llevar a cabo registros de los elementos de identificación de los firmantes y de la información con la que se haya verificado el cumplimiento de fiabilidad de las firmas, hecho lo cual podrán emitir el certificado correspondiente (art. 101).

He aquí algunos de los principales deberes de estos prestadores de servicios de certificación:

- Comprobar la identidad de los solicitantes y las demás circunstancias pertinentes para la emisión de los certificados, con empleo de cualquier medio legal, del que previamente se informará al solicitante.
- Antes de la emisión de un certificado, informar al solicitante su precio, las condiciones para la utilización del certificado, las limitaciones de uso y, en su caso, la forma en que está garantizada su posible responsabilidad.
- Mantener un registro de certificados y de las circunstancias que afecten la vigencia de los mismos. A tal registro podrá accederse por medios electrónicos, ópticos o con empleo de cualquier otra tecnología, y su contenido público estará a disposición de quien los solicite, pero el privado sólo a disposición del destinatario y de las personas autorizadas por el firmante.
- Mantener como confidencial toda la información que reciba para la prestación de sus servicios y asegurar el empleo de medidas tendientes a evitar la alteración de los certificados.
- Suministrar medios de acceso que permitan a la parte que confía en un certificado determinar la autenticidad de los datos en él consignados y la fiabilidad de los datos de creación de la firma (art. 104).

Como es de suponerse, la Secretaría coordina todo lo relacionado con las autoridades certificadoras, carácter que ella misma tiene, así como el de registradora de los prestadores de que se trata (art. 105).

En cuanto prestadoras de servicios de certificación, las instituciones financieras quedan sujetas a las leyes que las regulan, así como a las disposiciones y autorizaciones que emitan las autoridades financieras (art. 106).

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

Por su parte, el destinatario o la parte que confía deberá tomar medidas razonables para verificar la fiabilidad de la firma electrónica o, cuando la misma esté sustentada por un certificado, verificar, inmediatamente, la validez, suspensión o certificación del certificado y cualquier limitación de uso consignada en el mismo, pues de otro modo, serán a su cargo las responsabilidades y consecuencias jurídicas que arroje su descuido (art. 107).

Un certificado sólo puede considerarse válido cuando contenga:

a) La indicación de que se expidió con tal calidad;
b) El código de identificación de tal documento;
c) La identificación del prestador de servicios en cuanto emisor del certificado, los demás datos necesarios para ello y los datos de su acreditación ante la Secretaría;
d) El nombre del titular del certificado y el período de vigencia de este último, así como la fecha y hora de su emisión, suspensión y renovación;
e) Las responsabilidades que asume el emisor del certificado y la referencia de la tecnología empleada para la creación de la firma electrónica (art. 108).

Ahora bien, un certificado deja de surtir efectos en cualquiera de los siguientes casos:

a) Expiración del período de su vigencia, que nunca será superior a dos años, contados a partir de la fecha de su expedición, en la inteligencia de que antes de la expiración el firmante puede renovarlo ante el emisor;
b) Revocación hecha por el emisor, a solicitud del firmante, o por persona autorizada al efecto;
c) Pérdida o inutilización del dispositivo en el que sostenga tal certificado;
d) Demostración de que, al expedirse tal certificado, no se cumplió con los requisitos legalmente establecidos, lo que no afectará los derechos de terceros de buena fe, y
e) Resolución judicial o de autoridad competente (art. 109).

Cuando un prestador de servicios de certificación sea suspendido, inhabilitado o cancelado en su ejercicio como tal, el registro y los certificados que haya expedido se turnarán a otro administrador que al efecto señale la Secretaría mediante reglas generales (art. 113).

En lo que concierne a los certificados, surtirán efectos jurídicos sin que importe el lugar en el que se hayan expedido o creado o utilizado la firma electrónica, y tampoco el lugar en que se encuentre el establecimiento del prestador de servicios de certificación o del firmante.

En consecuencia, todo certificado expedido fuera del país producirá los mismos efectos del expedido dentro del territorio nacional, si presenta un grado de fiabilidad equivalente a los previstos por el *C.Com.*, y otro tanto se dispone respecto de cualquier firma electrónica creada o utilizada en el extranjero, si bien la determinación del grado de fiabilidad se ajustará a las normas internacionales reconocidas por nuestro país y a cualquier otro medio de convicción pertinente.

Por supuesto, las partes en un contrato pueden convenir entre sí la utilización de determinados tipos de firmas electrónicas y certificados, en cuyo caso tal acuerdo

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

será válido a efectos de su reconocimiento transfronterizo, a menos que otra cosa se disponga en la legislación aplicable (art. 114).

Una vez más con referencia al terreno internacional, parece necesario dejar constancia aquí de que en la UE rige, sobre el particular, la Directiva CE1999/93, del 13 de diciembre de 1999 relativa a un cuadro comunitario para las firmas electrónicas.

Por su parte, la autoridad fiscal, a través del Servicio de Administración Tributaria (SAT), ha venido propugnando el empleo de la factura electrónica, que indudablemente contribuye a erradicar la expedición de facturas apócrifas. Ahora bien, como hasta ahora no es obligatorio el empleo de tal factura, resulta ilustrativo expresar que, a principios de 2007, sólo 1 800 causantes habían adoptado el empleo de estos comprobantes fiscales, si bien el referido organismo fiscal estimó que al finalizar el mismo año aumentaría en siete veces la autorización y empleo de este instrumento electrónico, que no sólo significa una mayor agilidad en el empleo de tal documento, sino una considerable economía de gastos a la vista de la notable reducción en el empleo de papel; la autoridad fiscal, por su parte, estima que se le facilitará el control de las operaciones de compra y venta que cotidianamente celebran en crecido número las empresas comerciales.

Por supuesto, el empleo de semejante mecanismo precisa de un permiso especial por parte del referido SAT, el que, una vez otorgado el mismo, incluye a la empresa autorizada en la respectiva página electrónica, que cualquier interesado puede consultar.

Según información publicada en la prensa nacional[15] a fines de 2008, las actividades del comercio electrónico entre empresas y consumidores fueron por un importe de un mil seiscientos veintiún millones de dólares contra novecientos cincuenta y cinco millones de 2007. En cuanto a la facturación, a partir del segundo trimestre de 2009 se prohibió a las grandes empresas que generen sus propias facturas, por lo que estuvieron en aptitud de volver al sistema tradicional o emplear la factura electrónica que en 2008 experimentó un crecimiento del ciento sesenta y seis por ciento, al pasar de siete mil quinientas empresas a veinte mil.

Por lo demás, y como era de esperarse, no son pocos y tampoco sencillos los requisitos que deben satisfacerse para la obtención del indicado permiso; a continuación se relacionarán algunos de los más importantes, todos los cuales figuran en los arts. 29 y 29-A, del *Código Fiscal de la Federación*; otros más se han dado a conocer en diversas resoluciones contenidas en las respectivas misceláneas fiscales:

- Disponer de un certificado de firma electrónica avanzada (FEA);
- Llevar la contabilidad mediante empleo de sistemas electrónicos;
- Emplear una expresión genérica en cuanto contribuyentes, cuando se opere con el público en general;
- Número y año de aprobación de los folios;
- Monto de los impuestos que deban trasladarse;
- Número y fecha del documento aduanero, cuando se trate de ventas de primera mano de mercancías importadas.

[15] Periódico *Reforma*, Sección Negocios, 3 de septiembre de 2008, pág. 1.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

Según información periodística aparecida a principios de septiembre de 2009, el Servicio de Administración Tributaria otorgaría un año, a partir de dicho mes, para que algunos sectores comerciales, industriales y de servicios, adaptaran sus sistemas a efecto de que pudieran emitir y recibir facturas electrónicas de modo exclusivo.

Posteriormente, a fines de noviembre de 2009, la prensa diaria[16] hizo saber el escaso empleo de la factura electrónica, ya que, según se informó, de los veinticinco millones de contribuyentes que conforman el padrón fiscal, menos del uno por ciento la estaba utilizando.

Se dijo que la causa de ello es la falta de la necesaria infraestructura tecnológica, el alto costo que implica la facturación electrónica e incluso el temor de algunas empresas de transparentar su no muy clara situación fiscal.

Pero además, a partir del 1 de enero de 2011, las facturas electrónicas son de obligatoria expedición en operaciones por más de dos mil pesos.

Especial referencia merece el caso de las líneas aéreas que, en unión de otras empresas, como las agencias de viajes y muchas más, vienen operando, exclusivamente, en forma electrónica: el interesado, persona física o moral, abre, en la computadora, la página electrónica del proveedor, en la que ya aparecen las diversas posibilidades, así como el costo de las mercaderías o servicios respectivos; hecha la selección, el consumidor puede acudir a alguno de los siguientes mecanismos, usualmente especificados por el proveedor: *a*) cargo a su tarjeta de crédito; *b*) transferencia bancaria de fondos, con cargo a su cuenta y mediante la autorización concedida al efecto por ambos bancos.

Claro es que tal procedimiento no escapa al peligro de los llamados fraudes cibernéticos, pero es dable afirmar que, en términos generales, opera satisfactoriamente, pues supone una considerable economía de tiempo para ambas partes, a la vez que de erogaciones por razón de traslados, comisiones en ciertos casos y algunos otros.

Previamente se han hecho consideraciones en torno de la factura electrónica.

Por último, también es necesario dejar constancia aquí de que, por supuesto bajo los auspicios de la Secretaría de Economía, en el *DOF* 19 jul. 2004 se publicó el *Reglamento del Código de Comercio en Materia de Prestadores de Servicios de Certificación*, por supuesto ajustado a las anteriores definiciones consignadas en el art. 89 del propio *C.Com.*, y, en el posterior *DOF* (10 ago. 2004), las Reglas a las que deberán sujetarse los prestadores de servicios de certificación, igualmente ajustadas a las definiciones que se consignan en el ya referido art. 89 del *C.Com.*

4.5 Eficacia del teléfono, telégrafo, télex y fax

Aunque mucho es lo que podría predicarse en cuanto a la frecuencia y eficacia del empleo de tales mecanismos en la contratación mercantil, el régimen legal de los mismos

[16] Periódico *Reforma*, Interfase, 30 de noviembre de 2009, pág. 9.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

no es tan claro como sería deseable, máxime que en algunos casos es de una lamentable lasitud, por lo cual menudean los conflictos que su empleo suscita, de modo especial por razón de que, como en el caso de la contratación telefónica, no siempre se emplean mecanismos eficazmente probatorios, y así cuando se trata de grabaciones de los diálogos telefónicos. En cuanto al telégrafo y el télex, se han visto desplazados por el empleo del fax y, de modo especial, por el exponencial empleo del correo electrónico. Lo que en verdad importa de todos estos mecanismos es su eficacia probatoria en caso de desavenencias entre las partes.

4.6 Capacidad mercantil

Materia es ésta de aparente reenvío al *C.Civ.* (art. 81, *C.Com.*), en razón, por una parte, de que ya el precepto mercantil salva los casos en los que el propio *C.Com.* introduzca modificaciones o restricciones a la capacidad para celebrar actos mercantiles; además, de que en otras leyes se contienen también limitaciones a la capacidad mercantil.

A las incapacidades —minoría de edad y estado de interdicción— prescritas por el *C.Civ.* (arts. 23, 413 y 635) han de agregarse las siguientes limitaciones de naturaleza mercantil:

a) La prohibición de ejercer el comercio que pesa sobre los corredores, quebrados no rehabilitados e individuos condenados en sentencia firme por delitos contra la propiedad (arts. 12-I, *C.Com.* y 20-I, *LFCP*);
b) La circunscripción de las operaciones que pueden realizar las sociedades mercantiles, sólo a las inherentes a su objeto social (arts. 10, *LGSM* y 26, *C.Civ.*);
c) Las taxativas impuestas por la *LIE* a ciertos actos y contratos celebrados por personas o unidades, cuyas inversiones se consideran extranjeras por la propia ley;
d) La prohibición, a los comerciantes casados bajo el régimen de sociedad conyugal, de hipotecar o gravar los bienes de la sociedad, sin licencia del otro cónyuge (art. 9o., *C.Com.*).

Ya **Mantilla Molina**[17] ha criticado, con impío acierto, la forma y el fondo de este último precepto, en lo que a su segundo párrafo concierne, por las siguientes razones: *a*) injustificadamente prohíbe al cónyuge comerciante gravar sus bienes propios por el mero hecho de que los frutos correspondan a la sociedad conyugal, y *b*) no aclara que la prohibición sólo se refiere a los bienes inmuebles, a pesar de lo cual debe entenderse hecha la referencia, por ser tal la hipótesis del primer párrafo, y porque resultaría doblemente absurdo concluir que el comerciante requiera licencia conyugal para hipotecar o gravar los bienes muebles, pero no para enajenarlos, así como que requiera tal licencia para enajenar los bienes muebles que forman la negociación, pues ello equivaldría a prohibirle el ejercicio individual del comercio. Ahora bien, el mismo autor vierte su opinión en el sentido de que "hubiera sido mucho mejor derogarlo (el precepto), y dejar a la legislación civil el

[17] Según es de verse en **Roberto L. Mantilla Molina**, *Derecho mercantil*, 22a. ed., Editorial Porrúa, México, 1982, págs. 82-84.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

cuidado de fijar las facultades patrimoniales de los cónyuges", a lo cual formulo dos reparos: *1*. la específica capacidad mercantil debe ser objeto de regulación precisamente en la ley mercantil, por cuanto, como el mismo **Mantilla Molina** apunta, el *mercantil es un derecho especial*, pues "tiene un campo de aplicación que determina el propio sistema mediante las correspondientes normas delimitadoras", por lo que no tendría justificación el pedir al *C.Civ.* que consignara un precepto, cuyo campo de aplicación no sería el suyo, sino exclusivamente el comercial; *2*. la sola derogación actual del precepto conduciría a la subsistencia, en caso de sociedad conyugal, de la necesidad de licencia del otro cónyuge para cualquier acto de enajenación o gravamen de todo tipo de bienes por parte del cónyuge comerciante (art. 194, *C.Civ.*).

En el mismo orden de ideas, forzoso es reconocer que el panorama actual no ofrece la claridad que sería de desearse, siempre en caso de *régimen de sociedad conyugal* (o *sociedad legal*, como la denominan algunos códigos civiles): con arreglo a las regulaciones respectivas, se forma un patrimonio de propiedad común, proindiviso y por partes iguales; a falta de estipulación en otro sentido —como es frecuente—, los bienes que constituyen la negociación mercantil del cónyuge comerciante pasan a formar parte de la sociedad conyugal; la conclusión, pues, tiene que ser en el sentido de que todos los elementos de la negociación, incluidos los del activo circulante —la mercancía—, son de propiedad común y, por lo mismo, su enajenación requiere el consentimiento del otro cónyuge. Aunque tal solución pugna con la práctica, la verdad es que no parece existir otra a la luz de las indicadas disposiciones legales, las que, por consiguiente, reclaman una revisión para ajustarlas a la realidad del ejercicio comercial por parte de las personas físicas.

e) La posibilidad de restringir el ejercicio del comercio a los extranjeros, de modo general o dentro de ciertas áreas, por razones de política interior o de tratados internacionales (art. 13, *C.Com.*)

4.7 Contratos mercantiles celebrados con intervención de corredor público

Si hubiera de interpretarse literal y aisladamente el texto del art. 82 del *C.Com.*, su significado sería el siguiente: cuando por disposición legal o por voluntad de las partes se acuda ante corredor para celebrar ante él un contrato cualquiera, éste sólo se considerará celebrado cuando los otorgantes firmen la minuta respectiva; pero ello, además de contradecir la regla general consignada en el art. 78 —validez de los actos comerciales sin dependencia de formalidades o requisitos—, configuraría una fórmula errónea, pues con ella se pretendería subordinar el surgimiento de los derechos y las obligaciones contractuales a la triple formalidad de la intervención del corredor, el otorgamiento de la minuta y la firma de los contratantes en un contrato en el que, por haberse celebrado realmente con anterioridad, el indicado formalismo es adoptado por las partes sólo *ad probationem*.

El precepto de que se trata, pues, debe interpretarse sistemáticamente y, por ello, con un alcance más limitado del que podría atribuírsele como resultado de una aislada y desprevenida lectura, por manera que ha de entenderse en el sentido de que, a falta

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

de otras pruebas, los contratos otorgados ante corredor se considerarán perfeccionados... etcétera.

4.8 Cumplimiento: pago

Henos aquí, una vez más, frente a un tema sobre el que es omiso el *C.Com.*; luego son aplicables al pago o cumplimiento de las obligaciones mercantiles, de modo general, las reglas consignadas en los arts. 2062-2103 del *C.Civ.*

Especial mención debe hacerse al lugar de pago o cumplimiento de una obligación mercantil cuando no exista estipulación sobre ello. A falta de ella y en los términos del art. 86 del *C.Com.*, la obligación mercantil debe cumplirse en el lugar ajustado a la naturaleza del negocio o a la intención de las partes por consentimiento de las mismas o por arbitrio judicial.

De esta suerte, parece que tal mecanismo no debería considerarse omiso en lo que se refiere a este punto, y por tanto no haría falta acudir, supletoriamente, a lo dispuesto por el art. 2082 del *C.Civ.*, en cuyos términos, a falta de estipulación, el pago debe efectuarse en el domicilio del deudor a menos que otra cosa se desprenda de las circunstancias, de la naturaleza de la obligación o de la ley. Y apenas si hace falta dejar precisado que aquí la ley es, precisamente, el ya citado *C.Com.*

Por ello, no es fácil compartir el criterio jurisprudencial que a continuación se menciona:

Jurisprudencia. Contrato de reconocimiento de adeudo. Si se demanda en la vía ordinaria mercantil el pago de pesos con base en aquél y las partes no mencionan el lugar de pago, éste debe efectuarse en el domicilio del deudor en términos del artículo 2082 del *Código Civil Federal,* de aplicación supletoria al C*ódigo de Comercio.*

Quinto Tribunal Colegiado del Octavo Circuito. Amparo directo 196/2007. Triturados y Premezclados de México, S.A. de C.V. 11 de julio de 2007. Unanimidad de votos.

Por supuesto, debida referencia se hará, en su lugar, a disposiciones específicas en cuanto al cumplimiento de ciertos contratos mercantiles.

4.9 Cumplimiento: obligaciones en moneda extranjera

Empero, es necesario detenerse a examinar un tema que, por su actualidad e importancia, ha venido suscitando estudios doctrinales y trascendentes criterios jurisprudenciales. Se trata de las obligaciones asumidas en moneda extranjera y su cumplimiento, ante sensibles variaciones en la paridad monetaria entre el momento de la asunción y el del cumplimiento.

Comencemos por pasar una sucinta revista al vigente régimen legal mexicano sobre el tema, con las pertinentes referencias cronológicas:

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

a) "Consistiendo el préstamo en dinero... Si se pacta la especie de moneda, siendo extranjera, en que se ha de hacer el pago, la alteración que experimente en valor será en daño o beneficio del prestador..." (art. 359, *C.Com.*); "La base de la moneda mercantil es el peso mexicano, y sobre esta base se harán todas las operaciones de comercio y los cambios sobre el extranjero" (art. 635); "Esta misma base servirá para los contratos hechos en el extranjero y que deban cumplirse en la República, así como los giros que se hagan de otros países" (art. 636); "Nadie puede ser obligado a recibir moneda extranjera" (art. 638); "El papel, billetes de banco y títulos de deuda extranjera no pueden ser objeto de actos mercantiles en la República, sino considerándolos como simples mercancías; pero podrán ser objeto de contratos puramente civiles" (art. 639). Todos estos preceptos datan de la versión original del *C.Com.*, en vigor desde el 1 de enero de 1890.

b) "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" (primer párr. del art. 8o. de la *LMEUM* en vigor, con algunos retoques, desde julio de 1931); "Las obligaciones de pago en moneda extranjera contraídas dentro de la República para ser cumplidas en ésta, se solventarán en los términos del art. 8o. de esta ley, a menos que el deudor demuestre, tratándose de operaciones de préstamos, que la moneda recibida del acreedor fue moneda nacional de cualquier clase, o que tratándose de otras operaciones, la moneda en que se contrajo originalmente la operación, fue moneda nacional de cualquier clase; en estos casos las obligaciones de referencia se solventarán en monedas nacionales, en los términos de los arts. 4o. y 5o. de esta ley, respectivamente, al tipo que se hubiere tomado en cuenta al efectuarse la operación para hacer la conversión de la moneda nacional recibida a la moneda extranjera, o si no es posible fijar este tipo, a la paridad legal" (art. 4o. transitorio de la *LMEUM*, posteriormente adoptado, con texto casi idéntico, como 9o. transitorio de las reformas introducidas a dicha ley en 1935).

c) "Consistiendo el préstamo en dinero, pagará el deudor devolviendo una cantidad igual a la recibida conforme a la Ley monetaria vigente en la República, al tiempo de hacerse el pago... Si se pacta la especie de moneda, siendo extranjera, en que se ha de hacer el pago, la alteración que experimente en valor será en daño o beneficio del mutuatario" (art. 2389, *C.Civ.*).

Como fácilmente podrá apreciarse, la conformación del régimen jurídico mexicano de la moneda tropieza con algunas dificultades, ante la falta de claridad y de congruencia en las disposiciones que lo consignan, algunas de las cuales, tal vez, deban entenderse derogadas por las que posteriormente han venido a sentar postulados diferentes.

Al comentar el art. 8o. de la *LMEUM*, **Fernando Alejandro Vázquez Pando**[18] lo moteja de "... bastante complejo, confuso, inconstitucional e injusto...", y concluye "que en este precepto, las violaciones a la *Constitución* se unen con la muestra de la más descarnada ignorancia jurídica".

---

[18] *Derecho monetario mexicano*, Harla, México, 1991, pág. 152.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

He aquí sendos ejemplos de la falta de congruencia y de claridad:

1. El transcrito art. 639 del *C.Com.* atribuye el carácter de *simple mercancía* al papel, billetes de banco y títulos de deuda extranjera; en cambio, el art. 267 de la *LGTOC*, colocado dentro de los que regulan el depósito bancario de dinero, proclama: "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...", con lo cual parece englobar, dentro del concepto dinero, las divisas o monedas extranjeras.

Vázquez Pando[19] opina que la modificación que en 1935 se introdujo al art. 8o., *LMEUM*, derogó el art. 267 de la *LGTOC.*

2. La SCJN,[20] a través de su Tercera Sala, ha configurado jurisprudencia en el sentido de que si una obligación en moneda extranjera se contrajo originalmente en moneda nacional, se debe cumplir en esta última, y al tipo de cambio vigente en la fecha de su celebración, por cuanto: "... el art. 4o. (*rectius:* 9o.) transitorio del mismo ordenamiento (*Ley Monetaria*) preceptúa una excepción a esta regla general cuando tratándose de préstamos, se demuestre que se recibió moneda nacional o, tratándose de otras operaciones, cuando la moneda en que se contrajo originalmente la obligación fue moneda nacional de cualquier clase, en cuyo caso las obligaciones de referencia deben solventarse en moneda nacional al tipo de cambio vigente en la fecha en que se realizó la operación...", con lo cual ha venido a conferir patente de definitividad a un precepto colocado bajo el rubro de transitorio.

Opinión que comparten **Mantilla Molina**[21] y **Barrera Graf**,[22] no así, de modo reciente, **Francisco Borja Martínez**,[23] pues con anterioridad había participado del criterio de la Suprema Corte.[24]

Vázquez Pando[25] arremete duramente contra el criterio jurisprudencial:

> Ambas disposiciones, arts. 3o. y 4o. transitorios, se refieren a obligaciones contraídas con anterioridad a la entrada en vigor de la ley... Que ambas disposiciones se referían a obligaciones contraídas con anterioridad resulta no únicamente de su ubicación como artículo transitorio, sino también de su texto... La solución de la Corte fue justa en el fondo, pero pésima en la argumentación, en la cual demostró no sólo su ignorancia del derecho monetario sino, lo que es más grave por su carácter vertebral en nuestro sistema jurídico, del

---

[19] *Ibidem*, págs. 137 y 158.

[20] *Informe a la Suprema Corte de Justicia de la Nación por el año de 1987*, Tercera Sala, Segunda parte, vol. II, México, 1987, pág. 15.

[21] *Títulos..., cit.,* págs. 96-99 y 190-198.

[22] *Las sociedades en derecho mexicano*, UNAM, México, 1983, pág. 60.

[23] "Régimen jurídico de la moneda extranjera", en *Jurídica*, núm. 9, julio 1977, México, págs. 239-260, así como en conferencia dictada el 15 de mayo de 1980 en el local de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados.

[24] "Validez jurídica de las cláusulas de estabilización monetaria contenidas en los contratos de mutuo", en *Estudios jurídicos que en homenaje a Manuel Borja Soriano persenta la Universidad Iberoamericana*, México, 1969, págs. 191-204.

[25] *Derecho..., cit.*, págs. 160 y 168.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

derecho civil. Desafortunadamente, la Suprema Corte no está sola; la acompañan varios de nuestros grandes civilistas y mercantilistas.

A esta acusación escapa, como se ha visto, el autor de este libro.

Independientemente de otras consideraciones de orden histórico y económico, parece incuestionable que la postura de nuestro máximo tribunal se sustenta en una interpretación rigurosamente literal de los preceptos transitorios, cuyo empleo de los mismos participios y verbos en futuro que aparecen en el art. 8o. permanente le ha llevado a concluir, como antes se apuntó, que los primeros contienen un caso de permanente excepción a la regla general, proclamada por el último.

El propósito y las dimensiones de esta obra me impiden detenerme a examinar algunos aspectos que, aunque tienen su lugar apropiado en la teoría general de las obligaciones, por su íntima relación con el tema, pero especialmente por su insoslayable trascendencia, no puedo por menos que dejar apuntados:

a) La validez jurídica de las obligaciones mercantiles en moneda extranjera frente a preceptos que aparentemente no han sido derogados, como los contenidos en los arts. 635 y 639 del *C.Com.*, ya citados, en cuyos términos todas las operaciones de comercio deben hacerse, en nuestro país, *sobre la base del peso mexicano* y, además, el papel, billetes de banco y títulos de deuda extranjera —y no cabe duda que la moneda extranjera lo es— *no pueden ser objeto de actos mercantiles, sino considerados como simples mercancías*; y ello en relación con el art. 8o. de la *LMEUM*, también citado, cuya primera parte, a mi juicio, no ha sido cabalmente entendida y aplicada, pues su terminante y clara disposición en el sentido de que "*la moneda extranjera no tendrá curso legal en la República, salvo los casos en que la ley expresamente determine otra cosa*", no ha impedido que dentro del territorio mexicano, y para surtir efectos en él, se celebren contratos de todo tipo en moneda extranjera, sin reparo alguno por parte de las autoridades monetarias y con pleno reconocimiento de su validez por parte de los jueces y aun de la SCJN. Téngase en cuenta, por una parte, que con ello se ha venido tolerando que sean los particulares, y no la ley, quienes impongan curso... ¿legal? a la moneda extranjera; por otra parte, que la propia SCJN llegó a sentar jurisprudencia en el sentido de que *sólo la moneda nacional* tiene el carácter de *dinero* en México;[26] por último, que algunas obligaciones deben cumplirse, por disposición legal, precisamente mediante la entrega de dinero, como ocurre con el precio en la compraventa (art. 2248, *C.Civ.*), o con la asumida en una letra de cambio, un pagaré o un cheque (arts. 76-III, 170-II y 176-III, *LGTOC*).

El ya citado **Vázquez Pando**[27] apunta, sobre el particular, lo siguiente:

> El segundo tema, relativo a la validez de las obligaciones en moneda extranjera, plantea dificultades aún más arduas, pues tales obligaciones pueden ser de muy diversa índole. Pueden, por ejemplo, encontrar su fuente en un contrato civil o mercantil, en una relación laboral, un ilícito civil o en un delito, etc. ¿En qué medida una disposición federal puede regular materias locales...? El problema es de difícil situación, y aun el análisis histórico da poca luz en la materia.

---

[26] *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación de 1975*, tesis 224, México, pág. 715.
[27] *Derecho...*, *cit.*, pág. 122.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

b) Frente a todo ello, la circunstancia de que, a partir de 1984, la propia SCJN modificó radicalmente su criterio y comenzó a reconocer la validez y legalidad de la asunción de deudas en moneda extranjera.[28] Llama poderosamente la atención tal viraje, por cuanto ahora nuestro máximo tribunal se apoya en puntos de vista exactamente opuestos a los que antes le sirvieron de soporte:

> El primer párrafo del mencionado precepto (art. 8o., *LMEUM*) consta de dos partes: la una que es prohibitiva o taxativa al ordenar que la moneda extranjera no tendrá curso legal en la República, y la otra que es permisiva al dar cabida que [*sic*] se contraigan obligaciones en moneda extranjera y señalar una forma de solventación. Esto significa que la voluntad contractual y el orden público, ínsito en la *Ley Monetaria*, lejos de constituirse en antípodas, se vinculan y complementan armónicamente para brindar al deudor una alternativa en el cumplimiento de la obligación contraída, dejando a su elección el pagar la renta en dólares, como describió bajo su consenso, o haciéndolo en el equivalente en moneda nacional del curso legal vigente al tiempo de efectuar el pago. La legislación en comento previó el supuesto, y por tanto permitió que la voluntad contractual, como elemento subjetivo generador de derechos y obligaciones, incidieran en dar vida a deudas en moneda extranjera, y ante esa previsión otorgó al obligado el derecho de inclinarse por cualquiera de las dos fórmulas de pago...

Y tal vez con más claridad se aprecia lo contradictorio de la nueva corriente interpretativa, al examinar otro aspecto que también ha asumido la calidad de jurisprudencia:[29]

> El concepto dinero utilizado por el legislador no debe entenderse en el sentido restringido de "moneda nacional", sino en la amplia significación que comprende toda unidad monetaria en curso legal dentro del sistema pecuniario de una nación, con calidad de metal, ley, peso, cuño, diámetro, etc., que le asignan a un valor definitivo, de suerte que si el dólar cumple con esas características, será una especie del género dinero.

c) Las ventajas e inconvenientes que ofrecería la implantación legal en estos contratos, y tal vez en algunos otros, de la implícita cláusula *rebus sic stantibus* (*teoría de la imprevisión*), ante las funestas consecuencias que, merced al cobijo legal, ha proporcionado el principio *pacta sunt servanda*: los enriquecimientos y empobrecimientos respectivos, derivados de la hasta hace pocos años imprevisible e incesante devaluación del peso mexicano frente a otras monedas, principalmente el dólar estadounidense, han sido, también respectivamente, inatacables e indefendibles, con su iniquidad y todo.

Ambos puntos han sido densa y documentadamente estudiados por **José Bonet Correa**[30] y **Antonio Rodríguez Sastre**,[31] quienes escriben que la cláusula *rebus sic*

---

[28] *Informe a la SCJN*, *cit.*, pág. 10.
[29] *Ibidem*, pág. 11.
[30] *El control de cambios y las obligaciones monetarias*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Roma-Madrid, 1967, págs. 121-168.
[31] *Las obligaciones en moneda extranjera. La doctrina de 'clean hands'*, Editorial de Derecho Financiero, Madrid, 1968, págs. 217-270.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

stantibus ha sido puesta en práctica por los tribunales españoles, "aunque con extremada cautela y en casos singulares".[32]

Y no está por demás recordar que ha sido adoptada, con ciertas atenuantes, por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (art. 62), suscrita y ratificada por nuestro país,[33] en el que ha encontrado defensores en **Barrera Graf**[34] y **Cervantes Ahumada**.[35] También la adoptan los Principios de UNIDROIT, antes mencionados en este libro (arts. 6.2.2 y 6.2.3). Con cierto detenimiento se examinará más adelante esta cláusula (*infra*, 4.13).

4.10 Cumplimiento: cláusula de ajuste e indexación

Otra forma de prevenir los desfavorables efectos de depreciaciones o devaluaciones monetarias consiste en la adopción, particularmente en contratos de tracto sucesivo, de la también llamada *cláusula de estabilización*, de *indiciación*, de *indexación*, de *corrección monetaria* o de *ajuste*, con arreglo a la cual el precio, estipulado en moneda nacional, se verá automáticamente incrementado en la misma proporción en que dicha moneda se deprecie en cierto grado y plazo, o bien cuando se devalúe frente a cierta divisa extranjera.

Ya en tiempos de la Roma histórica se presentó el fenómeno de la depreciación monetaria, resultante del que, según afirman los historiadores, fue el primer fenómeno de inflación de la historia.

Durante el siglo III a.C. operó un grave desorden económico, que tuvo como principal causa los fuertes gastos que habían venido ocasionando los despliegues militares, mientras que los ingresos fiscales disminuían. Se atribuye a **Caracalla** la medida consistente en alterar, para reducirlo artificialmente, el valor de las monedas, con la creación incluso de una nueva moneda de plata, que, acuñada en grandes cantidades, suplantó por completo el antiguo denario.

Las consecuencias fueron desastrosas, principalmente el alza generalizada de los precios, el descenso de la producción general, el envilecimiento de la moneda y otros.[36]

No me refiero aquí, por supuesto, a la *cláusula de escalamiento*, en cuyos términos se pacta el futuro incremento, en el pago del principal o accesorios, con arreglo a cantidades o porcentajes perfectamente determinados, de tal manera que el deudor conoce, de modo preciso, las sumas que pagará. Las siguientes notas bordan sobre la *cláusula de estabilización*, sin sujeción a sumas o porcentajes determinados, sino con arreglo a un índice de variaciones imprevistas.

---

[32] *Ibidem*, pág. 218.

[33] *Véase DOF* 11 ene. y 28 abr. 1988. Para un estudio de la vigencia de esta cláusula en el derecho internacional público, *véase* **Antonio Gómez Robledo**, "La cláusula *rebus sic stantibus*", en *Estudios internacionales*, Secretaría de Relaciones Exteriores, México, 1982, págs. 85-110.

[34] "La reforma de la legislación mercantil: cuestiones y problemas más urgentes de ser regulados", en *Temas de derecho mercantil*, UNAM, México, 1983, pág. 46.

[35] "La cláusula '*rebus sic stantibus*' en el actual orden jurídico mexicano", en *Estudios Jurídicos en memoria de Roberto L. Mantilla Molina*, Editorial Porrúa, México, 1984, págs. 263-268.

[36] **André Aymard** y **Jeannine Auboyer**, *Roma y su imperio*, II, Ediciones Destino, Barcelona, 1980, págs. 697 a 699.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

Referida a los contratos de arrendamiento, tal cláusula ha sido también objeto de un contradictorio tratamiento por parte de la SCJN; antaño se la reprobó con argumentos más económicos que jurídicos: "No puede pretenderse el pago de la renta conforme al valor que la moneda tenía en la fecha en que se celebró el contrato de arrendamiento, pues el valor de la moneda está fijado por la ley y su poder liberatorio no depende de convenciones privadas, de suerte que cualquier convenio en tal sentido concertado por los contratantes sería nulo".[37]

Mayor validez tendría, en contra de tal *cláusula de ajuste* por depreciación o devaluación monetaria, el argumento de que mediante la misma se contravienen los arts. 2398 y 2399 del *C.Civ.*, el primero de los cuales configura, como elemento de definición del contrato de arrendamiento, el *precio cierto* que debe pagar el arrendatario, y el segundo, con una insistencia impresionante, ratifica que, aunque el precio puede consistir en una suma de dinero, es posible estipularlo en cualquiera otra cosa *equivalente* (*sic*), *con tal que sea cierta y determinada*; y, a mi juicio, la *cláusula de ajuste* plantea precisamente lo contrario, pues supone el pago de un precio incierto, ya que oscilará y se determinará con arreglo a futuras circunstancias, ajenas a la voluntad de las partes.

Así lo estimó la SCJN hace algunas décadas, al sostener en alguna ejecutoria,[38] en la que consideró nula la *cláusula de ajuste* en un contrato de arrendamiento, que:

> ... uno de los elementos esenciales para la existencia de los arrendamientos es que el precio sea cierto y determinado desde el momento de su celebración y no determinable en lo futuro, toda vez que el sentido de los arts. 2398-2399 del *C.Civ.* permite establecer, con claridad, que la renta o precio de arrendamiento puede consistir en una suma de dinero o en cualquier otra cosa equivalente, con tal de que sea cierta y determinada; en el concepto de que es prestación determinada la que, desde luego, se conoce e identifica.

Empero, es fácil afirmar que tal criterio ha sido modificado en el curso de los años, pues en 1987 quedó fijada por el mismo alto tribunal jurisprudencia[39] en el sentido de que:

> ... el arrendamiento, por ser un acto de tracto sucesivo, programa [*sic*] en plazos el cumplimiento de la obligación de pagar la renta, de suerte que si el arrendatario pretende extinguir el débito en forma normal, tendría que entregar el numerario de la moneda extranjera que pactó... si... se pacta el precio en dólares americanos debe considerarse que esa suma de dinero resulta cierta y determinada, ya que por un lado bien puede estimarse como verdadera y auténtica, y por otro es dable afirmar que se conoce e identifica, ya que en esa hipótesis la suma que como renta se conviene se designa en dólares..., los que aparte de todo ostentan una paridad singular frente a sus demás congéneres usados en cada uno de los países que integran la "comunidad internacional"...

Por consiguiente, de conformidad con lo establecido por los arts. 2398 y 2399 del *Código Civil*, en relación con los arts. 8o. y 9o. de la *Ley Monetaria*, sí es posible legalmente celebrar ese tipo de contratos.

---

[37] *Amparo Directo 1863/58*, José de la Luz Valdez, resuelto 26 jun. 1959, Tercera Sala, Cuarta parte, vol. XXIV, *Semanario Judicial de la Federación*, México, pág. 62.

[38] *Amparo Directo 6645/49*, Ricardo Kuri Slim, resuelto 29 oct. 1980, Tercera Sala, Informe rendido a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, pág. 15.

[39] *Informe a la SCJN, cit.*, págs. 3, 4 y 16.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

Más recientemente, los Tribunales Colegiados en materia civil han confirmado y ampliado la misma corriente interpretativa:

> ... si en el contrato de arrendamiento... se pactó que la arrendataria pagaría como renta una cantidad determinada de dinero, y que al término del contrato la renta se incrementaría en una suma equivalente a la variación porcentual del índice de precios al consumidor que fije el Banco de México durante el curso del año correspondiente; como para cuantificar tal incremento sólo basta hacer una simple operación aritmética..., la nueva renta convenida constituye un precio cierto y determinado;[40]
>
> ... es posible legalmente considerar que la renta no tiene que estar necesariamente determinada en el momento de celebrarse el contrato de arrendamiento, sino que el precio puede ser solamente determinable, pues el precio cierto no deja de existir aunque se acuerde que el mismo sea el que corre en un día o en un lugar determinado o el que fije un tercero, según lo autoriza expresamente el art. 2251 del cuerpo legal citado (*C.Civ.*).[41]

Con todo, importa dejar aclarado que, por lo que se refiere a las rentas de las casas habitación, deben estipularse en moneda nacional (art. 2448-D, *C.Civ.*).

Copiado de un modelo chileno, el legislador mexicano expidió un Decreto que permite indiciar las obligaciones mercantiles, incluso las consignadas en títulos de crédito, salvo cheques, mediante el empleo de las llamadas *unidades de inversión* (UDIS), que no son más que una moneda de cuenta cuyo valor en la moneda de curso legal, el peso, se determina periódicamente por el Banco de México en función del incremento o reducción del Índice Nacional de Precios al Consumidor. Este mecanismo se puso en marcha el 4 de abril de 1995, fecha en la que se publicó el Decreto en el *DOF*, así como la resolución del Banco de México en el sentido de que en la misma fecha arrancaría la UDI con el valor de un peso; por tanto, en el curso del tiempo se ha incrementado la paridad de tal moneda de cuenta, según equivalencias que periódicamente se publican en el *DOF*.

Y aunque en el artículo primero del citado Decreto se dispone que "las *obligaciones denominadas en unidades de inversión* se considerarán de monto determinado", no es posible compartir tal criterio, pues con toda su rotundidad, no impide que cuando por disposición legal sea necesario precisar una suma determinada de dinero (como ocurre con motivo del contrato de arrendamiento o de la letra de cambio y el pagaré), la deuda resulte de un importe indeterminado en la única moneda de curso legal, que es el peso, pues, por razón natural, el deudor no puede saber, por anticipado, el monto que cubrirá en dicha moneda.

Creo, pues, que a despecho de la disposición que se comenta, las *deudas en UDIS* no pueden configurar obligaciones por una suma determinada de dinero, por la sencilla razón de que tales UDIS no *son dinero*. Considero, además, que los *contratos udificados* son ilegales, y que también lo es el Decreto que creó las UDIS, con toda su formalmente correcta procedencia legislativa. He aquí mis razones:

---

[40] *Amparo Directo 4575/89*, Quinto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, María del Carmen Servitje de Mariscal, 29 mar. 1990, *Semanario Judicial de la Federación,* México, pág. 103.

[41] Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, núm. 32, agosto de 1990, México, pág. 42.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

a) El sistema monetario mexicano reconoce como unidad exclusiva el peso, expresado sólo en los billetes de banco y las monedas metálicas legalmente previstos (arts. 1o., 2o. y 3o., *LMEUM*).
b) Las *obligaciones de pago* asumidas en nuestro país sólo pueden consignarse en pesos o, "en los casos en que la ley expresamente (lo) determine" (art. 8o.), en moneda extranjera: "Las obligaciones de pago, de cualquier suma en moneda mexicana se *denominarán invariablemente en pesos...*" (art. 7o., *LMEUM*).
c) "Las prevenciones de los dos artículos anteriores no son renunciables y *toda estipulación en contra será nula*" (art. 9o., *LMEUM*).
d) Como se ha podido apreciar, nuestro máximo estatuto monetario no prevé la asunción de obligaciones más que en pesos o en monedas extranjeras; luego, su estipulación en una inexistente moneda de cuenta, como lo es la UDI, resulta contraria a los referidos textos legales; y por cuanto la *LMEUM* es "ley suprema de toda la Unión" (art. 133, *CPEUM*), pues emana directamente de los arts. 28 y 73-XVIII de la propia *Constitución*, las aludidas obligaciones están afectadas de nulidad absoluta, por ser contrarias al tenor de una ley de orden público, como lo es la tantas veces citada *LMEUM* (art. 8o., *C.Civ.*).

Y no puede aducirse, en contra de lo anterior, que los *contratos udificados* sólo pueden cumplirse en pesos atenta la inexistencia real de las UDIS, y que con ello se satisface el aludido dispositivo legal, pues tal argumento resulta falaz. En primer lugar, porque el verdadero importe de los derechos y las obligaciones, aunque algún día se determinará en pesos, se asume en una unidad *de cuenta no prevista* en la *LMEUM*; en segundo lugar, porque en todo este mecanismo se atribuye a un tercero, el Banco de México, la determinación del importe de créditos y deudas mercantiles, lo que demuestra que los mismos no se estipularon en moneda de curso legal, sino sólo las consecuencias, en pesos, del verdadero compromiso.

Pero, en otro orden de ideas, no cabe duda sobre que un contrato otorgado en UDIS resulta *per se* indexado y, por lo mismo, configura un novedoso mecanismo legal puesto al alcance de quienes celebran contratos mercantiles en México.

Por lo demás, apenas si hace falta añadir que los intereses, los normales y moratorios en su caso, en contratos de este jaez, aunque se estipulen en porcentaje fijo e invariable, obviamente se causarán sobre capitales que van creciendo en el curso del tiempo.

Referida al contrato de mutuo, **Borja Martínez**[42] había sostenido que la cláusula de indexación no se opone "... expresamente a ninguna disposición jurídica ni hay bases firmes para argumentar que contravienen (pues se expresa en plural) el orden público...". No es fácil compartir semejante postura frente a un texto legal que de modo tan rotundo y coincidente en ambos ordenamientos, el civil y el mercantil (arts. 2389, *C.Civ.* y 359, *C.Com.*), se expresa así: "Consistiendo el préstamo en dinero, pagará el deudor devolviendo una *cantidad igual* a la *recibida* conforme a la ley monetaria vigente —en la República, agrega el *C.Com.*— al tiempo de hacerse el pago, *sin que esta prescripción sea renunciable*"; y ¿cómo —cabe preguntar— podría calificarse de legal un contrato de mutuo de moneda nacional en el que se estipulara

[42] "Régimen..., *cit.*, pág. 204.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

que, de operar una devaluación monetaria, el deudor deberá devolver una suma superior a la recibida?

Podría argüírseme que el antes mencionado Decreto creador de las UDIS modificó tal precepto del *Código de Comercio*, para permitir que el préstamo mercantil se opere en tal moneda de cuenta. No lo creo así, por cuanto, independientemente de la dudosa legalidad del Decreto, que antes dejé esbozada, el mismo, como también se apuntó, dispone —en forma tan arbitraria como ineficaz— que las obligaciones udificadas se considerarán de importe determinado (lo que resulta totalmente falso), pero en este caso el *C.Com.* no hace referencia a tal expresión, sino que, como se ha visto, exige que el prestatario devuelva "una cantidad igual a la recibida", y nadie podría afirmar que al celebrarse el contrato recibió UDIS, sino pesos mexicanos o acaso divisas extranjeras.

En efecto, los indicados preceptos imponen, para el préstamo de dinero, el llamado principio *nominalista*, aplicable a todas las obligaciones que suponen el pago de una suma *determinada y precisa* en moneda nacional, frente a las cuales existen las obligaciones o deudas *de valor*, en las que no es posible predeterminar el importe que debe pagar el obligado, que dependerá de las circunstancias económicas y del momento en que deba cumplirse la obligación.

Jurisprudencia. Sobre este mismo punto resulta ilustrativo el hacer referencia al criterio sustentado por la Primera Sala de la SCJN, al resolver, el 25 de enero de 2006, el amparo directo en revisión 1910/2005, Carmen Estela Beltrán Atilano de Torres, que, si bien referido a aspectos fiscales, en verdad resulta aplicable a todo tipo de obligaciones en numerario.

En el caso un particular cuestionó la constitucionalidad de la udificación de adeudos fiscales, misma que sostuvo la referida autoridad jurisdiccional en los términos siguientes:

"El Decreto por el que se establecen las obligaciones que podrán denominarse en Unidades de Inversión… mediante el cual el Congreso de la Unión estableció las condiciones de pago para que sumas pactadas en moneda nacional puedan denominarse en unidades de inversión… y autorizó al Banco de México para determinar el valor en pesos de las citadas unidades, es inconstitucional ya que… a través de dicho órgano el Estado procura la estabilidad del poder adquisitivo de la moneda nacional… la circunstancia de que el Legislativo haya facultado al Banco de México para determinar… el valor de las UDIS, de acuerdo con las variaciones que correspondan al Índice Nacional de Precios al Consumidor, no constituye una facultad legislativa delegada, pues no se le confirió la atribución de que adoptara un sistema que sustituyera la forma de pago en pesos ni que dictara las reglas para determinar su valor,…".

Ejemplos de *obligaciones o deudas de dinero* son, además de la citada —reembolso de la *misma suma* de dinero prestada—, la del adquirente en la compraventa, quien debe pagar "un precio cierto y en dinero" (art. 2248, *C.Civ.*); la del arrendatario, cuando el pago de la renta se estipule en dinero, caso en el que la suma debe ser "cierta y determinada" (art. 2399, *C.Civ.*).

En cambio, configuran *deudas de valor*: la del deudor alimentista, quien debe ministrar las sumas, indeterminables con antelación, necesarias para sufragar el costo de

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

"... la comida, el vestido, la habitación y la asistencia en caso de enfermedad", y todo ello ajustado a la "... posibilidad del que debe darlos (los alimentos) y a la necesidad del que debe recibirlos" (arts. 308 y 311, *C.Civ.*); la del obligado a reparar daños e indemnizar perjuicios, cuyo importe depende, cuanto a los primeros, de "... la pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio..." (art. 2108, *C.Civ.*) y, por lo que se refiere a los segundos, de "... la ganancia lícita que debiera haberse obtenido..." (art. 2109, *C.Civ.*); la del asegurador de daños, quien "... responde solamente por el daño causado...", conforme al "*valor* del interés asegurado en el momento de la realización del siniestro" (arts. 86 y 91, *LSCS*).

Tema es éste, el relativo a la *distinción entre deudas de valor y deudas de dinero*, y sus consecuencias jurídicas, prácticamente olvidado por nuestros juristas,[43] actitud de difícil comprensión por cuanto, en cambio, ha sido muy explorado en otros países, incluso de formación jurídica romanesca. Especial mención merecen aquí los concienzudos estudios realizados por el tratadista **Bonet Correa**[44] y las interesantes reflexiones de **Hernández Gil**,[45] españoles ambos, así como por los tratadistas peruanos **Felipe Osterling Parodi** y **Mario Castillo Freyre**.[46]

Copiosa es la doctrina en torno a la *cláusula de estabilización*, llamada también *de corrección monetaria*. En nuestro país, **Vázquez Pando**[47] afirma que:

> ... el art. 7o. de la *LM* no es necesariamente incompatible con las *cláusulas de estabilización*. O, si se quiere decir de otra manera, que las *cláusulas de indización* no siempre son violatorias de la disposición citada. Tal disposición implica que las obligaciones en pesos se cumplan pagando en las monedas circulantes previstas en la misma ley, hasta por el monto de lo debido, computándose las piezas a su valor facial. Pero problema distinto es cómo determinar el monto de lo debido. Si la indexación es un método para determinar el monto de lo debido, no parece que se viole la disposición mencionada..., simplemente se está estableciendo un método para determinar el monto de lo debido.

Por su parte, el ya citado **Bonet Correa**,[48] en documentado y denso estudio, afirma que:

> ... al ocurrir las alteraciones monetarias se quiebra el valor de la moneda, aumenta o disminuye su poder adquisitivo, según corran los vientos de la deflación o de la inflación, no obstante permanecer fija su cuantía. Las consecuencias, en principio, por eso no se advierten; el simplismo, cuantitativo nos mantiene en la creencia de que seguimos poseyendo una peseta, o un peso, como siempre, cuando sutilmente se nos ha aumentado o rebajado su poder de compra..., si se trata de obligaciones o deudas de tracto sucesivo, las duraderas o a plazos, vemos cómo quedan sometidas a un gran riesgo quebrándose la equivalencia de sus prestaciones respecto de la relación jurídica entablada inicialmente por las

---

[43] Escapa a tal reproche, recientemente, **Fernando Alejandro Vázquez Pando**, *Derecho...*, *cit.*, págs. 95-101.

[44] *Las deudas de dinero*, Civitas Ediciones, Madrid, 1981.

[45] *Derecho...*, *cit.*, págs. 172-212.

[46] *Estudios sobre las obligaciones dinerarias en el Perú*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1995.

[47] *Derecho...*, *cit.*, págs. 104 y 105.

[48] "Las medidas jurídicas protectoras frente a las alteraciones monetarias", en *Jurídica*, núm. 16, México, 1984, págs. 305-361.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

> partes, al resultar una de ellas perjudicada y la otra favorecida... Ante la injusticia sobrevenida han de ser los Jueces y Tribunales los llamados a corregir equitativamente la situación del conflicto de intereses... Cuando se trata de alteraciones monetarias nacionales..., nuestros Jueces y Tribunales (el autor se refiere, por supuesto, a la legislación y práctica españolas) excepcionarán el principio nominalista del dinero para dar paso a un criterio valorista en el que se tome en cuenta el valor real y poder adquisitivo de nuestra moneda. El fundamento de la adopción de este criterio valorista el Tribunal Supremo lo basará... en la falta de buena fe en cuanto a una de las partes, ante la diferencia de los valores nominal y real de la moneda oro o plata.

Jorge Bustamante Alsina,[49] como parte de un amplio análisis de esta cláusula a la luz del derecho argentino, afirma que los *mecanismos de indiciación de una deuda* pueden ser resultado de una estipulación contractual, pero también de una disposición legislativa (aquí convendría recordar que en México ocurrió exactamente lo contrario con motivo del hoy abrogado decreto de *congelación de rentas* que, por lo que se refería a las de casas habitación, las mantuvo, durante muchos años, con el importe que tenían al entrar en vigor dicho decreto) o de una decisión judicial en concepto de daños y perjuicios por el incumplimiento del arrendatario; este autor menciona, en el mismo supuesto, la facultad judicial de ajustar la deuda por aplicación de la *teoría de la imprevisión* que proclama el *Código Civil* argentino, no así la mayoría de los códigos civiles de los Estados Unidos Mexicanos.

Finalmente, parece que no hay duda sobre que la *cláusula de indiciación* sólo opera, con la salvedad antes apuntada respecto de los contratos de mutuo civil y préstamo mercantil, en los contratos que versan sobre prestaciones en numerario, como medio de atenuar el rigor del principio nominalista. Y sin embargo, la dura y aleccionadora experiencia argentina muestra que no es aconsejable dejar al libre juego de las voluntades la determinación del monto indiciable de una deuda, pues tal libertad puede prestarse a abusos, y buena prueba de ello está en que el legislador argentino se vio constreñido a expedir la ley 24,283, de 1993, que vino a imponer como obligatoria la ajustabilidad de una deuda sólo a su valor real y actual en el momento del pago.[50]

4.11 Cumplimiento: lugar

Leve es la diferencia entre el *C.Civ.* y el *C.Com.* en cuanto a la regulación del lugar en que deben cumplirse las obligaciones (arts. 2082, *C.Civ.* y 86, *C.Com.*), y puede expresarse así: ambos disponen que las obligaciones deben cumplirse en el lugar convenido; si no mediare pacto sobre ello, en el domicilio del deudor, según el *C.Civ.*, y en el lugar que según la naturaleza del negocio o la intención de las partes deba considerarse adecuado, por consentimiento de las partes o por arbitrio judicial, conforme al *C.Com.*; sin embargo, a falta de pacto, las obligaciones civiles no se cumplirán en el domicilio del

---

[49] *Responsabilidad civil y otros estudios*, I, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1984, págs. 153-172.

[50] Un amplio y profundo estudio de tal ley, así como de sus consecuencias y de las opiniones doctrinales sobre ella vertidas, se encuentra en **Jorge Mosset Iturraspe**, *Límites a la indexación,* 3a. ed., Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 1994.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

deudor cuando así se desprenda de las circunstancias, de la naturaleza de la obligación o de la ley.

4.12 Incumplimiento: consecuencias

Al igual que en materia civil, el incumplimiento de las obligaciones mercantiles afecta dos modalidades:

a) El *absoluto*, esto es, la completa inactividad del sujeto que reporta el compromiso de hacer o de dar o, por el contrario, la realización de la conducta que se obligó a no desplegar, cuando se trate de obligaciones de no hacer.
b) El *relativo*, que se presenta cuando el sujeto no cumple en los términos de lo convenido.

Como consecuencia del incumplimiento, el deudor se constituye en mora, cuyo efecto es, también en materia mercantil, el de responsabilizarlo de los daños y perjuicios, además de seguir obligado al cumplimiento del acto o abstención que configuran su principal compromiso (art. 2104, *C.Civ.*).

Tampoco ofrece dificultad alguna la afirmación sobre que las obligaciones mercantiles que no sean cumplidas en el tiempo estipulado, hacen surgir la morosidad, con todos sus efectos, desde el día siguiente al del vencimiento (art. 85-I, *C.Com.*); pero ¿cuándo se constituye en mora el deudor, cuya obligación no tiene fecha ni plazo de cumplimiento? Congruente con su draconiana postura, adversa a los plazos de gracia o cortesía (art. 84), nuestro Código proclama que los efectos de la morosidad se surtirán "desde el día en que el acreedor le reclamare al deudor, judicial o extrajudicialmente, ante escribano o testigos" (art. 85-II).

Ahora bien, si en un contrato mercantil se estipula pena de indemnización a cargo del moroso, la contraparte sólo puede optar por exigir el cumplimiento del contrato o por el pago de la pena convencional, pero no por ambos (art. 88, *C.Com.*). Por supuesto, en la misma forma se ha pronunciado nuestro juzgador.

Jurisprudencia. Contratos mercantiles. En los casos de incumplimiento parcial de las obligaciones pactadas en ellos, es aplicable el artículo 88 del Có*digo de Comercio* y no el 1846 del *Código Civil Federal*, aplicado supletoriamente a la materia.

Contradicción de tesis 128/2007-PS. Entre las sustentadas por el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito y el actual Primer Tribunal Colegiado del Vigésimo Segundo Circuito. 9 de enero de 2008.

Cierto es que el *C.Com.* (art. 362) proclama que los deudores que no paguen oportunamente sus compromisos deberán satisfacer, desde el día siguiente al del vencimiento, el interés pactado para este caso, o en su defecto el 6% anual, pero es el caso que semejante precepto, por su ubicación sólo debería aplicarse a los deudores de préstamos mercantiles, puesto que tal disposición figura en el Título Quinto, Capítulo I, del propio ordenamiento mercantil, en el que se regula el préstamo mercantil; si el

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

legislador no mencionó tal consecuencia del impago, fue, sin duda, por razón de que la consideró solamente aplicable a dicho préstamo mercantil, no así de las consecuencias del incumplimiento de otros contratos mercantiles.

Por lo mismo, para cubrir tal omisión, debe acudirse al *C.Civ.* (arts. 2104 y sigs.), el que, como se sabe, aclara que se trata de los daños y perjuicios que por el incumplimiento se causen; así, sobre este punto y los conexos (concepto de daños, de perjuicios, régimen legal del incumplimiento por caso fortuito o de fuerza mayor, posibilidad de estipular el monto de la responsabilidad y saneamiento en caso de evicción) cabe hacer un nuevo reenvío a dicho ordenamiento civil.

Conviene recordar el contenido de cierto precepto que, por su inadecuada colocación y por configurar un caso de excepción a la expresada regla general, es frecuentemente olvidado en la práctica: se trata del segundo párrafo del art. 2117 del *C.Civ.*, según el cual los daños y perjuicios que se causen por el incumplimiento de una obligación consistente en pago de dinero no pueden exceder el interés legal, salvo que se pacte otra cosa.

Por razón de sus consecuencias en importantes sectores de la vida económica, industrial y financiera del país, importa mencionar que, por virtud de reformas a la *LGISMS* (art. 135 *bis*), así como a la *LFIF* (art. 95 *bis*), la mora de dichas instituciones ocasiona que los saldos a su cargo vencidos y no pagados se conviertan en unidades de inversión, pero además, que se causen intereses sobre los costos de captación a plazo de pasivos en dichas unidades o en moneda extranjera, por parte de los bancos múltiples del país.

La doctrina ha venido fijando su atención en varios aspectos del incumplimiento contractual y sus consecuencias, uno de los cuales se refiere a la naturaleza jurídica de la sentencia judicial que declara la resolución de un contrato por incumplimiento de una de las partes, ante la posibilidad legal, que examinaré más adelante, de que la parte que sí lo ha cumplido lo considere resuelto, por sí y ante sí. Ello, dicen algunos, atribuye a la sentencia judicial carácter meramente declarativo, ante el reconocimiento legal del derecho de considerar resuelto el contrato, aun sin que exista sentencia que así lo declare:

> La admisión, pues, de casos en que procedería una ruptura unilateral del contrato sin más posibilidad para el juez, que la de ejercer un control *a posteriori* dirigido a atribuir certeza a la descontinuación por obra del acreedor insatisfecho de la relación jurídica que se había derivado del contrato, constituye un dato que, hasta cierto punto, se opone a la tesis de quienes predican el necesario carácter constitutivo de la sentencia de resolución... En todas estas situaciones en las cuales la intervención del juez se limita a comprobar la justedad del comportamiento adoptado por el contratante inocente, ¿puede hablarse con propiedad de una sentencia constitutiva? ¿Acaso en estas ocasiones la decisión del juez no se circunscribe a acreditar simplemente la existencia y el ejercicio legítimo del derecho al efecto jurídico en que consiste la resolución?[51]

De más trascendencia práctica es el aspecto relativo al *pacto comisorio*, esto es, a la cláusula, tácita o expresa, que permite a cualquiera de las partes en un contrato, frente

---

[51] **José Mélich-Orsini**, *La resolución del contrato por incumplimiento*, 2a. ed., Editorial Temis, Bogotá-Caracas, 1982, págs. 257 y 259.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

a la conducta morosa de la otra, considerarlo y declararlo resuelto, de su propia autoridad. Ante la falta de un claro texto permisivo en algunas legislaciones, una tal cláusula expresa se ha considerado lícita con apoyo en el principio de la libertad contractual y, añadiría yo, el de la economía procesal. Otras legislaciones, en cambio, proclaman esta cláusula como implícita en todos los contratos en los que se pactan prestaciones recíprocas; así, nuestro *C.Civ.* (art. 1949): "La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe. El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y perjuicios en ambos casos. También podrá pedir la resolución aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultara imposible"; y aunque tal posibilidad, superficialmente examinada, parece plantear un mecanismo de autojusticia, prohibido por la *CPEUM*, analizada la cuestión más a fondo resulta que no es así, pues lo que en realidad ocurre es que la morosa conducta del incumplido, salvo que resulte de caso fortuito o de fuerza mayor, da lugar a la presunción de que no desea cumplir o llevar adelante el cumplimiento del contrato, y con ello faculta a su contraparte para que también lo considere resuelto, pero de la misma forma para exigirle el coactivo cumplimiento, ambas acciones como medio, precisamente, de evitar que sea la parte incumplida la que se haga justicia —tal vez sería mejor decir *injusticia*— por propia mano. En resumen: su ilícita conducta enerva al moroso cualquier acción de pago o cumplimiento en contra de la parte cumplida, y ello resulta de una irreprochable lógica jurídica. Con referencia al derecho argentino, **Juan Luis Miquel**[52] se expresa así:

> El nuevo artículo, injerto italiano en cepa francesa, y más aún, la derogación realizada, llevan implícita una evidente limitación al excesivo rigor del principio "*pacta sunt servanda*"... Puede decirse ahora que los efectos de las obligaciones, respecto del acreedor, son los siguientes: *a*) darle derecho para emplear los medios legales a fin de que el deudor le procure aquello a que se ha obligado; *b*) darle derecho para procurárselo por otro a costa del obligado; *c*) darle derecho para obtener la extinción del vínculo, por su propia autoridad o por vía judicial, y *d*) darle derecho para obtener del deudor las indemnizaciones correspondientes.

En cuanto a la *ratio legis* de los respectivos preceptos legales, o al fundamento de equidad del pacto comisario expreso, se ha dicho que:

> Hoy, entonces, no parece ya discutirse en la doctrina y jurisprudencia tanto nacional como extranjera, la *existencia de una obligación de seguridad de naturaleza contractual*, aunque, tal como lo veremos más adelante, limitada a ciertos tipos negociales específicos… Por ende, *las obligaciones contractuales no sólo se originan en lo específicamente estipulado por las partes*, sino que este tipo de deberes puede tener nacimiento en la *aplicación imperativa o supletoria de las disposiciones legales* que contemplen la especie de negocio en cuestión... Consecuentemente, en consonancia con lo ya expuesto, podríamos definirla (la obligación de seguridad) como la *obligación expresa o tácita*, anexa *e independiente* del deber principal, existente en *todo tipo de contrato*, por la cual el deudor garantiza *objetivamente* al acreedor que, durante el *desarrollo efectivo de la prestación planificada*, no le será causado daño en

[52] *Resolución de los contratos por incumplimiento*, 2a. ed., Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1986, pág. 14.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

otros bienes diferentes de aquel que ha sido específicamente concebido como objeto del negocio jurídico.[53]

Sin embargo, importa dejar consignado cierto criterio judicial, si bien por ahora no jurisprudencial, en cuyos términos el art. 1796 del *C.Civ*.DF, debe interpretarse en forma un tanto restringida:

> No basta cualquier incumplimiento de las obligaciones asumidas por uno de los contratantes para que se justifique el de la otra parte, sino que es menester que aquél sea de tal importancia que deje o sea capaz de dejar insatisfecho el interés del acreedor, atendiendo a la interdependencia funcional de las prestaciones correlativas; así lo exige el principio de buena fe en el cumplimiento del contrato que establece el art. 1796 del *Código Civil* para el Distrito Federal, pues si los contratos desde que se perfeccionan obligan no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado sino también a las consecuencias que, según su naturaleza, son conformes a la buena fe, esta misma regla conduce a estimar inadmisible la pretensión de que se exima del cumplimiento a una de las partes, cuando el incumplimiento del otro contratante no es de importancia, toda vez que ello implicaría un ejercicio abusivo de ese derecho por contrariar los fines que la ley tuvo en cuenta al reconocerlo —el de preservar el sinalagma contractual— y por exceder los límites impuestos por la buena fe (Octavo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Amparo Directo 273/2003, Sistema de Transporte Colectivo, 18 de junio de 2003. Unanimidad de votos).

Cabe, ahora, formular algunas reflexiones ajustadas al derecho mexicano *de lege lata*. Ante todo, en los términos del transcrito art. 1949 del *C.Civ.*, el pacto comisorio configura una cláusula implícita en todos los contratos que supongan obligaciones recíprocas, lo cual, por supuesto, no impide su adopción expresa y su complemento con otras consecuencias; pero además, nuestra legislación proclama numerosos casos en los que opera la tácita cláusula de pacto comisorio, todos ellos previstos en el *C.Civ.*: "Si la cosa se pierde por culpa del deudor y la elección es del acreedor, éste podrá exigir el precio de la cosa, la prestación del hecho o la rescisión del contrato" (art. 1979); "Si la cosa se deteriora por culpa del deudor, el acreedor puede optar por la rescisión del contrato y el pago de daños y perjuicios, o recibir la cosa en el estado que se encuentre y exigir la reducción de precio y el pago de daños y perjuicios" (art. 2017-II); un interesante caso de extinción de obligaciones *ope legis* es el que resulta del régimen legal de la compensación: "El efecto de la compensación es extinguir *por ministerio de la ley* dos deudas, hasta la cantidad que importe la menor. La compensación, desde el momento en que es hecha legalmente, *produce sus efectos de pleno derecho y extingue todas las obligaciones correlativas*" (arts. 2186 y 2194).

En lo que se refiere a la necesidad de que los contratantes se suministren recíprocas garantías de seguridad y, en el cumplimiento del contrato, se ajusten a estrictas normas de buena fe, el art. 1796 es concluyente: "Los contratos... Desde que se perfeccionan, obligan a los contratantes *no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado*, *sino* también a *las consecuencias que, según su naturaleza, son conforme a la buena fe*, al uso o a la ley", en parecidos términos se pronuncian los ya citados Principios de UNIDROIT:

---

[53] **María M. Agoglia**, **Juan C. Boragina** y **Jorge A. Meza**, *Responsabilidad por incumplimiento contractual*, Hammurabi, Buenos Aires, 1993, págs. 150-162.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

"Las partes deben actuar con buena fe y lealtad negocial en el comercio internacional" (art. 1.7.1).

Finalmente, y por lo que hace al daño moral, que como es bien sabido, también debe repararse cuando sea consecuencia de un incumplimiento contractual (art. 1916, *C.Civ.*), conviene tener presente que, según criterio judicialmente sustentado, las personas morales no pueden sufrirlo, pues, según se afirma, las afectaciones a que se refiere el citado precepto legal no pueden referirse a dichas personas morales:

> No es dable afirmar que el artículo 1916 del *Código Civil* para el Distrito Federal tenga el alcance de otorgar un derecho a una persona moral por haber sufrido un daño extrapatrimonial, dado que ese precepto legal únicamente se refiere a personas físicas, no así a personas morales. Ello es así, dado que el daño moral debe ser considerado como una alteración profunda que sufre una persona en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspectos físicos, o bien, en la consideración que de sí misma tienen los demás, producida por hecho ilícito, aunado a que la finalidad del legislador, al reformar el artículo 1916 y adicionar el 1916 *bis* del *Código Civil* para el Distrito Federal,... consistió en hacer responsable civilmente a todo aquél que afecte a sus semejantes, atacando la moral, la paz pública, el derecho de terceros, o bien, provoque algún delito o perturbe el orden público... Por tanto, para que se produzca el daño moral se requiere, a saber: que exista afectación en la persona de cualesquiera de los bienes que tutela el artículo 1916 del *Código Civil*, que esa afectación sea consecuencia de un hecho ilícito; y que haya una relación de causa-efecto entre ambos acontecimientos, de ahí que el artículo 1916... se refiere a personas físicas, no así a personas morales, en virtud de que es evidente que los valores que de la persona se pretende proteger, son los intrínsecamente determinantes del ser humano,..." (Octavo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, amparo directo 414/2003, Lápidus de México, S.A. de C.V., resuelto por unanimidad de votos el 3 de julio de 2003).

No me es posible compartir tal criterio, pues me parece incorrecta la afirmación en el sentido de que una persona moral carece de honor y reputación, por cuanto las circunstancias de la vida moderna demuestran lo contrario: numerosos casos existen de que, como resultado de una conducta ilícita por parte de uno o varios de sus integrantes, algunas sociedades han caído en descrédito, esto es, su reputación ha sufrido un más o menos serio menoscabo, con las fácilmente previsibles consecuencias patrimoniales, como pérdida de clientela, retiro de proveedores, descrédito financiero, etcétera.

Empero, es justo dejar constancia de que previamente se había pronunciado en sentido diverso el Decimotercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, al resolver, el 11 de junio de 2002, el amparo directo 71/2002, Alejandra Asimovic Popovic:

> El artículo 3o., fracción II, del *Código de Comercio* establece que son comerciantes las sociedades constituidas con arreglo a las leyes mercantiles… desprendiéndose su personalidad tanto del artículo 2o. de la aludida ley mercantil, como en los artículos 25, fracción III y XXVI del *Código Civil* para el Distrito Federal, pudiendo ejercer todos los derechos que sean necesarios para realizar el objeto de su institución, dentro de los que evidentemente se encuentra el de iniciar un procedimiento judicial para defender su prestigio o reputación; por consiguiente, si con motivo de un hecho ilícito por intención o por negligencia se ataca alguno o algunos de los derechos inherentes a su propia personalidad,… resulta claro que tal conducta engendra un verdadero daño moral en términos del artículo 1916…

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

Por supuesto, existen ejecutorias en uno u otro sentido, pero la verdad es, como se expresará a continuación, que el criterio de admitir que las personas morales pueden verse afectadas en su prestigio, reputación, libertad contractual y otros, supone un verdadero daño moral.

Y una buena demostración de ello está en las recientes reformas de los arts. 1916 y 1916 *bis* del *C.Civ.*, conforme a la primera de las cuales queda claramente establecido que también las personas jurídicas pueden resentir daño moral, cuando se afecte su prestigio, reputación, razón social o libertad contractual.

En lo que se refiere a la legislación civil del Distrito Federal, y según la *Ley de Responsabilidad Civil para la Protección del Derecho a la Vida Privada, el Honor y la propia imagen en el Distrito Federal*, las personas morales gozan de los derechos de la personalidad, en lo que sea compatible con dicha personalidad (art. 6o.), lo que confirma el criterio aquí expuesto, contrario al sustentado en la ejecutoria anteriormente transcrita.

Ha parecido al autor de este libro que no carece de interés, como se ha hecho en otros pasajes, el incluir una referencia bíblica relacionada con el tema relativo al incumplimiento de los contratos.

Como se sabe, uno de los Diez Mandamientos mencionados en el Libro Bíblico del Éxodo es el relativo a "No Hurtarás". Pues bien, el llamado Sistema Educacional de la Iglesia hizo publicar hace varios años, a indicación de la Iglesia de Jesucristo de los Santos de los Últimos Días (*Intellectual Reserve Inc*., 1998, pág. 116), un Manual para uso de estudiantes de la Biblia en el que, al comentar el séptimo de dichos Mandamientos, se expresa de la siguiente manera:

> *A menudo nos encontramos justificándonos en toda forma de actos faltos de honradez, incluyendo el robar en las tiendas, lo que es sucio y bajo, y que, sin embargo, es cometido por millones de personas que dicen ser honorables y decentes.*
>
> *La falta de honradez viene en muchas formas: en atracos a mano armada, en la explotación del amor y las emociones de alguien para obtener lucro; en el robo de dinero o llevarnos lo que pertenece a los patrones; en la falsificación de cuentas bancarias; en sacar ventaja de otros contribuyentes al erario público, mediante reclamos falsos; en buscar exoneraciones no justificadas; en los préstamos particulares u oficiales, sin intención de devolver lo solicitado, en declararse en bancarrota injusta e impropiamente, sólo para evitar el pago de deudas pendientes, en robar en la calle o en las casas dinero y otras posesiones de valor; en robar tiempo, dando menos de la labor honesta de trabajo de un día a cambio del pago por un día completo; en viajar sin pagar el precio debido para hacerlo; en fin, en todas las formas de falta de honradez, en todos los lugares y en todas las condiciones.*
>
> *A todos los hurtos y actos carentes de honradez el Señor dice: "No hurtarás". Usó solamente dos palabras breves. Ya que es posible que se haya preocupado por la larga lista que tendría que haber hecho de las distintas formas de robar, falsificar y aprovecharnos de nuestro prójimo.*

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

4.13 Incumplimiento: teoría de la imprevisión

Como se sabe, la llamada *teoría de la imprevisión* parte del supuesto de que en todo contrato de tracto sucesivo o con cumplimientos diferidos en el tiempo, debe entenderse implícitamente consignada la cláusula *rebus sic stantibus*, por virtud de la cual el juez está facultado para reducir o suprimir totalmente las obligaciones de un deudor en la medida en que acontecimientos imprevisibles al celebrar un contrato, vengan a modificar las circunstancias de tal manera que el cumplimiento resulte excesivamente oneroso.

Es igualmente sabido que esta posibilidad ha ocasionado amplias y muy interesantes controversias en el curso de los siglos, e igualmente conocidos los argumentos que le sirven de apoyo, y que pueden resumirse así: no es justo que el acreedor pueda obligar a un deudor a cumplir una obligación si en el curso del tiempo, y por circunstancias que al celebrar el contrato no eran razonablemente previsibles y ahora no son superables, a dicho obligado le resulta por demás lesivo el cumplimiento.

La más antigua referencia a esta teoría la he encontrado en **Marco Tulio Cicerón**:[54]

> Mas hay casos y circunstancias en que lo que parece digno de un hombre justificado, a quien llamamos *hombre de bien*, varía totalmente y se muda en lo contrario: de forma que viene a *ser justo no cumplir lo prometido*, no volver el depósito, y el no guardar y desentenderse de otras cosas que la buena fe y la verdad requieren: a proporción que varían las circunstancias se mudan también las obligaciones, y no siempre son las mismas... Y así *tampoco deben llevarse a efecto aquellas promesas de que no ha de resultar provecho alguno a quien se ofrecieron*, ni les acarreen más perjuicio al que las prometió que utilidad a quien se hicieron... El sumo rigor del derecho viene a ser suma injusticia... Así que *no siempre se deben cumplir las promesas* como ni pagar los depósitos... Así muchas cosas que naturalmente parecen honestas, dejan de serlo según las circunstancias...

Posteriormente, en **Séneca**:[55]

> Entonces quebrantaré mi fe, entonces se me podrá culpar de fementido, cuando *las cosas estuvieran en el mismo estado que cuando yo hice la promesa*; no siendo ello así, *cualquiera alteración me da libertad de revisar mis promesas y me libra de compromiso... Todas las circunstancias deben ser las mismas que fueron cuando hice la promesa* para que puedan obligar mi fidelidad...

Es fácil entender que, difundido más tarde el cristianismo, **Tomás de Aquino** primero, y después los canonistas medievales, hayan proclamado la existencia de la cláusula que nos ocupa en todo contrato, aunque no se adoptara de manera expresa.[56]

Si bien de modo general puede afirmarse que el derecho positivo mexicano proclama la postura contraria, *pacta sunt servanda* (art. 1796, *C.Civ.*), no es posible sostener que la preconiza de modo absoluto, pues conviene recordar que las legislaciones civiles

---

[54] *Los oficios o los deberes*, 2a. ed., Editorial Porrúa, México, 1975, caps. X y XXV, págs. 11-12 y 90.

[55] *De los beneficios*, libros IV y XXXV.

[56] Una amplia exposición histórica de la cláusula *rebus sic stantibus*, en **Manuel Borja Soriano**, *op. cit.*, págs. 280-287, así como en **Giuseppe Osti**, voz "*clausola 'rebus sic stantibus*'", en *Novissimo Digesto Italiano*, vol. III, UTET, Torino, 1964, págs. 353 y siguientes.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

de varios Estados (provincias) mexicanos, en cambio, adoptan la teoría de la imprevisión; así, los códigos civiles de Aguascalientes (arts. 1733 y 1734), Guanajuato (art. 1351-III), Guerrero (arts. 2012-2015), Quintana Roo (arts. 378-381) y Jalisco, cuyo art. 1787 reza así:

> El consentimiento se entiende otorgado en las condiciones y circunstancias en que se celebra el contrato; por tanto, salvo aquellos que aparezcan celebrados con carácter aleatorio, cuando los negocios de ejecución a largo plazo o de tracto sucesivo surjan en el intervalo acontecimientos extraordinarios que rompan con la reciprocidad, la equidad o la buena fe de las partes, podrá intentarse la acción tendiente a la recuperación de este equilibrio y cuando el demandado no estuviera de acuerdo con ello, podrá optar por su resolución.

La redacción como podrá apreciarse, no es plausible, y el empleo de algunos vocablos introduce elementos que pueden suscitar confusiones.

Por lo que hace al *CCDF*, a principios de 2010 se reformó el art. 1796 y se le adicionaron el 1796 *bis* y el 1796 *ter*, todos ellos con el claro propósito de proclamar la teoría de la imprevisión, según resulta de los textos respectivos, que a continuación se transcriben:

> ***Artículo 1796.*** *Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, excepto aquellos que deben revestir una forma establecida por la Ley. Desde que se perfeccionan obligan a los contratantes no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias que, según su naturaleza son conforme a la buena fe, al uso o a la ley, con excepción de aquellos contratos que se encuentren en el supuesto señalado en el párrafo siguiente.*
>
> *Salvo aquellos contratos que aparezcan celebrados con carácter aleatorio, cuando en los contratos sujetos a plazo, condición o de tracto sucesivo, surjan en el intervalo acontecimientos extraordinarios de carácter nacional que no fuesen posibles de prever y que generen que las obligaciones de una de las partes sean más onerosas, dicha parte podrá intentar la acción tendiente a recuperar el equilibrio entre las obligaciones conforme al procedimiento señalado en el siguiente artículo.*
>
> ***Artículo 1796 bis.*** *En el supuesto del segundo párrafo del artículo anterior, se tiene derecho de pedir la modificación del contrato. La solicitud debe hacerse dentro de los treinta días siguientes a los acontecimientos extraordinarios y debe indicar los motivos sobre los que está fundada.*
>
> *La solicitud de modificación no confiere, por sí misma, al solicitante el derecho de suspender el cumplimiento del contrato.*
>
> *En caso de falta de acuerdo entre las partes dentro de un término de treinta días a partir de la recepción de la solicitud, el solicitante tiene derecho a dirigirse al juez para que dirima la controversia. Dicha acción deberá presentarse dentro de los treinta días siguientes.*
>
> *Si se determina la procedencia de la acción por ocurrir los acontecimientos a que se refiere el artículo anterior, la parte demandada podrá escoger entre:*
>
> *I. La modificación de las obligaciones con el fin de restablecer el equilibrio original del contrato según lo determine el juez, o*
> *II. La resolución del contrato en los términos del siguiente artículo.*
>
> ***Artículo 1796 ter.*** *Los efectos de la modificación equitativa o la rescisión del contrato no aplicarán a las prestaciones realizadas antes de que surgiera el acontecimiento*

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

> *extraordinario e imprevisible sino que estas modificaciones aplicarán a las prestaciones por cubrir con posterioridad a éste. Por ello tampoco procederá la rescisión si el perjudicado estuviese en mora o hubiere obrado dolosamente.*

Empero, debe tenerse muy presente que tal preceptiva, por virtud de su carácter local, no es aplicable a las obligaciones mercantiles.

La *Ley de Adquisiciones*, *Arrendamientos y Servicios del Sector Público* adopta, en su art. 44, una forma atenuada de la teoría, pues limita la revisabilidad de los contratos al surgimiento de circunstancias económicas.[57]

En cambio, parece que no hay duda sobre que esta teoría fue recogida, en materia de arrendamiento civil de fincas rústicas, a favor del arrendatario:

> El arrendatario no tendrá derecho a la rebaja de la renta por esterilidad de la tierra arrendada o por pérdida de frutos, provenientes de casos fortuitos ordinarios; *pero sí en caso de pérdida de más de la mitad de frutos, por casos fortuitos extraordinarios*. Entiéndese por casos fortuitos extraordinarios: el incendio, guerra, peste, inundación insólita, langosta, terremoto u otro acontecimiento igualmente desacostumbrado y que los contratantes no hayan podido razonablemente prever. En estos casos el precio del arrendamiento se rebajará proporcionalmente al monto de las pérdidas sufridas. Las disposiciones de este artículo no son renunciables (art 2455, *C.Civ.*).

Pero además, según cierto parecer, dicha teoría de la imprevisión se ha deslizado ya en nuestro derecho positivo por un conducto que, en su caso, yo calificaría de inesperado: **Cervantes Ahumada**[58] afirma que, por cuanto nuestro país suscribió y ratificó la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (mencionada en el núm. 3.6 de este libro), que en su art. 62 adopta la cláusula de que se trata, "... desde el punto de vista técnico-jurídico, el principio ha quedado incrustado en la ley fundamental y debe considerarse aplicable a las relaciones contractuales por notoria mayoría de razón".

Opinión tal no es compartible en tanto no se pierde de vista que la citada Convención sólo se aplica, con arreglo a lo dispuesto por su art. 1o: "… *a*) A los tratados entre uno o varios Estados y una o varias organizaciones internacionales, y *b*) A los tratados entre organizaciones internacionales".

La conveniencia de ponderar la posibilidad de que se incorpore en nuestro sistema legal la teoría de la imprevisión ha sido puesta de manifiesto, con especial crudeza, ante los infortunados vaivenes económicos que han golpeado a nuestro país en los años recientes, una de cuyas principales manifestaciones han sido las incesantes devaluaciones y envilecimientos de nuestra moneda. Indudablemente por ello, **Víctor Manuel Castrillón y Luna**[59] no vacila al proponer que esta teoría se adopte en ambas órdenes de legislaciones, a saber, la civil y la mercantil:

> Así, frente a situaciones como la antes apuntada, creemos que la única solución viable y equitativa se encuentra en la adopción por la legislación mercantil de la teoría de la imprevisión... Nuestra propuesta se centra en elaborar una regla general, que incorpore dicha teoría, tanto en el derecho mercantil como en el financiero, ya que por la naturaleza y

---

[57] Agradezco al profesor **Joaquín Martínez Alfaro** el suministro de las anteriores referencias.

[58] "La cláusula…, *cit.*, págs. 263-268.

[59] *Contratos mercantiles,* 1a. ed., Editorial Porrúa, México, 2002, págs. 24 y 25.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

> magnitud de las operaciones activas que comúnmente realizan las instituciones con los acreditados, y la indexación de las cargas accesorias al crédito (intereses) en relación con los vaivenes de la economía, y por los montos que amparan los contratos relativos, es donde mayormente se hace necesaria su incorporación.

Por todo ello, asume importancia el que recientemente la Asamblea Legislativa del Distrito Federal haya resuelto, a principios de 2010, introducir, en el *Código Civil* para el Distrito Federal, esta teoría de la imprevisión, mediante una reforma al art. 1796 y adición de los arts. 1796 *bis* y 1796 *ter*. El nuevo segundo párrafo del primero de los indicados preceptos reza como sigue:

> Salvo aquellos contratos que aparezcan celebrados con carácter aleatorio, cuando en los contratos sujetos a plazo, condición o de tracto sucesivo, surjan en el intervalo acontecimientos extraordinarios de carácter nacional que no fuesen posibles de preveer y que generen que las obligaciones de una de las partes sean más onerosas, dicha parte podrá intentar la acción tendiente a recuperar el equilibrio entre las obligaciones conforme al procedimiento señalado en el siguiente artículo.

El art. 1796 *bis* dispone que la solicitud sobre modificación del contrato debe formularse dentro de los treinta días siguientes a los acontecimientos extraordinarios y deben indicarse los motivos en los que se funda. Si las partes no se pusieren de acuerdo dentro de los treinta días siguientes a la recepción de la solicitud, el afectado tendrá el derecho de solicitar al juez que dirima la controversia, siempre que formule su demanda dentro de los treinta días siguientes.

Si el juez determina la procedencia de la acción, el demandado podrá escoger entre aceptar la modificación de las obligaciones de tal manera que se restablezca el equilibrio original del contrato, según lo determine el juez, o bien optar por la resolución del contrato, pero en cualquiera de los casos, según disposición del art. 1796 *ter*, las prestaciones realizadas con anterioridad no se verán afectadas por el art. 1796. Pero además, no operará la rescisión si el perjudicado hubiere incurrido en mora o actuado en forma dolosa.

Todo ello, por supuesto, no tendrá repercusión alguna en los contratos mercantiles.

Por supuesto, las circunstancias pueden ofrecer una amplia gama de modificaciones imprevisibles, y por ello **Luis Díez-Picazo**[60] ha podido escribir que:

> En rigor (la doctrina de la cláusula) *rebus sic stantibus* no contempla de una manera directa las alteraciones producidas en un contrato por la devaluación de la moneda, sino de manera general una modificación sobrevenida de las circunstancias, cualesquiera que éstas sean. Por otra parte, una devaluación monetaria por sí sola no es un hecho suficiente para poner en marcha tal aplicación de la doctrina *rebus sic stantibus*. Es preciso que esta devaluación monetaria sea imprevisible, que no forme parte del álea normal en los contratos de ejecución diferida y que incida en la economía del contrato de una manera tal que dicha economía contractual se "derrumbe" y que el equilibrio de las prestaciones se aniquile.

Es de observar que, a despecho de los poderosos argumentos secularmente esgrimidos en su contra, parece que la teoría de la imprevisión se abre paso en el moderno

---

[60] *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, vol. I, Editorial Tecnos, Madrid, 1970, pág. 448.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

derecho: la consignan el *C.Civ.* italiano (arts. 1467 y 1468), el *C.Civ.* argentino (art. 1198), así como el *C.Com.* colombiano (art. 868); y, para volver al ámbito doméstico, la proclamaba el proy. *C.Com.* (art. 1070). He aquí el texto de los referidos preceptos del estatuto civil italiano:

> ***Artículo 1467.*** *En los contratos de ejecución continuada o periódica, o bien de ejecución diferida, si la prestación de una de las partes deviene excesivamente onerosa por la ocurrencia de acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte deudora de tal prestación puede demandar la resolución del contrato, con los efectos establecidos por el artículo 1458. La resolución no puede ser demandada si la onerosidad superveniente forma parte del álea normal del contrato. La parte contra la cual se demanda la resolución puede evitarla ofreciendo modificar equitativamente las condiciones del contrato.*
> ***Artículo 1468.*** *En la hipótesis prevista por el artículo precedente, si se trata de un contrato en el cual una sola de las partes ha asumido obligaciones, la misma puede pedir una reducción de su prestación o bien una modificación en las modalidades de ejecución, suficientes para volverla a la equidad.*

Por lo que se refiere al derecho positivo español, si bien es cierto que no admite la teoría de la imprevisión, no menos lo es que, en cambio, la jurisprudencia se ha venido manifestando proclive a aceptarla, en numerosas decisiones, que cita **Cristina de Amunátegui Rodríguez**,[61] no sin dejar invariablemente establecido que se trata de providencias excepcionales, puesto que el *C.Civ*. español proclama, como su modelo francés, el principio *pacta sunt servanda*. Así, en la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 2001 se expresó lo siguiente:

> ... sigue la línea de la doctrina jurisprudencial pacífica y consolidada sobre esta materia, relativa a que por la aplicación de la cláusula implícita *rebus sic stantibus*, cabe la posibilidad de que, aunque en casos excepcionales y con gran cautela, por la alteración que ello puede suponer del principio *pacta sunt servanda* y del de seguridad jurídica...

La misma autora informa[62] que por ley del 26 de noviembre de 2001, en vigor a partir del 1 de enero de 2002, el *C.Civ.* alemán adoptó la teoría de la imprevisión, conforme al texto siguiente:

> ***Artículo 313.*** *(1). Si hubiesen cambiado de forma importante las circunstancias que servían de base al contrato una vez celebrado el mismo, y las partes no lo hubiesen pactado, o lo hubieran hecho con otro contenido de haber previsto este cambio, en tal caso se puede solicitar la adecuación del contrato, siempre que no se pueda imponer a una parte el mantenimiento del mismo sin variación, teniendo en consideración todas las circunstancias, especialmente el reparto del riesgo contractual o legal. (2). Se equipara a la alteración de las circunstancias el hecho de que importantes expectativas que se hubiesen convertido en la base del contrato resultaran falsas. (3). Si no es posible una adecuación del contrato o éste no se le puede imponer a una de las partes, podrá pedir la parte perjudicada la resolución del contrato. Cuando se trata de relaciones obli-*

[61] *La cláusula rebus sic stantibus*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, págs. 38 y siguientes.
[62] *Ibidem*, págs. 53 y 54.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

gatorias duraderas se tendrá, en lugar del derecho de resolución, el derecho de desistimiento.

Finalmente, la misma autora[63] sostiene que, desde sus orígenes, la teoría de la imprevisión surgió y se mantiene ligada a un sentido de justicia y de equidad, no menos que de buena fe, por estimar que, aunque la prestación sea realizable, resulta inequitativo el exigir un esfuerzo del todo desproporcionado al deudor para cubrirla, a condición de que la onerosidad se deba a circunstancias imprevistas. En este sentido, también parece contrario a la buena fe el obligar al cumplimiento de lo pactado ante la influencia de dichas circunstancias extraordinarias, merced a las cuales el deudor obtendría una insignificante contraprestación, principios que cabalmente recoge el *C.Civ*. de los Países Bajos, en su art. 258, al disponer:

> ... que sean de tal naturaleza que la parte contraria, según los criterios de la razón y de la equidad, no pueda esperar el mantenimiento del contrato.

Por su indudable influjo en el posible tratamiento del régimen jurídico de esta institución, especial importancia atribuyo a dos recientes opiniones vertidas sobre este punto en nuestro país.

La primera es de un exministro de la SCJN, expresada como voto particular a propósito de ciertas tesis jurisprudenciales sentadas con motivo de diversas cuestiones relacionadas con los contratos de apertura de crédito que, con cláusula de refinanciamiento, vinieron celebrando los bancos mexicanos con sus acreditados:[64]

> Voto por lo tanto en el sentido de fallar este tema de contradicción de tesis valiéndonos de la *autorización-obligación* que nos otorga el artículo 14 constitucional, y a través de la más estricta equidad aplicar la *teoría de la imprevisión*, ausente en los contratos de apertura de crédito que han sido objeto de nuestras resoluciones, puesto que si dicha posición es verdad que no está plasmada en ley, y no puede por consiguiente ser interpretada, en estas ausencias habrá que utilizar los *principios generales del derecho*... Los suscritos disentimos del criterio mayoritario, básicamente, porque omite aplicar, para dilucidar el problema, la teoría de la imprevisión, cuya invocación es indispensable en casos como los que analizaron los Tribunales Colegiados de Circuito,... La aplicación del principio conforme al cual los contratos legalmente celebrados deben también ser legalmente cumplidos, implicaría una "excesiva onerosidad por causa imprevisible", que lleva consigo un desequilibrio entre las prestaciones, pues los provechos o gravámenes recíprocos pactados originalmente en el contrato, el sinalagma o correspondencia entre las prestaciones de cada una de las partes es la causa de las obligaciones recíprocas en las que descansa el justo equilibrio entre los beneficios y gravámenes convenidos entre el acreedor y el deudor... Para pronunciarse jurídicamente al respecto, la Suprema Corte debería partir de la observación, ya probada, de que el legislador federal en materias civil y mercantil no establece ninguna disposición reguladora de la imprevisión que pueda, válidamente, ser aplicada de manera general o específica a los contratos de apertura de crédito. Este silencio constituye una laguna de la ley que de ningún modo justifica, a su vez, el silencio de esta juzgadora. Obligada como está por el artículo 17 constitucional a cumplir con la garantía de administrar justicia. Aunque

---

[63] *Ibidem*, pág. 138.

[64] **Juventino V. Castro**, *La Suprema Corte de Justicia ante la ley injusta*, 2a. ed., Editorial Porrúa, México, 1998, págs. 64 y siguientes.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

> no hay norma específica al respecto,... El artículo 1796 del *Código Civil* del Distrito Federal,... permite la apreciación, según la buena fe, conforme a la cual, los cambios de circunstancias influyen en las prestaciones a cargo de las partes.

Estas últimas consideraciones pertenecen, según informa el autor, a **Gabriel García Rojas**, a la sazón ministro también de nuestra máxima autoridad juzgadora, en un voto particular emitido en 1959, al resolverse el amparo promovido por José de la Luz Valdés en contra de la sentencia definitiva que en su momento emitió la Primera Sala del Tribunal Superior de Justicia de Coahuila.

La segunda opinión es de **Roberto Reynoso Dávila**:[65]

> De ser válido el dilema de que un juez ante una ley injusta no tiene más que dos posibilidades, o aplicar la ley con toda su injusticia o renunciar al cargo, entonces el dictado de la ley estaría por encima del valor Justicia, ya que ésta ocuparía un lugar subsidiario. Decir que los jueces sólo pueden aplicar la solución justa a los casos que se les presentan, cuando la ley se los (*sic*) permite es considerar de mayor rango a la ley que a la justicia... Considero que los titulares de los órganos del Estado, sin apartarse del cumplimiento estricto de su función jurídica, pueden adoptar, en la solución de los conflictos ante ellos presentados, a través de la hermenéutica jurídica, posiciones aparentemente contrarias a los textos legales, cuando éstos por su abstracta generalidad pugnan contra los principios básicos en los cuales se sustenta el orden social, especialmente los de carácter ético y sociológico... Frente a esta pugna inconciliable entre la inestabilidad de los fenómenos sociales y la quietud intransigente de las leyes, es preciso atender el llamado de los intereses sociales y no sacrificarlos a la inmovilidad incomprensiva de la ley... Hechas estas consideraciones, es preciso advertir que cuando se opera un cambio en el complejo mecanismo de la vida social y el ordenamiento legal es deficiente por la inevitable imprevisión del legislador o cuando las soluciones propuestas por las leyes, para los conflictos que surgen en la vida jurídica, desvirtúan los fines esenciales del Derecho y pugnan abiertamente con los elementales principios de Justicia, entonces el juzgador actúa necesariamente al margen de la legalidad, ya que sólo así puede dar plena satisfacción a las necesidades imperiosas del orden social. En estas condiciones debemos advertir también, que la función del juzgador no gira en torno a una labor meramente interpretativa de la ley, ya que se coloca en un plano completamente independiente de ésta.

Ahora bien, justo es recordar que ya con anterioridad **Eduardo J. Couture**[66] había proclamado su postura, plasmada, por una parte, en sus famosos *Mandamientos del abogado*:

> 4o. Lucha. Tu deber es luchar por el derecho; pero el día que encuentres en conflicto el derecho con la justicia, lucha por la justicia.

Criterio que había sido precedido por una serie de consideraciones agrupadas bajo el rubro *6.4 Abogados y poetas*, evocativas, todas ellas, de situaciones históricas o puramente literarias, en las que el rigor de las leyes y del estricto derecho no salen precisamente bien librados; así, recuerda los famosos casos de Orestes, según la famo-

---

[65] *La misión del juez ante la ley injusta*, Editorial Porrúa, México, 1999, págs. XIII, 15 y siguientes.

[66] *El arte del derecho y otras meditaciones*, vol. 1, Iure Editores, México, 2002, págs. 174 y siguientes.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

sa tragedia de **Esquilo**; de Pedro Crespo, según el drama *El alcalde de Zalamea*, de **Calderón de la Barca**; de Antígona, según la narración del ya citado **Esquilo** en los *Siete contra Tebas*, etcétera.

Me parece por demás interesante que tal tendencia *imprevisionista* haya encontrado también eco en los Principios de UNIDROIT, cuyos arts. 6.2.2 y 6.2.3 proclaman tal principio al establecer que, ante circunstancias imprevisibles, que alteren fundamentalmente el equilibrio de un contrato de tal manera que una de las partes se vea colocada en una situación de excesiva onerosidad, dicha parte está facultada para exigir renegociaciones que propicien un alivio a sus compromisos y que, ante el fracaso de tales renegociaciones, la autoridad judicial tiene facultades para dar por terminado el contrato en la fecha y los términos que se fijen, o bien para modificar su contenido a efecto de restablecer el equilibrio existente antes de la presentación de las circunstancias que lo alteraron. Véanse otras expresiones sobre la teoría de la imprevisión en el núm. 4.9 *supra*.

No es fácil determinar, desde el punto de vista económico o jurídico, el alcance de la *excesiva onerosidad*, y tampoco la conceptuación de una circunstancia como *imprevisible*. En un intento de dilucidar tales cuestiones, he aquí el auxilio de la doctrina: el jurista argentino **Rodolfo O. Fontanarrosa**[67] expresa:

> ¿Qué debe entenderse por excesivamente oneroso? Partiendo del recordado principio de equilibrio (razonable) entre las prestaciones recíprocas, habrá excesiva onerosidad *cuando el desequilibrio llegue a ser tan grave que, de haberlo previsto, los contratantes no hubieran celebrado el contrato o, en todo caso, lo hubieran celebrado en condiciones distintas*... El concepto de excesiva onerosidad debe ser considerado de modo diferente según se refiera a contratos unilaterales o a contratos bilaterales... La apreciación del grado o exceso de onerosidad queda reservada al juez... La onerosidad excesiva debe provenir de acontecimientos extraordinarios e imprevisibles. Por tales se entienden los hechos *objetivos*, no producidos por el deudor, que considerados también objetivamente y con prescindencia de las representaciones mentales de las partes, no encuadran dentro del marco de los acontecimientos normales y que, en el momento de estipularse el contrato, no pudieron ser previstos por una persona de diligencia normal.

Por su parte, las también argentinas **Lily R. Flah** y **Miriam Smayevsky**[68] destacan la necesidad de que el carácter excesivamente oneroso de una de las prestaciones sea superveniente:

> La "excesiva onerosidad" requerida en el texto legal para acceder a la teoría en estudio debe ser evaluada con prudencia, pues se trata de una cuestión de hecho, a la cual habrá que abordar con ciertas pautas destinadas a medir —básicamente— las ventajas y sacrificios recíprocos a cargo de las partes al inicio de la contratación. Porque si esa "excesiva onerosidad" o "desequilibrio de las prestaciones" o "sacrificio desproporcionado" de una de las partes es *ab initio*, la cuestión podría ampararse en la lesión o abuso del derecho, pero no en este artículo.

---

[67] *Derecho comercial argentino*, 2: *Doctrina general de los contratos comerciales*, Zavalía, Buenos Aires, 1987, págs. 118 y 119.

[68] *Teoría de la imprevisión*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1989, pág. 25.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

En cambio, la doctrina angloestadounidense discurre por diferente camino, que, sin embargo, le lleva a la misma conclusión, y es el consistente en estimar que, en presencia de acontecimientos extraordinarios, que tornan excesivamente oneroso, o tal vez imposible el cumplimiento del contrato respecto de una de las partes, opera la *frustración* del propósito que animó a la parte afectada en el momento de celebrarlo, y con ello la *frustración* del contrato mismo; así lo informa **Ewan McKendrick**,[69] al transcribir los claros conceptos de **lord Radcliffe** sobre el particular: "La frustración ocurre cuando la ley reconozca que, sin culpa de una de las partes, una obligación contractual deviene incapaz de cumplirse porque las circunstancias, en las cuales debe cumplirse configuran una cosa radicalmente diferente de la que se suscribió en el contrato. *Non haec in foedera veni*. No fue esto lo que te prometí hacer"; también es por demás ilustrativo el texto legal inglés sobre la materia: "Cuando un contrato regido por la ley inglesa devenga de imposible incumplimiento o de cualquier otro modo frustrado, y por tal razón las partes se consideren liberadas de su posterior cumplimiento, serán aplicables las siguientes disposiciones de esta sección, con arreglo a las disposiciones de la sección dos de esta ley" (Sección 1 de la *Ley sobre Frustración de Contratos*, de 1943); los preceptos posteriores regulan, detalladamente, las consecuencias de dicha *liberación de cumplimiento*, originada por la *frustración* del contrato.

En forma un tanto diversa, pero con una proyección más amplia, han venido aplicando las cortes estadounidenses la teoría de la imprevisión, calificada como "frustración del propósito", *frustration of purpose*, no prevista en el *Uniform Commercial Code,* pero sí en el *Restatement Contracts of the Law Second*, sección 265, 2d, conforme a la cual una de las partes en el contrato, obligada a efectuar un pago en dinero, tiene derecho de solicitar y obtener una quita parcial o total de su compromiso si demuestra que, por causas ajenas a su voluntad y supervenientes, el contrato no puede proporcionarle el beneficio sustancial que de él esperaba.[70]

Como es bien sabido, todo este mecanismo jurisprudencial ha dado lugar a que **Farnsworth**[71] afirme que el derecho contractual estadounidense es más judicial que legislativo, y, como botón de muestra, he aquí la forma en la que narra el surgimiento de la frustración como causa de nulidad de los contratos, resultante del caso *Krell v. Henry*, resuelto en 1903 por la Corte de Apelación londinense. A raíz de la proyectada ceremonia de coronación del rey **Eduardo VII**, varios residentes de las calles por las que discurriría la procesión dieron en alquiler locales adecuados a personas interesadas en contemplar el paso del cortejo, lo que ocurriría los días 26 y 27 de junio de 1902. Empero, el día 22 la Casa de los Comunes recibió informes en el sentido de que, en vista de que el Rey había requerido una urgente operación de apendicitis, se había pospuesto indefinidamente la ceremonia de coronación. Henry, el arrendador, se negó a devolver la suma pagada por Krell y, tras de una larga controversia judicial, la referida Corte de Apelación resolvió que debía devolverse la suma previamente recibida por Henry, en vista de que "... la procesión de la coronación fue el fundamento del contrato y... el objeto del contrato se frustró por la cancelación de la ceremonia y de la

---

[69] *Force majeure and frustration of contract*, Lloyd's of London Press, London, 1991, pág. 33.

[70] American Law Institute Publishers, núm. 2, St. Paul, Minn., págs. 334-335; para una exposición sobre los orígenes de esta doctrina y la forma en que la aplican las cortes de su país, *véase* **E. Allan Farnsworth**, *United…*, *cit.,* págs. 159-163.

[71] *United…*, *cit*., págs. 54, 55 y 160.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

procesión en los días previstos". Como es bien sabido, y así lo informa **Farnsworth**, la doctrina de la frustración ha sido generalmente aceptada por las cortes estadounidenses, a pesar de que no ha sido expresamente reconocida por el *Uniform Commercial Code*.

También de frustración del contrato hablan algunos doctrinarios argentinos, si bien sólo referida a la excesiva onerosidad superveniente. Aunque rechaza la opinión de algunos juristas sobre su origen inglés, pues afirma que tal teoría es, en los ordenamientos jurídicos de impronta romanesca, herencia de la *rebus sic stantibus* del derecho romano, **Mosset Iturraspe**[72] admite que los sustentos de ambas posturas ofrecen muchos puntos de contacto: hay una alteración superveniente de las circunstancias tenidas en cuenta al celebrar el contrato, no prevista en él e imprevisible por los otorgantes, ajena a su voluntad y que conduce a un grave desequilibrio patrimonial en perjuicio de uno de ellos.

Por su parte, el también argentino **Rubén S. Stiglitz**[73] extiende la frustración del contrato a consecuencias no patrimoniales, con lo que se ubica muy cerca de la concepción angloestadounidense, pues sostiene que: "Es menester que la causa (motivo determinante) del contrato, la que luego se malogra, haya sido manifestada, expresa o tácitamente (que se deduzca de la naturaleza del negocio, que se sobreentienda)."

Ello explica que este autor establezca una clara distinción entre frustración, teoría de la imprevisión y caso fortuito.[74]

Finalmente, ofrece positivo interés el examinar aquí la forma en la que los Principios 2004 de UNIDROIT abordan el punto en sus arts. 6.2.1 a 6.2.3:

a) Cuando el cumplimiento de un contrato devenga más oneroso para una de las partes, la misma, sin embargo, está obligada a cumplir sus obligaciones con arreglo a los siguientes preceptos;
b) Existe una circunstancia excepcional (*hardship*) cuando la ocurrencia de ciertos acontecimientos altere fundamentalmente el equilibrio del contrato a tal punto que el costo de su cumplimiento por una de las partes se vea incrementado o porque el valor del cumplimiento resulte considerablemente disminuido para una de las partes, siempre y cuando: 1) que los acontecimientos ocurran o lleguen a ser conocidos para la parte afectada después de la celebración del contrato; 2) los acontecimientos no hayan podido ser razonablemente previstos por la parte afectada al momento de la celebración del contrato; 3) tales acontecimientos queden fuera del control de la parte afectada; 4) el riesgo de los acontecimientos no haya sido asumido por la parte afectada;
c) En caso de que ocurran tales desfavorables acontecimientos, la parte afectada tiene derecho a solicitar renegociaciones, si bien la solicitud debe formularse sin demora alguna y en ella deberá expresar las circunstancias en las que se apoya. Además, tal solicitud no faculta a la parte afectada para dejar de cumplir.

Ahora bien, ante la imposibilidad de llegar a un arreglo dentro de un plazo razonable, ambas partes quedan facultadas para acudir ante los tribunales. Si el juzgador

---

[72] *La frustración del contrato*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1991, págs. 67 y siguientes.
[73] *Objeto, causa y frustración del contrato*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1992, pág. 24.
[74] *Ibidem*, págs. 24-32.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

encuentra que operaron las indicadas circunstancias desfavorables puede, si ello resulta razonable, dar por terminado el contrato en cierta fecha y fijar los términos de la conclusión, o bien modificar el contrato para restaurar el equilibrio perdido.

4.14 Interés legal mercantil

Sin mayores reparos —salvo el relativo a su reducida cuantía— se ha venido sosteniendo, desde hace muchos años, que el interés legal mercantil es de 6% anual. Empero, cabe dudar de que tal afirmación tenga un verdadero fundamento legal,[75] por cuanto se sustenta en un solo precepto, el 362 del *C.Com.*, que ciertamente lo proclama, pero *sólo para el contrato de préstamo mercantil*, pues está colocado en el Título y Capítulo que regulan tal contrato, y dentro de un contexto del que no puede inferirse pretensión alguna de generalidad, ya que en su redacción se emplea dos veces el vocablo *préstamo*.

Existe, pues, un interés legal mercantil, pero sólo para el aludido contrato; ninguna ley proclama el interés legal mercantil, con pretensiones de generalidad. De esta suerte, el reiterado criterio doctrinal así como jurisprudencial, y la sostenida práctica, en favor de 6% como interés *legal*, no pueden invocar, en su apoyo, más que un criterio de analogía.

Séame permitida la expresión de mi parecer sobre este punto.

Existen suficientes elementos legales, además de los antes expuestos, para que la SCJN, y con ella los tribunales y jueces, resuelvan que el interés *legal* es muy superior al ridículamente bajo sostenido hasta hoy: el art. 14 de nuestro máximo ordenamiento legal —la *CPEUM*— dispone que "en los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la *letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho*". Ahora bien, si, como se vio, la *letra* del art. 362 del *C.Com.*, está referida sólo al contrato de préstamo mercantil, pero no existe una disposición aplicable a *todos* los actos de comercio; si nada hay que obligue a entender que tal precepto debe conducir a una *interpretación* genérica; si uno de los principios generales del derecho es la *equidad*, entendida como una de las manifestaciones de la justicia, no puede por menos que concluirse que sería justa, por *equitativa*, una resolución en el sentido de que es legal el interés que rija en el mercado de dinero, tal vez el bancario, por ser los bancos la más usual fuente de los créditos dinerarios.

Y tal criterio de equidad tendría, en este caso, otros dos *rodrigones*: los arts. 1796 y 1882 del *C.Civ.*; el primero, por cuanto obliga a los contratantes a arrostrar las consecuencias propias de la buena fe, luego en modo alguno es protegible la conducta de quien pretendiera la *equidad* actual de un interés de 6% anual; el segundo, en cuanto confiere la acción de enriquecimiento a todo aquel que se empobrezca en beneficio de otro, sin que medie causa para ello. Y ninguna duda puede caber sobre que tales supuestos operan en el caso de cualquier obligación mercantil no cumplida oportuna-

[75] **Ernesto Gutiérrez y González**, *Derecho…, cit.*, pág. 505, en nota al pie; **Daniel González Bustamante**, *Diccionario jurídico mexicano,* voz *intereses*, 2a. ed., Editorial Porrúa-UNAM, México, 1988, pág. 1781.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

mente, si a falta de estipulación de intereses moratorios se pretendiera aplicar el llamado *interés legal*.

Los anteriores argumentos, que durante varios años puse verbalmente de manifiesto, y también en conferencias y cursos académicos, fueron compartidos, casi en su totalidad, por el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito al confirmar, el 9 de enero de 1992, en el expediente *RA-2673/91*, el amparo previamente concedido por el Juez Quinto de Distrito en Materia Administrativa en el Distrito Federal, en el juicio de amparo *392/90* promovido por Eric Paul Witschey Niemann.

Sin embargo, la anterior argumentación, así como el criterio sustentado en la indicada ejecutoria, no convencen a **Arce Gargollo**, quien considera:

> ... que en materia mercantil, el artículo 362 del C. de c. es el único precepto que fija una cifra concreta como "*interés legal*" y mientras no se legisle o se establezcan bases para fijar otra, ésta es la tasa aplicable como interés moratorio de las obligaciones mercantiles. Este último criterio ha sido sostenido por la Suprema Corte de Justicia,...

Ahora bien, como antes expresé, admito que, en efecto, tal es el criterio sustentado por nuestro máximo tribunal, que no me parece actualmente bien apoyado, por las razones que arriba apunté, a las que me remito, no sin subrayar el hecho de que el referido tribunal supremo ha venido fundando su opinión en un criterio de mera analogía, mismo que sirve de sustento a **Arce Gargollo**, frente a todo lo cual esgrimo, por mi parte, el principio general del derecho consistente en la equidad, previsto en el art. 14 constitucional.

A la vista de todo ello, resulta por demás ilustrativo el evocar aquí la opinión del antes citado **Portalis**[76] quien, con la autoridad que le confiere el haber sido un autor principalísimo del *Código Civil* francés de 1804, afirmaba lo siguiente:

> Para que los negocios de la sociedad puedan marchar, es necesario que el dinero tenga un precio; de lo contrario, no hay prestamistas, o, mejor dicho, los hay, pero que saben vengarse de la inercia de las leyes mediante estipulaciones simuladas y haciendo pagar a un alto costo el riesgo de su infracción. Nunca las usuras han sido más espantosas que cuando el interés ha sido prohibido. Al prohibir una cosa honesta y necesaria, no se hace más que envilecer a aquellos que la hacen y convertirles en gente deshonesta.- No hemos tocado la fijación del interés legal. Esta fijación no puede corresponder más que al gobierno; y las medidas que el gobierno puede adoptar al respecto no deben ser precipitadas. El interés legal no puede ser respetado más que en tanto se encuentre en armonía con el tipo del dinero en el comercio.

¿Qué habría dicho **Portalis** al enterarse de la abismal diferencia, en la actualidad imperante en nuestro país, entre los intereses que cobran los bancos, así como las empresas emisoras de tarjetas de crédito, y los que, en cambio, pagan a los inversionistas que en tales entidades colocan sus recursos?

Una interesante y con frecuencia invocada experiencia histórica, no exenta de tintes religiosos, es la decretal expedida por el Papa **Gregorio IX** en 1234, sobre la abolición de los intereses en todo tipo de contratos, no reproducida en el *Código de Derecho Canónico* vigente a partir del 27 de diciembre de 1983.

---

[76] *Discurso…*, *cit*., págs. 92 y 93.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

4.15 Resumen y comentarios

Es fácil advertir los serios tropiezos que en la práctica ofrecerá este por demás complejo mecanismo, que aparecen ya en el empleo de vocablos carentes de contenido jurídico y, además, de difícil inteligencia para los legos en la jerga computacional. De inmediato se aprecian los efectos jurídicos de todo lo expuesto: terminología extraña, colmada —tal vez fatalmente— de vocablos técnicos, y por tanto asaz confusa, que el legislador supone al alcance de los justiciables y del juzgador, suposición por ahora, y difícil es saber por cuánto tiempo, del todo apartada de la realidad, pues no será fácil amoldar al derecho, vale decir, a ese inmenso mundo de personajes que dentro de él se mueven —comerciantes, abogados, jueces, tratadistas, profesores, funcionarios públicos, estudiantes, fedatarios, banqueros, aseguradores...—, el empleo de una tecnología cuyo dominio ofrece serias dificultades a los propios especialistas.

¿Qué decir, sólo a guisa de ejemplo, de las consecuencias que acarrearán la carencia, más o menos prolongada, de corriente eléctrica, de fallas o descomposturas en las líneas telefónicas o en los "servidores", la actuación de los "piratas" electrónicos (*hackers*), el devastador efecto de los virus, la descompostura de los equipos, etcétera?

No es la anterior una opinión aisladamente pesimista. Juristas de otras latitudes se han pronunciado en parecidos términos: véanse, por ejemplo, las expresiones de los ingleses **Julian Randall** y **Bridget Tracy**[77] y de la italiana **Alessandra Zanobetti**.[78]

Del mismo parecer es, por lo que se refiere a Francia, **Olivier Cachard**,[79] quien apunta que, a tres años desde la adopción de la Directiva europea sobre el comercio electrónico, es hora de establecer un primer balance de su transposición en los Estados miembros de la Unión, y el resultado no arroja un saldo alentador, lo que permite apuntar que este "joven derecho de la internet" no ha llegado todavía a la "edad de la razón", pero comienza a mostrar ciertos signos de madurez, lo que permite adoptar una postura de razonable optimismo.

Cabe tener presente, por último, que regulaciones legales en punto a esta firma existen ya en Alemania, Argentina, Costa Rica, España, Perú y Singapur, así como en los estados de California, Illinois, Minnesota y Missouri (Estados Unidos de América).

Como consecuencia de todo lo anterior, no faltan quienes opinen que la cultura del papel está en crisis, de modo especial referida a las operaciones de comercio que aquí se examinan. En efecto, el mundo moderno es testigo de un lento pero al parecer inexorable proceso de desmaterialización de los documentos contractuales y, por tanto, de despersonalización de las relaciones negociales.

Mas todo ello, unido a la falta de seguridad jurídica en la contratación electrónica, está conduciendo también a la necesidad de cifrar la información, de ocultarla mediante mecanismos criptográficos y aun de empleo de vocablos y expresiones portadores de un oscuro sentido, en busca de los cuatro propósitos fundamentales que

---

[77] "Legal risks in the new e-economy", en *BLG Insurance law quarterly*, Barlow Lyde & Gilbert, no. 42, London, verano 2000, págs. 2-4.

[78] "Contract law in international electronic commerce", en *Revue de Droit des Affaires Internationales,* Forum Européen de la Communication, no. 5, Paris, 2000, págs. 533-562.

[79] "Le domaine coordonné par la directive sur le commerce électronique et le droit international privé", en *Revue de Droit des Affaires Internationales*, Forum Européen de la Communication, no. 2, Paris, 2004, págs. 161 y siguientes.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

vienen caracterizando este mecanismo informático: confidencialidad, autenticación, integridad y demostrabilidad.[80]

Pero también es necesario dar cuenta aquí de los peligros que encierra el empleo de esta intercomunicación comercial electrónica; fraudes propiciados por supuestas empresas que con increíble audacia ofrecen beneficios a quienes mencionen sus números de cuentas bancarias, de inversiones, de tarjetas de crédito, etc. Ello prontamente ha dado lugar a que cunda la desconfianza en el empleo de estos mecanismos, que por lo demás representan grandes facilidades y rapidez en transacciones mercantiles de la más diversa índole.

Así, según reportes periodísticos, entre enero y septiembre de 2006 la CONDUSEF recibió seiscientas denuncias por fraudes bancarios resultantes del empleo de medios electrónicos. Empero, el propio organismo apuntó la posibilidad de que los usuarios afectados llegaran en realidad a seis mil, muchos de los cuales no actuaron en protección de sus intereses ante el temor de lo intrincado y lento de los procedimientos legales, no menos que por la desconfianza en sus resultados.

Ahora bien, todo parece indicar que las dificultades propias de la operación electrónica, aunadas a la modernamente calificada como delincuencia informática, cuyos autores no son fácilmente localizables, mantiene un clima de escepticismo de cara al empleo de este mecanismo, modernamente llevado incluso a aparatos que guardan sólo una reducida semejanza con los equipos computacionales de escritorio y portátiles.

En efecto, la prensa diaria da cuenta, con lamentable frecuencia, de una amplia diversidad delincuencial *informática*: financiera, crediticia, sexual, etc., en la que son protagonistas, activos y pasivos, los cada vez en mayor número empleadores de este sistema de comunicación, el cual, además, según se dice, crea adicción.

Empero, justo es dar cuenta aquí de una de las facetas positivas de esta comunicación electrónica: la facilidad y rapidez con las que pueden celebrarse numerosas operaciones de todo tipo, en este caso de contratos mercantiles como el de seguro, particularmente en algunos de los ramos, como el de automóviles, el de grupos identificados de alguna manera, el de accidentes personales y algunos más, pues las entidades aseguradoras ya tienen predispuestas las pólizas, las solicitudes y el importe de las primas, que los interesados pueden cubrir también de inmediato, mediante empleo de tarjetas de crédito, de débito o bien de transferencia electrónica de fondos, hecho lo cual el equipo respectivo, siempre al momento y de manera automática, expide la póliza y el recibo de la prima, incluso con la indicación del lapso asegurado.

continúa

[80] **Jorge Morales Postiglione**, "El banco sin papeles. Reflexiones sobre el documento electrónico, la contratación por medios informativos y el rol del notario", en *Revista del Banco de Seguros del Estado*, número 2, Montevideo, 1998, págs. 79-92.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

continuación

Así, algún periódico diario de publicación nacional[81] dio cuenta de que cierto estudio realizado por la firma Travelocity mostró que el 48% de los consumidores nacionales que compran a través de la red lo hace para adquirir boletos de avión, mientras que el 40% adquiere, de la misma forma, paquetes turísticos. Se dijo también que del total de viajes de placer que se realizan a nivel mundial, alrededor del 60% se adquieren a través de Internet.

Pero desgraciadamente, como triste signo de los tiempos, el fraude no se ha hecho esperar, en este caso mediante el uso de estos mecanismos electrónicos. Efectivamente, en el amparo directo 442/2003, resuelto el 12 de noviembre de 2003 por el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Segundo Circuito, por unanimidad de votos, se resolvió que el delito de fraude se consuma en el momento del traspaso indebido de numerario de una cuenta a otra, a través de los sistemas y tecnologías aplicables al manejo nacional e internacional de valores y divisas, con independencia del material aprovechamiento del lucro indebido.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

[81] Periódico *Reforma*, Sección Negocios, 1 de febrero de 2010, pág. 3.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

CAPÍTULO 5

Cesión, subrogación, rescisión y extinción

5.1 Cesión: formalidades

"Los créditos mercantiles —dispone el art. 389 del *C.Com.*— que no sean al portador ni endosables, se transferirán por medio de cesión"; disposición anticuada que, literalmente, insinúa que los créditos al portador y los endosables no pueden transmitirse mediante cesión. Por el contrario, como es sabido, los títulos de crédito al portador se transmiten por simple tradición y los nominativos son transmisibles por cesión ordinaria (arts. 25-27 y 70, *LGTOC*).

Pese a que el art. 390 del *C.Com.*, sólo prevé que la cesión produce sus efectos legales desde que se notifique al deudor ante dos testigos, creo que los mismos efectos se surten a través de otros medios tanto o más fehacientes que el indicado, sin que por ello pudiera invocar el deudor un supuesto desconocimiento de la cesión por inobservancia del antañón —y tal vez por ello desusado— precepto. Así, la notificación mediante notario público (arts. 10 y 84-1 de la *Ley del Notariado para el Distrito Federal*), mediante corredor (arts. 6o.-V y 18, *LFCP*) o a través de un procedimiento de jurisdicción voluntaria (art. 893, *CPC*).

No prescribe el *C.Com.* la forma en la que deberá consignarse la cesión; luego, para saberlo, debe acudirse una vez más a la ley supletoria, según la cual "puede hacerse en escrito privado, que firmarán cedente, cesionario y dos testigos", salvo cuando el título deba constar, por disposición legal, en escritura pública (art. 2033, *C.Civ.*).

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

A mecanismo tal, o a la intervención de notario o corredor, deberá acudirse incluso cuando se trate de la transmisión de un título de crédito nominativo en el que aparezca la cláusula no a la *orden* o no *negociable*, en fuerza de lo ordenado por el art. 25 de la *LGTOC*: "El título que contenga las cláusulas de referencia sólo será transmisible *en la forma* y con los efectos de una cesión ordinaria".

Una forma *sui generis* de transmisión jurídica, en verdad poco frecuente en la práctica, y, a lo que entiendo, casi desconocida por nuestros doctrinarios, con la salvedad de **Arce Gargollo**,[1] es la consistente en la cesión del contrato, por virtud de la cual, como apunta el citado tratadista, "... una o las dos partes que originalmente celebraron un contrato *transmiten su posición de parte contractual* a otra persona, que así adquiere la calidad de parte en un concreto y determinado negocio".

En cambio, son varios los códigos civiles mexicanos que regulan esta expresión jurídica; el *C.Civ*. de Jalisco (art. 1560) se expresa así:

> La cesión de posición contractual queda perfeccionada cuando la otra parte acepta la cesión o es notificada fehacientemente de que ha operado esta cesión, en virtud de haberse cumplido con los requisitos que se fijaron en el contrato originario para que tenga verificativo la misma.

De esta suerte, ayuna de regulación federal, esta cesión de contrato implica, en realidad, un verdadero contrato autónomo, al que no habría más remedio que aplicar, en lo conducente, las escasas disposiciones del *C.Com*. en materia de cesión de créditos no endosables (arts. 389 a 391) y, también en lo conducente, los arts. 2029 a 2057 del *C.Civ*., si bien es aconsejable tener presente que no se trata aquí, en rigor, de una mera cesión de derechos o de deudas, sino de una verdadera sustitución de contratante, con total desplazamiento del cedente. Tal vez por ello convenga invocar aquí la forma en la que la referida legislación civil jalisciense regula esta institución:

> ***Artículo 1561.*** *Por regla general el cedente queda liberado de las obligaciones que le competían en el contrato originario, salvo que se estipule otra cosa, y entonces se le equipara a un fiador.*
> ***Artículo 1562.*** *El contratante podrá oponer al cesionario todas las excepciones derivadas del contrato, pero no las que tengan su origen en otras relaciones con el cedente.*
> ***Artículo 1563.*** *El cedente queda obligado a garantizar la validez y legitimidad del contrato, pero no su cumplimiento, salvo lo que se derive de su obligación al ser equiparado a un fiador.*

Ahora bien, la posible salvedad antes apuntada resulta de lo dispuesto por el art. 2409 del *C.Civ*., en cuanto dispone que la transmisión de la propiedad de un predio arrendado plantea la sustitución, en el contrato de arrendamiento, del antiguo propietario por el nuevo, y prueba de ello es que el arrendamiento subsiste en la forma contratada por el primero, y el arrendatario debe pagar las rentas estipuladas al nuevo propietario, desde que se le notifique en debida forma, la transmisión de la propiedad del inmueble.

---

[1] "La cesión del contrato", en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, año 8, núm. 8, Escuela Libre de Derecho, México, 1984, págs. 855-872; *Contratos..., cit.,* págs. 87-91.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

Otro posible caso de cesión del contrato opera en el supuesto que prevé el art. 106 de la *Ley sobre el Contrato de Seguro*, por manera que proclama que si el objeto asegurado cambia de dueño, los derechos y obligaciones que deriven del contrato de seguro pasarán al adquirente.

Lo expuesto justifica las afirmaciones de **Joaquín J. Forner Delaygua**,[2] en el sentido de que:

> … la sustitución de una parte en un contrato por un tercero puede tener su origen en fenómenos distintos al pacto entre cedente y cesionario tendente a producir esta sustitución en un contrato… Es ilustrativo el caso español en materia de cesión de cartera de seguros: la legislación ha evolucionado de manera que… ha quedado consagrada la cedibilidad de los contratos integrados en la cartera sin que los cedidos tengan otra posibilidad que la de expresar su disconformidad ante la Administración competente, sin facultad de rescindir su contrato.

Ahora bien, aunque ello pareciera obvio, un contrato sólo puede ser cedido cuando ambas partes lo hayan venido cumpliendo en debida forma, y así lo sostiene **M. Andreoli**.[3]

Una parte de la doctrina apunta,[4] con criterio por demás discutible, que la cesión del contrato supone una novación del original, que puede ser permanente o transitoria, en la medida en que, por un acuerdo tripartita, se acepte o no que el deudor original se vea sustituido por el cesionario.

5.2 Responsabilidades del cedente

Al igual que en los créditos civiles (art. 2042, *C.Civ.*), el cedente de un crédito mercantil responde de la legitimidad del crédito y, en su caso, de las facultades con las que actúe al otorgar la cesión (art. 391, *C.Com.*), salvo los alcances de pactos que sobre el particular celebren los otorgantes.

5.3 Cesión de deudas, subrogación y reenvío

Fuera de las apuntadas disposiciones, únicas que sobre este punto contiene el *C.Com.*, son aplicables a las cesiones de créditos y de deudas, así como a la *subrogación mercantil*, las reglas respectivas del *C.Civ.* (arts. 2029-2061), con ciertas excepciones, por lo que toca a la *subrogación*, que se abordarán al examinar los contratos de seguro y de fianza mercantil.

---

[2] *La cesión del contrato*, Editorial Bosch, Barcelona, 1989, págs. 7-9.
[3] *La cesión del contrato*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1956, pág. 44.
[4] **Roy Goode**, "Les clauses de cession dans les contrats internationaux", en *RDAI*, 2002, núm. 3/4, pág. 403.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

5.4 Rescisión de los contratos mercantiles

Aunque los diccionarios de nuestro idioma consignan, como significado del verbo rescindir, el consistente, simplemente, en dejar sin efecto un contrato o una obligación, la acepción jurídica suele ir un poco más allá, y así **Ignacio Galindo Garfias**[5] apunta que significa rasgar, romper o dividir algo y que tiene la misma etimología de la palabra *escisión*, que vale tanto como separación, en la inteligencia de que con ellas se expresa un concepto netamente jurídico, que equivale a privación de efectos, para lo futuro, de un negocio jurídico por sí mismo válido, por medio de una declaración de voluntad.

El propio autor expresa que la nulidad es otra forma de ineficacia de los actos jurídicos, pero, a diferencia de la rescisión, puede provenir de la estructura misma del acto o bien de la incapacidad de las partes o, por último, de los vicios de la voluntad de los otorgantes. Expresa, además que debe distinguirse también de la resolución, que se produce como consecuencia del incumplimiento de la obligación por una de las partes del contrato, o bien por efecto de que se ha realizado la condición resolutoria prevista por el autor del acto.

Por su parte, el tratadista español **José Antonio Martín Pérez**[6] apunta que modernamente el derecho de los contratos no puede concebirse desde un punto de vista *arquimédico*, sino como un juego conjunto de diferentes puntos de vista, que abarca la autonomía privada, la fidelidad al contrato, la justicia contractual, la confianza del contratante débil, por lo que modernamente se estima que la función tutelar del derecho consiste en reforzar el poder contractual de la parte más débil y reconstruir su interés, a fin de que pueda recuperarse el equilibrio de poderes y resulte fortalecida la autonomía privada, de tal manera que el centro de gravedad del contrato queda constituido por el centro de su función técnica, que es la de ser el vehículo técnico, en el tráfico económico, para llevar al cabo la actividad de intercambio y la circulación de bienes y servicios, todo lo cual no puede quedar totalmente en manos de los contratantes, y por ello opera también el modernamente llamado *orden público económico*, que debe cumplir una labor de protección, como lo es la de tutelar a una de las partes y garantizar el equilibrio interno del contrato, pues no debe perderse de vista que en todo ello se persigue la consecución de objetivos económicos generales. También apunta que en la moderna contratación el interés dominante, así económica como jurídicamente, es el de la producción, lo que ha conducido, como se dice en otros pasajes de este libro, a la comercialización del derecho civil.

5.5 Extinción de las obligaciones mercantiles

Tema es éste en el que, de nueva cuenta, es necesario hacer remisión a las formas en que se extinguen las obligaciones civiles, pues nada nuevo ofrece el derecho mercantil.

---

[5] Voz Rescisión del contrato, en el *Diccionario Jurídico Mexicano*, segunda edición, Instituto de Investigaciones Jurídicas, P-Z, Editorial Porrúa y UNAM, México, 1988, pág. 2813.

[6] *La rescisión del contrato (En torno a la lesión contractual y el fraude de acreedores)*, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1995, págs. 50 y siguientes.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

Es evidente que a las *formas de extinción* específicamente contempladas por el *C.Civ. —compensación, confusión, remisión y novación—* debe añadirse el amplio elenco de otras que también suponen la desaparición del nexo obligacional; así, además del cumplimiento, antes examinado, la nulidad —en todas sus formas y grados—, la ineficacia, la rescisión, la resolución, el caso fortuito, la fuerza mayor, el vencimiento del plazo, el cumplimiento de la condición resolutoria, la caducidad, la prescripción y, conforme a algunos códigos civiles, la excesiva onerosidad superveniente. (Sobre esta última *véase supra,* en el núm. 4.13, el estudio sobre la teoría de la imprevisión.)

5.6 Nulidad, inexistencia e ineficacia

Falta a la teoría jurídica, pero también a los textos legales, la claridad que es de desearse en institución de tamaña importancia como lo es la *nulidad*. Si a ello se agregan los normalmente engorrosos, lentos y no pocas veces onerosos procedimientos judiciales, que configuran un obligado requisito para que dichas nulidades se conviertan en realidad, parece necesario llegar a la conclusión de que el instituto de las nulidades ha devenido impráctico, y con ello se ha erigido en un valladar entre la necesidad de justicia y su realización.

No otro es el panorama que ofrece la inexistencia de los actos jurídicos, de la que incluso ha llegado a sostenerse[7] que "... ha sido edificada sobre un fundamento falso, se ha apoyado falsamente en la concepción orgánica del acto jurídico..." la que, a su vez, "... aunque considerada desde el punto de vista de su estructura íntima, es un verdadero conjunto de herejías...".

En nuestro medio, **Gutiérrez y González**[8] critica, por una parte, el concepto que de *acto inexistente* proclama el art. 2224 del *C.Civ.*, en cuanto preconiza que dicho acto no es susceptible de valer por confirmación, ni por prescripción, pues, en opinión del referido tratadista, debió mencionar la caducidad; en cuanto a la *regulación legal de las nulidades*, endereza el mismo reproche, y afirma que "ningún acto viciado se puede convalidar por prescripción".

Pero más dura es la crítica que endereza contra el criterio sustentado por la SCJN, la que ha sentado jurisprudencia en el sentido de que entre *nulidad e inexistencia* no hay diferencias reales, sino meramente teóricas.

Mas existe otro punto de vista que, por su trascendencia, debía merecer, a mi juicio, un profundo estudio en la *regulación de las nulidades e inexistencias*, y es el relativo al supremo interés de la justicia. En efecto, con arreglo a la actual legislación, es posible que una de las partes contratantes vea afectados sus intereses por la inobservancia de una formalidad, que, de no cumplirse, fatalmente conduciría a la declaración judicial de nulidad del contrato, por encima de elementos que, considerados en debida forma, mostrarían hasta la evidencia que la justicia está del lado de la parte afectada.

---

[7] **Georges Lutzesco**, *Teoría y práctica de las nulidades*, 2a. ed., Editorial Porrúa, México, 1972, págs. 233-235.

[8] *Derecho de las obligaciones*, 7a. ed., Editorial Porrúa, México, 1990, págs. 154-159.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

Me atrevo a sostener que tal rémora es la génesis de una nueva institución, aparentemente no prevista por el *C.Civ.*, con la que se ha pretendido y obtenido dar la vuelta al referido obstáculo sustantivo-procesal, que es la ineficacia.

La *teoría jurídica de la ineficacia* es por demás sencilla y no oculta que su origen se encuentra en la *teoría de las nulidades*: por atentar contra disposiciones de interés público, ciertos actos de derecho privado son nulos. Ahora bien, esta nulidad no puede, como en las previstas por el *C.Civ.*, permitir que tales actos surtan provisionalmente sus efectos mientras no se dicte una sentencia que la declare; debe operar desde luego, y para ello el único camino es, precisamente, la declaración *por la ley* y sin esperar una sentencia judicial de tal nulidad. De ahí que se califique a estos *actos de ineficaces* pues, por voluntad legal, y sólo por ella, no surten efecto alguno.

Por lo demás, estas ineficacias no son, ni con mucho, nuevas en el campo del derecho. Desde hace tiempo se conocen en el derecho público, particularmente en el administrativo.

Así, con plausible claridad, el art. 897 del *C.Com.* colombiano dispone: "Cuando en este *Código* se exprese que un acto no produce efectos, se entenderá que es ineficaz de pleno derecho, sin necesidad de declaración judicial".

En efecto, lucida estaría la autoridad si, para requisar mercadería ilegalmente introducida en el país, hubiera de solicitar la previa declaración judicial de nulidad de los actos de importación; o si tuviera necesidad de acudir a tal procedimiento para obtener la declaración de nulidad de una compraventa de drogas enervantes, cuyo tráfico esté prohibido, como requisito previo para decomisar tales drogas.

Aunque ya el art. 8o. del *C.Civ.*, insinúa la ineficacia al tachar de *nulos* los *actos* contrarios al tenor de las leyes prohibitivas o de interés público, me parece que el empleo del vocablo *nulos* ha dado lugar a que el alcance de tal precepto no sea cabalmente captado; pero, además, han faltado la inspiración doctrinal y la labor jurisprudencial que pudieran haber desentrañado su verdadero y recóndito sentido.

A pesar de que en la *LCM* se emplea algunas veces la palabra *ineficaces*, con que se califica a ciertos actos frente a la masa acreedora (art. 113), no llegan a aclararse los efectos de tal ineficacia, ni la forma de hacerla valer. De manera en extremo vaga, los arts. 118 y 119 parecen insinuar que el efectivo o los bienes entregados "en fraude de acreedores" deben volver a la masa.

Es en leyes recientes donde se perfila con mayor claridad la ineficacia de ciertas relaciones de derecho privado; así, la *LIE* dispone que los actos "... declarados nulos por la Secretaría... no surtirán efectos legales... ni se podrán hacer valer ante terceros" (art. 37).

5.7 Prescripción

Como tantas veces se ha hecho notar, las *prescripciones mercantiles* operan, de ordinario, en plazos más cortos que las civiles. Otras *diferencias entre la prescripción civil* y la mercantil son las siguientes:

1. La mercantil corre en contra de los incapacitados (art. 1048, *C.Com.*), al paso que la civil comienza a correr sólo desde que se les discierna la tutela (art. 1166, *C.Civ.*).

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

2. La civil se interrumpe por las mismas causas que la mercantil: demanda o interpelación judicial notificada y reconocimiento verbal o escrito del derecho de la persona a quien perjudica la prescripción, por parte del beneficiado con ella; en cambio, la mercantil no se interrumpe, como sí la civil, porque el poseedor de la cosa o del goce del derecho sea privado de la posesión por más de un año (arts. 1168, *C.Civ.* y 1041, *C.Com.*).

Sobre este tema, la Tercera Sala de la SCJN ha sentado varias tesis jurisprudenciales; por su importancia destacan las siguientes:

a) Interrumpida la prescripción mercantil por la presentación de la demanda, un nuevo plazo prescriptivo se inicia con dicha presentación; pero este nuevo plazo puede ser interrumpido nuevamente con cualquier gestión o promoción del actor en el juicio respectivo, pues con ello manifiesta interés en sus pretensiones (*Semanario Judicial de la Federación*, sexta época, vol. CXXV, cuarta parte, noviembre de 1967, Tercera Sala, pág. 43).
b) La prescripción mercantil se interrumpe por la sola presentación de la demanda, sin necesidad de notificación o emplazamiento, pues tales actos no compete realizarlos al actor (*Apéndice de Jurisprudencia de 1917 a 1965 del Semanario Judicial de la Federación*, cuarta parte, Tercera Sala, pág. 790; *Semanario Judicial de la Federación*, sexta época, vol. CXXVII, cuarta parte, enero de 1968, Tercera Sala, pág. 39).
c) Es renunciable el plazo de prescripción civil ganada (art. 1141, *C.Civ.*), no así el de prescripción mercantil (art. 1039, *C.Com.*).

De los plazos de prescripción previstos por el *C.Com.* sólo subsisten:

a) El de un año, por lo que se refiere a la acción de los comerciantes detallistas por ventas al fiado y para exigir responsabilidades por parte de los agentes de Bolsa, hoy llamados *intermediarios del mercado de valores* (arts. 1043-I y IV, *C.Com.*, y Título Sexto, *LMV*).
b) El de cinco años, para las acciones derivadas del contrato de sociedad, así como para las acciones en contra de los liquidadores de sociedades, por razón de su cargo (art. 1045-I y II); nótese que el precepto omite toda referencia a las acciones que se tengan en contra de los administradores por razón de su cargo, o que asistan a éstos en contra de los accionistas, por ejemplo, en caso de repetición por el valor de las sumas que como utilidades se hubieran repartido, sin haber hecho separación de las cantidades necesarias para formar o incrementar el fondo de reserva (art. 21, *LGSM*). En vista de tal omisión, creo que el plazo de prescripción de tales acciones es el de cinco años, pues tales acciones se relacionan directamente con el contrato de sociedad.
c) El de diez años, para reivindicar la propiedad de una embarcación marítima y para todas las demás acciones, respecto de las cuales no se prevea un plazo diferente en el propio *C.Com.* o en otras leyes mercantiles (art. 1047).

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

CAPÍTULO 6

Las leyes económicas y la nueva teoría de los contratos

6.1 Las leyes económicas

La necesidad de proteger las economías nacionales frente a los embates de poderosos intereses públicos y privados extranjeros; el rotundo fracaso de uno de los propósitos fundamentales de la economía liberal, que preconiza el abatimiento de los precios como consecuencia de la libre empresa; el inexorable avance en el camino de los abusos de la libertad de contratación en perjuicio de los sectores económicamente débiles o inevitablemente necesitados de ciertos bienes: tales han sido las principales causas de un interesante efecto legislativo, cual es la expedición de una serie de disposiciones que encubren, bajo un atuendo jurídico, todo un mecanismo económico de carácter tutelar, ora encaminado a impedir la excesiva fuga de capitales domésticos al extranjero, ora para poner coto a cláusulas leoninas, impuestas en los contratos por la parte económica o técnicamente fuerte, al amparo de la libertad de contratación.

Fruto de esa corriente legislativa son, en México, la *Ley de Inversión Extranjera*, la *Ley Federal de Protección al Consumidor* y la *Ley Federal de Competencia Económica*, entre otras. Todas ellas han venido a configurar, con el conjunto de sus disposiciones, una *nueva* teoría de *ciertas* obligaciones mercantiles; es nueva, a mi juicio, por cuanto parte de un supuesto que se opone diametralmente al de la teoría tradicional, que es el de la autonomía de la voluntad; por otra parte, no se trata de una teoría *general*, pues abarca sólo ciertas relaciones juridicoeconómicas de los particulares.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

6.2 Bases económicas de la nueva teoría

La nueva teoría descansa sobre varios supuestos; los principales son los siguientes:

a) Por cuanto la situación económica de un país es determinante de la de sus habitantes, la protección legal de la primera debe prevalecer sobre la regulación de aquellas relaciones económicas de los particulares que repercutan en la economía del país.[1]
b) Ciertas empresas deben constituirse y operar con recursos en su mayoría autóctonos, y sólo por razones de especial interés para el país —legalmente previstas y sujetas a apreciación y comprobación por parte del organismo competente— puede autorizarse la constitución de empresas con mayoría de recursos extranjeros (arts. 6o.-9o., *LIE*).
c) La experiencia ha demostrado que no debe dejarse a la voluntad de las partes la libre contratación de mercaderías o servicios con proveedores habituales, pues la necesidad de estos satisfactores ha propiciado el abuso generalizado en perjuicio de los consumidores, los que, por tanto, se desenvuelven dentro de una muy reducida esfera de libertad para contratar.[2]
d) Deben prohibirse los actos o contratos que propendan a la configuración de monopolios o prácticas monopólicas (art. 2o., *LFCE*).

Bajo los auspicios del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México se celebró, en 1979, el Coloquio Internacional de Protección Jurídica del Débil en el Consumo, que propició la presentación de estudios y ponencias por demás interesantes y, algunas de ellas, de gran valor jurídico; al pronunciar las palabras preliminares de dicho Coloquio, **Jorge Sánchez Cordero Dávila** se expresó así:

> Con mayor frecuencia el productor y distribuidor tienen más posibilidad de determinar las condiciones de mercado que los consumidores. La fusión de empresas y algunas restricciones voluntarias de la concurrencia también han generado desequilibrios en detrimento de los consumidores. Las prácticas comerciales, las cláusulas contractuales, el crédito al consumo y la noción de la concurrencia han evolucionado. Pero estos cambios no han hecho más que acentuar los desequilibrios que hemos abocado y que han sensibilizado a los consumidores y al poder público de la necesidad de una acción que tienda a mejor informar al consumidor de sus derechos y de protegerlo contra los abusos resultantes de tales prácticas.[3]

Y con tales piezas, los Estados han elaborado y puesto en marcha la nueva máquina legislativa, que nadie sabe hasta dónde llegará. De modo resumido, a continuación describiré su funcionamiento.[4]

---

[1] Así lo proclama, sin ambages, el art. 25, *CPEUM:* "Corresponde al Estado la rectoría del desarrollo nacional... El Estado planeará, conducirá, coordinará y orientará la actividad económica nacional, y llevará a cabo la regularización y fomento de las actividades que demande el interés general...".
[2] "La ley protegerá a los consumidores y propiciará su organización para el mejor cuidado de sus intereses" (art. 28, *CPEUM*).
[3] **Jorge Sánchez Cordero Dávila** y otros, *La protección del consumidor,* UNAM y Nueva Imagen, México, 1981, págs. 13 y 14.
[4] **Augusto Mario Morello**, *op. cit.,* pág. 1, apunta, como aspectos novedosos de la nueva contratación mercantil: la cuestión de la recomposición del poder adquisitivo de la moneda; la reconducción del

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

Con su reconocida profundidad, y dentro de una Italia que en todos los órdenes mostraba todavía las secuelas de la guerra, **Lorenzo Mossa** intuía y saludaba al nuevo derecho:

> La nueva revista será un órgano... de derechos nuevos, que no tienen todavía sus órganos de ciencia y de práctica, el derecho de la economía y el derecho social... Ahora el derecho mercantil no es el de la primera parte del novecientos. Es un derecho mercantil que está a la mitad del siglo, que afronta las crisis económicas y políticas... el derecho de la economía existe en la adaptación constante del derecho a la economía, según el superior orden jurídico... Está precisamente el derecho de la economía llamado a dictar los postulados básicos para el desarrollo del derecho mercantil, pero no sólo del derecho mercantil…[5]

Siempre al influjo de tales nuevas corrientes, en ocasión de los diversos actos conmemorativos de la expedición y vigencia del *Código Civil* francés de 1804, numerosos tratadistas galos, e incluso de otras nacionalidades, debatieron vivamente sobre la necesidad de actualizar varios de sus capítulos, de modo especial los relativos al derecho de las obligaciones y a la prescripción. Prontamente algunos de ellos se dieron a la tarea de redactar un anteproyecto de reforma del citado ordenamiento napoleónico.[6]

6.3 Repercusiones jurídicas en la inversión extranjera

No existe libertad para celebrar contratos de compraventa, arrendamiento, fideicomiso, sociedad, prenda y prestación de servicios, respecto de los bienes, derechos y actividades previstos por la *LIE*.

En efecto, cuando, en los supuestos que prevé la propia ley, los bienes o derechos pretendan transmitirse a personas o unidades, cuyas inversiones se consideren extranjeras (art. 2o.-II, *LIE*), o las actividades deseen encomendarse a tales personas, los contratos respectivos requieren, para su eficacia, las previas autorización y resolución favorables de los organismos oficiales respectivos (arts. 8o., 9o., 11, 14, 15 y 19, *LIE*).

6.4 Contradictoria reglamentación de la inversión extranjera

En el *DOF* 8 sep. 1998 se publicó el *Reglamento de la Ley de Inversión Extranjera y del Registro Nacional de Inversiones Extranjeras*, cuyo contenido suscitó y seguirá propi-

---

principio nominalista al valorista; el régimen de las indexaciones o del desagio; la forma en que juegan los intereses, propios del derecho monetario. Y todo ello en virtud de "... la incidencia de lo económico sobre lo jurídico".

[5] **Lorenzo Mossa**, "Diritto commerciale, diritto dell'economia, diritto sociale", en *Nuova Rivista di Diritto Commerciale, Diritto dell'Economia, Diritto Sociale*, vol. I, 1-4, Nistri-Lischi Editori, Pisa, 1947, págs. 1-4.

[6] Mismo que puede consultarse en la página electrónica: http://www.henricapitant.org/IMG/pdf/Avant-projet_de_reforme_du_droit_des_obligations_et_de_la_prescription_et_expose_des_motifs.pdf

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

ciando una larga serie de comentarios adversos y favorables, por ofrecer una mayor flexibilidad en la recepción de capitales extranjeros, y una ampliación de los sectores susceptibles de captar dichos capitales, pero también supresiones o simplificaciones de los trámites para legalizar las susodichas inversiones.

6.5 Repercusiones jurídicas en la adquisición de bienes o de servicios. La protección del consumidor

Con el manifiesto propósito de equilibrar las fuerzas de proveedores y consumidores, la *LFPC* vino a irrumpir en las dos vertientes del derecho privado y, al efecto, configura un no siempre claro mecanismo de ineficacias, nulidades, cláusulas forzosas y responsabilidades, a veces combinadas, exclusivamente aplicable a los contratos de adquisición de bienes o servicios en los que el proveedor sea una "persona física o moral que habitual o periódicamente ofrece, distribuye, vende, arrienda o concede el uso o disfrute de bienes, productos o servicios" (art. 2o.-II).

La regulación de ciertas operaciones, como la prestación de servicios, arrendamiento y otras, que tienen carácter civil para una de las partes, y en ocasiones para ambas, determina la inconstitucionalidad de la ley de que se trata, por cuanto mediante ella el legislador federal invade la esfera de competencia de las legislaturas estatales; pero además, la *LFPC* plantea la derogación de preceptos consignados en los códigos civiles, y también ello configura una invasión de competencia.

Ejemplos de disposiciones incompatibles con las contenidas en los códigos civiles son las siguientes, entre otras: dichos códigos facultan al vendedor, en caso de falta de pago del precio, para exigir la rescisión del contrato (arts. 2300 y 2310, *C.Civ.*), al paso que la *LFPC* atribuye al comprador, si ha cubierto más de la tercera parte del precio, el derecho de optar por la rescisión o por el pago del adeudo vencido, en unión del de los gastos y las costas del juicio respectivo (art. 71); en caso de rescisión de la compraventa —disponen los códigos civiles— el comprador tendrá derecho a percibir, además de la suma pagada, los intereses *legales* sobre la misma (art. 2311, *C.Civ.*); en cambio, la *LFPC* prevé que tales intereses se ajustarán a la tasa que se hubiere estipulado a favor del vendedor (art. 70).

Pero quizás el más claro ejemplo de discordancia con pretensiones derogatorias está dado por el art. 56, según el cual, pese a haberse celebrado por escrito, con las firmas de los otorgantes, un contrato de compraventa a *domicilio* no debe considerarse perfeccionado sino cinco días hábiles después de la firma, lapso durante el cual el consumidor puede *revocar* (*sic*) su consentimiento, *sin responsabilidad alguna...*; nada agrega el precepto en torno a alguna causa de la revocación, luego la resolución del contrato puede operar sin causa, mediante la sola voluntad del comprador y sin responsabilidad alguna de su parte. Precepto insólito, que comentaré más adelante (*infra* núm. 6.8), que navega contra la poderosa y secular corriente —*pacta sunt servanda*— formada por los arts. 1796 y 1797 del *C.Civ.* que, como es sabido, se consideran los más sólidos pilares de la seguridad jurídica contractual: el primero, en cuanto postula la obligatoriedad del vínculo contractual; el segundo, estandarte de la prohibición de dejar en manos de una de las partes la libertad de cumplir o no el contrato.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

En comentarios a la *LFPC*, y con argumentos que comparto, **Mario C. Monterrubio** opina también que tal ley es inconstitucional en este aspecto;[7] y aunque haya vertido sus comentarios en torno de la ley anterior, son perfectamente aplicables a la nueva.

Por su parte, **Arce Gargollo**[8] apunta que si bien la *LFPC* regula actos que son civiles para una de las partes y mercantiles para la otra, en realidad les atribuye carácter comercial, a tal punto que emplea la expresión "comercialización del derecho civil", lo cual, sin embargo, mantiene a esta regulación dentro del ámbito constitucional, y sin embargo afirma que la *LFPC* es mercantil, pues se expidió con apoyo en el art. 73-X de la *CPEUM*, en cuanto faculta al Congreso de la Unión para dictar leyes en materia de comercio.

Discrepo de esta última opinión, pues la verdad es que la multicitada *LFPC* se expidió con apoyo en lo dispuesto por el art. 28 constitucional, en cuanto proclama que la ley debe proteger a los consumidores y propiciar su organización para el mejor cuidado de sus intereses. Por la misma razón, tampoco es fácil proclamar, sin más, el carácter mercantil de esta legislación, pues, como a poco se verá, en su regulación se incluyen actos y contratos que en rigor no son mercantiles y, por lo demás, tampoco se muestra en ella vestigio alguno de mercantilidad, como podría inferirse de alguna remisión al *C.Com*. o a otras leyes mercantiles. Ciertamente, tampoco existe alguna razón para predicar su carácter civil, pues, como en el caso anterior, no hay rastro alguno de ello. Se trata, simple y llanamente, de una nueva manifestación del derecho privado, ahora conocida como derecho del consumo, ubicado como parte del derecho económico al que se ha hace referencia en el presente capítulo.

En busca de un criterio que permita ubicar este régimen legal dentro del mundo mercantil o del civil, lo único que razonablemente puede aducirse es que, en algunos aspectos, ciertamente, regula un importantísimo aspecto operacional de las empresas mercantiles (art. 75, *C.Com*.), pero no hay duda de que en otros se aplica a relaciones y contratos que nada tienen de mercantiles, como lo son las adquisiciones de bienes o de servicios por parte de la mayoría de los consumidores, para los cuales dichos actos están muy lejos de la mercantilidad.

Parece, pues, que, quiérase o no, estamos en presencia de una novedosa estructura jurídica del derecho privado, que tal vez no sin razón, será necesario mencionar con una nueva denominación, que podría ser *derecho económico del consumo*.

En la misma forma se pronuncia **Alterini**:[9]

> A esto se llega por vía de un sistema autónomo que, en cuanto Derecho privado, sin ser ni Derecho Comercial ni Derecho Civil, toma lugar entre ambos, es de carácter interdisciplinario o multidisciplinario, está armado sobre una pluralidad de regulaciones... y en el cual "la intervención legislativa y la administrativa se encuentran en una condición de recíproca complementariedad".

Y llevado el caso a la esfera internacional, la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE), surgida de su Convención constitutiva firmada el 14 de diciembre de 1960, en París, y que cobró vigencia el 30 de septiembre de 1961, con la adhesión de México el 18 de mayo de 1994, emitió el 9 de diciembre de 1999, a

---

[7] *Comentarios a la edición de la LFPC*, Textos Universitarios, México, 1977, pág. 22.
[8] *Contratos..., cit.,* págs. 103-105.
[9] *Op. cit.,* pág. 151.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

guisa de recomendaciones, las Directrices para la Protección de los Consumidores de Prácticas Comerciales Transfronterizas Fraudulentas y Engañosas, amplio documento que concluye con una serie de recomendaciones a los países miembros, dentro de las que merece especial referencia la consignada con el número VI, en el sentido de que dichos países miembros procuren "… estudiar conjuntamente el efecto del resarcimiento al consumidor al enfrentar el problema de las prácticas comerciales fraudulentas y engañosas, prestando especial atención al desarrollo de sistemas efectivos de resarcimiento transfronterizo…".

Por cuanto recientemente se informó[10] que la mundialmente conocida empresa Nestlé, la más grande del mundo en la fabricación y venta de bebidas y alimentos procesados, ha decidido instalar en México una planta de crema en polvo y otra más de café, que será la más grande del mundo, llama poderosamente la atención el hecho de que nuestras autoridades no hayan tomado medida alguna para prohibir, o a lo menos restringir, la publicidad y venta de los productos Nestlé, a pesar de que, según es bien sabido, los treinta productos que elabora son alimentos y bebidas químicamente procesados y dañinos para la salud.

Consciente de ello, la empresa suiza está tomando medidas, en sus plantas de Lausana y Vevey, para poner a la venta productos menos dañinos e incluso de beneficio para la salud, de lo cual también se informó públicamente,[11] con la indicación de que las plantas de dicha empresa operan como fabricantes de los conocidos alimentos y bebidas, pero también como laboratorios químicos por virtud de la composición de los indicados productos.

Pero con referencia al ámbito doméstico, así las autoridades sanitarias como la PROFECO han venido mostrando cierta preocupación por la venta de bienes o productos que, con cada vez mayor frecuencia, se expenden fuera de establecimientos comerciales, ante la posibilidad de que no cumplan con las disposiciones legales, reglamentarias e incluso normativas, en lo que hace a la protección de la vida, la salud, la seguridad o la economía de los consumidores. De esta suerte, y con apoyo, principalmente, en lo dispuesto por el art. 25 *bis* de la *LFPC*, dicha autoridad expidió e hizo publicar en el *DOF* del 23 de noviembre de 2005, un Acuerdo por el que se estableció el procedimiento para asegurar los bienes o productos que, expedidos fuera de establecimientos comerciales, no satisfagan los requisitos antes referidos.

Mas sea de ello lo que fuere, resulta necesario dejar consignadas aquí las principales disposiciones que, en materia de operaciones a crédito celebradas entre proveedores no regidos por las leyes financieras y consumidores en contratos de cumplimiento diferido por parte de estos últimos, consigna la *LFPC*:

- A falta de competencia específica de determinada dependencia de la administración pública federal, corresponderá a la Secretaría de Economía expedir las nor-

[10] Periódico *Reforma,* Sección Negocios, 9 de noviembre de 2009, pág. 14.
[11] *The Economist,* 31 de octubre de 2009, págs. 79-81.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

mas oficiales mexicanas previstas por la ley, y a la Procuraduría que se cumpla con lo dispuesto en la propia ley y sancionar su incumplimiento (art. 3).

- El proveedor debe informar al consumidor, antes de la celebración del contrato, sobre el precio de contado del bien o servicio de que se trate, el monto de cualquier cargo, si lo hubiere, el número de pagos parciales, su periodicidad y sobre el derecho que tiene de liquidar anticipadamente el crédito, con la respectiva reducción de intereses (art. 66-I).
- También deberá informarse al consumidor sobre cualesquier descuentos, bonificaciones u otros motivos por los cuales difieran los pagos a crédito y de contado (art. 66-II).
- Debe respetarse el precio originalmente pactado, salvo lo dispuesto en otras leyes o convenio en contrario (art. 66-IV).
- Efectuada la operación, el proveedor debe enviar al consumidor por lo menos un estado de cuenta bimestral, que contenga la mención de los cargos, pagos, intereses y comisiones (art. 66-V).
- En los contratos de compraventa a plazo o de prestación de servicios con pago diferido, los intereses se calcularán sobre el precio de contado menos el enganche que se haya pagado (art. 67).
- Se podrán capitalizar intereses cuando exista previo acuerdo de las partes, en cuyo caso el proveedor deberá suministrar al consumidor estados mensuales de cuenta (art. 68).
- Los intereses se causarán exclusivamente sobre los saldos insolutos del crédito concedido y el pago no podrá exigirse por adelantado, sino sólo por periodos vencidos (art. 69).
- Cuando se trate de compraventa a plazos de bienes muebles o inmuebles, si se rescinde el contrato ambas partes deben restituirse las prestaciones que se hubieren hecho, pero el vendedor tendrá derecho de exigir por el uso del bien el pago de un alquiler o renta y, en su caso, una compensación por el demérito que haya sufrido el bien; el comprador que haya pagado parte del precio tendrá derecho a recibir los intereses conforme a la tasa que, en su caso, se haya aplicado a sus pagos (art. 70).
- Cuando el precio deba cubrirse en pagos periódicos y el deudor haya cubierto más de la tercera parte del precio o del número total de pagos convenidos, y el proveedor exija la rescisión o cumplimiento del contrato, asistirá al consumidor el derecho de optar por la rescisión o por el pago del adeudo vencido más las prestaciones que legalmente procedan, en la inteligencia de que los pagos hechos extemporáneamente y aceptados por el proveedor, liberan al deudor de las obligaciones inherentes a dichos pagos (art. 71).
- Todo cargo previsto en razón del otorgamiento de crédito al consumidor, deberá especificarse antes de la firma del contrato o de la consumación del propio contrato y deberá desglosarse la diferencia, pero el consumidor tendrá el derecho de realizar la operación de contado si a sus intereses no convinieren los términos del crédito (art. 72).

A continuación se resumirán las disposiciones relativas a los contratos que recaigan sobre bienes inmuebles, por supuesto sólo aplicables a los casos en que los proveedores tengan el carácter de fraccionadores, constructores, promotores o cuando

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

intervengan en la asesoría y venta al público de viviendas destinadas a casas habitación, así como cuando otorguen al consumidor el derecho de usar inmuebles mediante el sistema de tiempo compartido, que por cierto se examina en el capítulo 23 de este libro (arts. 73, 73 *bis*, 73 *ter*, 73 *quáter* y 73 *quintus*):

- Todos los contratos relacionados con dichas actividades deben registrarse ante la PROFECO.
- En caso de preventa, el proveedor deberá exhibir toda la documentación descriptiva del proyecto, así como la que acredite la propiedad del inmueble, los gravámenes que en su caso pesen sobre el mismo y las personalidades del vendedor y del proveedor.
- También debe suministrarse al prospecto amplia información sobre las características del inmueble, los materiales empleados, las instalaciones, las ubicaciones de los estacionamientos y de las áreas de uso común.
- Beneficios adicionales en caso de que se concrete la operación y de que se estipule una opción de pago favorable al proveedor.
- Tipo del crédito que se conceda, proyección del monto a pagar, tasa de interés que se utilizará, comisiones y cargos.
- Facultad del consumidor de cancelar la operación y condiciones en que la misma habrá de operar.
- Pero además, los proveedores deberán hacer la entrega física o real del inmueble precisamente con arreglo a lo estipulado.[12]
- Todo bien inmueble deberá ofrecerse con la garantía correspondiente, que no podrá ser inferior a un año contado a partir de la entrega real. Mientras dure la garantía, el proveedor estará obligado a realizar, sin costo alguno para el consumidor, todas las reparaciones de los defectos o fallas presentados por el inmueble.
- Si persistieren los defectos o fallas imputables al proveedor, sobre éste recaerá, de nueva cuenta, la obligación de realizar las reparaciones necesarias y, cuando fueren leves, la de bonificar el cinco por ciento sobre el valor de la reparación; si fueren graves, la bonificación será del veinte por ciento sobre el precio del bien.
- Las infracciones a los antes mencionados supuestos serán sancionadas con multa de $518.37 a $2'027,403.14.

Resulta extraño que, en un país como los Estados Unidos de América, no exista un organismo protector de los usuarios de servicios financieros, similar a nuestra CONDUSEF. La necesidad de un organismo semejante se ha puesto de manifiesto en forma sensible, particularmente a raíz de la crisis financiera desatada a fines de 2008, a tal grado que la Cámara de Representantes de dicho país ha iniciado los trabajos encaminados a la creación de una Agencia para la Protección del Consumidor Financiero —*CFPA*, por sus iniciales en inglés—, a la que se encomendará la elaboración de reglas protectoras de todos aquellos que celebran operaciones con las firmas financieras.

---

[12] Para un amplio y bien desarrollado estudio sobre este punto, con provecho podrá consultarse el libro *La protección jurídica de los consumidores en materia inmobiliaria*, de **Enrique Guadarrama López**, UNAM-PROFECO, México, 2006.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

No es de extrañar que la Asociación Americana de Banqueros se haya mostrado adversa a dicho proyecto, con argumentos de la más diversa índole, principalmente de naturaleza operativa.[13]

Por el contrario, la autoridad mexicana competente, en este caso la Secretaría de Economía, y mediante reformas y adiciones a varios preceptos del *Reglamento de la Procuraduría Federal del Consumidor*, por supuesto expedidas por el titular del Poder Ejecutivo, ha venido ampliando el espectro protector de los consumidores. He aquí algunas manifestaciones de tal tendencia, referidas, todas ellas, a preceptos del indicado Reglamento, y desde luego con relación a las facultades de la también mencionada PROFECO:

- Vigilar y calificar la publicidad relativa a bienes, productos y servicios, difundida por cualquier medio de comunicación y, si es el caso, ordenar la suspensión o corrección de la misma, en cuanto sea violatoria de las disposiciones de la *LFPC* y de otros ordenamientos legales que le otorguen competencia, y también aplicar las sanciones que correspondan (art. 11-VI).
- Emitir disposiciones en materia de investigación, pruebas y análisis por parte del Laboratorio Nacional de Protección al Consumidor (art. 12-VIII).
- Ordenar, dentro del ámbito de su competencia, la verificación y vigilancia de la publicidad e información relativas a bienes, productos y servicios que se difundan en los lugares y circunstancias a que se refiere el art. 96 de la misma Ley, así como ordenar, en su caso, la suspensión o corrección de dicha publicidad (art. 12-X).
- De oficio o a petición de parte, en el ámbito de su competencia y en los términos de la *Ley Federal sobre Metrología y Normalización*, ordenar la verificación y vigilancia de las normas a que se refiere esta última Ley, así como las demás disposiciones legales, reglamentarias y normativas aplicables (art. 19-XIII).

Como es de suponerse, el Reglamento de que se trata consigna muchas otras disposiciones de contenido similar y congruente con su objeto, que es el de "… establecer la organización de la Procuraduría Federal del Consumidor, para el ejercicio de las atribuciones que le confieren la *Ley Federal de Protección al Consumidor* y otras disposiciones legales aplicables" (art. 1o.).

6.6 Los contratos de adhesión. Contratos tipo. Uso y formularios

Para los efectos de la *LFPC*, se entiende por contrato de adhesión al elaborado unilateralmente por el proveedor, para establecer, en formatos uniformes, los términos y condiciones aplicables a la adquisición de un producto o la prestación de un servicio, aunque no contenga todas las cláusulas normales de un contrato. Si se otorga en territorio nacional, deberá redactarse en idioma español y con caracteres legibles a simple vista y en tamaño y tipo de letra uniforme; además, no deberá implicar prestaciones

[13] *The Economist*, 24 de octubre de 2009, pág. 85.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

desproporcionadas a cargo de los consumidores, obligaciones inequitativas o abusivas, o cualquier otra cláusula o texto que viole las disposiciones de la propia Ley (art. 85).

Sobre el mismo tema, hace muchos años uno de nuestros tratadistas lanzó su afirmación en el sentido de que *Los contratos de adhesión no son contratos, son guiones administrativos*[14], a tal grado de que consideró "inadecuada y errónea la denominación de *contratos* otorgada a dichos acuerdos de voluntades".

Adujo, para ello, que en estos acuerdos de voluntades no opera la libertad de discutir los términos, precios, plazos y demás estipulaciones incluidas en el clausulado, pues a una de las partes no le queda sino aceptar o rechazar la propuesta formulada por el proveedor, máxime que, según expresó, en todos los casos en los que se opera con estos documentos, interviene el Estado, que necesariamente debe aprobar el texto de los mismos, por todo lo cual, en resumen, aquí no se satisface la definición de contrato como libre acuerdo de voluntades, y por ello debe considerárseles como guiones administrativos.

Como ejemplos de lo anterior, **Gutiérrez y González** mencionó los servicios prestados y los bienes proporcionados por todas las entidades que operan mediante la necesaria licencia estatal, como las empresas de transportes de todo tipo, así terrestres como marítimas y aéreas, y también las instituciones descentralizadas, no menos que las de servicios financieros, como las bancarias y las aseguradoras, en cuyos casos al consumidor no queda más que tomar o dejar, en razón, además, de que aquí no operan los vicios del consentimiento y sólo excepcionalmente la teoría de las nulidades y de la inexistencia.

Es evidente, como incluso lo fue en su momento, que no son aceptables los puntos de vista de **Gutiérrez y González**, pues aunque se trate, en efecto, de documentos que generalmente requieren la intervención del Estado, la verdad es que en la práctica las empresas que operan merced a la autorización estatal acuden, con frecuencia, a las autoridades competentes para gestionar la modificación de los instrumentos con los que operan frente al público, sin perjuicio, además, de la hoy día imperante corriente protectora de los derechos e intereses del consumidor, frecuentemente calificado de parte débil en el contrato.

En cambio, se entiende por contratos-tipo los elaborados por algunas autoridades a fin de que sirvan a las empresas descentralizadas que prestan servicios o suministran bienes, como es el caso de DICONSA, que es una empresa de participación estatal mayoritaria, que pertenece al Sector Desarrollo Social y que tiene como propósito, según reza el respectivo boletín oficial, el de contribuir a la superación de la pobreza alimentaria, mediante el abasto de productos básicos y complementarios a localidades rurales de alta o muy alta marginación, con base en la organización y la participación comunitaria.

Por lo que hace a los formularios, en realidad se trata de encuestas, consultas colectivas y otros programas, elaborados tanto por entidades oficiales como particulares, a fin de conocer los gustos, tendencias, aficiones y demás de orden colectivo, todo ello con el propósito de adoptar fórmulas, contratos, listas de productos, con frecuencia incluso medicinales, todos ellos destinados a su consumo por la colectividad.

---

[14] Tesis profesional elaborada en 1951, por **Ernesto Gutiérrez y González**, y con la cual se le expidió, por parte de la entonces llamada Escuela Nacional de Jurisprudencia, de la UNAM, su título profesional.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

6.7 Las ineficacias en la *LFPC*

Sobre la confesada tendencia proteccionista del llamado *derecho del consumo*, **Alterini**[15] se ha expresado en la siguiente forma:

> Las relaciones entre los consumidores o usuarios y los proveedores de bienes y servicios han estado tradicionalmente sometidas al Derecho Comercial, por aplicación de las teorías de los actos de comercio objetivos y de los actos unilateralmente mercantiles. Tal sumisión venía a significar un privilegio de los intereses sectoriales de los comerciantes, concepto que ahora es abandonado al proteger los intereses propios de los consumidores o usuarios...

Con el expresado (*supra* núm. 5.5) alcance de ineficacia, participan de tal carácter las siguientes cláusulas:

a) De intereses sobre saldo global o con pago anticipado; en este caso, la ineficacia hace surgir, por el solo efecto de la ley, el derecho del consumidor a que los intereses se computen sólo sobre saldos insolutos periódicos, y a que se le cobren por periodos vencidos (art. 69).
b) De intereses a favor del comprador, en caso de rescisión, a tasas inferiores a las previstas para el pago del precio, según dispone el art. 70 de la *LFPC*. Tal precepto, como se recordará, consagra el derecho del comprador de percibir, en caso de rescisión, tanto la cantidad que había pagado, como los intereses sobre la misma, a la tasa que se hubiere convenido en el contrato a favor del vendedor; aquí la ineficacia, como en el caso anterior, conduce a considerar sustituida cualquier cláusula contractual en la que se hubiere estipulado tasas inferiores, por la configurada según el texto legal.

6.8 Las nulidades en la *LFPC*

En cambio, numerosas cláusulas, e incluso contratos en su totalidad, resultan afectados de nulidad, a mi juicio absoluta, en mérito de la irrenunciabilidad de las disposiciones contenidas en la propia *LFPC*, preconizada por su art. 1o., entre ellos los contratos en los que, concedido diferimiento de pago al consumidor, no se consigne el precio de contado del bien o servicio, la tasa y el monto total de los intereses, el monto y detalle de los cargos, el número y la periodicidad de los pagos, la cantidad total por pagar y el derecho de efectuar el pago anticipado, con la consecuente reducción de intereses (art. 66).

Verdad es que en ningún precepto de la Ley se proclama tal nulidad. Empero, la sostengo con apoyo en las siguientes consideraciones: la información de que se trata incide directamente en el monto y la forma de los pagos que debe efectuar el consumidor; de ese modo, tal información asume el carácter de cláusula *esencial* del contrato, cuya omisión le impide acogerse a los beneficios *irrenunciables* que la Ley le

[15] *Op, cit.,* pág. 151.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

concede; Ley que, no debe olvidarse, es *de orden público e interés social*; finalmente, tal omisión no es subsanable por confirmación o prescripción (art. 2226, *C.Civ.*). Elementos, todos ellos, que forman el decorado legal de la nulidad absoluta (art. 8o., *C.Civ.*, que preconiza la de los actos contrarios al tenor de las leyes prohibitivas o de interés público).

Otro camino que puede seguir el consumidor es el de exigir judicialmente la modificación o inclusión de las cláusulas que lo requieran, para que el contrato se ajuste a las prevenciones legales. Y aunque tampoco en este caso encuentro un claro fundamento legal, creo que la acción respectiva puede apoyarse en consideraciones del siguiente carácter: las disposiciones de la *LFPC* son irrenunciables por los consumidores; es así que el contrato omite cláusulas de forzosa inclusión, o las consigna en forma que no se compadece con la ley, y con ello se afectan los intereses o derechos del consumidor, luego, éste tiene expedita su acción para obtener que se ajuste a la ley.

Por todo ello, es merecedor de especial mención el tratamiento que la *LFPC* dispensa a las operaciones que se realicen con inmuebles cuando los proveedores tengan el carácter de fraccionadores, constructores, promotores o en general, intervengan en la asesoría y venta al público de viviendas destinadas a casa habitación, y también cuando otorguen el derecho de usar inmuebles mediante el sistema de tiempo compartido, según contrato que se examinará más adelante (art. 73).

6.9 Cláusulas naturales conforme a la *LFPC*

Pero también consigna la ley en cuestión una serie de cláusulas que deben entenderse insertas en los contratos a que la misma se refiere. Entre ellas:

a) La relativa al derecho del comprador a plazos de pagar por anticipado, sin más cargos que los que ocasione la renegociación del crédito (art. 66-I).
b) La concerniente al derecho del consumidor para exigir la devolución, en unión de los respectivos intereses moratorios, de las cantidades pagadas en exceso del precio legalmente autorizado o, en su defecto, del estipulado (art. 91).
c) La que atribuye al consumidor la facultad de optar entre la rescisión y la reducción del precio, cuando la cosa objeto del contrato resulte defectuosa o con vicios ocultos graves (art. 82).
d) Las que reservan al consumidor el derecho, según el caso, a la reposición, bonificación o devolución, cuando el bien o servicio no satisfaga las calidades, cualidades o cantidades estipuladas, normales o legales (art. 92-I y III).
e) La que finca el compromiso, por parte del proveedor, de poner a disposición del consumidor, durante un plazo razonable, las partes de recambio necesarias (art. 80).
f) En las ventas a domicilio, la que condiciona el perfeccionamiento de la compraventa al transcurso de cinco días hábiles a partir de la firma del contrato o de la entrega del bien, lo último que ocurra (art. 56).
g) El proveedor reporta la obligación de exhibir, en forma notoria y visible, el monto total a pagar por bienes, productos o servicios que ofrezca al consumidor, en la inteligencia de que dicho monto deberá incluir impuestos, comisiones, intereses, seguros y demás costos, cargos, gastos o erogaciones que deban cubrirse con motivo de la adquisición o contratación respectiva, sea al contado o a crédito (art. 7 *bis*).

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

Como antes se dijo, esta norma pretende ser derogatoria, por lo que hace a dichas compraventas domiciliarias, de los arts. 78, 373 y 376 del *C.Com.*, así como 1796, 1797 y 2249 del *C.Civ.*; su constitucionalidad es cuestionable, por cuanto permite al consumidor dictar, por *sí y* ante sí, una verdadera sentencia resolutoria del contrato, tal vez sin causa justificada, y sólo a condición de que *revoque* su consentimiento —según la expresión legal— dentro de los cinco días de que lo haya expresado.[16]

Es criticable el precepto de que se trata, en cuanto pretende que el contrato no se ha perfeccionado a pesar de que se firmó el documento respectivo o de que se entregó el bien, afirmación que no consigna su modelo, la ley francesa del 22 de diciembre de 1972, sobre venta ambulante, modificada en 1989 y 1992, e inspiradora de los preceptos que, en el mismo sentido, se contienen en las modernas leyes acerca de la materia, incluso la directiva europea del 20 de diciembre de 1985, y que concede al comprador el llamado *derecho de reflexión* durante siete días, dentro de los cuales puede *renunciar* al contrato que, por otra parte, se reconoce como celebrado; lo que, contra una elemental lógica jurídica, se niega a admitir la ley mexicana.[17]

En defensa del precepto, **José Ovalle Favela** expresa que:

> El contrato a domicilio, mediato o indirecto no se perfecciona por el consentimiento que las partes otorguen al momento de su celebración. El consentimiento del proveedor surte sus efectos desde que se exterioriza en la operación inicial; pero el consentimiento del consumidor no surte sus efectos sino hasta que transcurre el plazo de cinco días hábiles a que se ha hecho referencia... que se confiere al consumidor para que pueda valorar las características del bien o del servicio objeto del contrato y su precio en relación con los demás bienes y servicios equivalentes que se ofrezcan en el mercado; pero sobre todo, para que su decisión obedezca a sus propias necesidades y a sus gustos personales o familiares...[18]

6.10 Responsabilidades del proveedor según la *LFPC*

Pero también es fuente la Ley en comentario de un amplio elenco de responsabilidad de daños y perjuicios a cargo de los proveedores:

a) Por inexactitud o insuficiencia en la información, publicitaria o en los bienes mismos, sobre su origen, componentes, usos, características y propiedades (arts. 32, 33, 34 y 37).

---

[16] No cabe duda de que con semejante precepto se busca atenuar los efectos del llamado *vicio de seducción*; la ley francesa de protección al consumidor, del 13 de julio de 1979, concede al consumidor un período de siete días para que haga uso del *derecho de reflexión*. Todo ello ante la consideración, que en cambio comparto plenamente, de que en las compraventas de que se trata el adquirente se encuentra en una situación de notoria desventaja frente al vendedor.

[17] La ley francesa se aplica también a las ventas ambulantes efectuadas fuera de los lugares destinados a comerciar con el artículo o servicio respectivo, así como a las ofrecidas por correo, televisión, teléfono, fax, etc., y llega al extremo de castigar con cárcel y multa al que, mediante visitas domiciliarias, abuse de la debilidad o ignorancia del consumidor para obtener la firma del contrato: **Jean Calais-Auloy**, "La venta a domicilio y la venta por correo en el derecho francés", en *Defensa de los consumidores de productos y servicios*, dirigida por **Gabriel Stiglitz**, La Rocca, Buenos Aires, 1994, págs. 162 y 163.

[18] **José Ovalle Favela**, *Comentarios a la Ley Federal de Protección al Consumidor*, McGraw-Hill, México, 1994, págs. 108 y 109.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

b) Por insatisfacción de las normas de calidad, oficiales o especificadas; falta de correspondencia entre los materiales o ingredientes reales y los mencionados en un producto; deficiencia de un producto dentro del plazo de garantía; ineptitud de un producto para el uso que les es propio; por deficiencias de fabricación; incumplimiento de las especificaciones convenidas (arts. 77-80).

En estos casos los consumidores tienen derecho, además, a la reparación gratuita del bien y, si no es posible, a la reposición; si tampoco ésta es posible, a la devolución de la cantidad pagada.

Igualmente están obligados a pagar daños y perjuicios los prestadores de servicios de reparación que infrinjan el art. 60; por manera que, además del pago correspondiente a tales daños y perjuicios —en su caso— causados por el empleo, sin autorización expresa del consumidor, de partes o *refacciones* (vocablo con el que, de modo tan impropio como generalizado, se conocen en México las piezas de recambio o *refacción*) usadas o inapropiadas, el reparador está obligado a sustituirlas por nuevas o apropiadas, sin cargo adicional; las mismas consecuencias acarrea la aparición, dentro de los 30 días siguientes a una reparación, o dentro del plazo mayor de garantía, de deficiencias imputables al reparador (arts. 60 y 81).

Finalmente, si como consecuencia de reparación, acondicionamiento, aseo o servicios similares, los bienes se pierden o sufren deterioros, tales que no pueda obtenerse de ellos, total o parcialmente, el uso a que están destinados, habrá lugar también a la indemnización (art. 61).

Especial significación tiene la circunstancia de que el legislador haya destinado un amplio capítulo a la protección de los usuarios de inmuebles, e incluso en el reciente Reglamento de la propia *LFPC*, al mismo tema, si no se olvida que nuestra *CPEUM* reserva, a las legislaturas de las entidades federativas, el régimen legal de los inmuebles, al disponer, en su art. 121-II, que tanto los bienes muebles como los inmuebles deben regirse por la ley del lugar de su ubicación, lo que muchas veces se ha entendido en sentido lato, como absoluta reserva a las legislaturas estatales de la regulación relativa a todo lo que concierne a los bienes inmuebles.

Ahora bien, lo anterior no ha sido óbice para que, por una parte, la SCJN haya precisado en varias ocasiones, pero de modo especial mediante resolución de su Pleno, el 16 de junio de 2005, que son constitucionales las reformas y adiciones introducidas en febrero de 2004 a la *LFPC*, en materia de tutela de los intereses de los consumidores en cuanto usuarios de inmuebles proporcionados por proveedores que asuman el carácter de fraccionadores, constructores, promotores y demás personas que de modo habitual intervengan en la asesoría y venta de viviendas destinadas a casa-habitación o al uso mediante el sistema de tiempo compartido.

Conviene hacer notar que el aludido criterio fue el resultado de una larga y apasionada controversia judicial e incluso doctrinal, como consecuencia de la cual se incluyó el ordenamiento reglamentario publicado en el *DOF* 3 ago. 2006, cuyo cap. IV hace referencia incluso al contrato de compraventa de inmuebles cuando se celebre, claro es, por entidades inmobiliarias, no así como operación aislada.

Ulteriormente, **Enrique Guadarrama López**[19] ha hecho una tenaz y apasionada defensa de este criterio tutelar y, en especial, de la forma en la que ha venido encontrando eco por parte de la PROFECO.

---

[19] *Op. cit.*, especialmente en págs. 103, 105, 145, 148 y 189.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

Con referencia al concurso mercantil de Mexicana de Aviación, según información periodística publicada a principios de 2012, el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil de la Federación otorgó a la PROFECO un amparo, en cuyos términos los derechos de los consumidores deben catalogarse como derechos humanos, por lo cual 9781 consumidores de la citada empresa aérea tienen el carácter de acreedores privilegiados dentro del orden de prelación que se siga al resolver el referido concurso mercantil.

Por tal razón, dichos consumidores, representados por la misma PROFECO, quedan ubicados en el segundo lugar de prelación, inmediatamente después de los trabajadores y empleados de la empresa.

Por otra parte, pero en este caso a través del Portal del Consumidor, la misma PROFECO hizo saber que los consumidores tienen acceso al *ranking* de las veinte empresas que venden productos o servicios con el mayor número de quejas. Para ello, al abrir el expediente de cada empresa deberán expresarse los motivos de queja, el porcentaje de conciliaciones, la posibilidad de llegar a un arreglo con el proveedor a través de Concilianet, además de los procedimientos que se tienen abiertos y las conciliaciones.

También se informó que dicho portal suministrará una nueva dimensión a la defensa de los derechos de los consumidores, merced a la publicación de informes sobre las batallas que libra la misma PROFECO en busca de alianzas directas con los consumidores, habida cuenta de que en el mismo portal existirá un apartado de expedientes sobre publicidad engañosa.

6.11 Las cláusulas abusivas

Mas también en los códigos civiles se vienen plasmando las corrientes protectoras de la parte supuestamente débil en el contrato, entendida tal debilidad no sólo en su acepción económica, sino también desde el punto de vista jurídico, esto es, la parte a la que, frente a un contrato con cláusulas predispuestas, no queda sino adherirse, pues pocas o ninguna posibilidad tiene de discutirlas.

En cuanto a los contratos comprendidos en el ámbito de la legislación tutelar del consumidor, antes se hizo un breve examen de las normas protectoras, pero existe otra variada congerie de contratos no incluidos en dicho régimen legal, a los que, en presencia del predominio económico o jurídico de una de las partes, el moderno legislador viene extendiendo también un manto de protección que, como antes se señaló, ya aparece en algunos códigos civiles y que suele apuntar a la interpretación de las cláusulas oscuras en los contratos en dos direcciones: *contra proferéntem*, esto es, en disfavor de los intereses de quien las redactó, o *pro debitórem*, en cuyo caso la interpretación será favorable a los intereses del deudor.

Ejemplo de la primera es el art. 1288 del *C.Civ.* español: "La interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no deberá favorecer a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad." La corriente *pro debitórem*, en cambio, resulta claramente proclamada por el *C.Civ.* colombiano en su art. 1624: "No pudiendo aplicarse ninguna de las

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

reglas precedentes de interpretación, se interpretarán las cláusulas ambiguas a favor del deudor"; legislación que también consagra el principio *contra proferéntem*, en el segundo párrafo del mismo precepto: "Pero las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes, sea acreedora o deudora, se interpretarán contra ella...".

La misma tendencia se observa en el derecho estadounidense:

> ... un contrato será interpretado en contra de los intereses de la parte que lo redactó. Se presume que la parte responsable de la redacción del contrato atenderá a sus propios intereses y estará consciente de las vaguedades y de las estipulaciones oscuras. Por tanto, es hasta cierto punto justa la interpretación del contrato en contra de los intereses de dicha parte en caso de duda.[20]

Frente a ello, el panorama legal mexicano, en lo que se refiere de modo general a la materia civil y mercantil, es por demás decepcionante:

> Cuando haya conflicto de derechos, a falta de ley expresa que sea aplicable, la controversia se decidirá a favor del que trate de evitarse perjuicios y no a favor del que pretenda obtener lucro. Si el conflicto fuere entre derechos iguales o de la misma especie, se decidirá observando la mayor igualdad posible entre los interesados (art. 20, *C.Civ.*).

Sobre este punto, resulta por demás interesante la lectura del libro *Favor debitoris, análisis crítico*, de varios tratadistas españoles, encabezados por **Carlos Rogel Vide**, quien admite que en tal obra se propuso analizar **críticamente**, a la luz de la historia y con la ayuda doctrinal, el que califica de ***aparentemente indubitado*** *favor debitoris*, a cuyo efecto se pusieron de relieve supuestos que son concreciones del mismo, algunos de lo cuales, siempre a su parecer, plantean el principio contrario, *favor creditoris*, todo lo cual le lleva a la conclusión de que el tan repetido principio debe sustituirse, en numerosos casos, por el de *favor creditoris*, luego, en resumen, el principio debe expresarse, en la actualidad, por el de protección de la parte débil en la relación obligatoria derivada del contrato y, cuando tal debilidad no se aprecie fácilmente, por el del exacto cumplimiento de las obligaciones y deberes derivados del mismo y el de la reciprocidad y equilibrio de las prestaciones, propio de las sinalagmáticas, que son las más frecuentes en la vida cotidiana.

Así pues, no queda sino comentar que nuestro derecho civil federal, y también nuestra legislación mercantil de la que aquél es poderoso sustento, se mantienen a la retaguardia en esta materia.

Empero, los vientos protectores han sido de mayor intensidad en la Europa comunitaria y en algunos otros países.

Conviene precisar, ante todo, que algunos doctrinarios distinguen entre *condiciones generales de la contratación* y *contratos-tipo o de adhesión*, cuenta habida de que en ambos casos pueden aparecer las cláusulas abusivas.

Son las primeras aquellas que normal y ordinariamente forman parte de contratos del mismo tipo en las diversas manifestaciones de la actividad económica y que, de

---

[20] **Gordon D. Shaber** y **Claude D. Rohwer**, *Contracts in a nutshell*, West Publishing Co., St. Paul, Minn., 1990, pág. 157.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

ordinario, suplen las lagunas de la ley o la complementan. Como ejemplos podríamos citar, en el entorno mexicano, los contratos bancarios, los de franquicia, factoraje, arrendamiento financiero, comisión bursátil, seguro (cuando no se opere como contrato de adhesión), etcétera.

Son, en cambio, contratos-tipo o de adhesión los íntegramente predispuestos por una de las partes y que suelen presentarse en modelos o *machotes* impresos, frecuentemente sometidos a la previa aprobación de una autoridad;[21] en el ámbito mexicano, la Procuraduría Federal del Consumidor, cuando las respectivas normas oficiales mexicanas prescriban su registro (arts. 86 y 87, *LFPC*); los de seguro, cuando se operen frente al público en general con formatos unilateralmente elaborados por los aseguradores (art. 36 B, *LGISMS*):

> Como ventajas de las condiciones generales en los contratos, se ha dicho que: *a*) reducen el costo de celebración y regulación de los mismos; *b*) favorecen la división de tareas entre los miembros de la empresa que los celebra; *c*) facilitan la coordinación de las actividades de la empresa; *d*) facilitan el cálculo anticipado del costo de producción de los bienes y servicios que ofrece la empresa.[22]

En relación con lo anterior, la PROFECO optó por emitir un Acuerdo con el que han quedado establecidos los lineamientos en materia de organización y funcionamiento del Registro Público de Contratos de Adhesión, publicado en el *DOF* del 21 de dic. de 2009, que amerita algunos comentarios y la expresión de algunas de sus principales disposiciones, primeramente las consignadas en el art. 2o.:

- Ante todo, se advierte cierta prolijidad, acentuada con la vaguedad de algunos de los conceptos, según se expondrá más adelante.
- En los considerandos se subraya el propósito de proteger al consumidor frente a cláusulas o prácticas abusivas impuestas por los proveedores en el abastecimiento de productos y servicios. Se recuerda, además, que en el aludido Registro deben inscribirse los modelos de contratos que los proveedores se propongan utilizar con los consumidores, en todo caso ajustados a la *LFPC* y a la normatividad complementaria.
- Quedan aceptadas las actuaciones electrónicas de todo tipo, así como las prevenciones que emita la PROFECO en los términos de la *Ley Federal de Procedimiento Administrativo* (fracs. I y II).
- Aviso de adopción será el que presenten los proveedores, por escrito o electrónicamente, para adoptar un contrato-tipo conforme al modelo publicado por la PROFECO (frac. IV).
- Por contrato de adhesión debe entenderse el previsto por el art. 85 de la *LFPC*, esto es: "... el documento elaborado unilateralmente por el proveedor, para esta-

[21] El art. 85 de la *LFPC* lo define como "el documento elaborado unilateralmente por el proveedor, para establecer en formatos uniformes los términos y condiciones aplicables a la adquisición de un producto o la prestación de un servicio, aun cuando dicho documento no contenga todas las cláusulas ordinarias de un contrato".

[22] **Jesús Alfaro Águila-Real**, *Las condiciones generales de la contratación*, Civitas Ediciones, Madrid, 1991, págs. 28 y siguientes.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

blecer en formatos uniformes los términos y condiciones aplicables a la adquisición de un producto o la prestación de un servicio, aun cuando dicho documento no contenga todas las cláusulas ordinarias de un contrato", en la inteligencia de que deberá estar escrito en idioma español y con caracteres legibles a simple vista.

- Además, no debe contener cláusulas abusivas en perjuicio del consumidor (frac. IX).
- Contrato-tipo es el modelo publicado por la PROFECO en el *DOF* o bien elaborado por la misma institución y que, a propuesta suya o a petición del proveedor, puede ser adoptado por éste; por último, es posible que haya sido elaborado por una cámara comercial o industrial y propuesto a sus agremiados o a otros participantes de la industria (frac. X).
- Se admite el uso de la firma electrónica prevista por el art. 69-C de la *Ley Federal de Procedimiento Administrativo*, sin perjuicio de la prevista en el art. 2-*a*) de la *Ley Modelo sobre Firmas Electrónicas*, adoptada por la CNUDMI (frac. XV).
- Los proveedores de bienes y servicios presentarán de manera obligatoria o voluntaria, según sea el caso, los documentos relacionados con el registro de un contrato de adhesión, sin olvidar que el registro será obligatorio cuando así lo disponga la *LFPC*, una norma oficial mexicana o cualquier otro ordenamiento legal aplicable (fracs. XXV y XXVII).

Como antes se anunció, el citado elenco de conceptos y definiciones, en número de 33, resulta prolijo, en ocasiones superficial y en varios casos expresado en forma vaga. Así, y sólo a guisa de ejemplo, no hacía falta definir lo que debe entenderse por registro voluntario; en cambio, peca de vaguedad la definición de lo que debe entenderse por RUPA, como Registro Único de Personas Acreditadas en Calidad de "… Interconexión y Sistematización Informática de los Registros de Personas Acreditadas,… así como los Lineamientos para la Creación, Operación e Interconexión Informática de los Registros de Personas Acreditadas…".

Por supuesto, el acuerdo de que se trata describe la organización del multicitado Registro, su funcionamiento y demás particulares, con la circunstancia de que la publicación respectiva incluyó los formatos que deberán emplearse con motivo de los trámites respectivos.

Pues bien, la primera y más importante expresión de la corriente tutelar es, sin duda, la Directiva 93/13, del 5 de abril de 1993, emitida por el Consejo de las Comunidades Europeas, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, cuyo art. 3 considera como tales las "... cláusulas... que no se hayan negociado individualmente... si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes...", en la inteligencia de que "se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión", y de que el propio precepto arroja la carga de la prueba al proveedor que afirme que una cláusula tipo se ha negociado individualmente.

Ahora bien, el efecto más importante de las cláusulas abusivas es su ineficacia, no así la del contrato que las contenga, en la medida en que pueda subsistir sin dichas cláusulas (art. 6).

Obligados los países de la Unión Europea a incorporar en sus legislaciones internas el contenido de tal directiva, España, por su parte, no se limitó a ello sino que, en

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

la Ley 7/1998, del 13 de abril del mismo año, resolvió extender la protección a los no consumidores: "Por ello la Ley pretende proteger los legítimos intereses de los consumidores y usuarios, pero también de cualquiera que contrate con una persona que utilice condiciones generales en su actividad contractual" (Exposición de Motivos, preámbulo).

Muchas otras disposiciones de gran trascendencia contiene dicho cuerpo legal, que la naturaleza de este libro me impide examinar con el detalle que merecen, por lo que sólo mencionaré algunas: no se aplica a los contratos administrativos, a los de trabajo, a los constitutivos de sociedades, a los continentes de relaciones familiares y a los sucesorios (art. 4); en caso de que existan cláusulas dudosas o contradictorias, la interpretación y aplicación deberán ser favorables a los intereses del adherente (art. 6); se crea el Registro de Condiciones Generales de la Contratación, en el que podrán inscribirse las cláusulas que tengan el carácter de condiciones generales, si bien el Gobierno, a petición del Ministerio de Justicia y del respectivo Departamento ministerial, podrá ordenar la inscripción de las condiciones generales empleadas en sectores específicos del comercio (art. 11); se consigna un amplio elenco, meramente ejemplificativo, de cláusulas consideradas abusivas, las que, por tanto, son nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas (disposiciones adicionales primera y segunda); se instituyen acciones colectivas encaminadas a impedir la utilización de condiciones generales contrarias a la propia Ley, que prescriben en dos años contados desde el momento en que se haya hecho la inscripción de las respectivas condiciones generales (arts. 12 y 19).

La experiencia demuestra que, entre las cláusulas abusivas más frecuentes, se encuentran las limitativas de responsabilidad del proveedor de los bienes o prestador de los servicios. En ocasiones, ciertamente, estas cláusulas son admisibles merced al principio de la autonomía de la voluntad contractual, pero en otras suponen una franca infracción de preceptos legales, sin desconocer la existencia de estipulaciones en las que, por el contrario, se fincan responsabilidades excesivas. No cabe duda sobre que en estos casos desempeñarán un deseable papel represivo las legislaciones protectoras del consumidor, pero también, cuando los haya, los cuerpos legales semejantes a los europeos antes mencionados.

Un amplio e interesante estudio de estas específicas cláusulas se encuentra en **Adela Serra Rodríguez**.[23] Esta autora española examina la antes citada Directiva 93/13 de la Unión Europea, no así, en razón de la fecha de publicación de su libro, la también mencionada ley española 7/1998; luego, algunas de sus expresiones resultan ahora explicablemente anacrónicas.

Empero, la misma autora vierte opiniones por demás interesantes y algunas de ellas un tanto audaces, pero fatalmente impregnadas de un criterio de justicia. Véanse algunas de ellas:

> Las reglas legales sobre responsabilidad constituyen un mínimo que puede ser reforzado mediante pactos de agravación… que pueden tener un contenido y alcance diverso, al consistir… en la afirmación de la responsabilidad en casos en que conforme a la ley no existiría, bien en un agravamiento de las consecuencias jurídicas de la responsabilidad,… Entre

[23] *Cláusulas abusivas en la contratación. En especial, las cláusulas limitativas de responsabilidad*, Aranzadi, Pamplona, 1996, págs. 87 y siguientes.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

> los supuestos de… agravación de responsabilidad del primer tipo se encontrarían los pactos que amplían las causas determinantes de la responsabilidad… o los de exclusión de determinados casos fortuitos como circunstancia de exoneración… pactos de limitación de responsabilidad. Dentro de éstos se pueden distinguir los de exoneración de responsabilidad y los propiamente de limitación de responsabilidad. Respecto a los primeros, su inadmisibilidad se ha basado en la imposibilidad de establecer unas cláusulas que dejen sin efecto un régimen de sanciones impuesto por el ordenamiento jurídico.[24]

Y un buen ejemplo de que la tendencia protectora de la parte débil en estos contratos ha venido ocupando su lugar en las esferas gubernativas, es el reciente Acuerdo dictado por la Cámara Dominicana de Aseguradores y Reaseguradores (CADOAR) y el Instituto Nacional de Protección de los Derechos del Consumidor (Pro Consumidor), dictado a principios de marzo de 2012, en el sentido de garantizar la equidad entre las compañías aseguradoras y los usuarios de esos servicios en la República Dominicana.

Por virtud de tal acuerdo, los contratos de seguro de incendio y líneas aliadas no contendrán cláusulas abusivas y tendrán que registrarse en Pro Consumidor. Pero además, todas las compañías afiliadas a la CADOAR se han adherido a dicho Acuerdo, de manera que deberán utilizar un mismo modelo de contrato, a fin de que exista uniformidad de criterios en el sector y se eviten cláusulas abusivas, en la inteligencia de que si llegaren a plantearse modificaciones en las cláusulas que forman el nuevo modelo de contrato, la compañía respectiva deberá informar previamente a sus clientes sobre las modificaciones y solicitar su consentimiento expreso, pero los cambios no deberán perjudicar los intereses económicos y demás derechos que establece la norma protectora de los consumidores.

6.12 El solidarismo contractual

Frente a todo ello, en los últimos tiempos se viene levantando una por demás interesante postura en contra del dogma de la autonomía de la voluntad, en cuyos términos el individuo es el mejor defensor de sus intereses, frente a la cual se ha elaborado el principio del *solidarismo contractual*, que tal vez sería más apropiado el calificarlo de *justicialismo contractual*, que a continuación se expondrá.[25]

El *Código Civil* de Napoleón elevó, para justificar el consentimiento contractual, la autonomía de la voluntad de las partes, con lo cual se recogieron las ideas de libertad e igualdad jurídica, proclamadas por la Revolución. Ahora bien, esa libertad contractual, a pesar de ciertos límites excepcionales, ha venido generando una crisis, derivada de los constantes abusos de los contratantes, lo cual ha puesto en evidencia que la igualdad y la libertad en los contratos son meramente formales.

Frente a ello se erige el llamado solidarismo contractual, que cuestiona el dogma de la autonomía de la voluntad y pone en duda el principio de que las partes son las únicas que deben fijar los términos del contrato y que el hecho de que el mismo sea

---

[24] *Ibidem*, págs. 90-92.

[25] **Mariana Bernal-Fandiño**, "El solidarismo contractual —especial referencia al derecho francés—", en *Vniversitas, Revista de Derecho*, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, núm. 114, julio-diciembre de 2007, Bogotá, págs. 15 y siguientes.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

negociado implique necesariamente que sea equilibrado y, por tanto, que sea imposible intervenir en él, en aras de la seguridad jurídica.

En cambio, la doctrina del solidarismo contractual intenta conciliar los imperativos clásicos de la estabilidad y la seguridad jurídica con los principios de la solidaridad, la proporcionalidad y la coherencia, entre otros.

Se menciona, como presuntos *solidaristas*, a **Duguit**, **Saleilles** y **Demogue**, quienes en su momento pusieron de manifiesto la importancia de la función social del derecho, que, según **Demogue**, existe gracias a la sociedad y, por tanto, todos los fenómenos jurídicos son sociales, por lo que debe rechazarse el punto de vista individualista.

Modernamente se apunta que en la propia Francia el solidarismo ha sustraído ciertos aspectos a la libertad contractual, como en el caso de las pensiones, la solidaridad social, los arriendos reglamentados, los derechos de los consumidores, entre otros, pero el solidarismo ya alcanza a los jueces, que se ven obligados a sancionar los abusos que no han sido previstos por las leyes, como las cláusulas abusivas, el abuso del derecho, etc., a tal grado que un juez solidarista no debe limitarse a la sanción de los comportamientos, pues tiene una labor más activa y puede reorganizar ciertos contratos: considerar como no escrita una cláusula abusiva, vigilar que la cláusula resolutoria se aplique de buena fe, obligar a la renegociación del contrato según las circunstancias e incluso revisar el contrato por imprevisión, todo lo cual configura, como se dice en el trabajo así comentado, *un nuevo orden contractual*.

De esta suerte, no es aventurado afirmar que actualmente está en crisis el tan secularmente sostenido principio de que la voluntad de las partes es la suprema ley en los contratos, pues, como quedó apuntado y lo confirman las modernas legislaciones en materia contractual, por encima de la voluntad de las partes debe imperar la justicia, la equidad y la buena fe.

Y dos buenos ejemplos de tal nuevo esquema son los siguientes, que además se examinan con mayor detalle en otra parte de este libro.

- Durante junio de 2010 la Procuraduría Federal del Consumidor hizo saber que desde fines de 2009 había entregado, a consumidores quejosos, setenta dictámenes por virtud de los cuales el Poder Judicial, así estatal como federal, un tribunal o juez puede obligar a la empresa respectiva a hacerse responsable del daño causado al consumidor. El funcionario respectivo de la citada PROFECO se expresó de la siguiente manera: "El proveedor sabe que tiene que conciliar porque si no el consumidor también sabe que tiene el derecho del dictamen, que es un título ejecutivo que puede hacer valer directamente ante tribunales. Un juez que tiene la facultad puede obligar al proveedor a pagar al consumidor".
- Ello, según se dijo, ha permitido que se reduzcan los tiempos del proceso de conciliación, ya que la referida Ley propicia que el mismo se tramite en un máximo de ciento diez días, con la circunstancia, además, que también se puede utilizar el servidor electrónico calificado como Concilianet, para que proveedores y consumidores se pongan de acuerdo en forma virtual y no se vean obligados a desplazarse para asistir a las audiencias. Empero, son pocas las empresas que se han sumado a tal esquema; en cambio, sí lo han hecho Aeroméxico, Gas Natural de México, HP, Mercado Libre, Mix Up, Office Depot, Sanborn's, Sears, Telcel y Volaris.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

- El otro mecanismo tutelar de los derechos e intereses de los consumidores masivamente considerados, es el de las acciones colectivas, de grupo o de clase, de reciente adopción en México, tomadas de la legislación procesal federal estadounidense y que, brevemente definidas, suponen una acción procesal para hacer valer el derecho de un grupo o de una colectividad, a cuyo efecto se les atribuyó un importante rango supremo, pues mediante Decreto de 9 de junio de 2010 se adicionó al art. 17 de la *CPEUM* el siguiente párrafo:

> *El Congreso de la Unión expedirá las leyes que regulen las acciones colectivas. Tales leyes determinarán las materias de aplicación, los procedimientos judiciales y los mecanismos de reparación del daño. Los jueces federales conocerán de forma exclusiva sobre estos procedimientos y mecanismos.*

Ello dio lugar a que igualmente se reformara el art. 26 de la *LFPC*, para facultar a la PROFECO a fin de que ejercite, como cualquier otro legitimado de los previstos por el art. 585 del *Código Federal de Procedimientos Civiles*, cuando lo estime pertinente, la acción colectiva, prevista por dicho Código:

> ***Artículo 26.*** *Cuando se realicen actos, hechos u omisiones que vulneren derechos e intereses de una colectividad o grupo de consumidores, la Procuraduría, así como cualquier legitimado a que se refiere el artículo 585 del Código Federal de Procedimientos Civiles, podrán ejercitar la acción colectiva de conformidad con lo dispuesto en el Libro Quinto de dicho Código.*

Por tanto, examínense, a continuación, algunos de los preceptos que sirven de sustento, en el referido Código, al mecanismo de las citadas acciones colectivas, doctrinalmente conocidas también como acciones de grupo o de clase:

> ***Artículo 578.*** *La defensa y protección de los derechos e intereses colectivos será ejercida ante los Tribunales de la Federación con las modalidades que se señalen en este Título, y sólo podrán promoverse en materia de relaciones de consumo de bienes o servicios, públicos o privados y medio ambiente.*
> ***Artículo 579.*** *La acción colectiva es procedente para la tutela de las pretensiones cuya titularidad corresponda a una colectividad de personas, así como para el ejercicio de las pretensiones individuales cuya titularidad corresponda a los miembros de un grupo de personas.*
> ***Artículo 580.*** *En particular, las acciones colectivas son procedentes para tutelar:*
>
> *I. Derechos e intereses difusos y colectivos, entendidos como aquéllos de naturaleza indivisible cuya titularidad corresponde a una colectividad de personas, indeterminada o determinable, relacionadas por circunstancias de hecho o de derecho comunes, y*
> *II. Derechos e intereses individuales de incidencia colectiva, entendidos como aquéllos de naturaleza divisible cuya titularidad corresponde a los individuos integrantes de una colectividad de personas, determinable, relacionadas por circunstancias de derecho.*
>
> ***Artículo 582.*** *La acción colectiva podrá tener por objeto pretensiones declarativas, constitutivas o de condena.*
> ***Artículo 584.*** *Las acciones colectivas previstas en este Título prescribirán a los tres años seis meses, contados a partir del día en que se haya causado el daño. Si se trata*

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

de un daño de naturaleza continua el plazo para la prescripción comenzará a contar a partir del último día en que se haya generado el daño causante de la afectación.

Artículo 585. *Tienen legitimación activa para ejercitar las acciones colectivas:*

I. *La Procuraduría Federal de Protección al Consumidor, la Procuraduría Federal de Protección al Ambiente, la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros y la Comisión Federal de Competencia;*
II. *El representante común de la colectividad conformada por al menos treinta miembros;*
III. *Las asociaciones civiles sin fines de lucro legalmente constituidas al menos un año previo al momento de presentar la acción, cuyo objeto social incluya la promoción o defensa de los derechos e intereses de la materia de que se trate y que cumplan con los requisitos establecidos en este Código, y*
IV. *El Procurador General de la República.*

Artículo 588. *Son requisitos de procedencia de la legitimación en la causa los siguientes:*

I. *Que se trate de actos que dañen a consumidores o usuarios de bienes o servicios públicos o privados o al medio ambiente, o que se trate de actos que hayan dañado al consumidor por la existencia de concentraciones indebidas o prácticas monopólicas, declaradas existentes por resolución firme emitida por la Comisión Federal de Competencia;*
II. *Que verse sobre cuestiones comunes de hecho o de derecho entre los miembros de la colectividad de que se trate;*
III. *Que existan al menos treinta miembros en la colectividad, en el caso de las acciones colectivas en sentido estricto e individuales homogéneas;*
IV. *Que exista coincidencia entre el objeto de la acción ejercitada y la afectación sufrida;*
V. *Que la materia de la litis no haya sido objeto de cosa juzgada en procesos previos con motivo del ejercicio de las acciones tuteladas en este Título;*
VI. *Que no haya prescrito la acción, y*
VII. *Las demás que determinen las leyes especiales aplicables.*

Artículo 603. *Las sentencias deberán resolver la controversia planteada por las partes conforme a derecho.*

Artículo 605. *En el caso de acciones colectivas en sentido estricto e individuales homogéneas, el juez podrá condenar al demandado a la reparación del daño, consistente en la realización de una o más acciones o abstenerse de realizarlas, así como a cubrir los daños en forma individual a los miembros del grupo conforme a lo establecido en este artículo.*

Cada miembro de la colectividad podrá promover el incidente de liquidación, en el que deberá probar el daño sufrido. El juez establecerá en la sentencia, los requisitos y plazos que deberán cumplir los miembros del grupo para promover dicho incidente.

El incidente de liquidación podrá promoverse por cada uno de los miembros de la colectividad en ejecución de sentencia dentro del año calendario siguiente al que la sentencia cause ejecutoria.

A partir de que el juez determine el importe a liquidar, el miembro de la colectividad titular del derecho al cobro tendrá un año para ejercer el mismo.

El pago que resulte del incidente de liquidación será hecho a los miembros de la colectividad en los términos que ordene la sentencia; en ningún caso a través del representante común.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

Artículo 610. *En cualquier etapa del procedimiento el juez podrá decretar a petición de parte, medidas precautorias que podrán consistir en:*

I. La orden de cesación de los actos o actividades que estén causando o necesariamente hayan de causar un daño inminente e irreparable a la colectividad;
II. La orden de realizar actos o acciones que su omisión haya causado o necesariamente hayan de causar un daño inminente e irreparable a la colectividad;
III. El retiro del mercado o aseguramiento de instrumentos, bienes, ejemplares y productos directamente relacionados con el daño irreparable que se haya causado, estén causando o que necesariamente hayan de causarse a la colectividad, y
IV. Cualquier otra medida que el juez considere pertinente dirigida a proteger los derechos e intereses de una colectividad.

Artículo 613. *No procederá la acumulación entre procedimientos individuales y procedimientos colectivos.*

En caso de coexistencia de un proceso individual y de un proceso colectivo proveniente de la misma causa, el mismo demandado en ambos procesos informará de tal situación a los jueces.

El juez del proceso individual notificará a la parte actora de la existencia de la acción colectiva para que en su caso, decida continuar por la vía individual o ejerza su derecho de adhesión a la misma dentro del plazo de noventa días contados a partir de la notificación.

Para que proceda la adhesión de la parte actora a la acción colectiva, deberá desistirse del proceso individual para que éste se sobresea.

Tratándose de derechos o intereses individuales de incidencia colectiva, en caso de la improcedencia de la pretensión en el procedimiento colectivo, los interesados tendrán a salvo sus derechos para ejercerlos por la vía individual.

Artículo 616. *La sentencia de condena incluirá lo relativo a los gastos y costas que correspondan.*

Aquí resulta imperativo, a pesar de su exclusiva vigencia en la Unión Europea, evocar la Directiva 85/577/CEE, del Consejo, de 20 de diciembre de 1985, relativa a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales.

Y tal imperatividad no es un capricho del autor de este libro, sino resultante de la importancia jurídica de tal Directiva la que, como se verá, descansa en importantes consideraciones declaradamente protectoras de los intereses de la parte débil en los contratos previstos por el propio ordenamiento.

Los considerandos de tal documento, brevemente expuestos, son los siguientes:

- Es práctica comercial ordinaria, en los Estados miembros de la CEE, que la celebración de un contrato o de un compromiso unilateral entre un comerciante y un consumidor *pueda realizarse fuera de los establecimientos comerciales de dicho comerciante*, y que dichos contratos y compromisos estén sujetos a legislaciones diferentes, según los Estados miembros.

continúa

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

continuación

- Dicha desigualdad entre dichas legislaciones puede tener una incidencia directa sobre el funcionamiento del mercado común, por lo que conviene proceder a la aproximación de las legislaciones.
- En vista de que el programa preliminar de la CEE para una política de protección y de información de los consumidores prevé, en sus apartados 24 y 25, que conviene proteger a los consumidores, mediante medidas adecuadas, contra las prácticas comerciales abusivas en el ámbito de la venta a domicilio, y en cuanto al segundo programa de la propia CEE, para una política de protección y de información de los consumidores ha confirmado la prosecución de las acciones y prioridades del programa preliminar.
- Es sabido que los contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales del comerciante se caracterizan por el hecho de que la iniciativa de las negociaciones procede, normalmente, del comerciante y que el consumidor no está, en modo alguno, preparado para dichas negociaciones y se encuentra desprevenido, así como que frecuentemente no está en condiciones de comparar la calidad y el precio de la oferta con los de otras ofertas; que dicho elemento de sorpresa generalmente se tiene en cuenta, no solamente respecto de los contratos celebrados con venta a domicilio, sino también para otras formas de contrato, en los cuales el comerciante toma la iniciativa fuera de sus establecimientos comerciales.
- Cuenta habida de que conviene conceder al consumidor un derecho de rescisión durante un periodo de siete días, como mínimo, con el fin de ofrecerle la posibilidad de considerar las obligaciones que resultan del contrato.
- A la vista de que es preciso adoptar las medidas adecuadas, con el fin de que el consumidor esté informado por escrito de dicho plazo de reflexión.
- En consideración, por último, de que conviene no alterar la libertad de los Estados miembros de mantener o introducir una prohibición, total o parcial, de la celebración de contratos fuera de establecimientos comerciales, en la medida en que consideren que ello opera en beneficio de los consumidores, se adoptó la Directiva, algunos de cuyos preceptos se transcriben a continuación, a fin de no alterar el sentido de las disposiciones en ella contenidas:

Artículo 1

1. *La presente Directiva se aplicará a los contratos celebrados entre un comerciante que suministre bienes o servicios y un consumidor:*

   — *durante una excursión organizada por el comerciante fuera de sus establecimientos comerciales o*
   — *durante una visita del comerciante:*

      i) al domicilio del consumidor o de otro consumidor;
      ii) al lugar de trabajo del consumidor, cuando la visita no se haya llevado a cabo a instancia expresa del consumidor.

continúa

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

continuación

2. *La presente Directiva se aplicará igualmente a los contratos referentes al suministro de otro bien o servicio que no sea el bien o servicio a propósito del cual el consumidor haya solicitado la visita del comerciante, siempre que el consumidor, en el momento de solicitar la visita, no haya sabido, o no haya podido, razonablemente, saber que el suministro de dicho otro bien o servicio formaba parte de las actividades comerciales o profesionales del comerciante.*
   […]

Artículo 2

Para los fines de la presente Directiva, se entenderá por:

— *« consumidor », toda persona física, que para las transacciones amparadas por la presente Directiva, actúe para un uso que pueda considerarse como ajeno a su actividad profesional,*
— *« comerciante », toda persona física o jurídica que, al celebrar la transacción de que se trate, actúe en el marco de su actividad comercial o profesional, así como toda persona que actúe en nombre o por cuenta de un comerciante.*

Artículo 3

1. *Los Estados miembros podrán decidir que la presente Directiva se aplique únicamente a los contratos para los cuales el contravalor que deba pagar el consumidor exceda de un importe determinado. Dicho importe no podrá ser superior a 60 ECUS.*
   […]
2. *La presente Directiva no se aplicará:*

   a) *A los contratos relativos a la construcción, venta y alquiler de bienes inmuebles, así como a los contratos referentes a otros derechos relativos a bienes inmuebles.*
      […]
   d) *A los contratos de seguro;*
      […]

Artículo 6

El consumidor no podrá renunciar a los derechos que le sean conferidos en virtud de la presente Directiva.

Artículo 8

La presente Directiva no será obstáculo para que los Estados miembros adopten o mantengan disposiciones aún más favorables en materia de protección a los consumidores en el ámbito amparado por ella.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

6.13 Transparencia y ordenamiento de los servicios financieros

Ahora bien, dentro del ya de por sí amplio y confuso panorama legislativo en lo que hace a la tutela y protección de los derechos e intereses de los consumidores, en el *DOF* del 15 de junio de 2007 se publicó la *Ley para la Transparencia y Ordenamiento de los Servicios Financieros*, de cuyo nombre podría inferirse que se trata de un cuerpo legislativo sólo aplicable a las tradicionalmente calificadas entidades financieras, las que, como es bien sabido, en principio operan como instituciones de crédito, pero es el caso que, modernamente, a las entidades puramente comerciales, no financieras, se les ha venido autorizando para celebrar con el público operaciones de crédito, incluso cuando se trata de la prestación de meros servicios.

Es igualmente sabido que, como se apunta en otros pasajes de este libro, en México, a semejanza de lo que ha ocurrido ya en otros países, ha operado, con muy buen éxito, la que el autor de este libro ha calificado como *bancarización del comercio* y *comercialización de la banca*; de tal manera que en numerosos establecimientos comerciales algunos bancos han venido instalando locales destinados a prestar servicios tradicionalmente considerados sólo como bancarios y así, por ejemplo, vienen expidiendo tarjetas de crédito con la mención del respectivo establecimiento comercial, de tal manera que el cliente está facultado para hacer uso de tales tarjetas con fines exclusivamente bancarios, esto es, préstamos de dinero, apertura de cuentas de cheques, fideicomisos y otras operaciones en las que se entremezclan las actividades puramente comerciales con las puramente bancarias.

Pues bien, merced a ello las autoridades competentes, así las legislativas como las puramente administrativas, han venido expidiendo regulaciones entremezcladas, si bien, por lo menos hasta ahora, en ellas se ha venido precisando que, cuando los contratos tengan naturaleza puramente bancaria, los conflictos habrán de dirimirse, en primera instancia, ante la CONDUSEF, mientras que cuando deriven de actos o contratos puramente comerciales, ante la PROFECO.

Tal vez el primer ejemplo de tan interesante mixtura es la ya citada *LTOSF*, que ya en su art. 1 muestra la citada ambivalencia:

> *La presente Ley es del orden federal y sus disposiciones son de orden público y de interés social. Tiene por objeto regular las Comisiones y Cuotas de Intercambio así como otros aspectos relacionados con los servicios financieros y el otorgamiento de créditos de cualquier naturaleza que realicen las Entidades, con el fin de garantizar la transparencia, la eficiencia del sistema de pagos y proteger los intereses del público.*

Tal esquema resulta plenamente confirmado con lo previsto por los arts. 2 *bis* y 3 de la misma Ley.

> ***Artículo 2 bis.*** *La supervisión y vigilancia del cumplimiento de lo dispuesto por esta Ley y las disposiciones que de ella emanen corresponderá a la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros y al Banco de México respecto de Entidades Financieras, en el ámbito de sus respectivas competencias y a la Procuraduría Federal del Consumidor respecto de las Entidades Comerciales.*
>
> ***Artículo 3.*** *Para los efectos de la presente Ley, en singular o plural se entenderá por:*

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

I. Autoridades: al Banco de México, a la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros y a la Procuraduría Federal del Consumidor;

II. Cámara de Compensación: a la entidad central o mecanismo de procesamiento centralizado, a través del cual se intercambian instrucciones de pago u otras obligaciones financieras, relacionadas con cualquier Medio de Disposición;

III. Cliente: a la persona que celebra cualquier operación pasiva, activa o de servicios con una Entidad Financiera, recibe algún crédito, préstamo o financiamiento de alguna Entidad Comercial o utiliza los Medios de Disposición emitidos por cualquier Entidad;

IV. Comisión: a cualquier cargo, independientemente de su denominación o modalidad diferente al Interés, que una Entidad cobre a un Cliente. Tratándose de Entidades Financieras, se considerarán los cargos que se realicen por operaciones pasivas, activas o de servicio, y tratándose de Entidades Comerciales se considerarán los cargos que se efectúen por las operaciones de crédito, préstamos o financiamientos. En todos los casos, se considerarán los cargos por el uso o aceptación de Medios de Disposición;

V. Contrato de Adhesión: al documento elaborado unilateralmente por las Entidades para establecer en formatos uniformes los términos y condiciones aplicables a la celebración de las operaciones que lleven a cabo con sus Clientes. Tratándose de Entidades Financieras, se considerarán las operaciones pasivas, activas o de servicio, y tratándose de Entidades Comerciales, se considerarán las operaciones de crédito, préstamos o financiamientos;

V bis. Crédito al Consumo: a las siguientes operaciones celebradas por las Entidades: créditos directos, denominados en moneda nacional, extranjera o en UDIS, así como los intereses que generen, otorgados a personas físicas, derivados de operaciones de crédito, préstamo o financiamiento revolvente asociado a una tarjeta, de créditos personales cuyo monto no exceda el equivalente a tres millones de unidades de inversión, de créditos para la adquisición de bienes de consumo duradero y las operaciones de arrendamiento financiero que sean celebradas con personas físicas;

VI. CAT: al costo anual total de financiamiento expresado en términos porcentuales anuales que, para fines informativos y de comparación, incorpora la totalidad de los costos y gastos inherentes a los créditos, préstamos o financiamientos que otorgan las Entidades;

VII. Cuotas de Intercambio: a las cantidades que las Entidades se cobran o pagan entre sí, directa o indirectamente, por el uso de cualquier Medio de Disposición en la infraestructura de pagos instalada por alguna Entidad distinta a la que proporciona o emite el Medio de Disposición;

VIII. Entidades: a las Entidades Financieras y a las Entidades Comerciales;

IX. Entidad Financiera: a las instituciones de crédito, a las sociedades financieras de objeto limitado, a las arrendadoras financieras, a las empresas de factoraje financiero, a las sociedades financieras de objeto múltiple reguladas y no reguladas, a las sociedades financieras populares, sociedades cooperativas de ahorro y préstamo y a las entidades financieras que actúen como fiduciarias en fideicomisos que otorguen crédito, préstamo o financiamiento al público;

X. Entidad Comercial: a las sociedades que de manera habitual otorguen créditos, préstamos o financiamientos al público;

XI. GAT: a la Ganancia Anual Total Neta expresada en términos porcentuales anuales, que, para fines informativos y de comparación, incorpora los intereses nominales capitalizables que generen las operaciones pasivas a plazo, retirables en

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

días preestablecidos y de ahorro, que celebren las instituciones de crédito y las entidades de ahorro y crédito popular con sus Clientes, menos todos los costos relacionados con la operación, incluidos los de apertura;

XII. Medio de Disposición: a las tarjetas de débito asociadas a depósitos bancarios de dinero a la vista, a las tarjetas de crédito emitidas al amparo de un contrato de apertura de crédito, a los cheques, a las órdenes de transferencia de fondos incluyendo el servicio conocido como domiciliación, tarjetas prepagadas no bancarias para la adquisición de bienes, así como aquellos otros que el Banco de México reconozca mediante disposiciones de carácter general.

Para efectos de lo dispuesto en este artículo, la emisión de tarjetas prepagadas para la adquisición de bienes no autoriza a quienes las coloquen a captar recursos del público ni a realizar intermediación financiera, y

XIII. Sistema de Pagos: a la serie de instrumentos, procedimientos, reglas y sistemas para la transferencia de fondos.

Apenas si hace falta llamar la atención sobre la circunstancia de que tal preceptiva distingue entre *entidad financiera* y *entidad comercial*.

Pues bien, como era de esperarse, la propia Ley ameritó la ulterior expedición, en este caso por la PROFECO, de las Disposiciones de Carácter General a que se refiere la citada *LTOSF*, pero aquí en materia de contratos de adhesión, publicidad, estados de cuenta y comprobantes de operación emitidos por las entidades comerciales, pues, como es bien sabido, el art. 5 de la *LFPC* excluye su aplicación a:

… los servicios regulados por las leyes financieras que presten las instituciones y organizaciones cuya supervisión o vigilancia esté a cargo de las comisiones nacionales Bancaria y de Valores, de Seguros y Fianzas del Sistema de Ahorro para el Retiro o de cualquier órgano de regulación, de supervisión o de protección y defensa dependiente de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

De esta suerte, a continuación se mencionarán, en forma resumida, las indicadas disposiciones, algunas de las cuales fueron reformadas, obviamente por la PROFECO, según publicación aparecida en el *DOF* del 6 de abril de 2011:

Artículo 1. *Las presentes disposiciones tienen por objeto establecer los procedimientos y requisitos mínimos que deben observar y cumplir las Entidades Comerciales con sus Clientes, en materia de Contratos de Adhesión, publicidad, estados de cuenta y comprobantes de operación, relativos al otorgamiento de créditos, préstamos o financiamientos al público, en términos de lo dispuesto en la Ley.*

Para los efectos de las presentes disposiciones, se entenderá, en singular o plural, por:

I. CAT: al costo anual total de financiamiento determinado conforme a las disposiciones de carácter general que expida el Banco de México en términos de lo dispuesto por el artículo 8 de la Ley, expresado en términos porcentuales anuales que, para fines informativos y de comparación, incorpora la totalidad de los costos y gastos inherentes a los créditos, préstamos o financiamientos que otorgan las Entidades Comerciales;

II. Cliente o consumidor: indistintamente a la persona que recibe algún crédito, préstamo o financiamiento de alguna Entidad Comercial o que utiliza los medios de disposición emitidos por ésta;

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

III. Comisión: independientemente de su denominación o modalidades es el cargo en dinero, que una Entidad Comercial cobre a un cliente por las operaciones de credito, préstamo o financiamiento, así como por el uso o aceptación de Medios de disposición.

Las Comisiones no incluirán los cobros por concepto de tasas de interés que realicen las Entidades Comerciales;

IV. Crédito al Consumo: a las operaciones celebradas por las Entidades Comerciales: créditos directos, denominados en moneda nacional, extranjera o en UDIS, así como los intereses que generen otorgados a personas físicas, derivados de operaciones de crédito, préstamo o financiamiento revolvente asociado a una tarjeta, de créditos personales cuyo monto no exceda el equivalente a tres millones de unidades de inversión, de créditos para la adquisición de bienes de consumo duradero;

V. UDIS: a las unidades de inversión a que se refiere el "Decreto por el que se establecen las obligaciones que podrán denominarse en Unidades de Inversión y reforma y adiciona diversas disposiciones del Código Fiscal de la Federación y de la Ley del Impuesto sobre la Renta", publicado en el Diario Oficial de la Federación el 1 de abril de 1995;

VI. Procuraduría: la Procuraduría Federal del Consumidor;

VII. Contrato de Adhesión: al documento elaborado unilateralmente por las Entidades Comerciales para establecer en formatos uniformes los términos y condiciones aplicables a la celebración de las operaciones que lleven a cabo con sus Clientes;

VIII. Entidad Comercial: a las sociedades que de manera habitual otorguen crédito, préstamo o financiamiento al público;

IX. Internet: la red electrónica mundial;

X. Ley: la Ley para la Transparencia y Ordenamiento de los Servicios Financieros, y

XI. Medio de Disposición: a las tarjetas de débito asociadas a depósitos bancarios de dinero a la vista, a las tarjetas de crédito emitidas al amparo de un contrato de apertura de crédito, a los cheques, a las órdenes de transferencia de fondos incluyendo el servicio conocido como domiciliación, así como aquellos otros que el Banco de México reconozca mediante disposiciones de carácter general.

Artículo 2. *Los Contratos de Adhesión de las Entidades Comerciales deberán ajustarse a lo dispuesto en el presente capítulo, cuando documenten operaciones y servicios de crédito, incluyendo las operaciones de compraventa a plazo, de pagos diferidos, mutuo y de exhibiciones periódicas mismas que se entenderán como préstamo o financiamiento.*

[…]

Artículo 4. *Las Entidades Comerciales, en la celebración de sus Contratos de Adhesión, deberán en todo momento observar lo siguiente:*

[…]

IV. Entregar a los Clientes el ejemplar del Contrato de Adhesión que hayan celebrado.

V. […]

Los clientes contarán con un periodo de gracia de diez días hábiles posteriores a la firma del Contrato de Adhesión, con excepción de los créditos con garantía hipotecaria; para la cancelación del contrato de adhesión, en dicho caso, las Entidades Comerciales no podrán cobrar comisión alguna para el cliente por dicho supuesto. Lo anterior, siempre y cuando el cliente no haya utilizado los productos y/o servicios contratados.

[…]

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

Las Entidades Comerciales podrán solicitar que se garantice el cumplimiento de las obligaciones de pago a cargo del Cliente por cualquier medio o medios. No obstante lo anterior, en todo caso se asegurarán de que la garantía otorgada no implique prestaciones desproporcionadas u obligaciones inequitativas o abusivas a cargo del Cliente.

***Artículo 11**. Las Entidades Comerciales tendrán prohibido otorgar créditos y cobrar Comisiones con motivo de ello, cuando tales operaciones no hayan sido solicitadas expresamente por el Cliente, mediante un documento previo a la activación del Medio de Disposición, en el que conste su consentimiento en términos de lo dispuesto en las presentes disposiciones, no se vinculen con un servicio prestado, se pretenda cobrar comisión que inhiba la movilidad de los clientes a otra Entidad o se pretenda cobrar más de una comisión por un mismo hecho, acto o evento.*
[…]

Por último, es también importante dar cuenta aquí de recientes reformas a algunos preceptos de la *Ley Federal de Protección al Consumidor* y también de adiciones a la misma:

***Artículo 13.** La Procuraduría verificará a través de visitas, requerimientos de información o documentación, monitoreos, o por cualquier otro medio el cumplimiento de esta Ley. Para efectos de lo dispuesto en este precepto, los proveedores, sus representantes o sus empleados están obligados a permitir al personal acreditado de la Procuraduría el acceso al lugar o lugares objeto de la verificación.*

Las autoridades, proveedores y consumidores están obligados a proporcionar a la Procuraduría, en un término no mayor de quince días, la información o documentación necesaria que les sea requerida para el cumplimiento de sus atribuciones, así como para sustanciar los procedimientos a que se refiere esta Ley. Dicho plazo podrá ser ampliado por una sola vez.

La Procuraduría considerará como información reservada, confidencial o comercial reservada aquella que establezca la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental.

***Artículo 24.** La Procuraduría tiene las siguientes atribuciones:*

I. Promover y proteger los derechos del consumidor, así como aplicar las medidas necesarias para propiciar la equidad y seguridad jurídica en las relaciones entre proveedores y consumidores;
II. Procurar y representar los intereses de los consumidores, mediante el ejercicio de las acciones, recursos, trámites o gestiones que procedan;
III. Representar individualmente o en grupo a los consumidores ante autoridades jurisdiccionales y administrativas, y ante los proveedores;
IV. Recopilar, elaborar, procesar y divulgar información objetiva para facilitar al consumidor un mejor conocimiento de los bienes y servicios que se ofrecen en el mercado.

En el caso de servicios educativos proporcionados por particulares, deberá informar a las y los consumidores, la publicación señalada en el segundo párrafo del artículo 56 de la Ley General de Educación así como la aptitud del personal administrativo que labora en el plantel;
V. Formular y realizar programas de educación para el consumo, así como de difusión y orientación respecto de las materias a que se refiere esta Ley;

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

VI. Orientar a la industria y al comercio respecto de las necesidades y problemas de los consumidores;

VII. Realizar y apoyar análisis, estudios e investigaciones en materia de protección al consumidor;

VIII. Promover y realizar directamente, en su caso, programas educativos y de capacitación en las materias a que se refiere esta Ley y prestar asesoría a consumidores y proveedores;

IX. Promover nuevos o mejores sistemas y mecanismos que faciliten a los consumidores el acceso a bienes y servicios en mejores condiciones de mercado;

IX bis. Promover en coordinación con la Secretaría la formulación, difusión y uso de códigos de ética, por parte de proveedores, que incorporen los principios previstos por esta Ley respecto de las transacciones que celebren con consumidores a través del uso de medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología;

IX ter. Promover la coordinación entre las autoridades federales, estatales y municipales que corresponda, a fin de asegurar la protección efectiva al consumidor en contra de la información o publicidad engañosa o abusiva;

X. Actuar como perito y consultor en materia de calidad de bienes y servicios y elaborar estudios relativos;

XI. Celebrar convenios con proveedores y consumidores y sus organizaciones para el logro de los objetivos de esta Ley;

XII. Celebrar convenios y acuerdos de colaboración con autoridades federales, estatales, municipales, del gobierno del Distrito Federal y entidades paraestatales en beneficio de los consumidores; así como acuerdos interinstitucionales con otros países, de conformidad con las leyes respectivas;

XIII. 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 y, a la vez evitar duplicación de funciones;

XIV. Vigilar y verificar el cumplimiento de las disposiciones contenidas en esta Ley y, en el ámbito de su competencia, las de la Ley Federal sobre Metrología y Normalización, así como de las normas oficiales mexicanas y demás disposiciones aplicables, y en su caso determinar los criterios para la verificación de su cumplimiento;

XIV bis. Verificar que las pesas, medidas y los instrumentos de medición que se utilicen en transacciones comerciales, industriales o de servicios sean adecuados y, en su caso, realizar el ajuste de los instrumentos de medición en términos de lo dispuesto en la Ley Federal sobre Metrología y Normalización;

XV. Registrar los contratos de adhesión que lo requieran, cuando cumplan la normatividad aplicable, y organizar y llevar el Registro Público de contratos de adhesión;

XVI. Procurar la solución de las diferencias entre consumidores y proveedores y, en su caso, emitir dictámenes en donde se cuantifiquen las obligaciones contractuales del proveedor, conforme a los procedimientos establecidos en esta Ley;

XVII. Denunciar ante el Ministerio Público los hechos que puedan ser constitutivos de delitos y que sean de su conocimiento y, ante las autoridades competentes, los actos que constituyan violaciones administrativas que afecten la integridad e intereses de las y los consumidores;

XVIII. Promover y apoyar la constitución de organizaciones de consumidores, proporcionándoles capacitación y asesoría, así como procurar mecanismos para su autogestión;

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

XIX. Aplicar las sanciones y demás medidas establecidas en esta Ley, en la Ley Federal sobre Metrología y Normalización y demás ordenamientos aplicables;

XX. Requerir a los proveedores o a las autoridades competentes a que tomen medidas adecuadas para combatir, detener, modificar o evitar todo género de prácticas que lesionen los intereses de los consumidores, y cuando lo considere pertinente publicar dicho requerimiento;

XX bis. En el caso de que en ejercicio de sus atribuciones identifique aumentos de precios, restricciones en la cantidad ofrecida o divisiones de mercados de bienes o servicios derivados de posibles prácticas monopólicas en términos de lo dispuesto por la Ley Federal de Competencia Económica, la Procuraduría, en representación de los consumidores, podrá presentar ante la Comisión Federal de Competencia la denuncia que corresponda;

XXI. Ordenar se informe a los consumidores sobre las acciones u omisiones de los proveedores que afecten sus intereses o derechos, así como la forma en que los proveedores los retribuirán o compensarán;

XXII. Coadyuvar con las autoridades competentes para salvaguardar los derechos de la infancia, adultos mayores, personas con discapacidad e indígenas, y

XXIII. Las demás que le confieran esta Ley y otros ordenamientos.

Artículo 127. *Las infracciones a lo dispuesto por los artículos 7 bis, 13, 17, 18 bis, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 45, 47, 48, 49, 50, 52, 53, 54, 55, 57, 58, 59, 60, 61, 62, 66, 67, 68, 69, 70, 72, 75, 77, 78, 79, 81, 82, 85, 86 quáter, 87 bis, 90, 91, 93, 95 y 113 serán sancionadas con multa de $411.61 a $1'317,141.34.*

Artículo 128. *Las infracciones a lo dispuesto por los artículos 7, 8, 10, 12, 32, 44, 63, 63 bis, 63 ter, 63 quintus, 65, 65 bis, 73, 73 bis, 73 ter, 73 quáter, 73 quintus, 74, 76 bis, 80, 86 bis, 87, 87 ter, 92, 92 ter, 98 bis y 121 serán sancionadas con multa de $617.41 a $2'414,759.14.*

Artículo 128 bis. *En casos particularmente graves, la Procuraduría podrá sancionar con clausura total o parcial, la cual podrá ser hasta de noventa días y con multa de $123,482.00 a $3'457,496.04.*

Las violaciones a lo establecido en el artículo 32 que se consideren particularmente graves conforme a lo establecido en el artículo 128 ter de esta Ley, serán sancionadas con la multa establecida en el párrafo anterior o bien con multa de hasta un 10% de los ingresos brutos anuales del infractor obtenidos por la comercialización del bien o los bienes, productos o servicios contenidos en la publicidad respectiva, correspondiente al último ejercicio fiscal en que se haya cometido la infracción, en caso de reincidencia.

Artículo 128 ter. *Se considerarán casos particularmente graves:*

I. Aquellos en que de seguir operando el proveedor, se pudieran afectar los derechos e intereses de un grupo de consumidores;

II. Cuando la infracción de que se trate pudiera poner en peligro la vida, la salud o la seguridad de un grupo de consumidores;

III. Aquellas infracciones que se cometan en relación con bienes, productos o servicios que por la temporada o las circunstancias especiales del mercado afecten los derechos de un grupo de consumidores;

IV. Aquellas conductas que se cometan aprovechando la escasez, lejanía o dificultad en el abastecimiento de un bien o en la prestación de un servicio;

V. Cuando se trate de productos básicos de consumo generalizado, como alimentos, gas natural o licuado de petróleo, gasolina o productos sujetos a precio máximo o a precios o tarifas establecidos o registrados por la Secretaría o por cualquiera otra autoridad competente;

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

VI. Cuando la información o publicidad relacionada con algún bien, producto o servicio que pudiendo o no ser verdadera, induzcan a error o confusión al consumidor por la forma falsa, exagerada, parcial, artificiosa o tendenciosa en que se presente;
VII. La reincidencia en la comisión de infracciones a los artículos señalados en el artículo 128 de esta Ley, y
VIII. Aquellas que vulneren los derechos contemplados en el Título Segundo de la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes.

6.14 Resumen

Por la naturaleza de este libro, me ha parecido fuera de lugar el detenerme a disectar y comentar —salvo el examen de la *LFPC* a la luz de la Constitución Política, practicado brevemente en páginas anteriores— la novedosa construcción jurídica levantada, en el terreno de las obligaciones y contratos, por las dos leyes someramente revisadas —*LIE* y *LFPC*—. Tengo para mí que tamaña tarea encontraría su lugar en un trabajo de mayor amplitud que la del presente, o bien en un tratado específicamente dedicado al estudio de las obligaciones.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

SEGUNDA PARTE

Los contratos en particular

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

TÍTULO 1

Contratos traslativos

Capítulo 7
Compraventa en general

Capítulo 8
Compraventas especiales

Capítulo 9
El préstamo mercantil

Capítulo 10
Suministro y suscripción

Capítulo 11
La consignación mercantil o contrato estimatorio

Capítulo 12
El autofinanciamiento

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

CAPÍTULO 7

Compraventa en general

7.1 Generalidades y orígenes: la permuta y su moderno resurgimiento

Forma surgida y evolucionada del trueque, la compraventa se mantiene como el más importante de los contratos; y ello no es de extrañar, por cuanto configura el mecanismo más ágil y sencillo para adquirir el pleno dominio de *cualquier* satisfactor.

Tal primacía no le es disputada, ni aun consideradas en conjunto, por una serie de construcciones jurídicas también contractuales, algunas indudablemente derivadas de ella, que igualmente conducen a la transmisión del dominio de bienes, pues al paso que unas configuran un mecanismo previo, un tanto complicado (arrendamiento financiero o *leasing*), otras sólo pueden recaer sobre ciertos bienes (reporto), mientras que algunas suponen la intermediación de un tercero, más o menos transitoria y costosa (fideicomiso).

Sin embargo, resulta ilustrativo el dar cuenta de que, por muy diversas circunstancias, la permuta o trueque muestra un extraño resurgimiento. Como causas se aducen: en algunos casos, la frecuente carencia de numerario, mientras que, en otros, la conveniencia de aprovechar los modernos mecanismos informáticos, de los que se echa mano para ofrecer intercambio de bienes sin necesidad de acudir a unidades monetarias. En otros casos, se invoca la necesidad de pequeñas y aun de medianas empresas,

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

de deshacerse de costosos inventarios cuya venta con frecuencia ofrece serias dificultades.

A principios de 2006 se informó que, según reportes de la Asociación Internacional del Intercambio Recíproco, durante 2004 el trueque de mercancías y servicios alcanzó, en el mundo, un valor aproximado de 850 millones de dólares, cifra equivalente al quince por ciento del comercio internacional de ese año.

Por lo que hace a nuestro país, a mediados de 2009 se dio a conocer el hecho de que algunas tiendas de la famosa cadena Wal-Mart vienen celebrando con artesanos de doce comunidades de la Sierra Tarahumara, en Chihuahua, permutas en cuyos términos adquieren canastas elaboradas por dichos artesanos, a cambio de las cuales les suministran alimentos básicos. Ello, en razón de que los tarahumaras no aceptan recibir dinero por su trabajo, y en cambio exigen el otorgamiento de las llamadas notas de trueque, que firman con su huella digital en manifestación de conformidad.

Lo anterior, empero, no impide que a petición de algunos indígenas, las operaciones supongan verdaderas compraventas con pago en dinero.

Más recientemente, se difundió la información en el sentido de que en varias poblaciones de los estados de Morelos y de Puebla también menudean operaciones de trueque, en las cuales suelen intervenir personas físicas por ambas partes. Así, se hizo saber que son frecuentes los intercambios de ciertos vegetales, por otros tipos de alimentos como carne, tortillas, crema, queso e incluso golosinas, todo ello en comercios establecidos al efecto en forma de mercados populares o *tianguis*. Se informó también que ciertos comercios establecidos en las zonas respectivas se han integrado a este tipo de operaciones.

Por todo ello, no carece de interés el examinar aquí los aspectos legales de la permuta, entendida como contrato mercantil.

Huérfano de regulación en las leyes mercantiles, este contrato se define en el *C.Civ*. de la siguiente manera: "La permuta es un contrato por el cual cada uno de los contratantes se obliga a dar una cosa por otra. Se observará, en su caso lo dispuesto en el artículo 2250".

Este último precepto, en su intento por establecer la diferencia entre compraventa y permuta, aclara que si en un intercambio de bienes, en el que una de las partes se obliga a complementar con numerario el valor del bien que aporta, el contrato será de permuta si el importe del numerario es inferior al valor de la cosa que entrega.

Es, por tanto, necesario demarcar el ámbito mercantil de la permuta, y para ello hará falta acudir, una vez más, al art. 75 del *C.Com*., del cual resultará que el contrato que aquí se examina es mercantil en cualquiera de los siguientes supuestos:

a) Cuando una de las partes, o ambas, lo celebre con el propósito de especulación comercial (fracs. I y II);
b) Cuando recaiga sobre cosas mercantiles (títulos de crédito, acciones de sociedades mercantiles, valores del Estado, etc.) (fracs. III y IV);
c) Cuando una de las partes tenga el carácter de empresa comercial y realice la permuta en forma reiterada, como objeto propio de su actividad (fracs. V, VI, VII, IX, XX, XXI, XXII y XXIII).

Aunque en la práctica es poco frecuente, la permuta que recaiga sobre los elementos de la propiedad industrial deberá considerarse mercantil, no sólo por razón de que

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

las marcas, las patentes, los modelos de utilidad, los diseños industriales, los avisos y los nombres comerciales están íntimamente vinculados al ejercicio del comercio, sino también porque todas estas manifestaciones son cosas mercantiles, sin necesidad de que así lo prevean en forma expresa el *C.Com.* y la *LPI*, como en cambio así lo especificaba el art. 4o-III del *Proy. C.Com.*

Y ahora en concreta referencia al ámbito mexicano, resulta interesante dar cuenta de que la permuta que aquí se examina, llevada a un amplio e interesante ámbito comercial, se practica en ciertos sectores de la población. En efecto, a mediados de febrero de 2006 un órgano periodístico[1] consignó el trabajo de uno de sus reporteros, en el sentido de que desde hace mucho tiempo, cierto día de cada semana, los habitantes del pueblo Santiago Tianguistenco, en el Estado de México, instalan un mercado público —*tianguis*— en el que se opera exclusivamente a base de trueque: ante la escasez de madera para usarse como leña, aproximadamente cien productores de verduras, carne y abarrotes diversos los ofrecen a cambio de leña.

En este caso los pequeños trozos de madera son la moneda a cambio de la cual se reciben frutas, legumbres, ropa, detergentes y otros artículos similares. Según el mismo reporte, a cambio de cuarenta palos se entrega un kilogramo de azúcar; de sesenta palos, un litro de aceite; de cincuenta palos, un litro de leche, etc., con la circunstancia de que, según se sabe, las autoridades locales impulsan tal comercio, a pesar de las serias dificultades que ofrece.

Por lo demás, y en fuerza de la remisión supletoria consignada en el art. 2o. del *C.Com.*, son aplicables a la permuta mercantil los demás preceptos relativos del *C.Civ.*:

- Cuando uno de los contratantes demuestre que la cosa recibida no era propia del que se la transmitió, tampoco él quedará obligado a entregar la ofrecida, pero a su vez debe devolver la que recibió (art. 2328);
- El permutante que sea objeto de evicción de la cosa recibida, podrá reivindicar la que a su vez entregó, siempre que todavía se encuentre en poder del otro permutante; en caso contrario, podrá exigir el valor de la misma, o de la que se le hubiere entregado, en ambos casos juntamente con los daños y perjuicios (art. 2329);
- El permutante que sufrió la evicción no podrá reivindicar la cosa del tercero que la adquirió a título oneroso (art. 2330);
- Por lo demás, son aplicables a este contrato las disposiciones relativas a la compraventa mercantil, por así disponerlo el art. 388 del *C.Com.* Más adelante se examinará este último contrato.

7.2 Concepto

No suministra el *C.Com.* definición alguna de la compraventa, luego los elementos para definirla son los que, en cambio, sí consigna el *C.Civ.*: una de las partes se obliga a transferir la propiedad de una cosa o de un derecho, y la otra se obliga a pagar por ello un precio cierto y en dinero (art. 2248).

---

[1] Periódico *Reforma*, 19 de febrero de 2006, Sección Ciudad, pág. 4.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

Definición tal, como se sabe, ha sido criticada, en nuestro medio, por **Rafael Rojina Villegas**,[2] quien la tacha de incompleta, por cuanto sólo enuncia el efecto obligatorio para el vendedor, no así el traslativo de la propiedad, con lo cual muestra cierta incongruencia con lo dispuesto por el art. 2014 del *C.Civ.*, según el cual "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..."; pero también ha sido objeto de alabanzas por parte de **Ramón Sánchez Medal**.[3]

Por mi parte, advierto en dicho precepto un gran acierto y una deficiencia:

a) El efecto puramente obligatorio del contrato —que censura **Rojina Villegas**— es, a mi parecer, el más plausible; mal podría exigirse que por el solo efecto del acuerdo de las partes se transmitiera la propiedad en compraventas como la de esperanza, la de cosa futura o la celebrada, precisamente, con reserva de dominio. Cabe recordar que lo propio prevé su modelo argentino: "Habrá compra y venta cuando una de las partes *se obligue a transferir* a la *otra* la propiedad de una cosa..." (art. 1323, *C.Civ.* argentino).

Por lo demás, tal vez resulte exagerada la censura de **Rojina Villegas** si se toma en consideración, por una parte, que el texto argentino-mexicano es, para bien o para mal, un trasunto de textos del derecho romano, para el cual la compraventa era uno de los contratos sinalagmáticos perfectos, pero sólo obligacionales, y no necesariamente *traslativo*: el vendedor reportaba la *obligación* de "procurar al comprador la libre posesión y el disfrute completo y pacífico de una cosa determinada...", pero no la de "... transferir la propiedad de la cosa vendida"; de ahí que era válida la venta de cosa ajena.[4] Hemos de convenir en que tal mecanismo no ha sufrido, por lo que a nuestro derecho concierne, modificaciones sustanciales, pues aunque es verdad que *la venta de cosa ajena es nula...* (art. 2270, *C.Civ.*), ello no puede evitar que el contrato quede "... revalidado si antes de que tenga lugar la evicción adquiere el vendedor, por cualquier título legítimo, la propiedad de la cosa vendida" (art. 2271), por donde resulta que la venta de cosa, ajena en el momento de celebrarse la operación, resulta plenamente válida si con posterioridad el vendedor adquiere la propiedad; una propiedad que, en verdad, es momentánea, pues en el mismo momento se transfiere, *ipso iure*, a su comprador.

Al comentar el respectivo precepto legal español, más vago aún que el nuestro, pues en sus términos "... uno de los contratantes se obliga a entregar una cosa determinada y el otro a pagar...", así como las opiniones divergentes de sus compatriotas mercantilistas, **Emilio Langle y Rubio**[5] arremete duramente contra el texto de su *Código Civil*, y también contra las concepciones *obligacionistas*; en cuanto al primero, lo acusa de no haberse esforzado lo suficiente para "... arrojar el lastre romanista"; por lo que hace a las segundas, proclama que "en el campo de la compraventa mercantil nos avenimos mal con la teoría de que ésta sea una convención que pudiera llamarse *de efecto retardado*. Más lógico resulta pensar que si el vendedor contrae la obligación de *entregar* la cosa al comprador, es *porque le*

---

[2] *Derecho civil. Contratos,* t. I, Jus, México, 1944, pág. 43.
[3] *De los contratos civiles*, 17a. ed., Editorial Porrúa, México, 1999, págs. 143 y 144.
[4] **Eugène Petit**, *Tratado elemental de derecho romano*, Editora Nacional, México, 1947, núms. 357-364.
[5] *El contrato de compraventa mercantil*, Editorial Bosch, Barcelona, 1958, págs. 45-47.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

ha transferido su propiedad. No deben invertirse los términos racionales: ha de entregarla por haberla enajenado y no para enajenarla…" (las cursivas son de **Langle y Rubio**).

Por otra parte, me parece que buenas razones operan para que la definición de nuestro *C.Civ.* se interprete en armonía —y no en contraposición, como apunta **Rojina Villegas**— con el art. 2014, y de esta suerte, cuando la compraventa recaiga sobre cosas ciertas y determinadas, la traslación de la propiedad "… se verifica entre los contratantes, por mero efecto del contrato, sin dependencia de tradición…", pues en tales casos la obligación de transmitir la propiedad opera en el momento mismo en que se perfeccione la compraventa, lo que no puede ocurrir en los ya citados ejemplos de la compraventa de cosa futura o esperada, que no es, todavía, cosa cierta y determinada, pues no existe en el momento de la celebración.

b) En cambio, no precisa que la transferencia de la propiedad debe operar a favor del comprador, como sí lo expresa claramente su citado modelo argentino; deficiencia tal podría conducir a que se encuadraran como compraventas contratos que serían innominados o, acaso, estipulaciones a favor de tercero, como el del siguiente ejemplo: Ticio, actuando en su propio nombre y por su cuenta, paga a Cayo el precio de un inmueble, a cambio de que éste se obligue a transmitir la propiedad del mismo a Sempronio. En los términos del *C.Civ.* habría compraventa, no así a la luz de la ley argentina.

7.3 Noción de compraventa mercantil

¿Homo sapiens?; no, *homo mercator.*

Las razones que operan como obstáculos para lograr una hasta hoy inalcanzada definición jurídica del acto de comercio,[6] son parte también para considerar inexistente un concepto jurídico de la compraventa mercantil.

Y así, aunque no existen compraventas mercantiles por su *forma*, sí las hay por los *sujetos* que las celebran, por el *objeto* sobre el que recaen o por el *propósito* con el que se contratan.

Niego, en cambio, y más adelante me extenderé sobre ello, la existencia de compraventas de carácter mixto o unilateralmente mercantiles (*infra* núm. 7.5).

Es menester, pues, refugiarse en la tan cómoda como vaga noción legal (art. 371, *C.Com.*): carácter mercantil tienen las compraventas catalogadas como tales por el propio Código, pero también "las que se hagan con el objeto directo y preferente de traficar", atributo este último del que, por razón natural, carecen las compraventas civiles.

Importa dejar claramente establecida la diferencia entre los contratos civiles y los mercantiles de compraventa, no sólo por razones de índole fiscal, sino también legal, pues los segundos, como es sabido, son generalmente celebrados por empresas mercantiles sujetas a una tributación especial, lo que no ocurre con los celebrados por vende-

[6] **Roberto L. Mantilla Molina**, *Derecho mercantil*, 22a. ed., Editorial Porrúa, México, 1982, págs. 62 y siguientes.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

dores ocasionales o accidentales, pero además por razones de orden legislativo: a las compraventas mercantiles habrán de aplicarse las leyes tutelares de los intereses del consumidor, así como las demás de índole mercantil, no así a las civiles, que, además, quedan sujetas a diferentes disposiciones fiscales y jurídicas, pues en ellas no existen las figuras del proveedor y del consumidor.

Ahora bien, de acuerdo con el art. 75-XV del *C.Com.*, también tienen carácter mercantil la compraventa de un buque y la de una empresa marítima; e igualmente las que recaigan sobre la empresa o bienes específicos del quebrado (arts. 197 y sigs., *LNCM*), etcétera.

7.4 Clasificación

Forzoso es inferir, de los contextos legales, que no existen compraventas absolutamente mercantiles; semejante afirmación sólo es demostrable con una prueba *negativa*: a diferencia de lo que ocurre con ciertos actos o contratos que, por disposición legal, son mercantiles con independencia de los sujetos, del propósito y del objeto sobre el que recaen (títulos de crédito, fideicomiso, contrato de sociedad mercantil), no existe precepto alguno que permita catalogar de mercantiles ciertas compraventas, *per se*; en todas ellas el rasgo de mercantilidad es dado por uno, a lo menos, de los citados elementos. De esta suerte, las compraventas pueden ser mercantiles:

a) *Por el fin*, esto es, cuando se realizan con el "propósito de especulación comercial", sin que importen los sujetos ni el objeto sobre el que recaigan (art. 75-I y II, *C.Com.*).
b) *Por el sujeto*, en cuyo caso se encuentran las celebradas por ciertas empresas mercantiles, como las de abastecimientos y suministros (art. 75-V, *C.Com.*), las fabriles y manufactureras (VII), las libreras, editoras y tipográficas (IX), las de ventas en pública almoneda (X), así como las ventas que de sus productos hagan los agricultores (XXIII), etcétera.
c) *Por el objeto* sobre el que recaigan; aquí el tinte de mercantilidad no resulta del fin ni de los sujetos, sino de las cosas o los derechos, cuya propiedad se trate de transferir, que pueden ser acciones u obligaciones de sociedades mercantiles (III), títulos de crédito (IV), etcétera.

Conviene examinar la anterior clasificación con mayor detenimiento.

7.4.1 Compraventas mercantiles por el fin

¿En qué consiste la *especulación comercial*, factor de mercantilidad de ciertas compraventas, según el aludido texto legal? El verbo *especular* tiene, entre otras acepciones ajenas a nuestro estudio —informa la Real Academia Española en su *Diccionario*—, la de *comerciar* o *traficar*, pero también la de "procurar provecho o ganancia fuera del tráfico mercantil"; especulación —dice la propia autoridad idiomática— es la "operación comercial que se practica con mercaderías, valores o efectos públicos, con ánimo

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

de obtener lucro". Parece, pues, que en los términos de dicho lexicón no hay duda sobre que la especulación comporta la idea de utilidad, vale decir, de ganancia o provecho; pero entonces, ¿qué sentido tiene la circunstancia de que en el *C.Com.* aparezca el sustantivo *especulación* seguido del adjetivo *comercial*?; ¿no será una ociosa reiteración de la idea de lucro, implícita ya en el vocablo anterior?

No lo creo así. Paréceme que, con el adjetivo *comercial*, la ley quiere calificar el sustantivo *especulación* en términos tales que no cualquier compraventa especulativa pueda calificarse de mercantil, sino sólo la que se realice en ocasión o como parte de una *actividad comercial*; en otras palabras: para que una de estas compraventas merezca el calificativo de *comercial*, es preciso que forme parte de una serie de operaciones similares, realizadas por el mismo sujeto, que con ello asume el carácter de comerciante, en términos del art. 3o. del propio *C.Com.* Por lo mismo, no será mercantil una compraventa ocasional, a pesar de que mediante ella se obtenga lucro, pues aunque sea *especulativa*, no es *comercial*.

¿De qué puede derivar el lucro comercial obtenido con la compraventa?; dependerá de la actividad comercial a que se dedique el sujeto: compra para revender la misma cosa con ganancia; adquisición de varias materias primas o componentes (hoy es frecuente llamarlos *insumos*) para armarlos en un todo que se venderá en un precio total superior al de costo sumado de los componentes; compra para dar en uso, arrendamiento, arrendamiento financiero (*leasing*), etc., en condiciones tales que el provecho obtenido de la segunda operación sea superior al precio de compra; y como tales, otras posibles operaciones que denotarán la especialidad comercial del sujeto.

Pero el art. 371 del *C.Com.*, proclama la existencia de un segundo tipo de compraventas mercantiles por el fin, a saber: "las que se hagan con el objeto directo y preferente de traficar", verbo este último cuyo claro significado es necesario precisar, como medio para ubicar estas compraventas.

> *Traficar* —vuelve a acudir en nuestro auxilio el ya mencionado *Diccionario* académico— es "comerciar, negociar con el dinero y las mercaderías, trocando, comprando o vendiendo, o con otros semejantes tratos", por donde es forzoso concluir que aquí la compraventa tiene carácter mercantil, no por el ánimo de lucro que mueva a su autor, ni por su carácter masivo, como ocurre con las previstas por el art. 75-I y II del *C.Com.*, sino por otro motivo, cual es el de comprar para revender, dar en arrendamiento o permutar los bienes adquiridos; puesto que de la letra del precepto no se infiere, como arriba se apunta, carácter lucrativo alguno en la intención, ni comercial en la operación, naturaleza mercantil debe tener toda compraventa, aun ocasional, que se celebre con el propósito de enajenar el mismo bien o de permitir su uso o explotación por un tercero.

7.4.2 Compraventas mercantiles por el sujeto

Aquí, en cambio, la mercantilidad tiene una impronta subjetiva: el carácter de comerciante de uno o de ambos sujetos de la relación; y, aunque los textos legales no lo aclaren, siempre que la compraventa constituya una operación propia de su actividad comercial: no será mercantil, por tanto, la venta que de su automóvil efectúe un

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

comerciante *tlapalero*[7] a otro farmacéutico, en ambos casos para usos no comerciales, pero sí lo será en caso de que el primero hubiera destinado el vehículo a la distribución de sus mercaderías, y el adquirente se propusiera darle uso similar; en cambio, ninguna duda cabe sobre la mercantilidad de la venta que del mismo automóvil efectúe el titular de una agencia o *lote* de automóviles al de una empresa alquiladora de los mismos, en ejercicio, por parte de entrambos, de sus respectivas actividades.

Con base en tal concepción subjetiva, la ley tiene por mercantiles las compraventas que efectúen las empresas a ellas dedicadas, ora como meras intermediarias (abastecimientos y suministros, art. 75-V), ora como productoras (frac. VII), ora como distribuidoras, editoras o impresoras de libros y publicaciones tipográficas (frac. IX), pero también como rematadoras (frac. X).

Muchas veces se ha censurado, con justicia, la forma impropia en que están redactados los textos legales respectivos, que erróneamente atribuyen a las *empresas* el carácter de *actos*; empero, no es difícil colegir que el carácter de actos lo atribuye el art. 75 del *C.Com.*, no a las empresas mismas, sino a las operaciones que constituyen su actividad primordial.

7.4.3 Compraventas mercantiles por el objeto

Ciertos bienes, considerados por ello como *cosas mercantiles*, son aquí los que transmiten tal carácter a las compraventas que con ellos se realicen; en las cuales, por lo mismo, poco o nada contará el propósito de tráfico o de especulación comercial, ni la calidad de comerciantes o no de los sujetos.

Y cosas mercantiles son, en nuestro derecho:

- Las partes sociales, las acciones y las obligaciones emitidas por las sociedades mercantiles (art. 75-III, *C.Com.*).
- El dinero, cuando es objeto de remesa entre plazas diferentes (frac. XIX).
- Los títulos de crédito (art. 1o., *LGTOC*).
- Los buques (arts. 79 y 111, *LNCM*).
- Las empresas comerciales (art. 75-V, VI, VII, VIII, IX, X y XI, *C.Com.*).
- Las patentes, las marcas y las demás manifestaciones de la propiedad industrial (art. 2o.-V, *LPI*).

Por lo demás, como antes se dijo, el *Proy. C.Com.* lo expresaba así con toda claridad (art. 4o.-III).

La anterior relación amerita algunas apostillas:

a) Los buques son cosas mercantiles sólo en cuanto configuren instrumentos de comercio marítimo; tal es el supuesto de la ley que regula su manejo y operación (art. 2o.- III, *LNCM*).

---

[7] *Tlapalería* es una palabra híbrida, formada por el sustantivo náhuatl *tlapalli,* con el que se denota una sustancia para colorear, y la desinencia castellana *-ería*: "tienda en que se venden principalmente materias colorantes, otras cosas análogas y útiles para pintar. Hoy se comprenden también diversos materiales de oficios manuales, como carpintería, albañilería, etc." (**Francisco J. Santamaría**, *Diccionario de mejicanismos*, Editorial Porrúa, México, 1959, pág. 1059).

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

b) Quizá por analogía, deberían estimarse también como cosas mercantiles las aeronaves y los vehículos terrestres destinados igualmente al cumplimiento de contratos de transporte de personas o de mercaderías, pero no existe ningún apoyo legal expreso para sostenerlo. Y por ello resulta interesante leer en el *Proy. C.Com.* de 1929, que ya la Comisión redactora atribuía a las aeronaves el carácter de cosas mercantiles por *naturaleza* (?) (art. 298-II).
c) El referido *Proy.* de 1929 contenía otras dos afirmaciones expresas, que todavía hoy tienen sólo carácter implícito: en su art. 298, ya citado, sostenía que el fundo —expresión que viene cayendo en desuso— mercantil, así como las patentes y las marcas, son también cosas mercantiles por naturaleza (fracs. III y VII).
d) Tal vez por razón del controvertido carácter jurídico de los derechos sobre las marcas y las patentes, los contratos sobre transmisión plena de los mismos no suelen llamarse de compraventa, sino de *cesión* o de *licencia*. Por cuanto en ellos se estipula la transferencia de derechos, me parece que son verdaderas y propias compraventas, sin que sea óbice para ello el que los derechos recaigan sobre bienes inmateriales; la redacción del art. 2248 del *C.Civ.*, es, para abarcar también tales derechos, de una cómoda amplitud.

7.5 Inexistencia de las compraventas mixtas o unilateralmente mercantiles

Los contratos traslativos del dominio o del uso de bienes, cuya mercantilidad es dada por el sujeto o por el fin, han venido suscitando en el derecho mexicano serias dudas en punto a su mercantilidad bilateral; el planteamiento del tema y las conclusiones se enuncian así:[8] "Las condiciones de que depende la mercantilidad de los actos que no la tienen absoluta no siempre se dan con respecto a las diversas partes de un mismo acto" (**Mantilla Molina**); "... es frecuente que de las dos partes que celebran un contrato, una de ellas ejecute un acto de comercio y la otra un acto civil; lo que acontece, por ejemplo, cada vez que un particular compra una cosa de un comerciante establecido, para su uso o consumo..." (**Barrera Graf**); ahora bien, ante la falta de precisión legal en lo que hace a la ley sustantiva por la que deben regirse tales actos, y por cuanto el art. 1050 del *C.Com.*, reconoce su doble carácter, pero sólo le da solución procesal, fuerza es concluir que, salvo los pactos expresos, los derechos y las obligaciones de cada una de las partes se ajustarán al fuero legal respectivo, mercantil o civil.

De modo general, coincido con las conclusiones del anterior discurso, pero creo que la compraventa escapa al mismo, por las siguientes consideraciones:

a) Bien cierto es que el art. 75, fracs. I-II del *C.Com.*, sólo atribuye carácter comercial a las adquisiciones, enajenaciones, compras y ventas, cuando se realicen "con propósito de especulación comercial".
b) No menos cierto es que, con gran frecuencia, sólo una de las partes está animada de tal propósito, al paso que la otra únicamente abriga la intención de adquirir el bien para su uso o consumo.

---

[8] **Roberto L. Mantilla Molina**, *Derecho...*, *cit.*, pág. 72; **Jorge Barrera Graf**, *Tratado de derecho mercantil,* vol. I, Editorial Porrúa, México, 1957, págs. 147 a 149.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

c) No puede ignorarse que el art. 1050 del *C.Com.*, reconoce la existencia de contratos de carácter mixto.

d) Pero, en materia de compraventa, tampoco puede pasarse por alto la ya analizada noción que suministra el art. 371, que prescribe la mercantilidad de las *compraventas* a las que el propio *C.Com.* da tal carácter, sin hacer referencia a ninguna posible separación conceptual de las partes por su intención, como sí lo hace el art. 75, en sus citadas fracciones iniciales, cuya redacción permite discriminar a las partes sobre la base de su intención y, con ello, dejar sentado el carácter mercantil-civil de los actos o contratos. Nótese, en efecto, que este último precepto se refiere, en forma deliberadamente separada, al carácter que la parte tenga en el contrato —adquirente, enajenante, alquilador, comprador o vendedor—, para ligarlo con el propósito de especulación comercial, y que en cambio no menciona, lo que sí ocurre en la frac. IV y otras, los contratos mismos como actos de comercio.

e) De lo anterior resulta que el carácter parcialmente mercantil de los contratos previstos por las fracs. I, II y otras del art. 75 del *C.Com.*, se vierte, en la compraventa, a la otra parte en el contrato, por así disponerlo el art. 371; de esta guisa, nuestro contrato deviene mercantil para ambas partes, tanto en los supuestos del art. 75 como en el de la parte final del 371, ya analizada también.

Concluyo y resumo: las compraventas previstas por el *C.Com.* y por las leyes de él desprendidas son bilateralmente mercantiles, por así disponerlo su art. 371.

A falta de un precepto similar en la regulación de los demás contratos previstos en las fracs. I y II del art. 75 (arrendamiento, suministro), los mismos deberán seguir siendo objeto de la doble regulación impuesta por nuestro derecho positivo privado, defecto que, con razón, han criticado **Mantilla Molina** y **Barrera Graf**.

Resulta por demás interesante consignar aquí que, para el legislador argentino, la compraventa es mercantil sólo cuando el comprador "... se obliga por su parte, a pagar un precio convenido, y la *compra para revenderla o alquilar su uso*", expresión esta última que permite distinguirla claramente de la compraventa civil (art. 450, *C.Com.* argentino).

Hernán Valencia Restrepo[9] hace una interesante disertación en torno de las llamadas "ventas forzosas", entendidas como tales las que se efectúan sin o contra el consentimiento del vendedor, como ocurre en los remates judiciales forzados, e incluso en algunos administrativos, generalmente en pública subasta. A pesar de ello, este autor sostiene que no opera en ellas una excepción al consentimiento, pues se trata de actos de autoridad, de tal manera que las únicas ventas forzosas son las efectuadas mediante remates de la jurisdicción contenciosa, en los que no opera la discrecionalidad para vender o no. En tales casos, según este autor, el juez otorga su consentimiento, por encima de la voluntad del dueño de la cosa, pero en ejercicio de funciones y facultades legalmente otorgadas, lo que le lleva a concluir que, en verdad, es incorrecto hablar de ventas forzosas, ya que en rigor se trata de remates judiciales forzosos, como actos de autoridad, que no se opone a considerar como contratos procesales.

[9] *Teoría general de la compraventa,* Editorial Temis, Bogotá, 1983, págs. 79-97.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

7.6 *C.Com.* y *LFPC*: delimitación de los campos

No es pródigo el *C.Com.* en reglas para nuestro contrato; poca importancia tendría ello, pues ahí está el derecho común —el *C.Civ.*, según ha quedado expuesto— como fuente supletoria, si no fuera por las complicaciones que, como complementaria y en ocasiones derogatoria de dicho *C.Civ.*, y aun del propio *C.Com.*, plantea la *LFPC*; me remito a lo expresado sobre este punto en el capítulo que antecede. Ahora bien, cuenta debida ha de tenerse de que los efectos de dicha legislación protectora del consumidor —y, por tanto, los complementarios y derogatorios— no son absolutos, pues sólo se surten en las compraventas en las que el vendedor tenga el carácter legal de proveedor: "... la persona física o moral que habitual o periódicamente ofrece, distribuye, vende, arrienda o concede el uso o disfrute de bienes, productos o servicios" (art. 2o.-II, *LFPC*).

De ese modo, escapan a tal estatuto protector las siguientes compraventas, que, por consiguiente, se mantienen sólo reguladas por el *C.Com.*, o por el *C.Civ.*:

a) Aquellas en las que el vendedor no tiene el carácter legal de proveedor. Así resulta, a propósito de las operaciones con inmuebles, de lo previsto por el art. 73 de la *LFPC*.
b) Las que ocasionalmente se celebren con el exclusivo propósito de revender los bienes o retransmitir los servicios, sin modificación alguna.

Pero vayamos a las escasas reglas generales consignadas en el *C.Com.*

7.7 Efectos de las estipulaciones ilícitas

Ociosa pareciera la disposición del art. 372: "En las compraventas mercantiles se sujetarán los contratantes a todas las estipulaciones lícitas con que las hubieren pactado"; mas, a poco que se la examine, presto aparece un aparente despropósito, inferido de su interpretación *a contrario sensu*: los contratantes no deben sujetarse a las estipulaciones ilícitas. De manera, pues, que así entendido el precepto, cualquiera de las partes quedaría facultada, por sí y ante sí, para dejar de cumplir una o más estipulaciones ilícitas... o que así le parecieran.

Pero como tamaña interpretación conduciría a la autoimpartición de justicia, incompatible con nuestro sistema jurídico, por mi parte prefiero ensayar otra interpretación de la terminología legal, que no desentone del conjunto formado por la teoría de las nulidades de derecho privado: las estipulaciones ilícitas, de las que, ciertamente, nada dice en forma expresa el precepto, deben regirse por el derecho común en cuanto fuente supletoria del ordenamiento mercantil; estipulaciones tales, referidas al objeto, el fin o la condición, producen la nulidad, absoluta o relativa (art. 2225, *C.Civ.*), total o parcial (art. 2238); con ser absoluta y todo, el acto, por regla general, *produce sus efectos* (art. 2226); si relativa, *siempre los produce* (art. 2227); en todo caso, sólo el juez puede pronunciarla.

Y de tal guisa, solamente podría acusarse al precepto de inocuo, por incompleto.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

7.8 Incumplimiento de una de las partes

Domínguez Martínez[10] apunta, como obligaciones del vendedor, primordialmente las de entregar la cosa al comprador, garantizarle las calidades de la misma y prestar la evicción, pero afirma que, además, reporta la de conservar la cosa vendida mientras no la entregue, responder de los vicios ocultos, garantizar una posesión pacífica y pagar por mitad los gastos de escrituración y de registro e igualmente el impuesto sobre la renta por la utilidad que le genere la venta. Este autor se refiere, naturalmente, a las disposiciones aplicables en materia civil y notarial.

Poca o ninguna novedad ofrece el art. 376 del *C.Com.*: el contratante incumplido deberá ser condenado a admitir la rescisión del contrato, o bien a cumplirlo y, en cualquiera de los casos, al pago de los daños y perjuicios.

Pero si el comprador es un consumidor —en los términos de la *LFPC*— y es el que incurre en mora, tal precepto del *C.Com.* no regirá en caso de que dicho comprador haya pagado más de la tercera parte del precio o del número total de pagos convenidos, pues si ya lo efectuó, a él corresponderá optar entre la rescisión o "el pago del adeudo vencido más las prestaciones que legalmente procedan", en la inteligencia de que los pagos extemporáneos "... que sean aceptados por el proveedor, liberan a aquél de las obligaciones inherentes a dichos pagos". Parece que con todo esto debe entenderse que sólo reporta la obligación de pagar los intereses moratorios, así como los gastos y costas judiciales, en su caso, no así los daños y perjuicios causados por su mora (art. 71, *LFPC*).

Con criterio procesalmente muy discutible, la Tercera Sala de la SCJN ha establecido, en el juicio de amparo directo 21/90, que el derecho de ejercitar tal prerrogativa puede hacerlo valer el consumidor, tanto al contestar la demanda como en cualquier etapa del juicio. Y parece controvertible tal opinión, por virtud de que en esa forma se autoriza al demandado a oponer la excepción cuando así le venga en gana, y no precisamente al contestar la demanda, como lo dispone el art. 260 del *CPC*.

Estoy, pues, en desacuerdo con la opinión de **Ovalle Favela**,[11] quien estima acertado el criterio de la Suprema Corte, pues, a pesar de lo que sostiene dicho autor, no puede caber duda sobre que el ejercicio de la aludida prerrogativa configura una verdadera excepción, ya que con ella se enerva la acción rescisoria del demandante, que de ese modo ve frustrada su acción en un momento procesal en el que, evidentemente, había precluido el derecho del demandado a ejercer la citada prerrogativa.

He aquí, pues, uno de los casos en los que se advierte el efecto modificatorio que se arrogó la legislación protectora, a que antes me referí.

Porque nada dice el precepto en punto a daños y perjuicios, y ante el pregonado carácter protector de dicha ley, debe concluirse que en ninguno de los supuestos que contempla, será dado al actor exigir el pago de tales conceptos.

Recuérdese (*supra* núm. 6.8), además, que las compraventas a domicilio sólo "se perfeccionan" a los cinco días hábiles contados desde su firma (art. 56, *LFPC*).

---

[10] *Derecho civil. Teoría del contrato. Contratos en particular*, 3a. ed., Editorial Porrúa, México, 2007, págs. 259 y 260.

[11] *Comentarios a la Ley Federal de Protección al Consumidor*, McGraw-Hill, México, 1994, págs. 137 y 138.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

7.9 Plazos y gastos de entrega

Salvo estipulación, el vendedor —proclama el art. 379 del *C.Com.*— debe poner a disposición del comprador la mercancía vendida dentro de las 24 horas siguientes al contrato; el comprador, a su vez, deberá recibirla, según su naturaleza y las estipulaciones sobre el particular, real, jurídica o virtualmente (art. 377), pero desde el momento en que acepte que está a su disposición, operará la entrega virtual, y el vendedor asumirá, con todas sus consecuencias, el carácter jurídico de depositario.

En tanto no se ponga la mercancía a disposición del comprador, los gastos de entrega serán a cargo del vendedor; a cargo del primero, todos los que ocasione la guarda y el desplazamiento a partir de que se ponga a su disposición (art. 382). Juzgo que, sin embargo, es plenamente válido un pacto en cualquier otro sentido.

La misma regla se aplica, en fuerza de lo dispuesto por el art. 377, a las pérdidas, los daños o los menoscabos que sufra la mercancía vendida: los reportará el comprador desde el momento en que hubiere operado cualquiera de las entregas; antes de ese momento, serán por cuenta del vendedor.

7.10 Pago del precio

A falta de estipulación, el precio deberá pagarse de contado (art. 380).

La expresión *de contado* no tiene una clara acepción jurídica; en la vida comercial se la emplea con diversos alcances cronológicos, y aun es frecuente emplearla como sinónima de *al contado*.

En efecto —y salvas las reglas para las compraventas que exigen la celebración de un contrato de transporte de la mercancía—, mientras para algunos comerciantes (por ejemplo, los que operan en las llamadas *línea blanca* y de *electrodomésticos*), el pago de contado es previo —a veces en varios días— a la entrega de la mercancía, y consideran que se hizo *al contado*, aunque se haya efectuado por medio de cheque, otros (como los titulares de grandes, medianas y pequeñas negociaciones dedicadas a la venta al menudeo de mercaderías varias) sólo califican como operación *de contado* aquella en que se paga el precio, *en efectivo*, en el momento de la adquisición, mientras que para muchos sigue siendo operación *de contado* (si bien algunos añaden el adjetivo *comercial*), la que permite al comprador pagar el precio, sin recargo alguno, dentro de los 90 días siguientes al del cierre de la operación (tal es la forma en que operan ciertos comerciantes vendedores de muebles para baño, de artículos para oficina y de libros que se ofrecen por correo); sin que falten los casos en que, por el contrario, se ofrezca alguna rebaja a los compradores que paguen de *riguroso contado*.

El mal llamado *pago* con las hoy día tan difundidas tarjetas de crédito o de débito (pues la suscripción del usual pagaré o *voucher*, como es bien sabido, no configura un pago, sino una promesa de efectuarlo) suele, empero, calificarse de pago *de contado*, aunque no *al contado*.

Serán los pactos y, a falta de ellos, los usos y las costumbres, los que establecerán, pues, el alcance de la expresión *de contado*. Pero si nada se estipulase, y tampoco se hubieren adoptado usos ni costumbres, ahí está, en el *C.Civ.* (art. 2294), la disposición supletoria: el pago deberá efectuarse en el momento en que se entregue la mercancía.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

7.11 Falta de cumplimiento

Al igual que en todo contrato, que al fin y al cabo supone por lo menos dos conductas humanas, siempre sujetas al riesgo de inobservancia, incumplimiento, lesión, abuso, etc., la experiencia demuestra que es conveniente, y siempre aconsejable, la adopción de medidas precautorias, que en la compraventa podrían consistir en la constitución de depósitos en garantía, otorgamiento de contratos prendarios, contratación de seguros y algunas otras figuras jurídicas aptas para ello, con cualquiera de las cuales se minimiza el riesgo de incumplimiento y de sus siempre dañinas consecuencias, algunas de ellas incluso causantes de daño moral, habida cuenta, por supuesto, de que el incumplimiento, total o parcial, de la obligación respectiva, puede ser voluntario o involuntario e incluso puede ser consecuencia de un acontecimiento ajeno a la voluntad de la parte remisa, como lo podría ser un fenómeno natural, la dolosa conducta de un tercero, etc., y para todo ello resulta la conveniencia de otorgar alguna de las antes apuntadas garantías de cumplimiento, que podrían ser de resarcimiento de los daños y perjuicios que se causen a la parte respectiva.

Como obligaciones del comprador, **Domínguez Martínez**[12] apunta las siguientes: *a*) Pagar el precio; *b*) Recibir la cosa; *c*) En caso de inmuebles, pagar el impuesto sobre adquisición; *d*) Pagar el impuesto sobre la renta por adquisición cuando se cause, si bien más adelante aclara que la de recibir la cosa es más que obligación, una carga.

Además de la principal consecuencia de la falta de pago por parte del comprador, ya examinada (*supra* núm. 7.8), cual es el surgimiento de las acciones de cumplimiento y de rescisión, importa dejar aclarado que las mismas acciones competen a dicho comprador por mora o defectuoso cumplimiento por parte del vendedor. Pero el *C.Com.* incluye otras normas protectoras de los intereses del comprador:

a) A menos que otra cosa se conviniera, las arras se entenderán entregadas a cuenta del precio (art. 381).

Cabe aquí recordar que la *seña*, *señal* o *arras* está configurada, en el derecho mercantil mexicano, por una cantidad que el futuro comprador entrega al futuro vendedor con cualquiera de los dos siguientes propósitos:

1. *Con carácter penitencial*, esto es, como cláusula penal para que el futuro vendedor se compense por el derecho de arrepentimiento que se reserva el futuro comprador.
2. *A cuenta del precio*, en cuyo caso el futuro comprador no tiene el derecho de arrepentirse pues, en realidad, la entrega de las arras configura ya el cumplimiento parcial del contrato.[13]

b) El vendedor responde del saneamiento para el caso de evicción, si bien es lícito el pacto que de ello lo libere (art. 384).

---

[12] *Op. cit.,* pág. 279.

[13] Para un amplio estudio sobre el origen romano de las arras, su evolución histórica y su régimen en el derecho comparado, particularmente a la luz de la ley y la doctrina argentinas, *véase* **José María Gastaldi**, *Contratos,* vol. II, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994, págs. 7 y sigs.; este autor informa sobre la posibilidad, con arreglo al respectivo texto legal argentino, de que las arras consistan en bienes diversos del numerario.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

c) Como quedó apuntado, el vendedor responde de la deficiente calidad o cantidad de los bienes, pero también de los vicios ocultos. Cortos, en verdad, son los plazos que se conceden al comprador para reclamar las primeras y los segundos: cinco y 30 días, respectivamente, contados desde que reciba las mercancías (art. 383). La *LFPC* los amplía a dos meses y permite que la reclamación se presente al vendedor o al fabricante (art. 93).

Pero también la falta de pago por parte del comprador acarrea, en caso de que las mercaderías se encuentren todavía en poder del vendedor, la constitución de un específico derecho a favor de este último: la prenda que *ex lege* se constituye sobre dichas mercaderías para garantizarle, con preferencia respecto de otros acreedores, el pago del precio (art. 386, *C.Com.*).

Por lo que hace a las compras de los consumidores, la *LFPC* (art. 91), prescribe que los pagos realizados en exceso del precio máximo determinado o, si es el caso, del estipulado, son recuperables por el consumidor, y si no le son devueltos dentro de los cinco días hábiles siguientes a la reclamación, el proveedor será objeto de la sanción respectiva y, además, deberá pagar intereses sobre la suma adeudada, en la inteligencia de que la acción para reclamar todo ello prescribe en un año a partir de la fecha en la que se efectuó el pago excesivo.

7.12 Efectos de la lesión

Como es sabido, el *C.Civ.* no suministra un concepto claro de lesión desde el punto de vista cuantitativo; en cambio, no hay duda sobre que, conforme al precepto respectivo (art. 17), la lesión se configura con dos elementos: uno subjetivo, cual es la explotación de "la suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria de otro"; objetivo el otro, que se constituye por el "lucro excesivo que sea evidentemente desproporcionado a lo que él por su parte se obliga".

Difícil tarea la de determinar el alcance de los adjetivos *suma*, *notoria*, *extrema*, *excesivo* y *desproporcionado*; tal vez por ello, nuestros recientes autores especialistas no abordan su estudio al examinar la lesión como supuesto vicio de la voluntad en los contratos, o bien se abstienen de mencionar criterios o porcentajes que pudiesen servir de base a tal determinación.[14]

En un amplio opúsculo sobre el tema, **Carmen García Mendieta** estima que sujetos activos de la explotación pueden ser tanto personas físicas como morales, pero estas últimas no pueden ser sujetos pasivos, pues "... en su gran mayoría, son de derecho mercantil y, por su propia naturaleza, no son de condición miserable; asimismo, es improbable que actúen con ignorancia de sus intereses y, menos aún, con inexperiencia".[15]

---

[14] **Ernesto Gutiérrez y González**, *Derecho de las obligaciones*, 7a. ed., Editorial Porrúa, México, 1990, págs. 366-379; **Manuel Bejarano Sánchez**, *Obligaciones..., cit.,* págs. 92-100.

[15] **Carmen García Mendieta**, "La lesión civil. Estudio del artículo 17 del *Código Civil* para el Distrito Federal y su reforma de diciembre de 1983", en *Revista Mexicana de Justicia*, vol. III, núm. 1, ene.-

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

El mismo *C.Civ.* castiga con la nulidad relativa los actos lesivos (arts. 2228-2230).

El panorama mercantil de la lesión es totalmente diverso, pues, por el contrario, las compraventas mercantiles lesivas son válidas, ya que —según la impropia expresión legal— "no se rescindirán por lesión" (art. 385, *C.Com.*); mas como medio de no dar patente de legalidad a eventuales conductas maliciosas, dolosas o aun delictivas, el propio precepto concede al perjudicado, siempre que opere cualquiera de estos últimos supuestos, la acción de daños y perjuicios, además de considerar expedito su derecho para promover el ejercicio de la acción penal.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

mar. 1985, México, pág. 52; consúltese, de la misma autora, "El concepto de lesión", en *Boletín del Instituto de Derecho Comparado*, año XVIII, núm. 53, may.-ago. 1985, UNAM, México, págs. 581-594.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

CAPÍTULO 8

Compraventas especiales

8.1 Compraventa sobre muestras

Las operaciones sobre muestras o calidades mantienen el carácter de compraventas consensuales, siempre que se trate de mercancías determinadas y conocidas en el comercio, esto es, de *géneros*. De esta suerte, el contrato es perfecto desde que se da el acuerdo en la cosa y en el precio; ahora bien, la posible desavenencia en punto a la conformidad o no entre las muestras y las mercaderías entregadas debe ser resuelta conforme al parecer de dos comerciantes, designados uno por cada parte y, en caso de discordia, por un tercer comerciante, al efecto nombrado por los dos primeros (art. 373, *C.Com.*, sustancialmente igual al 2258, *C.Civ.*).

Apenas si hace falta anotar la inobservancia práctica de uno y otro preceptos, arrojados al olvido por las prácticas judiciales y arbitrales.

8.2 Compraventa de especies no vistas

Aquí, en cambio, se trata de mercancías no vistas por el comprador y respecto de las cuales no hay muestras ni es posible demostrar previamente su calidad, pues no son conocidas en el comercio; lógico es que, aunque haya acuerdo sobre la cosa y el precio,

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

el contrato no se perfeccione en tanto el comprador no examine las cosas compradas y manifieste su aceptación. Tal dispone el art. 374 del *C.Com.*

8.3 Compraventa con entrega diferida

Es frecuente que la cláusula de entrega diferida —que puede adoptar varias formas: un solo plazo, entregas parciales, etc.— se estipule en beneficio de una de las partes (del vendedor fabricante, que requiere tiempo para la elaboración del producto, o del comprador industrial, que debe ajustarse a un calendario de adquisición de insumos, o a la capacidad de sus locales), pero también es posible que conjugue los intereses de ambas partes. En todo caso, el comprador no está obligado a recibir entregas fuera de los plazos convenidos; pero las que así aceptare se entenderán como consumación parcial o total del contrato, según el volumen de las recibidas en relación con las contratadas (art. 375, *C.Com.*).

Una modalidad, cada vez más frecuente, de esta compraventa con entrega diferida es la conocida como *sistema de apartado*, que ciertas empresas celebran en calidad de compraventa con reserva de dominio, si bien el mecanismo supone otro aspecto que se aparta de tal denominación.

Esta modalidad se ajusta a los siguientes pasos: el cliente acude al proveedor, usualmente una empresa de bienes para el uso personal o doméstico, y expresa su deseo de adquirir el bien mediante pagos en abonos; por su parte, la empresa vendedora se compromete a conservar la mercancía como forma de garantizar al comprador que podrá retirarla en el momento en que efectúe el último de los pagos. Es cláusula usual la consistente en que el incumplimiento en el pago de dos o más parcialidades en las fechas estipuladas será causa de terminación del contrato, y por ello la empresa podrá disponer de la mercancía sin responsabilidad de su parte; a su vez, el cliente tendrá derecho a la devolución de las cantidades pagadas, previa deducción de cierta suma en concepto de penalidad a cargo del presunto comprador, en la inteligencia de que tal derecho a la devolución deberá hacerse valer dentro del plazo señalado al efecto, concluido el cual el cliente ya no tendrá derecho a devolución alguna.

Este mecanismo, como tantos otros hoy día incrustados en las prácticas comerciales, fue copiado de la práctica estadounidense conocida como *layaway*, que además supone un cargo inicial que debe cubrir el cliente, en concepto de gastos de administración por la celebración del contrato.

Por lo demás, es fácil apreciar las razones de su creciente difusión: el comprador se asegura la adquisición del bien, incluso individualmente escogido, mediante el pago en abonos sin causa de intereses; la empresa vendedora, por su parte, promueve de ese modo sus ventas y, ante la perspectiva de recuperar la disponibilidad del bien objeto de la operación, percibe además una suma en concepto de celebración del contrato y otra más en caso de que el comprador no cumpla puntualmente con el pago de los abonos estipulados. Ello explica que esta operación recaiga sobre bienes de no muy elevado precio y, además, se otorgue con cortos plazos de pago.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

8.4 Compraventa con pactos limitantes

Como se sabe, es lícita la estipulación en el sentido de que la cosa comprada no se venda a determinada persona, pero en cambio está afectada de nulidad la cláusula en cuyos términos no podrá venderse a persona alguna (art. 2301, *C.Civ.*).

En cuanto al tan debatido, legislativa y doctrinalmente, pacto de retroventa, prohibido por nuestro sistema legal (art. 2302, *C.Civ.*), no carece de interés mencionar que, en cambio, lo toleran el *C.Civ*. español (arts. 1507-1509), así como el *C.Civ.* argentino, pero en este caso únicamente a propósito de los bienes inmuebles.

8.5 Compraventas internacionales

La frecuencia de las transacciones internacionales trajo consigo la necesidad de unificar ciertas reglas en materia de compraventas internacionales, lo que ha investido a nuestro contrato de un cosmopolitismo tal, que no dudo al afirmar que en el curso del siglo XX, y en lo que va del XXI, ninguno otro ha sido objeto de mayor atención por parte de organismos internacionales, tanto de carácter gubernamental como privado, en denodados intentos por conseguir tal propósito unificador.

El primero y el segundo de ellos son los conocidos como proyectos del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), de 1930 y 1939, que sirvieron de base al posterior proyecto de La Haya, de 1964, conocido como Convención sobre la Compraventa Internacional de Objetos Muebles Corporales; éste, a su vez, fue la principal fuente de inspiración del texto más reciente, que por ahora debe considerarse definitivo, pues fue aprobado en sesión de delegados plenipotenciarios, celebrada en Viena, en el seno de la CNUDMI —rama jurídica de las Naciones Unidas— el 10 de abril de 1980, bajo el título de Convención sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (CCCIM); nuestro país suscribió y ratificó su adhesión a tal ordenamiento, previa aprobación de la Cámara de Senadores, según es de verse en el *DOF* 17 mar. 1988, en el que se publicó el texto de la aludida Convención.

En otros aspectos habían fructificado, con anterioridad, los intentos unificadores, pues en el mismo foro se había aprobado, en junio de 1974, la Convención sobre la Prescripción en la Compraventa Internacional de Mercaderías, igualmente ratificada por la Cámara de Senadores, según decreto de promulgación y texto publicados en el *DOF* 8 may. 1988.

Conviene dar cuenta aquí de que, a diciembre de 2006, sesenta y cuatro países habían ratificado esta Convención, y que en ella tales países representan más de las dos terceras partes del comercio internacional. Empero, también es importante tener en cuenta que la Gran Bretaña no ha ratificado este instrumento.

Por su parte, los organismos de comerciantes de todo el mundo, agrupados en la Cámara de Comercio Internacional, dieron cima, en 1953, a la elaboración de las Reglas Internacionales para la Interpretación de los Términos Comerciales, conocidas como INCOTERMS, que, pese a no haber adoptado la forma de tratado internacional, son de observancia mundial, según su última versión, conocida como INCOTERMS 2010. Se trata, por tanto, de una importante manifestación de la *lex mercatoria*.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

En el seno del tantas veces citado UNIDROIT se aprobó en Ginebra, el 17 de febrero de 1983, la Convención sobre la Representación en la Compraventa Internacional de Mercaderías, igualmente ratificada por nuestro país según publicación en el *DOF* 22 feb. 1988. Importa, por ello, dar cuenta de que nuestra *LNCM* (arts. 254-263) adopta los citados INCOTERMS como aplicables a las compraventas marítimas internacionales, así como la CCCIM y todas las demás convenciones antes mencionadas; sólo supletoriamente resultan aplicables el *C.Com*. y el *C.Civ*.

Por sus repercusiones en el tratamiento jurídico de las compraventas internacionales, conviene dar cuenta, en forma obligadamente breve, de algunos de los principales conceptos vertidos en dichos estatutos unificadores:

a) *Compraventa internacional* es la que se celebra entre partes cuyos establecimientos se encuentran en diferentes Estados (art. 1o., CCCIM).
b) *La CCCIM no se aplica* a las compraventas de mercaderías para uso personal, familiar o doméstico; a las que resulten de subastas o de embargos por orden de autoridad; a las de acciones, títulos de crédito, valores mobiliarios o monedas; de buques, yates o aeronaves y de energía eléctrica (art. 2o.).
c) En lo que se refiere a los once INCOTERMS, a continuación se mencionan las siglas con las que se les conoce mundialmente en inglés, su significado en español y la descripción de las obligaciones del vendedor y del comprador, según el caso:

Grupo E – Entrega directa a la salida

1. **EXW** —*Ex Works (named place)* → 'en fábrica (lugar convenido)'. El vendedor pone la mercancía a disposición del comprador en sus instalaciones: fábrica, almacén, etc. Todos los gastos a partir de ese momento son por cuenta del comprador.
   El INCOTERM EXW se puede utilizar con cualquier tipo de transporte o con una combinación de ellos (conocido como transporte multimodal).

Grupo F – Entrega indirecta, sin pago del transporte principal

2. **FCA** —*Free Carrier (named place)* → 'franco transportista (lugar convenido)'. El vendedor se compromete a entregar la mercancía en un punto acordado dentro del país de origen, que pueden ser los locales de un transitario, una estación ferroviaria... (este lugar convenido para entregar la mercancía suele estar relacionado con los espacios del transportista). Se hace cargo de los costos hasta que la mercancía está situada en ese punto convenido; entre otros, la aduana en el país de origen.
   El INCOTERM FCA se puede utilizar con cualquier tipo de transporte: aéreo, ferroviario, por carretera y en contenedores/transporte multimodal. Sin embargo, es un INCOTERM poco usado.
3. **FAS** —*Free Alongside Ship (named loading port)* → 'franco al costado del buque (puerto de carga convenido)'. El vendedor entrega la mercancía en el muelle pactado del puerto de carga convenido; esto es, al lado del barco. El INCOTERM FAS es propio de mercancías de carga a granel o de carga voluminosa porque se depositan en terminales del puerto especializadas, que están situadas en el muelle.
   El vendedor es responsable de las gestiones y costos de la aduana de exportación.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

El INCOTERM FAS sólo se utiliza para transporte en barco, ya sea marítimo o fluvial.

4. **FOB** —*Free On Board (named loading port)* → 'franco a bordo (puerto de carga convenido)'. El vendedor entrega la mercancía sobre el buque. El vendedor contrata el transporte a través de un transitario o un consignatario, pero el costo del transporte lo asume el comprador.

   El INCOTERM FOB es uno de los más usados en el comercio internacional. Se debe utilizar para carga general (bidones, bobinas, contenedores, etc.) de mercancías, no utilizable para granel.

   El INCOTERM FOB se utiliza exclusivamente para transporte en barco, ya sea marítimo o fluvial.

Grupo C – Entrega indirecta, con pago del transporte principal

5. **CFR** —*Cost and Freight (named destination port)* → 'costo y flete (puerto de destino convenido)'. El vendedor se hace cargo de todos los costos, incluido el transporte principal, hasta que la mercancía llegue al puerto de destino. Sin embargo, el riesgo se transfiere al comprador en el momento que la mercancía se encuentra cargada en el buque, en el país de origen. Se debe utilizar para carga general, que no se transporta en contenedores; tampoco es apropiado para los graneles.

   El INCOTERM CFR sólo se utiliza para transporte en barco, ya sea marítimo o fluvial.

6. **CIF** —*Cost, Insurance and Freight (named destination port*) → 'costo, seguro y flete (puerto de destino convenido)'. El vendedor se hace cargo de todos los costos, incluidos el transporte principal y el seguro, hasta que la mercancía llegue al puerto de destino. Aunque el seguro lo ha contratado el vendedor, el beneficiario del seguro es el comprador.

   Como en el INCOTERM anterior, CFR, el riesgo se transfiere al comprador en el momento que la mercancía se encuentra cargada en el buque, en el país de origen. El INCOTERM CIF es uno de los más usados en el comercio internacional porque las condiciones de un precio CIF son las que marcan el valor en aduana de un producto que se importa. Se debe utilizar para carga general o convencional, pero no se debe utilizar cuando se transporta en contenedores.

   El INCOTERM CIF se utiliza para cualquier transporte, pero sobretodo barco, ya sea marítimo o fluvial.

7. **CPT** —*Carriage Paid To (named place of destination)* → 'transporte pagado hasta (lugar de destino convenido)'. El vendedor se hace cargo de todos los costos, incluido el transporte principal, hasta que la mercancía llegue al punto convenido en el país de destino. Sin embargo, el riesgo se transfiere al comprador en el momento de la entrega de la mercancía al transportista dentro del país de origen.

   El INCOTERM CPT se puede utilizar con cualquier modo de transporte, incluido el multimodal (combinación de diferentes tipos de transporte para llegar a destino).

8. **CIP** —*Carriage and Insurance Paid (To) (named place of destination)* → 'transporte y seguro pagados hasta (lugar de destino convenido)'. El vendedor se hace cargo de todos los costos, incluidos el transporte principal y el seguro, hasta que la mercancía llegue al punto convenido en el país de destino. El riesgo se transfiere al comprador en el momento de la entrega de la mercancía al transportista dentro del

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

país de origen. Aunque el seguro lo ha contratado el vendedor, el beneficiario del seguro es el comprador.

El INCOTERM CIP se puede utilizar con cualquier modo de transporte o con una combinación de ellos (transporte multimodal).

Grupo D – Entrega directa en la llegada

9. **DAT** —*Delivered At Terminal (named port)*: 'entregado en terminal (puerto de destino convenido)'. El INCOTERM DAT se utiliza para todos los tipos de transporte. Es uno de los dos nuevos Incoterms 2010 con DAP y reemplaza el INCOTERM DEQ.

   El vendedor se hace cargo de todos los costos, incluidos el transporte principal y el seguro (que no es obligatorio), hasta que la mercancía se coloca en la terminal definida. También asume los riesgos hasta ese momento.

   El concepto terminal es bastante amplio e incluye terminales terrestres y marítimas, puertos, aeropuertos, zonas francas, etc.): por ello es importante que se especifique claramente el lugar de entrega de la mercancía y que este lugar coincida con el que se especifique en el contrato de transporte.

   El INCONTERM DEQ se utilizaba frecuentemente en el comercio internacional de graneles porque el punto de entrega coincide con las terminales de graneles de los puertos (en las versiones anteriores a Incoterms 2000, con el Incoterm DEQ, el pago de la aduana de importación era a cargo del vendedor; en la versión actual, es por cuenta del comprador).
10. **DAP** —*Delivered At Place (named destination place)* → 'entregado en un punto (lugar de destino convenido)'. El INCONTERM DAP se utiliza para todos los tipos de transporte. Es uno de los dos nuevos Incoterms 2010 con DAT. Reemplaza los Incoterms DAF, DDU y DES.

    El vendedor se hace cargo de todos los costos, incluidos el transporte principal y el seguro (que no es obligatorio) pero no de los costos asociados a la importación, hasta que la mercancía se ponga a disposición del comprador en un vehículo listo para ser descargado. También asume los riesgos hasta ese momento.
11. **DDP** —*Delivered Duty Paid (named destination place)*: 'entregada derechos pagados (lugar de destino convenido)'. El vendedor paga todos los gastos hasta dejar la mercancía en el punto convenido en el país de destino. El comprador no realiza ningún tipo de trámite. Los gastos de aduana de importación son asumidos por el vendedor.

    El INCONTERM DDP se puede utilizar con cualquier modo de transporte, sobre todo en transporte combinado y multimodal.

Por supuesto, existen otras modalidades en la compraventa de que se trata, que no consigno aquí por ser menos frecuentes.[1]

---

[1] Amplia información histórica y doctrinal sobre el tema, se encuentra en **Jorge Barrera Graf**, *La reglamentación uniforme de las compraventas internacionales de mercaderías,* UNAM, México, 1965; copiosa información legal y documental, en **Jorge Witker** y **Leonel Pereznieto**, *Aspectos jurídicos del comercio exterior de México*, 2a. ed., UNAM-Nueva Imagen, México, 1980.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

8.6 Sucinto y selectivo análisis de la CCCIM

Por sus importantes repercusiones en el medio comercial y jurídico mexicano, me parece interesante examinar, brevemente, el contenido de algunas de las disposiciones de la Convención.

Ante todo, es por demás ilustrativo dejar constancia del propósito unificador de convenciones como de la que se trata, en este caso puesto de relieve, primeramente, en el capítulo preambular de la misma, en el que se informa que los Estados participantes estiman:

> ... que la adopción de reglas uniformes aplicables a los contratos de compraventa internacional de mercaderías y compatibles con los diferentes sistemas sociales, económicos y jurídicos contribuirá a la supresión de obstáculos jurídicos al comercio internacional y favorecerá el desarrollo del comercio internacional.

Pero más claro aún se pone de manifiesto en el art. 7o.:

> Para la interpretación de la presente Convención, deberá tenerse en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad de su aplicación, así como de asegurar la observancia de la buena fe en el comercio internacional... Las cuestiones relativas a las materias reguladas por la presente Convención y que no estén expresamente previstas en ella se regularán conforme a los principios generales en los que ella se inspira o, a falta de tales principios, conforme a la ley aplicable por virtud de las reglas del derecho internacional privado.

Más adelante daré cuenta de la interpretación doctrinal de estos preceptos.

En otro orden de ideas, los redactores de la Convención decidieron dejar fuera de la misma los aspectos relativos a la validez del contrato y de la totalidad de sus cláusulas, así como a los efectos del mismo sobre la propiedad de las mercancías vendidas (art. 4o.).

Me parece que no está por demás dejar constancia de que en 26 de 88 artículos que forman el texto propiamente dicho de la Convención, se emplea la palabra *razonable*, que aparece un total de 39 veces. Vocablo tal, como sabemos, resulta todavía extraño a los regímenes jurídicos de impronta románica, y por ello cabe preguntarse si no se incurre en excesiva remisión a fórmulas de carente significado jurídico, a lo menos en muchos de los países suscriptores. En otro lugar[2] he tenido oportunidad de sostener que no hay tal exceso, por dos razones:

1. La Convención está impregnada de un criterio empírico más que jurídico, y tiene como desiderátum el de regular "exclusivamente la formación del contrato de compraventa y los derechos y obligaciones del vendedor y del comprador que dimanan de dicho contrato", a falta de convenio expreso (arts. 4o. y 6o.).
2. Las prácticas mercantiles internacionales, en cuanto a plazos, forma de entrega y pago, tienen que variar con arreglo a distancias, medios y costo del transporte, así

[2] **Arturo Díaz Bravo**, "En torno al concepto de lo razonable en la Convención sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías", en *Anuario Jurídico*, X, UNAM, México, 1983, págs. 103-110.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

como naturaleza de las mercancías, a tal punto que no es posible, pero tampoco recomendable, consignar en tal ordenamiento todos y cada uno de esos pormenores, ni lo es tratar de abarcarlos en el lecho de Procusto de una sola disposición que, por alejada de la realidad, sería de imposible observancia. De ese modo, no quedó al legislador internacional más alternativa que la de acudir a la mención de lo *razonable*.

Resulta por demás trascendente el reconocimiento que de los usos normativos e interpretativos hace la Convención en su art. 9o., así como al consensualismo del contrato, en su art. 11.

No menos interés reporta el dejar consignado que el plazo durante el cual surte efectos la obligación del oferente comienza a correr desde el momento en que despacha la carta o el telegrama; cuando la oferta se haga por teléfono o télex, o por otros medios de comunicación instantáneos, desde el momento en que la oferta llega al destinatario.

8.7 La CCCIM a la luz de la legislación y la doctrina mexicanas

Como era de suponerse, la Convención ha suscitado una copiosa producción doctrinal en todo el mundo, no sólo en cuanto a su contenido, sino también por lo que hace a sus relaciones y efectos en los derechos internos. De modo necesariamente breve, me referiré sólo a la legislación y doctrina mexicanas.

En principio, ya desde el punto de vista constitucional la Convención plantea sospechas en cuanto a su apego a algunas normas de la *CPEUM,* que **Fernando Alejandro Vázquez Pando**[3] resume en las siguientes preguntas:

a) ¿Puede México ratificar válidamente —desde el punto de vista interno—, un tratado internacional que regula una materia de jurisdicción local?
b) En caso afirmativo, ¿la ratificación debe sujetarse a la llamada *cláusula federal*?
c) ¿Es necesario, para su plena vigencia interna, que un tratado que versa sobre materias locales sea incorporado por sus legislaturas locales?

Estas preguntas son de muy difícil respuesta a la luz de nuestro derecho constitucional, nuestra doctrina y la práctica seguida..., restarían aún varios problemas, entre ellos dos de capital importancia: la forma de implementar los tratados, en caso de requerirse una implementación de tipo legal y el de las relaciones entre los tratados internacionales, las leyes locales y las federales.

Por supuesto, dicho autor comenta con amplitud la referida temática y ofrece soluciones en su amplio estudio.

---

[3] "Comentarios a la Convención sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías a la luz del derecho mexicano", en *Anuario Jurídico*, X, UNAM, México, 1983, págs. 31-57.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

Por su parte, **Jorge Adame Goddard**,[4] sin descuidar los ya apuntados aspectos constitucionales, lleva su análisis a la relación directa entre algunos preceptos de la Convención y las respectivas disposiciones de nuestro derecho. En su también amplia lucubración llega a sostener puntos de vista por demás cuestionables: "... la Convención viene a sustituir, en lo que respecta a las compraventas internacionales, al *Código de Comercio*, al *Código Civil* del Distrito Federal (aplicable como norma supletoria en materia mercantil), a la *Ley Federal de Protección al Consumidor* y a la *Ley de Navegación y Comercio Marítimos*", en apoyo de lo cual aduce que se trata de una ley suprema que le confiere el art. 133 de la *CPEUM*.

Opinión tal, como he dicho, es por demás discutible, pues ninguno de los indicados ordenamientos mexicanos puede reclamar su vigencia en contratos internacionales. El propio autor reconoce, sin embargo, que la Convención y las leyes domésticas se mueven en órbitas diferentes y, a contrapelo de lo antes afirmado, admite que, por su parte, tal ordenamiento sólo apunta a las compraventas internacionales, "... a diferencia de las leyes nacionales que tienen por objeto regular las compraventas entre nacionales (*sic*). Por este peculiar objeto material, la Convención constituye un cuerpo jurídico o estrato jurídico diferente del conjunto del derecho nacional...". De todo lo cual resulta que no existe, pues, el panorama derogatorio proclamado por el propio **Adame Goddard**.

Cabe preguntarse si ambos autores han sobrestimado las repercusiones de la Convención en el derecho mexicano. Ante todo, no se pierda de vista que el estatuto de que se trata sólo regula compraventas celebradas entre personas residentes en diversos Estados suscriptores, pretensión que nunca han tenido las leyes nacionales, salvo en aquellos casos en que ambas partes aceptan la aplicabilidad de nuestro derecho. Como anteriormente apunté, convengo con nuestros autores en que la Convención configura una regulación autónoma y, por lo mismo, queda sustraída a los derechos domésticos, que conservan, dentro de su ámbito nacional, plena vigencia, todo lo cual configura el loable propósito de eliminar las barreras que antaño constituyeron obstáculos surgidos de los conflictos de leyes en materia de derecho privado.

En cuanto a las facetas constitucionales examinadas por **Vázquez Pando**, a mi modo de ver tampoco revisten la gravedad que les atribuye, si se atiende a que en el derecho del comercio internacional carece de importancia la distinción entre contratos civiles y contratos mercantiles, por cuanto buena parte de las legislaciones —y la nuestra en el aspecto procesal— les atribuye tratamiento mercantil. Por lo mismo, tampoco puede pretenderse que, siempre en el ámbito internacional, la Convención haya venido a injerirse en la *Ley Federal de Protección al Consumidor*, que, apenas si hace falta reiterarlo, mantiene su plena vigencia en el ámbito doméstico.

Con terminología un tanto confusa, la *LNCM* califica de marítimas las compraventas cuando "... al menos un tramo del transporte se realice por vía marítima" y, sin precisar si se trata de compraventas marítimas nacionales o internacionales, sin más decide, como antes se dijo, que a todas se les deberá aplicar la CCCIM, así como otras convenciones con ella relacionadas, como la adoptada en materia de prescripción en la compraventa internacional, y su semejante, en materia de representación, si bien aclara que, supletoriamente, también serán aplicables el *C.Com.* y el *C.Civ*.

---

[4] *El contrato de compraventa internacional*, McGraw-Hill, México, 1994, págs. 26-29.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

Apenas si hace falta encarecer los problemas y conflictos que en la práctica podrá ofrecer tan prolija enumeración de leyes aplicables, sin contar con que resulta un tanto impropio el que, convenciones internacionales expedidas sólo para regir precisamente contratos internacionales, resulten obligatoriamente reguladoras de contratos nacionales, como el que, por ejemplo, podría celebrarse entre un vendedor radicado en Tampico, Tamaulipas, y un comprador con establecimiento en Progreso, Yucatán.

8.8 Compraventas bursátiles: generalidades

El mundo de los negocios bursátiles es una verdadera caja de sorpresas, incomprensibles absurdos e increíbles paradojas, capaces de hacer que se tambalee la razón de los iniciados... y de los juristas, que sólo mediante una ardua labor de truchimanes, y con frecuencia a través de verdaderas torturas legales, logramos enmarcar jurídicamente las operaciones bursátiles.

Llámanse de ese modo por alusión al local en que forzosamente se celebran: de una bolsa (del latín *bursa*) de valores. La única que opera en México es la Bolsa Mexicana de Valores, S.A. de C.V., con sede en el Distrito Federal.

En México las compraventas bursátiles sólo pueden recaer sobre acciones, obligaciones y demás títulos de crédito que se emitan en serie o en masa, así como sobre metales preciosos amonedados, por ahora solamente los llamados *centenarios* de oro y *onzas* troy de plata (art. 171, fracs. II y XVI, *LMV*).

El marco legal de estas operaciones está formado por la *Ley del Mercado de Valores*, así como por el *Reglamento Interior de la Bolsa Mexicana de Valores, S.A. de C.V.*, este último en vigor a partir del 25 de octubre de 1999 y por las Disposiciones de Carácter General aplicables a las Casas de Bolsa.

8.9 Formas de las compraventas bursátiles

Las compraventas bursátiles se pueden realizar sólo a través de casas de bolsa que son, necesariamente, sociedades anónimas autorizadas al efecto por la CNBV (art. 114), a las que acuden los interesados en comprar o vender valores de los inscritos en la citada BMV para instruirlos —o acaso para pedirles consejo— sobre la forma y los términos en que deben proceder a la compra o a la venta. Más adelante, al informar sobre el cierre de las operaciones, expondré el posible contenido de tales instrucciones —en la jerga bursátil, *órdenes*.

8.10 Contratos prebursátiles

Las compraventas de que se trata suponen la celebración, entre el cliente y la casa de bolsa, de uno o más contratos:

a) Por lo menos, el de comisión mercantil, por virtud del cual el presunto vendedor o comprador confiere facultad al agente o casa de bolsa para que, *por cuenta pero no en*

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

nombre del propio comitente, compre o venda los valores respectivos; aunque estos contratos suelen celebrarse por escrito, no es raro que se otorguen verbalmente, cara a cara, por teléfono o incluso mediante *fax* o *correo electrónico* y, en su forma más simple, suponen la autorización a la casa de bolsa para emplear el dinero o los valores que entrega el comitente, en una o varias compras o ventas.

b) Cuando el cliente está facultado para hacer futuras entregas de dinero o de valores y, como forma de cumplir el mismo contrato, la casa de bolsa debe emplear, siempre en operaciones bursátiles, el efectivo o los valores recibidos, parece indudable que se configura, además del de comisión mercantil, un contrato de cuenta corriente, pues las indicadas características se ajustan al concepto legal de dicho contrato, ya que "... los créditos derivados de las remesas recíprocas de las partes se anotan como partidas de abono o de cargo en una cuenta, y sólo el saldo que resulte a la clausura de la cuenta constituye un crédito exigible y disponible" (art. 302, *LGTOC*).

c) La *LMV* autoriza a las casas de bolsa (art. 171-IV, *LMV*) para conceder préstamos o créditos destinados a la adquisición de valores; pero, además, son frecuentes los contratos en cuyos términos dichas sociedades se obligan a conceder un préstamo, que opera automáticamente cuando se satisfacen ciertas condiciones, hasta por el 50% de la suma invertida en valores por el cliente, a través de la propia casa de bolsa. Trátase sin duda, en este caso, de contratos de apertura de crédito: la institución bursátil "... se obliga a poner una suma de dinero a disposición del acreditado... para que el mismo haga uso del crédito concedido en la forma y en los términos y condiciones convenidos..." (art. 291, *LGTOC*); las sumas así acreditadas sólo pueden destinarse a otras compras bursátiles. En la jerga bursátil estos contratos se conocen como *discrecionales con margen*.

d) Pueden también las casas de bolsa (art. 171-XI, *LMV*) "Recibir depósitos en administración o custodia, o en garantía por cuenta de terceros, de valores y en general de documentos mercantiles", en cuyo caso los contratos respectivos serán de depósito y de mandato para actos de administración, respectivamente.

Tanto los mencionados contratos como los demás que con sus clientes celebren las casas de bolsa deben ser previamente aprobados por la CNBV, en acatamiento de diversas circulares giradas por la misma.

8.11 Mecánica de las compraventas bursátiles

Los modernos sistemas electrónicos han venido a revolucionar la forma de operar en las bolsas de valores, a tal punto que los antiguos mecanismos, en cuanto suponían la indispensable presencia física de los operadores de piso en la sesión de remate, se han visto modificados por el intercambio electrónico de propuestas y aceptaciones. De ese modo, la Comisión Nacional Bancaria y de Valores expidió la circular 10-237 el 1 de febrero de 2000, publicada en el *DOF* correspondiente al 10 del mismo mes, en la que proclamó los términos del moderno sistema automatizado para la recepción, registro, ejecución y asignación de operaciones con valores.

He aquí, brevemente expuesta, la nueva forma de operar a distancia.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

Las órdenes pueden establecerse cualquier día y a cualquier hora, pero la concertación sólo puede perfeccionarse en días y horas hábiles, dentro de las sesiones de remate. Todo ello se difunde, por medio de la red electrónica, tanto a la Bolsa de Valores como a las casas de bolsa, y en la misma forma fluyen las contraofertas, aceptaciones y asignaciones, con estricto apego a la primacía en el tiempo.

Por lo que se refiere a los valores que integran el llamado *mercado de capitales*, sólo pueden negociarse con arreglo a un esquema de operación continua, por subasta o mixto, pero resulta necesario dejar precisado que estas operaciones, cuando se concierten (y no *concerten* como incorrectamente se dice en el Reglamento citado) en la Bolsa, quedarán perfeccionadas por el consentimiento expreso, manifestado a través de los formatos respectivos y, desde ese momento, las partes quedan obligadas no sólo al cumplimiento de lo pactado, sino también a las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, a los sanos usos y prácticas bursátiles, a lo previsto por el Reglamento de que se trata, a la *LMV* y a las demás disposiciones aplicables.

En cuanto al precio de las operaciones, debe corresponder a cualquiera de estas posibilidades: *a*) precio de apertura, *b*) precio de asignación, *c*) precio ajustado o al valor nominal ajustado y *d*) precio de cierre.

8.12 Forma de pago en las compraventas bursátiles

En cuanto al cumplimiento de las operaciones, el nuevo mecanismo prescribe que debe efectuarse dentro de los dos días hábiles siguientes a la concertación, cuando se trate de valores pertenecientes al mercado de capitales, y dentro de los tres días cuando se trate de valores que coticen en el Sistema Internacional de Cotizaciones.

Las operaciones concertadas en la Bolsa se perfeccionan mediante el consentimiento expreso del aceptante, manifestado a través de los formatos respectivos, si bien la concertación debe realizarse durante una sesión de remate. Consecuentemente, el perfeccionamiento no opera antes o después de la sesión.

8.13 Reflexiones y reglas generales

Ha de entenderse que el perfeccionamiento de estas transacciones sólo puede darse una vez que, siempre en la misma forma electrónica, el personal de la Bolsa de Valores emite la información de cierre. Por tanto, los anteriores mecanismos verbales han caído en desuso.[5] Empero, debe tenerse muy presente que, en la mayoría de las bolsas extranjeras, se sigue operando sólo a través de la presencia física, en los pisos de remates, de los agentes u operadores de piso.

---

[5] Estas operaciones bursátiles, con arreglo, claro es, a los antiguos mecanismos propios de la personal presencia de los operadores de piso, son amplia y documentadamente estudiadas en **Francesco Messineo**, *Operaciones de bolsa y de banca,* 2a. ed., Editorial Bosch, Barcelona, 1957; **Antonio Rodríguez Sastre**, *Operaciones de bolsa,* Madrid, 1954; **Manuel Broseta Pont**, *Estudios de derecho bursátil,* Editorial Tecnos, Madrid, 1978.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

8.14 Conclusiones generales y reenvío

Como se ha visto, la regulación de la compraventa en el *C.Com.* es fragmentaria: una vez más, la supletoriedad del *C.Civ.* deberá desempeñar su papel y colmar las numerosas lagunas de dicho estatuto mercantil.

Por mi parte, tampoco me referiré aquí a otras modalidades de dicho contrato, ni a los específicos derechos y obligaciones de las partes, así como a otros aspectos regulados, todos ellos, por el ordenamiento civil.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

CAPÍTULO 9

El préstamo mercantil

9.1 Concepto

Carente nuestro *C.Com.* de definición de este contrato, resulta indudable que es necesario acudir a la que consigna el *C.Civ.*, si bien con arreglo a la tradicional expresión de mutuo:

> *El mutuo es un contrato por el cual el mutuante se obliga a transferir la propiedad de una suma de dinero o de otras cosas fungibles al mutuatario, quien se obliga a devolver otro tanto de la misma especie y calidad (artículo 2384).*

Definición tal es tanto más defectuosa cuanto que, independientemente de su oscuridad, suscita dudas respecto de su verdadero alcance, y por ello la doctrina y la jurisprudencia mexicanas no aciertan a clasificar este contrato, según a poco se demostrará.

Como es lógico, las dudas se extienden al mundo mercantil, por cuanto, como antes se dijo, nuestro *C.Com.*, art. 358, se limita a atribuir calidad mercantil al préstamo:

> *... cuando se contrae en el concepto y con expresión de que las cosas prestadas se destinen a actos de comercio y no para necesidades ajenas de éste. Se presume mercantil el préstamo que se contrae entre comerciantes (artículo 358).*

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

Como fácilmente se aprecia, expresiones tales contribuyen también a agravar la confusión, a tal punto que, como también se examinará más adelante, no ha faltado opinión doctrinal en el sentido de que el préstamo que aquí se examina asume el carácter de contrato accesorio de otro principal, que sería la relación prístina entre el prestatario y un tercero, que asumiría la calidad de contrato principal.

Surgido en épocas históricas indeterminadas, el contrato de préstamo surgió bajo el signo de gratuidad rayana en el afecto, y por ello algunos textos imponían un trato especialmente duro a los prestatarios que no cumplieran frente al prestamista, con lo cual mostraban un punible rasgo de ingratitud.

Así, en la *Biblia*[1] se lee lo siguiente:

> "Quien hace misericordia, presta al prójimo, quien le apoya con su mano, guarda los mandamientos. Presta a tu prójimo cuando se halle en necesidad, y por tu parte restituye a tiempo al prójimo… Muchos consideran al préstamo como una ganga y a los que les han socorrido causan sinsabores,… pero al tiempo de la restitución da largas, responde con palabras negligentes y hecha la culpa a las circunstancias. Si puede, el otro recibirá apenas la mitad, y aun lo tendrá como una ganga. Si no, se quedará sin su dinero, y se habrá ganado sin necesidad un enemigo, que le devolverá maldiciones e injurias…".

9.2 Calificación mercantil

Como antes se dijo, nuestro *C.Com.* condiciona la mercantilidad del préstamo al destino que el prestatario dará a las cosas o al dinero prestado, que deberá ser uno o varios actos de comercio, lo que, además, subraya con la expresión de que no deben destinarse a la satisfacción de necesidades ajenas al comercio; además, presume la mercantilidad cuando se otorgue entre comerciantes.

Aunque parezca increíble, **Óscar Vásquez del Mercado**[2] afirma que el préstamo mercantil poco se practica entre comerciantes y en el comercio, y sostiene que para obtener los necesarios recursos se recurre a otros medios; más todavía, afirma que no es común el hecho de que un sujeto ocurra a otro o a un comerciante para obtener dinero, y ello sólo sucede, como también extrañamente lo afirma, cuando se acude a prácticas viciosas de usura.

Y todo ello resulta por demás sorprendente, puesto que, al parecer, este autor echa en olvido una de las dos funciones principales de los bancos, en cuanto prestadores profesionales y habituales de dinero.

Tal farragosidad es tan criticable como la definición civil del contrato. Ante todo, arroja al olvido la posibilidad de que se trate de un préstamo mixto, esto es, del efectuado por un comerciante, incluso una institución de crédito, en ambos casos como actividad propia de su objeto, a un prestatario que destinará el efectivo o bienes prestados a fines puramente civiles.

De ese modo, la arbitrariedad del legislador mercantil pugna con las disposiciones respectivas de los códigos civiles de nuestras entidades federativas y, por tanto,

---

[1] Eclesiástico, 29.

[2] *Contratos mercantiles*, 5a. ed., Editorial Porrúa, México, 1994, pág. 185.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

impone al prestatario el fuero mercantil que de ninguna manera le corresponde, con violación también de la Constitución Política, que reserva a las legislaturas de dichas entidades la regulación de los actos civiles.

Cuestión aparte es la relacionada con el aspecto procesal, por razón de que, atento lo dispuesto por el art. 1050 del *C.Com.*, cuando uno de estos actos o contratos mixtos dé lugar a una controversia, la misma se ajustará a las leyes procesales mercantiles, lo cual, atento lo expuesto, plantea también una invasión de facultades por parte del legislador procesal, que de ese modo impone a quien realizó el acto civil un fuero mercantil federal, que no se compadece con el civil que en rigor le corresponde.

Tamaña serie de incongruencias conduce a la afirmación de **Vásquez del Mercado**[3] en el sentido de que este préstamo mercantil es un contrato accesorio y, por sí sólo, no configura un acto de comercio, pues sólo adquiere calidad mercantil en relación con el acto principal, cual es el destino del efectivo o cosas prestadas; luego, a su parecer, es necesario que en el contrato de préstamo se precise el destino de los efectos prestados.

En cuanto a la presunción, también proclamada por el precepto mercantil, de mercantilidad del préstamo operado entre comerciantes, el mismo autor escribe que tal precepto entiende o presume el destino comercial de los efectos prestados, pero no aclara si tal presunción admite prueba en contrario, a lo que debe responderse de modo afirmativo, pues en verdad nada impide que un comerciante preste dinero a otro, quien destinará los bienes prestados a fines puramente civiles, como lo sería, a guisa de ejemplo, el empleo del dinero prestado para adquirir la propiedad de una casa puramente habitacional.

En el mismo orden de ideas, no es fácil compartir la opinión de **Vásquez del Mercado** en punto a la accesoriedad de este contrato. Como es bien sabido, un contrato es accesorio cuando su validez y existencia dependen de la de otro, como es el caso de la fianza, de la hipoteca y de los demás contratos de garantía, cuya existencia está plenamente condicionada a la de otro contrato, calificado de principal. Nada de ello se surte en la especie, puesto que el préstamo que aquí se examina no está condicionado a la existencia de otro contrato. Lo que sí resulta condicionada es su naturaleza civil o mercantil, con las apostillas antes examinadas.

Aquí, una vez más, parece necesario traer a cuento la conveniencia de unificar el derecho privado, lo que allanaría las un tanto bizantinas discrepancias anteriores, pero ante la bifurcación actual de nuestro derecho privado, parece que no queda más alternativa que la de evocar la mercantilidad de este contrato únicamente con arreglo, atenta la enumeración consignada en el art. 75 del *C.Com.*, a los sujetos contratantes, al objeto prestado y al propósito de lucro, si bien todo ello mantendría, fatalmente, la discusión sobre la condicionada mercantilidad del contrato y la inexistencia de un préstamo absolutamente mercantil.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

[3] *Contratos…, cit.*, pág. 186.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

9.3 Modalidades

La amplia gama de posibilidades que ofrece este contrato resulta de la naturaleza de los bienes prestables, que pueden consistir en dinero y en cualesquiera otros efectos muebles, pero también en títulos o valores, puesto que a todo ello hace referencia el art. 359.

Igualmente configura una modalidad la determinación o no del plazo para el reembolso del efecto o bienes prestados. Cuando no se precise tal plazo, el pago no podrá exigirse sino transcurridos treinta días de la interpelación que el acreedor haga al deudor, judicialmente, ante notario público o ante dos testigos, por así prescribirlo el art. 360.

Independientemente del evidente arcaísmo que a las claras muestra tal precepto, resulta claro que la interpelación sería válida si se efectúa a través de corredor público, por así disponerlo el art. 6o.-V, de la *Ley Federal de Correduría Pública*.

Pero además, el estatuto mercantil prevé la posibilidad, necesariamente calificada en nuestro mundo actual de anacrónica, salvo contados casos de préstamos amistosos y de escasa cuantía, de que no se pacten intereses, al disponer que cuando se estipule alguna prestación adicional a favor del acreedor, la misma deberá calificarse de interés. Afirmación tal, empero, podría conducir a situaciones prácticas un tanto confusas, puesto que si el préstamo recae sobre un bien mueble diverso del numerario, y se pacta su devolución juntamente con cierta cantidad en efectivo, el contrato asumiría el perfil de un arrendamiento, el que, como es bien sabido, legalmente supone el otorgamiento del uso o goce temporal de una cosa y la correspondiente obligación de pago por tal uso o goce, lo que cabalmente respondería al supuesto del préstamo antes mencionado.

Igualmente configura una modalidad del préstamo, ésta sí por lo demás frecuente, la exigencia de una garantía prendaria a cargo del deudor o bien de un tercero. Bien sabido es que las entidades bancarias, no menos que las empresas previstas por el art. 65 *bis* de la *LFPC*, sólo operan este contrato en la medida en que el deudor constituya una garantía prendaria, de tal manera que el préstamo se efectúa, de ordinario, con arreglo a un cierto porcentaje sobre el valor del bien pignorado, con la circunstancia de que la llamada *boleta de empeño* es negociable, lo que permite al deudor prendario rescatar una parte adicional del valor asignado al efecto entregado en prenda, a cambio de lo cual transmite a un tercero la disponibilidad del mismo; si bien este último, como es natural, asume el derecho de rescatar, a su vez, el bien pignorado, mediante pago al acreedor de la suma prestada al deudor original, tal vez en unión de los intereses pactados, pero también el derecho, frecuentemente otorgado al deudor original, de refrendar el adeudo, necesariamente con un nuevo cargo de intereses.

Ahora bien, la ya apuntada vaguedad legal conduce a conclusiones doctrinales increíblemente contradictorias. Así, **Jorge Alfredo Domínguez Martínez**[4] afirma lo siguiente:

> … en los términos de regulación del mutuo, éste es un contrato gratuito por naturaleza, pues por definición, el mutuario no soporta pérdida alguna, ni siquiera compensatoria de la cual el mutuante padece y sólo cuando así se pacta por las partes, se pagará intereses

[4] *Derecho civil. Teoría del contrato. Contratos en particular*, 3a. ed., Editorial Porrúa, México, 2007, págs. 367 y 368.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

> por el capital dado en mutuo… En efecto, según el artículo 2384 del Código (civil), el mutuario cumple con devolver otro tanto de la misma especie y calidad, de donde se desprende la gratuidad natural del contrato; ello se ve fortalecido además por el texto del artículo 2393 conforme al cual, "es permitido estipular interés por el mutuo…".

Por el contrario, **Víctor M. Castrillón y Luna**[5] sostiene que es oneroso porque contiene provechos y gravámenes recíprocos.

Parece que no cabe dudar sobre que asiste la razón a este último autor, por cuanto que, aun en el supuesto, un tanto teórico, de que no se pacten intereses a cargo del mutuatario, no cabe duda de que, además del beneficio que le reporta el uso de los efectos prestados, de los cuales incluso asume el carácter de propietario, también reporta la obligación de devolver a su contraparte otro tanto igual o equivalente a lo recibido originalmente. Así, no puede caber duda sobre que este contrato se desenvuelve en una doble dirección de gravámenes y provechos recíprocos.

Ahora bien, es cierto que, conforme a la regulación civil del préstamo, calificado de mutuo, el interés constituye una modalidad del contrato, luego no es de esencia en él, puesto que el art. 2393 del *C.Civ. permite* estipular tal interés, aunque el mutuo recaiga en *géneros,* con la circunstancia de que, en principio, el interés convencional es libremente convenido, pero en su defecto debe entenderse el nueve por ciento anual (art. 2395, *C.Civ.*).

En cambio, operan buenas razones para estimar aplicable al préstamo mercantil la medida protectora prevista por el mismo precepto civil, que, en efecto, permite estipular un interés superior o inferior al del nueve por ciento:

> pero cuando… sea tan desproporcionado que haga fundadamente creer que se ha abusado del apuro pecuniario, de la inexperiencia o de la ignorancia del deudor, a petición de éste el juez, teniendo en cuenta las especiales circunstancias del caso, podrá reducir equitativamente el interés hasta el tipo legal.

9.4 Elementos personales

En cuanto a las partes que participan en este contrato, poco es lo que hay que añadir. En rigor sólo intervienen, como elementos personales, el mutuante, prestador o prestamista, y el mutuatario o prestatario, habida cuenta de que en ambos casos puede tratarse de personas físicas o morales, sin olvidar que la definición legal mexicana hace presumir como mercantil el préstamo que se contrae entre comerciantes; afirmación que, como antes se apuntó, tiene la calidad de *iuris tantum*, por razón de que no debe excluirse la posibilidad de que, aun operado entre comerciantes, este contrato asuma carácter civil si el prestamista no actuó dentro de su actividad comercial, y tampoco el prestatario, el que, además, destinará los efectos prestados a una actividad no comercial, como lo sería la realización de obras en su casa-habitación y, por supuesto, el sufragio de necesidades o gustos ajenos al comercio.

Pero más allá de lo anterior, es por demás frecuente la intervención de un tercero, en calidad de garante prendario y que, como tal, sin ser precisamente parte en

---

[5] *Contratos mercantiles*, 1a. ed., Editorial Porrúa, México, 2002, pág. 163.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

el contrato, se obliga a responder, en numerario, de las obligaciones asumidas por el deudor.

Ahora bien, ¿*quid iuris* a la muerte de cualquiera de los otorgantes del contrato de préstamo y del deudor prendario?

Pues que, con arreglo a las respectivas disposiciones del *Código Civil* que corresponda, según la entidad federativa en la que haya residido el *de cujus*, y así por lo que hace al *C.Civ.* para el Distrito Federal, la sucesión hereditaria asume todos los derechos y obligaciones de contenido patrimonial que hayan correspondido en vida al fallecido (arts. 1281 y 1288), de tal manera que, en lo que se refiere al contrato de préstamo, la sucesión deviene deudora, con todo el acervo hereditario, de las obligaciones patrimoniales del prestatario original, y, en cambio, la sucesión hereditaria del acreedor asume todos los derechos de este último, pero es necesario precisar que, en este caso, el acreedor pudo disponer, en su testamento, de diferente manera y atribuir los derechos respectivos a alguno de los herederos o a algún legatario, lo que no puede ocurrir a propósito de la deuda del prestatario, de la cual responden todos los herederos e incluso los legatarios, a menos que cualquiera de ellos renuncie a sus derechos sucesorios (arts. 1284, 1285, 1286 y 1288).

Muy parecido es el escenario en el que se desenvuelve la prenda al ocurrir el fallecimiento del deudor prendario: la sucesión sigue reportando la obligación prendaria, mientras no se adjudiquen los bienes pignorados a uno o varios herederos o legatarios, respecto de los cuales seguirá gravitando la obligación real a favor del acreedor, siempre, como es de rigor, exclusivamente en cuanto a los bienes pignorados.

Por lo demás, este contrato de prenda, dada su naturaleza mercantil por ser accesorio del principal contrato de préstamo también mercantil, deberá regirse por las disposiciones legales en materia de prenda mercantil que se examina en el capítulo 17 de este libro.

9.5 Obligaciones de las partes

Véanse, a continuación, las obligaciones y derechos que asisten a las partes siempre con arreglo a las relativas disposiciones del *C.Com.* y del *C.Civ.*

- Si el préstamo consiste en dinero, el deudor debe pagar al acreedor una cantidad igual a la recibida conforme a la ley monetaria vigente al momento del pago; si se pacta la deuda en moneda extranjera, la alteración que la misma experimente será en daño o beneficio del prestador, todo ello según expresión del art. 359 del *C.Com.* Empero, es necesario hacer aquí algunas acotaciones:

  a) La primera parte del precepto resulta un tanto anacrónica, pues en verdad se dan algunos supuestos conforme a los cuales, sin necesidad de reformar la *LMEUM*, resultan modificadas las obligaciones y correlativos derechos de las partes en un contrato de contenido monetario. Así ocurrió cuando, en 1992, y por Decreto del Congreso de la Unión, publicado en el *Diario Oficial* del 22 de junio de 1992, se creó una nueva unidad del sistema monetario mexicano, en

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

cuyos términos dicha nueva unidad equivalió a un nuevo peso por un mil pesos anteriores, a cuyo efecto se expidieron nuevas monedas y, además, quedó claramente establecido, en el art. 3o., que las obligaciones de pago en moneda nacional se solventarían mediante la entrega, en lo sucesivo, y por su valor nominal, de los nuevos signos monetarios. En otras palabras, y como tantas veces se dijo, el punto decimal se corrió tres lugares hacia la izquierda. Resulta evidente que, mediante tal mecanismo, las autoridades monetarias hicieron frente a la depreciación o erosión de la moneda, si bien el mecanismo creó una serie de dudas y complicaciones que sólo en el curso de los años encontraron una más o menos adecuada solución.

b) Pero además, y como forma de permitir que los particulares pudieran echar mano de un procedimiento que también les permitiera paliar los efectos de la depreciación monetaria, posteriormente, y mediante Decreto publicado en el *Diario Oficial* del 4 de abril de 1995, se creó, como mera unidad monetaria de cuenta, y por tanto sin existencia real, la llamada *unidad de inversión*, mencionada por el acrónimo ***udi***, a la que desde entonces puede acudirse para denominar todo tipo de contratos e incluso títulos de crédito, salvo el cheque, que funcionan con arreglo a un mecanismo por demás sencillo: celebrado un contrato cualquiera en moneda nacional, las partes pueden denominarlo en *udis*, necesariamente con arreglo a su equivalencia con el peso, la que periódicamente determina el Banco de México, en función del incremento o, en su caso, reducción del Índice Nacional de Precios al Consumidor. Así, la *udi* arrancó, en la mencionada fecha, con el valor de un peso y, por consiguiente, en el curso del tiempo se ha incrementado la paridad, de lo que periódicamente da cuenta el indicado Banco Central, mediante publicaciones en el *Diario Oficial*, y así, al redactarse estas notas (febrero de 2010), la *udi* equivale a 4.40 pesos. Y aunque en el texto del referido Decreto se proclamó que las obligaciones denominadas en unidades de inversión deberían considerarse de monto determinado, ello no es posible, cuando por disposición legal sea necesario precisar una suma determinada de dinero, como ocurre, por ejemplo, con motivo del contrato de arrendamiento, de la letra de cambio y del pagaré, la deuda resulta de un importe indeterminado en la única moneda de curso legal, que es el peso, pues, por razón natural, el deudor no puede saber, por anticipado, el monto que cubrirá en dicha moneda. Por tal razón, no han faltado voces[6] que proclaman la ilegalidad de los contratos *udificados*, así como el Decreto que creó tales *udis*, por la sencilla razón entre otras, de que las *udis* no son dinero.

c) Además, otras formas existen de hacer frente a la tantas veces mencionada depreciación de la moneda, como *indexar, operación también conocida como indiciar* o *indizar* una deuda. Se trata, en buen romance, de adoptar, desde el primer momento, un *índice* de incremento periódico del saldo deudor, con lo cual, como resulta claro, el importe de la deuda no configura una suma determinada de dinero, sino determinable por razón de su incremento periódico, máxime si, cual es frecuente, se estipulan intereses normales, y tal vez moratorios, los que, por supuesto, se causan sobre el adeudo *indizado*.

---

[6] *Véase supra* 4.10.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

Con expresa referencia al contrato de mutuo, **Francisco Borja Martínez**[7] sostuvo que la cláusula de indexación no se opone a disposición alguna y tampoco es dable argumentar que se contravienen preceptos de orden público, postura que no es fácil compartir frente a textos legales que de modo tan rotundo y coincidente proclaman que, según los casos, debe tratarse de sumas determinadas y, en el caso del préstamo, como ya se vio, el deudor debe devolver una cantidad igual a la recibida.

d) Por último, también en razón de su frecuencia e importancia, es necesario referirse aquí a los préstamos consignados en moneda extranjera, por lo general en dólares de los Estados Unidos de América, práctica hoy tan generalizada como de dudosa legalidad durante muchos años, atento el texto del art. 635 del *C.Com.*, en cuyos términos todas las operaciones de comercio deberían efectuarse en pesos mexicanos, precepto sin duda derogado por el art. 8o. de la *LMEUM*, misma que, si bien rotundamente prescribe que la moneda extranjera no tiene curso legal en nuestro país, abre una salvedad de cuya latitud se ha encargado la SCJN, pues igualmente deja establecido que dicha moneda extranjera será admisible sólo "… en los casos en que la Ley expresamente determine otra cosa", determinación ésta prácticamente desconocida en nuestros principales ordenamientos mercantiles, como lo son el *C.Com.*, la *LGSM*, la *LGTOC* y otros. A pesar de ello, nuestro máximo tribunal judicial ha admitido que cualquier contrato, e incluso los títulos de crédito, salvo el cheque, pueda denominarse en moneda extranjera, para lo cual ha expresado que, cuando legalmente se exija la mención de una suma determinada de dinero, el importe de esta última puede obtenerse mediante una simple operación aritmética. Ello, con toda evidencia, sólo envuelve un artificioso mecanismo para burlar las leyes respectivas.

e) Y siempre dentro del mismo contexto, el Banco de México hizo publicar, en el *DOF* correspondiente al 22 de marzo de 1996, una serie de disposiciones destinadas a determinar el tipo de cambio para solventar obligaciones denominadas en moneda extranjera, pero pagaderas dentro del territorio nacional; como fundamento de tales determinaciones, el propio Banco Central invocó, entre otros, el ya citado art. 8o. de la *LMEUM*. Las principales disposiciones son las siguientes:

—En el proemio se informa que el Banco de México acudirá, para determinar el indicado tipo de cambio, a las cotizaciones observadas en el mercado de cambios a distintas horas.

—Para ello, cada día hábil bancario recabará las cotizaciones del tipo de cambio observado en la compra y la venta del dólar estadounidense, para operaciones liquidables al segundo día hábil bancario siguiente, en la inteligencia de que para cada periodo diario seleccionará aleatoriamente las cotizaciones de al menos cuatro instituciones de crédito.

—Las cotizaciones deberán confirmarse el mismo día, mediante cualquier mecanismo que deje constancia de la confirmación.

---

[7] "Régimen jurídico de la moneda extranjera", en *Jurídica*, núm. 9, julio, México, 1977, pág. 204.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

—Con la información así obtenida, el Banco procederá a calcular el tipo de cambio equilibrado y, tras de obtener el promedio aritmético, el resultado se difundirá con cuatro decimales.
—La equivalencia del peso mexicano con otras divisas se calculará con arreglo a la cotización que rija para estas últimas frente a la divisa estadounidense en los mercados internacionales. A solicitud de los interesados, estas cotizaciones se informarán por las instituciones de crédito del país.
—Por último, queda claramente establecido que diariamente se publicará, en el *DOF*, la cotización respectiva.

Ahora bien, y para decirlo de una vez, todo este esquema plantea serias dudas en cuanto a su constitucionalidad. En efecto, la *CPEUM* dispone, en el art. 73-XVIII que corresponde al Congreso de la Unión "… dictar reglas para determinar el valor relativo de la moneda extranjera…", al paso que el art. 35 de la *Ley del Banco de México* dispone, en cambio, que es el propio Banco el que debe expedir "… las disposiciones conforme a las cuales se determine el o los tipos de cambio a que deba calcularse la equivalencia de la moneda nacional para solventar obligaciones de pago en moneda extranjera,…".

De esta suerte, resulta que el Congreso de la Unión delegó en el Banco de México, al expedir la *ley reguladora de las actividades* de este último, una facultad que difícilmente puede concebirse como delegable, principalmente en razón de su importancia para todas las actividades económicas del país. En efecto, el art. 28 constitucional sólo prevé que el objetivo prioritario del propio Banco Central "… será procurar la estabilidad del poder adquisitivo de la moneda nacional,…", pero nada dispone sobre sus facultades para determinar el valor relativo de la moneda extranjera.

De todo ello resulta, pues, que el tipo de cambio del peso frente al dólar estadounidense, así determinado por el Banco de México, y de forzosa publicación cotidiana en el *DOF*, no tiene carácter preceptivo u obligatorio, sino sólo informativo, de modo especial si no se olvida que tal tipo de cambio en realidad no lo determina el propio Banco Central, sino que se limita a tomarlo de las operaciones bancarias y a obtener el promedio, mediante una sencilla operación aritmética.

En la medida en que tal argumentación sea válida, la conclusión no puede ser otra: las partes pueden establecer, para el cumplimiento en nuestro país de obligaciones asumidas en moneda extranjera, un tipo de cambio diferente al determinado por el Banco de México, mientras no existan reglas, expedidas precisamente por el Congreso de la Unión, para determinar dicho tipo de cambio, pues sólo de ese modo se acataría la disposición del art. 8o. de la *LMEUM* sobre que pueden pagarse tales deudas en moneda nacional, al tipo de cambio que rija el día del pago, si bien establecido con arreglo a la antes citada pauta constitucional.

- Si, en cambio, el préstamo recayere en títulos o valores, el deudor, en su momento, deberá devolver al acreedor otros tantos de la misma clase o de idénticas condiciones, salvo que los primeros ya no tuvieren existencia, en cuyo caso podrá devolver documentos equivalentes, a menos que otra cosa se haya estipulado.

  También aquí podrían hacerse amplias e interesantes consideraciones, tal vez para calificar de obsoleta la indicada disposición mercantil, pues en la práctica es desconocido el préstamo de títulos o valores, que carecería de un auténtico sentido

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

práctico de naturaleza mercantil. Así, con referencia a los títulos accionarios, podría pensarse en que un accionista preste a otro, o a un tercero, las acciones de las que es titular, tal vez para permitirle la emisión de los votos correspondientes a las mismas, pero en la práctica existe otro contrato que satisface con creces el propósito así perseguido, como lo es el de reporto[8] (art. 359, segundo párrafo).

- Por último, si el préstamo recayere en bienes diversos del numerario y de títulos o valores, el deudor deberá cumplir, salvo pacto en otro sentido, mediante la devolución de efectos de la misma especie y calidad, o, ante su extinción, mediante su equivalente en metálico (art. 359, tercer párrafo).
- Por lo que concierne a la posibilidad de que el préstamo se otorgue sin determinación de tiempo, antes se dijo (9.3) que el acreedor sólo podrá exigir el pago después de treinta días de la interpelación que al efecto formule al deudor (art. 360).
- Puesto que, en efecto, la estipulación de intereses no es de esencia en este contrato, como no lo es en alguno otro, cualquier prestación adicional a favor del acreedor, y siempre que se consigne por escrito, se considera interés (art. 361). Disposición tal resulta, además de ilusoria, de difícil observancia en ciertos supuestos; ilusoria, por razón de que la práctica generalizada es la de estipular intereses, en ocasiones incluso moratorios; en cuanto a su difícil observancia, resultaría de los casos en los que la prestación adicional se estipule en bienes diversos del numerario, que no sin ciertas dificultades sería válido calificar de intereses. Así, y sólo a guisa de ejemplo, en un contrato de préstamo de cierto automóvil se estipula que el prestatario lo devolverá, con la obligación a su cargo de efectuarle ciertas reparaciones, o bien de adaptarle algún aditamento; en los términos legales, la reparación y el aditamento habrían de considerarse con el carácter de intereses.
- En presencia del incumplimiento del deudor, y con ello configurada la mora del mismo, desde el día siguiente se causan intereses a su cargo, conforme al pacto respectivo o, en su defecto, al 6% anual (art. 362).

  Arbitrario o no, este precepto es de una observancia práctica mayor que la que podría suponerse, ante la frecuencia con la que, *de lege ferenda,* se aplica a todo tipo de contratos mercantiles en los que no se adopta estipulación sobre el particular y, puesto que semejante criterio se apoya en una argumentación por demás discutible, jurisprudencialmente reiterada por la SCJN, resulta necesario tener aquí por repetidas las consideraciones hechas en este libro a propósito del incumplimiento del contrato (*véase supra* 4.13).
- Por lo demás, si el préstamo recae sobre títulos o valores, el interés moratorio deberá ser el estipulado en ellos; a falta de convenio, deberá entenderse el 6% anual. En caso de que no tengan un valor determinado, será necesario atribuirles el bursátil, cuando se coticen en bolsa; de no ser así, el que tengan en el mercado respectivo.

  Aquí también el comentario es obvio: todo ello es ajeno a la práctica, a lo menos la mercantil mexicana, por cuanto en las modernas transacciones sobre valores, los mismos suelen ostentar un valor perfectamente determinado, o bien de fácil atribución.
- El pacto de anatocismo —intereses sobre los intereses vencidos y no pagados—, obviamente a favor del acreedor, si bien queda prohibido por el ya citado art. 363,

[8] **Arturo Díaz Bravo**, *Títulos y operaciones de crédito,* Iure Editores, 3a. ed., México, 2009, págs. 280-287.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

el propio precepto sutilmente se contradice al permitir la capitalización de tales intereses vencidos y no pagados. La sutileza, frecuentemente superada en la práctica, consiste en lo siguiente: al emplear el participio pasado "vencidos y no pagados", la disposición legal deja claramente establecida la prohibición de que, *ab initio,* se estipule la indicada capitalización, pero proclama la validez de un acuerdo *a posteriori*, esto es, adoptado cuando ya haya operado el vencimiento, en el sentido de que los intereses no cubiertos oportunamente pasen a formar parte del capital, con lo cual, obviamente, causarán, en unión de la suerte principal, los intereses originalmente estipulados.

En otras palabras, y para expresarlo en términos numéricamente reales, el pacto de anatocismo es legal, a condición de que se estipule después de vencidos y no pagados los intereses normales. Así lo preceptúa, en cambio y con toda claridad, el art. 2397 del *C.Civ.*

- Aparecen, finalmente, dos disposiciones, la primera de ellas de muy discutible justicia (art. 364):

  —El recibo de sumas a cuenta del capital, sin que el acreedor haga reserva expresa de su derecho al cobro de los intereses convenidos o vencidos, extingue su derecho a reclamarlos en el futuro. Como fácilmente se aprecia, aquí es patente la injusticia legal en perjuicio de dicho acreedor.
  —También en el caso de entregas a cuenta, salvo que expresamente se convenga otra cosa, se aplicarán a intereses por orden de antigüedad, y sólo el saldo se imputará a capital. En este caso la disposición parece acertada en beneficio de ambas partes, pues si, por una parte, el acreedor percibe justificadamente en primer lugar, la suerte principal, por la otra el prestatario se libera de ese importante sector de su deuda.

- Mas el supletorio ordenamiento civil consigna otros derechos y obligaciones de las partes:

  —El deudor deberá cumplir su obligación de pago o restitución en el lugar al efecto convenido. A falta de convenio:

    a) La cosa prestada se devolverá en el lugar en que se encuentre. Disposición tal es por demás vaga y podría colocar al acreedor en difícil situación, si la cosa se encuentra en un lugar diferente del de su normal permanencia;
    b) Si el préstamo recayó en efectos, los mismos deberán devolverse en el lugar en que se recibieron;
    c) Si lo prestado fue dinero, habrá de restituirse en el domicilio del deudor. También esta disposición puede resultar perjudicial para el acreedor, a quien tal vez resulte molesto y gravoso recuperar el dinero en un lugar alejado del de su domicilio habitual, si bien todo ello resulta, en la actualidad, ajeno a la práctica comercial, puesto que es una constante la estipulación sobre el lugar en el que debe restituirse la suma adeudada y, más aún, la forma de efectuarse, a menudo interbancaria (art. 2387, *C.Civ.*).

Una necesariamente somera, pero por demás interesante, visión retrospectiva de la forma en que se regularon, en otros tiempos, los derechos y obligaciones del deudor,

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

autoriza para afirmar que mucha agua ha pasado bajo los puentes desde que se proclamó lo que sigue: "Si un señor tiene una deuda y si el dios Adad ha inundado su campo y ha destrozado la cosecha, o bien si a causa de la sequía, el campo no produce grano, en ese año no entregará grano a su acreedor; cancelará su tablilla (del contrato) y no pagará el interés de ese año" (*Código de Hammurabi*, Leyes Col. XIV #48); o bien: "Quien hace misericordia presta al prójimo,… Presta a tu prójimo cuando se halle en necesidad, y por tu parte restituye a tiempo a tu prójimo. Mantén tu palabra y ten confianza en él, y en toda ocasión encontrarás lo que necesitas. Muchos consideran el préstamo como una obsequiosidad, y a los que les han socorrido causan sinsabores. Hasta que no recibe, besa las manos de su prójimo, y ante su dinero humilla la voz: pero al tiempo de la restitución da largas, responde con palabras negligentes y echa la culpa a las circunstancias. Si puede, el otro recibirá apenas la mitad y aun lo tendrá como una ganga. Si no, se quedará sin su dinero, y se habrá ganado sin necesidad un enemigo, que le devolverá maldiciones e injurias…" (*La Biblia*, Eclesiástico, 29, Maldiciones e injurias…).

Y aun varios siglos después, el primitivo derecho romano, consignado en las todavía bárbaras *XII Tablas*, permitía que el deudor incumplido "… aprisionado por sus acreedores fuese expuesto públicamente a la venta durante tres días de mercado para ver si se presentaba alguien a rescatarle… Si el perjudicado no exageraba demasiado sus pretensiones, el padre prefería pagar antes que consentir la *noxae delito* de sus hijos… Si el perjudicado moría, sus padres le sucedían en la venganza" (**Rudolf von Ihering**, *El espíritu del derecho romano*, vol. 1, Oxford University Press, México, 2001, págs. 98-99).

9.6 Ubicación dentro de la clasificación doctrinal de los contratos

La difusa conceptuación legal de este contrato ha logrado desconcertar a nuestros tratadistas, a tal punto que están muy lejos de concordar en su ubicación como oneroso o gratuito, principal o accesorio, consensual o real.

Como antes se dijo (*supra,* 9.3), **Domínguez Martínez** lo ubica como gratuito, al paso que **Castrillón y Luna** no duda al calificarlo de oneroso.

Pues bien, si, por su parte **Vásquez del Mercado**[9] lo tipifica como accesorio, **Domínguez Martínez**[10] rotundamente afirma que es "principal en todo caso".

Por otra parte, **Vásquez del Mercado**[11] y **Castrillón y Luna**[12] lo ubican como real, mientras que **Mantilla Molina**[13] y **Domínguez Martínez**[14] lo califican como consensual.

---

[9] *Contratos…, cit*., págs. 186 y 187.
[10] *Derecho…, cit*., pág. 378.
[11] *Contratos…, cit*., pág. 186.
[12] *Código…, cit*., pág. 103.
[13] *Derecho mercantil,* 22a. ed., Editorial Porrúa, México, 1982, pág. 57.
[14] *Derecho…, cit*., pág. 370.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

De frente a una definición más clara que la programada por el *C.Civ.*, el tratadista español **Francisco Vicent Chuliá**[15] afirma que se trata de un contrato "… real, es decir, se perfecciona sólo con la entrega del dinero al prestatario,… y es unilateral, porque sólo el prestatario contrae obligaciones".

En resumen: el texto legal mexicano sólo implica ***la obligación de transferir la propiedad*** de dinero, efectos o valores, pero, en cambio, no supone la transferencia por mero efecto del contrato, la cual puede operarse con posterioridad; luego se trata de un instrumento puramente consensual, sin que tal afirmación se vea desmentida por la entrega *ex tunc* de los bienes prestados, que sólo supondrá el inmediato cumplimiento de la obligación del prestamista.

Además, semejante conclusión no puede verse menoscabada por la exigencia legal de que ciertas cláusulas, todas ellas opcionales y examinadas con anterioridad, se otorguen de modo expreso.

[15] *Introducción al derecho mercantil*, 11a. ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pág. 735. En efecto, el art. 1740 del *C.Civ.* español se expresa así: "Por el contrato de préstamo, una de las partes ***entrega a la otra*** o alguna cosa no fungible para que use de ella por cierto tiempo y se la devuelva, ***en cuyo caso se llama comodato***, o dinero u otra cosa fungible, con condición de devolver otro tanto de la misma especie y calidad, en cuyo caso conserva simplemente el nombre de préstamo…", expresiones con las que debe estarse de acuerdo, y que, además, se ajustan al régimen legal mexicano, con la salvedad expuesta en lo que hace al dudoso carácter real del contrato.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

CAPÍTULO 10

Suministro y suscripción

10.1 Generalidades

Como no siempre es posible determinar, en el momento de la celebración del contrato de compraventa, la cantidad de los bienes vendidos ni el plazo durante el cual deberá recibirlos el comprador (corriente eléctrica o agua para el consumo en una casa-habitación o en un local comercial); como en otros casos resulta inconveniente para el comprador el precisar una cantidad alzada de la materia prima que, como productor, necesita por un lapso indeterminado para elaborar ciertos productos, y por ello contrata con el vendedor entregas periódicas en volúmenes, plazos y precios variables; como tales necesidades económicas de la vida diaria no encajan cómodamente en el concepto y la regulación jurídicos de la compraventa, ha sido necesario introducir algunos ajustes en su funcionamiento y rebautizarla. De ese modo han surgido, por lo menos, los dos contratos mencionados en el título de este capítulo; aunque con sendas mecánicas y nombres aparentemente autónomos, de hecho, como se verá, funcionan en forma similar a la compraventa, cuya filiación resulta innegable.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

10.2 Suministro

10.2.1 Generalidades

Por su frecuencia y por las importantes sumas que diariamente se destinan en todos los países a su celebración, el contrato de suministro es digno de una suerte legislativa mejor de la que hasta ahora le ha tocado: salvo la consideración, como acto de comercio, de los suministros operados por empresas (art. 75-V, *C.Com.*), ni una palabra sobre él en nuestros cuerpos legislativos privados.

No ha corrido mejor suerte en otras legislaciones, como la española;[1] lo prevén, en cambio, el *C.Civ.* italiano (arts. 1559-1570) y, más cerca de nosotros, el *C.Com.* de Honduras (arts. 793-803), cuya regulación parece literalmente copiada del *Código* italiano, así como el *C.Com.* de Guatemala (arts. 707-712), el colombiano (arts. 968-980) y el de El Salvador (arts. 1055-1065).

10.2.2 Concepto y mercantilidad

A falta de concepto legal, es la forma en que se opera el suministro la que conduce a ubicar con cierta claridad los elementos subjetivos y objetivos del contrato: una de las partes, el suministrante o suministrador, se obliga a proveer a la otra, el suministratario, bienes o servicios en forma periódica o continuada, a cambio de un precio en dinero, determinado o determinable.

Resulta difícil concebir un suministro de naturaleza puramente civil pues, por hipótesis, una de las partes o ambas son empresas de carácter lucrativo; a lo menos el suministrador, que debe elaborar, adquirir o extraer los bienes que en forma periódica o continua proveerá al adquirente, de todo lo cual, como es obvio, debe obtener alguna ganancia, cual es su propósito.

Pero además, recuérdese que el art. 75-V del *C.Com.* —con la tantas veces criticada expresión— reputa "actos de comercio... las empresas de abastecimientos y suministros".

El mismo criterio ha sustentado un tribunal federal de nuestro país, por lo que se refiere al contrato de suministro de energía eléctrica:

> La *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* dispone en su art. 27, párrafo sexto, que corresponde exclusivamente a la nación (*sic*) generar, conducir, transformar, distribuir y abastecer energía eléctrica que tenga por objeto la prestación del servicio público. Para cumplir esa función, el Gobierno Federal creó, según se aprecia del art. 7o. de la *Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica*, el organismo denominado Comisión Federal de Electricidad, cuyas funciones se encuentran descritas en el art. 9o. de la citada Ley, una de esas funciones es la de suministrar la energía eléctrica a los gobernados a través del organismo descentralizado denominado Luz y Fuerza del Centro (por cierto recientemente suprimido), (que)... celebra contratos con los particulares, contratos que se rigen por lo dispuesto en el art. 30 de la citada Ley...; en ese tipo de relaciones contractuales el Estado obra en calidad de proveedor y los ciudadanos de usuarios. Por su parte, el art. 75, frac. V,

[1] **Manuel Broseta Pont**, *Manual de derecho mercantil*, 9a. ed., Editorial Tecnos, Madrid, 1991, pág. 445.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

del *Código de Comercio* reputa actos de comercio los celebrados por empresas de abastecimientos y suministros..., resulta inconcuso que el acto de suministro de energía eléctrica que lleva —*rectius*, llevaba— a cabo Luz y Fuerza del Centro, es un acto de comercio, por ende, las controversias que se susciten entre ésta y los gobernados por el cobro indebido en el suministro de energía eléctrica quedan sujetas a las leyes mercantiles, por lo que la vía ordinaria mercantil es la procedente (Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, amparo directo 3384/2003, Luz y Fuerza del Centro, resuelto por unanimidad de votos el 7 de abril de 2003).

10.2.3 Compraventa y suministro: semejanzas y diferencias

Si se atiende a que, sustancialmente, los elementos subjetivos y objetivos son iguales en el suministro y en la compraventa, pues uno de los personajes se obliga a transmitir al otro la propiedad de una cosa o el aprovechamiento de un servicio, a cambio de un precio, se comprende por qué es fácil que en la práctica se confundan; quizá la más importante nota diferencial esté constituida por el hecho de que en el suministro cada una de las entregas —cuando se trata de prestaciones periódicas— queda sujeta a un régimen autónomo en cuanto al precio, que puede estar predeterminado o no; en el caso de las prestaciones continuadas, por el hecho de que no está prevista la cantidad que en tiempo o en medida de bienes debe proveerse al suministratario, y porque el precio puede también variar. Por el contrario, como se sabe, en la compraventa la medida de la cosa objeto de la operación es determinada o perfectamente determinable, aun en la de cosa futura o de esperanza, y el precio debe ser cierto desde el primer momento.

De manera, pues, que ambos contratos pueden recaer sobre los mismos bienes, y será la forma de cumplimiento la que determine si se trata de uno u otro. Así, como compraventa deberá conceptuarse la que se celebre respecto de una determinada cantidad de gas (como la que en tanques cilíndricos se adquiere para consumo doméstico); en cambio, será suministro el compromiso de entregar a una planta industrial, mediante instalación *ad hoc* o en recipientes, *todo el gas que necesite* en un plazo determinado o no.

Conveniente, pues, resulta precisar las notas que permiten distinguir, jurídicamente, uno del otro contrato:

a) Bien sabido es que la compraventa es un contrato *instantáneo*: todos los derechos y las obligaciones de las partes *quedan determinados y perfeccionados* en el momento de su celebración, pues constituyen una unidad jurídica, aunque su cumplimiento se estipule a plazos o a una fecha fija posterior. En cambio, el de suministro es un contrato *de tracto sucesivo*; los derechos y las obligaciones de los sujetos únicamente se anuncian, pues su cumplimiento sólo es posible *mediante el transcurso de cierto tiempo* —a veces indeterminado— y se manifiesta mediante entregas periódicas, si de bienes tangibles se trata, o continuadas, como en ciertos suministros de fluidos o de líquidos, en este caso con *cortes* también periódicos, pero con la circunstancia de que *cada entrega o corte constituye una unidad*; vale decir, hace surgir derechos —al pago— y obligaciones —de entrega o de pago— independientes de los anteriores y de los posteriores.

"En el suministro de carácter periódico —se lee en el art. 651, *Proy. C.Com.*—, el precio se determinará y se pagará por cada prestación aislada".

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

b) El contrato de compraventa puede ser civil o mercantil; el de suministro, en cambio, debe reputarse siempre mercantil, pues que mercantiles *son* las empresas de suministros, al tenor del antes mencionado precepto legal que de tal modo se expresa (art. 75-V, *C.Com.*).

¿Hasta qué punto —cabe preguntarse— reporta el suministratario, en un contrato celebrado a fijo y largo plazo, la obligación de seguir adquiriendo los bienes o servicios aunque los mismos, por supuesto sin culpa de su parte, le devengan excesivos, o de plano innecesarios, antes de la extinción del plazo estipulado? La respuesta, en los regímenes legales que, como el mercantil mexicano, han adoptado el principio *pacta sunt servanda*, no parece ser otra: el comprador deberá cumplir el contrato o pagar los daños y perjuicios que por su incumplimiento cause al proveedor, todo ello en aras de la tan proclamada seguridad jurídica.

Como sabemos, en el lado opuesto se ubican los regímenes, principalmente los del *common law*, que, colocados en el otro platillo de la balanza, se inclinan por facultar al comprador para obtener una reducción o de plano la anulación de su compromiso, si demuestra que ha operado la frustración del contrato o de su principal propósito al celebrarlo. Remito al lector a las consideraciones hechas (*supra* núm. 4.12), al tratar del incumplimiento del contrato.

No parece difícil argumentar, en un terreno de estricta justicia conmutativa, en apoyo y en contra de una y otra postura:

a) El suministrante pudo haber celebrado, a su vez, contratos, también a largo plazo, para que se le aprovisionara de los insumos, maquinaria, equipo, locales, transporte, franquicias y aun personal requeridos para cumplir frente al suministratario.
b) Este último, por su parte, se enfrenta a una pérdida del mercado de sus productos o servicios, al cierre de las fuentes crediticias, a limitaciones o prohibiciones gubernativas, etc. Todo ello sin culpa de uno u otro.

¿A quién y en qué medida habrá de dar la razón el juzgador, que, cualquiera que sea el régimen jurídico que aplique, habrá de intentar la realización de un justo equilibrio entre los legítimos intereses de las partes? Siempre, en cualquiera de los casos, la decisión será el fruto, más que de disposiciones legales, del informado y recto criterio del juez.

No son los casos, empero, en los que la esfera judicial de acción tiene ciertos cotos, y otros, como los de algunos contratos internacionales de suministro, en los que no es fácil localizar la ley aplicable a los supuestos antes apuntados, por lo que, según informa **François Dessault**,[2] en los últimos años se ha vuelto cláusula de estilo, primeramente impuesta por los proveedores estadounidenses, la conocida como *take or pay*, que dicho autor describe así: "de ordinario incluida en un contrato de suministro a largo plazo, prevé el pago de la mercancía por el comprador en beneficio del vendedor en cuanto este último ha puesto dicha mercancía a disposición del comprador sin que este último haya cumplido su obligación de retirarla, estipulada como obligación de resultado", con la circunstancia de que, además, como cláusula penal, se aplica al comprador que

[2] **François Dessault**, "L'obligation d'achat dans certains contrats internationaux de fournitures", en *Revue de Droit des Affaires Internationales,* no. 1, FEC, Paris, 1998, págs. 3-15.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

incumple su obligación de comprar, el pago de una suma que puede llegar al 100% del precio de la mercancía.

10.2.4 Suministro de servicios

Por todo ello, no puede caber duda sobre que es de suministro el contrato que, en México, se celebra con Teléfonos de México, S.A. de C.V., para tener derecho al aprovechamiento de sus instalaciones y equipos, a través de la comunicación telefónica; parece pertinente tal aclaración, por cuanto la propia empresa telefónica suele referirse a los suministratarios con el vocablo *suscriptores*, quizá porque no ha encontrado otro más denotativo, pero no por ello debe pretenderse que el contrato es el de *suscripción*, al que me referiré más adelante.

Indudable acierto es, pues, el de los legisladores colombiano y guatemalteco, el de incluir los servicios como prestación posible dentro del contrato de suministro (arts. 968, *C.Com.* colombiano y 707, *C.Com.* de Guatemala); mencionar sólo *las cosas* como objeto de tal contrato (como ocurre en el *C.Civ.* italiano, que en su art. 1559 se refiere únicamente a "prestaciones periódicas o continuadas de cosas"), plantea serias dificultades para encuadrar como suministros los cotidianos contratos sobre energía eléctrica, programas exclusivos de televisión, télex, telefax, internet y otros, en los cuales el aspecto más importante del contrato es, sin duda, el *servicio* que, mediante sus instalaciones, generadores o emisoras, equipos de conducción y aparatos de recepción, se obligan a prestar las empresas suministrantes.

Prueba de tales dificultades son los evidentes esfuerzos de **Messineo**,[3] en un intento por acomodar en el angosto cauce del precepto italiano, los servicios de las citadas empresas; he aquí las palabras de dicho tratadista, según la versión española de la octava edición italiana de su *Manual*:

> *Objeto* (las cursivas son de la citada versión española) de las prestaciones por realizarse, son *cosas,* en el sentido corriente del término (agua, frutos, combustibles, vituallas, materiales de construcción...), pero también *energías* (térmicas, motrices, de iluminación), las cuales son, igualmente, cosas al menos en sentido jurídico... Las cosas pasan, de ordinario, a propiedad del suministrado, para ser *consumidas* por él, destruyéndolas...; otras veces, la utilización consiste en el *goce* de la cosa: por ejemplo, medios de locomoción, proporcionados por un periodo determinado... de manera que la propiedad de la cosa suministrada no sale del patrimonio del suministrante.

Es claro que, a pesar de su denodado esfuerzo retórico, **Messineo** no logra convencer de que por *prestaciones de cosas* —según la expresión del *C.Civ.* italiano— deben entenderse también los suministros de fluidos y aun *el servicio* de ciertos medios de locomoción y el *uso* de ropa. Téngase cuenta, además, de que el propio cuerpo legal italiano regula el contrato de servicios (*appalto*, arts. 1655 y sigs.), entre los cuales figuran los que se prestan en forma continuada o periódica (art. 1677), lo que torna innecesario tratar de amoldarlos a otro tipo contractual.

---

[3] *Manual de derecho civil y comercial*, ts. IV y V, trad. de la 8a. ed. italiana, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1971, pág. 151.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

En fuerza de lo expuesto, como de suministro deben entenderse, aunque en la práctica se les atribuyan otros nombres, o se mantengan innominados, contratos como el de localización de personas mediante empleo de aparatos de transmisión y recepción de la voz; de captación, por medio de aparatos usuales o suministrados al efecto, de especiales audiciones musicales o *programas* de radio o de televisión; de servicio telefónico *celular*, y otros.

Un buen ejemplo de todo ello es el modelo empleado por la Comisión Federal de Electricidad para el "suministro" de energía eléctrica, publicado en el *DOF* 27 de octubre 1986.

10.2.5 Características

La práctica muestra que este contrato es:

- atípico
- formal
- bilateral
- de tracto sucesivo
- oneroso
- a veces, conmutativo

10.3 Suscripción

10.3.1 Generalidades: diferencias respecto del suministro

Aunque igualmente ignorado por nuestras leyes, diversas razones —quizá las principales su sencillez de formas y su amplia difusión a través de los llamados *medios masivos de comunicación*— operan para que el contrato de suscripción sea más conocido que el de suministro, con el cual suele confundírsele, merced al ya apuntado denominador común a los contratos, que se examinan en este capítulo: la obligación de transmitir la propiedad de una cosa o de un derecho, a cambio de una suma de dinero. En el caso se presenta otra nota común, cual es la de que el proveedor, como el suministrante, se obliga a efectuar entregas periódicas del bien convenido. Características que, ciertamente, se presentan también en el contrato de suscripción, por manera que es preciso apuntar los elementos diferenciadores del de suministro; y no es difícil localizarlos:

a) Mientras que el suministro puede prestarse respecto a toda clase de bienes muebles tangibles, incluso fluidos, la suscripción sólo puede contratarse sobre los primeros, particularmente en forma de publicaciones impresas.
b) El suministro puede consistir en entregas continuadas y aun incesantes, al paso que la suscripción sólo supone entregas periódicas.
c) El precio de la suscripción, así como las entregas periódicas, configuran una unidad; recuérdese que, por el contrario, el suministro configura tantas unidades como entregas o periodos se convengan.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

10.3.2 Concepto y mercantilidad

Todo parece indicar que, surgido en el medio editorial periodístico, este contrato se mantiene dentro del mundo de las publicaciones impresas. Es cierto que con el nombre *suscripción* en la práctica se conocen otros contratos, mas forzoso es admitir que de ello debe culparse a la amplísima acepción del vocablo, que etimológicamente —*subscriptio*— denota todo lo que se escribe abajo, al pie de un documento, con especial referencia a la firma de quien lo redacta o autoriza y, tratándose de contratos, a la firma de los celebrantes, de manera que *suscriptor* es todo aquel que firma *cualquier contrato.*

Ahora bien, no menos cierto es que, en su significado contractual más generalizado —coloquial, si se quiere—, por *suscribir* (el *Diccionario de la lengua española,* de la Real Academia Española, que copio en lo conducente, parece preferir el purista *subscribir*) se entiende "4. Abonarse para recibir alguna publicación periódica o algunos libros que se hayan de publicar en serie o por fascículos", lo que corrobora mi inicial aserto en este apartado.

Todo ello permite y justifica el intentar un concepto que abarque las indicadas características, en la siguiente forma: contrato atípico, innominado, consensual, de tracto sucesivo, por virtud del cual, mediante el pago de un precio, el suscriptor adquiere el derecho de recibir, periódicamente, las publicaciones impresas que la otra parte le debe proveer.

Y, pues que en este proveedor han de concurrir, como en el caso del suministrante —y también por hipótesis— los atributos del empresario comercial, ya que, pequeña o grande, debe tener una n*egociación editorial*, que a la vez puede ser o no *tipográfica*, no parece difícil de reivindicar, como exclusivamente mercantil, el contrato de suscripción (art. 75-IX, *C.Com.*).

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

CAPÍTULO 11

La consignación mercantil o contrato estimatorio

11.1 Generalidades y concepto

Ciertamente menos difundido que los anteriores, este contrato, mencionado por la doctrina, incluso la mexicana (**Arce Gargollo**, **Vásquez del Mercado**), y por la legislación extranjera como *estimatorio,* debe tal nombre, indudablemente, a la suma de dinero que ambas partes *estiman* que, llegado el caso, el consignatario de la cosa objeto del contrato pagará al consignante, quien, a su vez, la entrega para su eventual venta o devolución.

De reciente adopción en nuestro *C.Com.* como *contrato consignatorio* (arts. 392-394), otras legislaciones, en cambio, ya lo regulaban: *C.Com.* colombiano, arts. 1377 y sigs.; *C.Com.* salvadoreño, arts. 1051 y sigs.; *C.Com.* guatemalteco, arts. 713 y sigs.; *C.Com.* hondureño, arts. 826 y siguientes.

Al lado de un sencillo mecanismo, esta convención ofrece, empero, serias complicaciones jurídicas; me referiré al primero: el enajenante, eventual vendedor o *tradens* —según expresión frecuentemente empleada por los tratadistas— entrega un bien mueble al consignatario, eventual revendedor o *accipiens,* quien asume la libre disposición del bien, *con total exclusión del tradens*, y se obliga a pagar a éste el precio estipulado o devolverle dicho bien, dentro del plazo convenido. La libre disposición incluye, por supuesto, la facultad de vender a un tercero la cosa en el precio y las condiciones que libremente convengan el *accipiens* y el tercero adquirente; por último, tales actos de disposición los realiza el *accipiens en nombre y por cuenta propios*.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

Se trata, pues, de un contrato propio de comerciantes detallistas, particularmente traficantes en automóviles, piezas artísticas, joyas, libros usados y en otras muchas mercaderías de no fácil venta directa por parte de su propietario.

Tengo por innecesario, en este caso, el verter un concepto propio del contrato, si el que suministra el *C.Civ.* italiano (art. 1556) me parece adecuado: "Por el contrato estimatorio una parte entrega una o más cosas muebles a la otra y ésta se obliga a pagar el precio, salvo que restituya las cosas en el plazo establecido"; no me lo parece, en cambio, el que consigna el *C.Com.* mexicano: "... es el contrato por virtud del cual, una persona denominada consignante transmite la disponibilidad y no la propiedad de uno o varios muebles, a otra persona denominada consignatario, para que le pague un precio por ellos en caso de venderlos en el término establecido, o se los restituya en caso de no hacerlo" (art. 392).

Independientemente de su verbosidad, tal concepto no me parece adecuado, por las siguientes razones:

a) Si expresa que se transmite la disponibilidad del bien, no haría falta añadir que no se transmite la propiedad.
b) No es exacto que el consignatario se obligue a pagar el precio sólo en caso de que se vendan los bienes, pues en los contratos suele estipularse el derecho que el mismo se reserva de cubrir al consignante el precio convenido, *aunque no se opere la venta de tales bienes*. Es fácil encontrar explicación a tal cláusula: al propio *accipiens* puede convenir la adquisición de la plena propiedad de los bienes, en espera de una futura oportunidad de venderlos, tal vez en un precio superior al convenido con el *tradens*.

11.2 Análisis y naturaleza jurídica

Infiérense de lo dicho varias consecuencias:

1. Es un contrato real, pues las obligaciones del *accipiens* sólo surgen una vez que tiene a su disposición la cosa; no de otro modo podría proceder a su venta y entrega a un tercero comprador. Así resulta, además de lo dispuesto por el art. 393-VI (3) del *C.Com.*: "Los riesgos del bien se transmiten al consignatario cuando éste le sea entregado de manera real por el consignante...".

Opinión diversa sustentan **Messineo** y **Arce Gargollo**;[1] también, por considerar que se trata de una compraventa sujeta a condición suspensiva —opinión que más adelante refutaré—, **Garrigues**.[2]

---

[1] **Francesco Messineo**, *Manual de derecho civil y comercial*, ts. IV y V, trad. de la 8a. ed. italiana, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1971, pág. 158; **Javier Arce Gargollo**, *Contratos mercantiles atípicos*, 10a. ed., Editorial Porrúa, México, 2004, pág. 263.

[2] **Joaquín Garrigues**, *Curso de derecho mercantil*, 9a. ed., reimpresión, I y II, Editorial Porrúa, México, 1993, pág. 97.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

2. El *tradens* pierde la disponibilidad del bien, en favor del *accipiens*; y henos aquí frente a una de las más intrincadas características del contrato en examen: mientras no hay duda sobre que el primero conserva la propiedad, sí la hay en cuanto a la naturaleza jurídica del pacto de libre disposición por parte del *accipiens*, que sin reparo alguno podría reputarse de mandato o comisión sin representación, si no fuera porque:

   a) Actúa en nombre y por cuenta propios.
   b) No está obligado a desplegar actividad alguna en su carácter de presunto enajenante del bien.
   c) Tampoco reporta la obligación de informar o de rendir cuenta de su actuación al *tradens*.

¿Habrá que admitir que, a despecho de nuestro régimen legal de la propiedad, se ha deslizado en la práctica un régimen de *desdoblamiento* de tal propiedad, de consecuencias más graves que las del usufructo, en el cual el propietario puede transmitir la nuda propiedad del bien, al paso que el *tradens* no conserva ni aun ese derecho?; o bien, ¿deberá atribuirse naturaleza fiduciaria a la situación del consignatario, una vez más a espaldas de nuestra ley, que sólo regula con tal carácter el fideicomiso, y ello a condición de que se encomiende su desempeño a una institución —de crédito— fiduciaria (art. 346, *LGTOC*)?

Las respuestas a tamañas preguntas no son fáciles. De ser afirmativas, se colocaría a nuestro contrato en trance de ilegalidad; de ser negativas, habría que encontrar la ubicación legal del derecho del *accipiens*, y la verdad es que de poco sirve la fraseología legal, en cuyos términos, como quedó expuesto, el "consignante transmite la disponibilidad" del bien, al paso que más adelante, el art. 393-II aclara que el propio consignante "transmitirá la posesión de los bienes al consignatario".

Ahora bien, ¿cuál es, pues, la naturaleza jurídica de tal transmisión de la *disponibilidad* y de la *posesión*? Pues no queda sino encuadrarla como un mandato y, más concretamente, como una comisión mercantil que es, cabalmente, "El mandato aplicado a actos concretos de comercio...", según reza el art. 273 del *C.Com.*, por cuanto no hay duda sobre el carácter mercantil de este contrato y de la futura venta por parte del consignatario.

Ello no significa, ni mucho menos, que el autor de este libro pretenda que tal es la naturaleza jurídica del contrato de consignación, sólo afirmo que, en mi opinión, forma parte de él dicha comisión mercantil, opinión que comparten **Fernando Sánchez Calero**[3] y, parcialmente, **Arce Gargollo**.[4]

Por supuesto, como antes se señaló, las modalidades arriba apuntadas no impiden que se esté en presencia de tal comisión mercantil.

3. Configura un contrato típico y autónomo: lo primero, por estar previsto en nuestros textos legales; lo segundo, por cuanto participa de elementos y características que le atribuyen un carácter propio y que obligan a no confundirlo con ninguno

---

[3] *Instituciones de derecho mercantil*, 15a. ed., Revista de Derecho Privado, Madrid, 1991, pág. 485.
[4] *Contratos...*, *cit.*, pág. 195, nota 31 al pie.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

otro, ni siquiera con la compraventa, a pesar de su parentesco filial, y a no atribuirle el simplista carácter de combinación de contratos:

a) No es promesa de compraventa, porque el *accipiens* no promete comprar.
b) No es promesa unilateral de venta, porque en ésta no se da, como en el contrato estimatorio, la forzosa pérdida de disponibilidad del uso y disfrute del bien; la promesa, además, es consensual, al paso que nuestro contrato es real.
c) Tampoco se trata de una compraventa con condición suspensiva —opinión que, según informé antes, sustenta **Garrigues**—, pues, como se ha visto, el *accipiens* no compra ni promete comprar el bien, ni se obliga a prometerlo en venta o venderlo a terceros. Hay que insistir, además, en que la compraventa, aun sujeta a condición suspensiva, es consensual y no implica la pérdida de la disposición del bien por parte del vendedor, lo que en cambio es requisito para la existencia del contrato estimatorio.

4. En cuanto a la posibilidad de que nuestro contrato no sea más que la combinación de otros: promesa de venta con mandato o comisión, depósito con venta sujeta a condición suspensiva o resolutoria, etc., me parece que, para refutar tal hibridismo, basta tener muy presente la unidad que lo caracteriza, incompatible con la necesaria diversidad resultante de los diferentes regímenes legales para cada uno de los supuestos contratos que formarían la mixtura.

También sobre la naturaleza *sui generis* de este contrato, pero por su carácter consensual, se inclina el argentino **Raúl Aníbal Etcheverry**.[5]

11.3 Otros derechos y obligaciones de las partes

Además de los antes referidos, las partes reportan otros derechos y obligaciones.

El consignante:

a) Responde del saneamiento para el caso de evicción, así como de los vicios ocultos, todo ello frente al adquiriente de los bienes (art. 393-II).
b) Tiene derecho a que, transcurrido el plazo respectivo sin que se haya vendido el bien, se le devuelva, o bien se le pague el precio pactado, salvo pérdida o deterioro de dicho bien por caso fortuito o fuerza mayor [art. 393-I y VI (3)].
c) Debe retribuir al consignatario en la forma convenida. Aquí es necesario, una vez más, censurar la disposición legal respectiva (art. 393-III), pues la verdad es que en la práctica lo que de ordinario se estipula es un precio a favor del consignante, fuere cual fuere el de venta al tercero adquiriente, ya que el consignatario suele disponer de absoluta libertad para decidir tal precio de venta, luego el monto de su *retribución* depende, aleatoriamente, de la mayor o menor diferencia entre la suma fijada en el contrato a favor del consignante y el precio de venta al ter-

[5] *Derecho comercial y económico. Contratos. Parte especial*, 1, Astrea, Buenos Aires, 1991, págs. 142 y 143.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

cero. De ese modo, en la práctica son casi desconocidos los dos supuestos legales: 1. Pacto de retribución al consignatario aunque el bien no se venda, y 2. Silencio en cuanto a la retribución el consignatario [art. 393-III (3) y (4)].

d) No puede disponer de los bienes consignados durante el término establecido en el contrato para la venta de los mismos (art. 393-V).

e) Debe proveer al consignatario, en su caso, de los fondos necesarios para la conservación de los bienes consignados [art. 393-VI (2)].

El consignatario:

a) Debe pagar al consignante el precio estipulado o devolverle el bien, dentro del plazo convenido (art. 393-I).

b) En caso de que se haya convenido una retribución a su favor aunque no se vendan los bienes, tendrá derecho de retenerlos con carácter prendario mientras no se le cubra tal retribución [art. 393-III (3)]. Si no se determinó su importe, se aplicará la empleada en la plaza a contratos del mismo tipo y respecto de bienes con similares características [art. 393-III (4)].

c) Salvo pacto en otro sentido, debe entregar al consignante el precio convenido, dentro de los dos días hábiles siguientes al de la venta del bien, pues de retenerlo por más tiempo deberá cubrirle, además, el 3 % del valor de mercado del bien por cada mes o fracción que dure la retención [art. 393-IV (1) y (2)].

d) Debe poner los bienes a disposición del consignante en cuanto se presente cualquiera de las causas de terminación del contrato [art. 393-VII (2)].

11.4 Causas de terminación

Además de las causas normales de terminación —cumplimiento, transcurso del plazo, mutuo consentimiento—, nuestro sistema legal apunta como tal la muerte de cualquiera de los contratantes —a la que debe asimilarse la disolución cuando de trate de personas morales— y el incumplimiento de sus obligaciones por cualquiera de los otorgantes, que *stricto sensu* es causal de rescisión (art. 394).

11.5 Mérito ejecutivo del documento contractual

Aunque no se requiere la forma escrita para la validez de este contrato, su otorgamiento documental lo erige en título ejecutivo a favor del consignante para reclamar la restitución del bien consignado o el pago del precio convenido [art. 393-IV (3)].

11.6 Mercantilidad del contrato estimatorio

Aunque el terreno fértil para este contrato es el formado por las empresas dedicadas a la venta de mercaderías usadas y, en tal caso, la mercantilidad atiende al carácter del

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

accipiens como empresario comercial librero o editorial (art. 75-IX, *C.Com.*), comisionista, agente o subastador (art. 75-X), en verdad no hace falta, para calificar de *mercantil* a nuestro contrato, la intervención de una empresa, atentos el inocultable carácter de intermediario por parte de dicho *accipiens* y su evidente propósito de lucro (art. 75-I), de manera que, empresarial o no, bastan estas dos últimas características para enmarcar nuestro contrato dentro de los de naturaleza siempre mercantil.

El mismo carácter le atribuyen las legislaciones latinoamericanas mencionadas en el núm. 11.1.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

CAPÍTULO 12

El autofinanciamiento

12.1 Generalidades y mecanismo

Por tratarse aquí, una vez más, de un contrato de crédito, llama poderosamente la atención que el legislador mexicano no lo haya reclamado como tal para incluirlo, por lo menos, como una más de las actividades previstas por la *LGOAAC*, como sí lo ha hecho con el arrendamiento y el factoraje financieros, que se examinarán posteriormente en este libro. Claro es que, para tomar postura sobre la conveniencia de mantenerlo dentro del llamado *derecho del consumo*, o bien como uno más de los contratos de crédito propios de las entidades financieras, deben tomarse en consideración dos importantes aspectos:

a) Las innegables ventajas que reportaría el control y vigilancia de estas entidades por parte de la CNBV, así como la solución de controversias por parte de la CONDUSEF, muy a pesar de que ambos organismos hasta ahora, por una u otra razón, no se han mostrado lo eficaces que desearían los usuarios;
b) Frente a ello, la posibilidad de conservar este contrato dentro del régimen legal de la protección del consumidor, con las consecuencias ya conocidas y las que se examinarán más adelante.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

En efecto, si conforme a la ya clásica definición de **Paolo Greco**,[1] "... el elemento característico e indefectible que denota objetivamente la operación de crédito, reside en el extremo de la transferencia actual de la propiedad de una cosa del acreedor al deudor, quedando diferida la 'contrapartida', esto es, la prestación correlativa, por parte del deudor...", no puede caber duda sobre que en el autofinanciamiento se dan tales extremos, pues en un primer momento —en realidad, varios— el cliente acreditante aporta fondos a la empresa acreditada para que esta última le entregue, de modo diferido y con intervención del azar, el bien convenido, la suma prevista o el servicio estipulado.

A grandes rasgos, el mecanismo de este contrato es un tanto complicado y configura, uno más entre tantos otros, un expediente del que los productores y comerciantes de ciertos giros echan mano para incrementar sus ventas, en este caso con el atractivo de efectuarlas al precio usual del mercado, no obstante que el comprador paga en abonos —de ordinario mensuales— que frecuentemente se extienden por varios años. Ello es posible merced a que esta operación sólo es viable sobre la base de un crecido número de adquirentes, quienes, mediante sus pagos periódicos, permiten que la empresa receptora esté en aptitud de captar los recursos necesarios a fin de adquirir, a precio de contado, las unidades o los servicios para su adjudicación a los suscriptores mediante los correspondientes sorteos.

En efecto, como a poco se verá, este contrato permite la adquisición de bienes muebles, particularmente fungibles y costosos, pero también la de inmuebles, incluida su reparación o remodelación, y la de ciertos servicios, de modo especial turísticos. Así pues, por superficial que sea el análisis de tal mecanismo, fácilmente se cae en la cuenta de que la empresa de autofinanciamiento no es más que una administradora de los recursos del grupo de suscriptores, para los que resulta en verdad seductora la posibilidad de adquirir, mediante este *sistema de comercialización* —como lo califica la *LFPC*— un automóvil u otro bien mueble o inmueble usualmente de elevado costo, a precio de contado y tal vez —aquí desempeña el azar su importante papel— cuando sólo haya cubierto una sola o pocas de las exhibiciones convenidas. De aquí el nombre asignado a este contrato, pues todos los integrantes del grupo se financian recíprocamente, como en una mutualidad, para que de modo periódico y por turnos se vean favorecidos con tan ingenioso mecanismo de comercialización.

12.2 Régimen legal

Aparecido en el ámbito mexicano a fines de los setentas, este contrato encontró su primera regulación en el art. 29 *bis* de la hoy abrogada *Ley Federal de Protección al Consumidor,* de 1975. De ese modo, nuestro legislador decidió englobarlo, desde el primer momento, dentro de los considerados por **Alterini**[2] como "contratos de consumo", con todas sus consecuencias, entre ellas las apuntadas en el capítulo 6 de este libro.

---

[1] **Paolo Greco**, *Curso de derecho bancario*, Jus, México, 1945, pág. 24.

[2] *Contratos. Civiles-Comerciales-De consumo. Teoría general*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, págs. 135-159, 301-308 y 334-337.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

De esta suerte, el régimen legal mexicano de este contrato se consigna, de modo principal, en los arts. 63 a 63 *quintus* de la *LFPC* y, de modo secundario, si bien contentivo de importantes disposiciones, en el *Reglamento de Sistemas de Comercialización Consistentes en la Integración de Grupos de Consumidores*, publicado en el *DOF* 10 mar. 2006. Y aunque en el art. 52 de este último se anuncia la expedición, por parte de la PFC, de unos lineamientos en los que se definirán ciertos "consejos y recomendaciones sobre los sistemas de comercialización", que debieron emitirse dentro de los noventa días posteriores a la entrada en vigor del citado Reglamento; a la fecha en la que se escriben estas líneas, marzo de 2010, no se han dado a conocer tales lineamientos.

12.3 Concepto y formalidades

Puesto que, como queda dicho, estamos de cara a un contrato sólo practicable masivamente, se explica que cualquier intento de conceptuación haga referencia a tal característica. De ese modo, el art. 63 expresa que se trata de un mecanismo por virtud del cual se integran "... grupos de consumidores que aportan periódicamente sumas de dinero para ser administradas por un tercero,...", en la inteligencia de que únicamente podrán operarse para la "... adquisición de bienes determinados o determinables, sean muebles nuevos, inmuebles destinados a la habitación o a su uso como locales comerciales...".

También se anunció que este contrato pasó a ocupar su lugar, desde un principio, en el llamado *derecho del consumo*; luego, aunque ninguno de los apuntados ordenamientos exige, como requisito de validez, su otorgamiento documental, varios de los preceptos lo dan por supuesto, a tal punto que de otro modo las dificultades para demostrar su existencia, pero de manera especial las demás circunstancias —cantidades, plazos, fechas y mecanismos de los sorteos, etc.— serían punto menos que insuperables. Así, el multicitado art. 63 dispone que toda sociedad que obtenga la autorización respectiva, "... y antes de comenzar a operar el o los sistemas de comercialización de que se trate, deberá solicitar el registro del o los contratos de adhesión correspondientes ante la Procuraduría Federal del Consumidor".

¿Debe concluirse, visto lo anterior, que la forma escrita es un requisito *ad substantiam* de este contrato, no obstante que ninguna de las regulaciones mencionadas así lo establece?; no lo creo así, y me parece que nos seguimos enfrentando a la, por otra parte, declinante consensualidad, atentas dos razones:

1. Repito que la forma escrita no está impuesta, para la eficacia de este contrato, por alguno de los ordenamientos legales que de modo específico lo regulan, y puesto que el mismo se enmarca, como quedó demostrado, dentro de la legislación protectora del consumidor, mal se cumpliría tal cometido tutelar si por una omisión imputable al proveedor —quien siempre sería el culpable de la falta de contrato escrito— se dejara al consumidor sin la tan proclamada protección.
2. Me parece que no puede caber duda sobre que el contrato es, para el proveedor, un acto de comercio al que, por tanto, le es aplicable el *C.Com.* (arts. 1 y 75-I, II, X y XIII), el que dispone la validez de las convenciones mercantiles sin necesidad de observancia de formalidades o requisitos (art. 98) y, aunque el art. 79 exceptúa

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

de lo anterior los contratos que conforme a cualquier estatuto legal deban consignarse por escrito o requieran ciertas formalidades o solemnidades para su eficacia, ya se vio que los cuerpos reguladores del autofinanciamiento no exigen la forma escrita para su validez.

Todo ello me lleva a la conclusión, pues, en el sentido de que el otorgamiento escrito de este contrato es sólo un requisito *ad probationem*.

Cuestión aparte es la relacionada con la posibilidad de que, en un hipotético futuro, este contrato pase a formar parte de los regulados por las leyes relativas a la actuación de la intermediaria financiera, ya examinada (*supra,* 12.1).

12.4 La empresa autofinanciadora. Autorización

El tantas veces citado art. 63 de la *LFPC* impone a las entidades autofinanciadoras el requisito de recabar la autorización respectiva, por parte de la SE, la que se otorgará cuando se cumplan los siguientes requisitos:

I. Que se trate de una sociedad anónima mexicana constituida en los términos de la legislación societaria respectiva, y que tenga como único objeto social la operación y administración de estos sistemas de comercialización.
II. Que dicha solicitante compruebe su capacidad administrativa así como la viabilidad económica, financiera y operativa del sistema, con arreglo a los criterios que al efecto fije la propia SE.
III. Que se presente un plan general de funcionamiento del sistema y un proyecto de manera que detalle los procedimientos de operación del mismo.
IV. Que se presenten también los mecanismos para el cumplimiento de sus obligaciones como administradora del sistema, en los términos que prevé el Reglamento antes mencionado, que se examinarán más adelante.
V. Los demás que determine el mencionado Reglamento.

12.5 El contrato. Reglas generales

Por tratarse de un contrato de adhesión, "... deberá estar escrito en idioma español y sus caracteres tendrán que ser legibles a simple vista" (arts. 85 y 87, *LFPC*).

Además, dicho contrato deberá registrarse y sólo podrá ponerse en práctica previa autorización de la SE (arts. 63, primer párrafo, y 87).

Ahora bien, con arreglo a lo dispuesto por el art. 73 *ter,* el contrato cuyo registro se pretenda deberá satisfacer, por lo menos, los siguientes requisitos:

I. Lugar y fecha de celebración del contrato;
II. Estar escrito en idioma español, sin perjuicio de que puedan ser expresados, además, en otro idioma. En caso de diferencias en el texto o redacción, se estará a lo manifestado en el idioma español;

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

III. Nombre, denominación o razón social, domicilio y registro federal de contribuyentes del proveedor, de conformidad con los ordenamientos legales sobre la materia;
IV. Nombre, domicilio y, en su caso, registro federal de contribuyentes del consumidor;
V. Precisar las cantidades de dinero en moneda nacional, sin perjuicio de que puedan ser expresadas también en moneda extranjera; en el caso de que las partes no acuerden un tipo de cambio determinado, se estará al tipo de cambio que rija en el lugar y fecha en que se realice el pago, de conformidad con la legislación aplicable;
VI. Descripción del objeto del contrato;
VII. El precio total de la operación, la forma de pago, así como las erogaciones adicionales que deberán cubrir las partes;
VIII. Relación de los derechos y obligaciones, tanto del proveedor como del consumidor;
IX. Las penas convencionales que se apliquen tanto al proveedor como al consumidor por el incumplimiento de las obligaciones contraídas, las cuales deberán ser recíprocas y equivalentes, sin perjuicio de lo dispuesto por los ordenamientos legales aplicables;
X. En su caso, las garantías para el cumplimiento del contrato, así como los gastos reembolsables y forma para su aplicación;
XI. El procedimiento para la cancelación del contrato de adhesión y las implicaciones que se deriven para el proveedor y el consumidor;
XII. Fecha de inicio y término de ejecución de la actividad o servicio contratado, así como la de la entrega del bien objeto del contrato;
XIII. En los casos de operaciones de compraventa de inmuebles, el proveedor deberá precisar en el contrato, las características técnicas y de materiales de la estructura, de las instalaciones y acabados.

De igual manera, deberá señalarse que el inmueble cuenta con la infraestructura para el adecuado funcionamiento de sus servicios básicos;
XIV. En el caso de operaciones de compraventa, deberán señalarse los términos bajo los cuales habrá de otorgarse su escrituración. El proveedor en su caso, deberá indicar que el bien inmueble deberá estar libre de gravámenes a la firma de la escritura correspondiente, y
XV. Las demás que se exijan conforme a la presente ley para el caso de los contratos de adhesión.

A todo ello añádase que el plazo de operación de los sistemas de comercialización no puede ser mayor a cinco años para bienes muebles y de quince para bienes inmuebles (art. 63, tercer párrafo).

Finalmente, cuando se trate de inmuebles, deberá consignarse toda la información relacionada con la fecha de entrega, especificaciones, plazos y demás elementos que individualicen el bien, en la inteligencia de que la empresa autofinanciadora no podrá recibir pago alguno mientras no conste por escrito la mención de todos los requisitos antes mencionados, salvo los gastos de investigación (art. 75).

En cuanto a su contenido, y atento lo dispuesto por el Reglamento, el contrato ha de incluir, entre muchos otros, los siguientes elementos formales e informativos, con la indicación, ante todo, de que debe registrarse en la Procuraduría:

- Las declaraciones, advertencias y cláusulas necesarias que permitan precisar los términos y condiciones de la operación de manera clara, suficiente, concisa y objetiva.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

- Redactarse en idioma español, con caracteres legibles a simple vista, sin perjuicio de expresarlo en otros idiomas, en cuyo caso deberá aclararse que, cuando hubiere discrepancias, prevalecerán los términos del texto en español.
- Los pagos deberán estipularse en moneda nacional, salvo que el bien contratado se ofrezca en moneda extranjera, pero en este caso deberá especificarse el derecho del consumidor de efectuar los pagos en moneda nacional.
- Consignar la tasa de intereses moratorios, que deberá ser igual para todos los conceptos estipulados en el contrato.
- No deberán consignarse cláusulas que en cualquier forma limiten los derechos y obligaciones de las partes, consignados en la *LFPC* y en el *RSCCIGC* (art. 21).
- Las declaraciones, advertencias y cláusulas deberán presentarse en forma ordenada y clasificarse por capítulos, uno de los cuales debe dedicarse exclusivamente a las definiciones.
- Podrá hacerse uso de anexos cuando se consideren útiles para detallar procedimientos, consignar representaciones matemáticas, mencionar ejemplos de cálculos y otros; todos estos anexos formarán parte del contrato (art. 22).
- Además de los requisitos antes mencionados, el contrato deberá consignar lo siguiente:

  a) Número del grupo;
  b) Número de consumidores que integran el grupo y el número que corresponda al consumidor respectivo;
  c) Número total de cuotas periódicas, y
  d) Precio del bien o del servicio de que se trate, incluido el factor de actualización que se aplique.

- Monto, condiciones y periodicidad de los pagos que debe efectuar el consumidor, con desglose de los conceptos; en su caso, la forma en las que se actualizarán los pagos sucesivos.
- Frecuencia y procedimientos que se utilizarán para la adjudicación, así como los medios y periodicidad que deberá emplear el poveedor para notificar y difundir los resultados de los actos de adjudicación.
- Los procedimientos que permitan al consumidor:

  a) Sustituir el bien o servicio contratado, cuando así lo decida o no esté disponible en la fecha en que deba entregarse;
  b) Elegir al suministrador del bien o servicio en el caso de bienes inmuebles y, cuando se trate de muebles, cuando el proveedor no cuente con el bien contratado;
  c) Ceder sus derechos, con indicaciones de los costos y penalidades que ello implique, y
  d) Efectuar pagos anticipados.

- Plazo y procedimiento para la liquidación del grupo, así como condiciones y plazo para la distribución del remanente, si lo hubiere, entre los integrantes del grupo, con indicación del destino que deba darse a los recursos no reclamados.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

- Requisitos y garantías a cargo del adjudicatario para asegurar el pago de las cuotas pendientes de cubrir, antes de la recepción del bien contratado.
- La indicación de que, en caso de hacerse efectiva la garantía, las aportaciones recuperadas pasarán a formar parte del patrimonio del Fondo del Grupo.
- Causas de rescisión del contrato y monto de las penas respectivas (art. 23).
- Indicación de los tipos de seguros que deberá o podrá contratar el proveedor, por cuenta del consumidor (art. 24).
- En forma ostensible, una leyenda, cuyo texto, consignado en el art. 25 del Reglamento, deberá consignarse, en el sentido de que la operación no está garantizada ni respaldada económicamente por el Gobierno Federal; de que la participación del proveedor se limita a la administración de los recursos captados, con estricto apego al contrato y la aclaración de que no se trata de mecanismos de ahorro; por último, de que cualquier discrepancia entre el texto firmado y el registrado ante la Procuraduría, se tendrá por no puesta, sin perjuicio de las sanciones que procedan.
- Los datos del registro ante la Procuraduría (art. 25).

He de referirme ahora, en términos del propio Reglamento, a los principales derechos y obligaciones que deben mencionarse en el contrato, en la inteligencia de que estas últimas no pueden exceder de las legal y reglamentariamente previstas, pero en cambio es admisible la estipulación de mayores y mejores derechos:

- Debe indicarse la forma de calcular y aplicar el factor de actualización, lo que podrá hacerse con división del precio vigente que el bien contratado tenga cada mes a la fecha de la reunión de adjudicación, entre el plazo del contrato de adhesión. Si se trata de inmuebles, en ningún caso el factor de actualización deberá representar un valor inferior al que arroje en cada periodo el índice de precios al consumidor o el indicador que lo sustituya (art. 30).
- Habrá de estipularse el importe del costo del seguro de robo total y daños, así como el del seguro de vida, incapacidad permanente total e invalidez (art. 33).
- La cuota de inscripción deberá expresarse como cantidad fija o como porcentaje de la aportación periódica al Fondo del Grupo a la fecha de celebración del contrato, o como un porcentaje del valor del bien o servicio contratado (art. 34).
- También las cuotas por cesión de derechos y por sustitución voluntaria del bien, deberán expresarse en la forma prevista en el art. 34 (art. 35).
- También deberán consignarse las aportaciones periódicas al Fondo de Contingencia, con arreglo a los porcentajes reglamentariamente previstos (art. 36).

De modo general, el contrato deberá consignar, por lo menos, los requisitos previstos por el art. 73 *ter* de la *LFPC*.

12.6 Otros derechos y obligaciones de las partes

Seis son las formas en las que puede procederse a la adjudicación del bien o servicio contratado, a saber:

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

I. *Por liquidación*, en caso de que se liquide al proveedor el total de la operación;
II. *Por antigüedad o permanencia*, en función de la antigüedad del contrato respecto de la que corresponda a los demás consumidores que formen parte del grupo;
III. *Por puntuación o porcentaje*, en función del número y fechas de las cuotas periódicas pagadas por el consumidor de que se trate, en comparación con las pagadas por los demás consumidores integrantes del grupo;
IV. *Por sorteo*, en función del resultado del procedimiento aleatorio que se realice entre los consumidores del grupo;
V. *Por subasta*, en función de las cuotas que por anticipado haya hecho o esté dispuesto a pagar el consumidor, en comparación con las que en la misma forma hayan pagado o estén dispuestos a pagar los demás integrantes del grupo;
VI. *Por otro procedimiento autorizado*, siempre que se prevea en el contrato (art. 41).

Por otra parte, las adjudicaciones deberán realizarse con la periodicidad prevista en el contrato y, además:

I. En cada una de las fechas previstas deberá efectuarse por lo menos una adjudicación;
II. En las reuniones deberá intervenir un fedatario público, quien hará constar que las mismas se ajustan a los procedimientos previstos en el contrato; si se trata de sorteos, que se rigen por lo dispuesto en la *Ley Federal de Juegos y Sorteos* y en su Reglamento;
III. A las reuniones podrán asistir los consumidores sin necesidad de satisfacer requisito alguno;
IV. En el caso de adjudicación por subasta, las posturas podrán efectuarse de viva voz o en sobre cerrado que se entregue al proveedor antes de que se inicie la reunión (art. 44).

Ahora bien, efectuada la adjudicación, el proveedor deberá informarlo por escrito a los consumidores que resulten adjudicados, dirigido al domicilio señalado por ellos (art. 46). Además, dentro de los diez días naturales siguientes a la fecha de la adjudicación, el proveedor deberá informarlo así mediante publicación por lo menos en un periódico de mayor circulación en el área geográfica de que se trate (art. 47).

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

TÍTULO 2

Contratos de crédito

Capítulo 13
El arrendamiento financiero o *leasing*

Capítulo 14
Factoraje financiero

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

CAPÍTULO 13

El arrendamiento financiero o *leasing*

13.1 Generalidades y antecedentes

Dos formas refinadas de impulsar las ventas comerciales aparecieron en el siglo pasado; en ambos casos los comerciantes hicieron gala, una vez más, de su inagotable ingenio, ahora demostrado mediante la creación de mecanismos de seductora presentación: uno de ellos, el arrendamiento con promesa de venta, también conocido como *arrendamiento financiero*, y en ocasiones como *leasing*, que permite a las empresas industriales, agrícolas y comerciales de todo tipo, así como a los no comerciantes, el disponer de equipo, maquinaria, aparatos y automóviles, sólo durante su *vida útil*, sin necesidad de pagar su precio de contado, ni de acudir a préstamos o créditos para tal fin; el otro, la tarjeta de crédito, que permite a su tenedor —que prácticamente puede serlo cualquier persona física o moral— adquirir, sin necesidad de llevar dinero consigo ni de acudir a otras formas de pago momentáneo, mercaderías y hacer uso de servicios de una amplísima variedad, a tal punto que abarca casi todos los bienes de uso o consumo personal, doméstico y en oficinas, así como numerosos servicios, principalmente de transporte y en forma de suministros.

La creación del *leasing* se atribuye a **D.P. Boothe Jr.** —estadounidense—, fabricante de productos alimenticios, quien, durante 1952, urgido pero carente de maquinaria especial para la elaboración de ciertos alimentos objeto de un pedido especial del Ejército, tuvo la ocurrencia de tomarla en arrendamiento, por no disponer de los

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

recursos necesarios para comprarla, o quizá por estimar excesivo el costo de adquisición, habida cuenta del volumen y las posibilidades de renovación del pedido.[1]

13.2 Régimen legal, concepto y mecanismo

Resulta necesario, antes de seguir adelante, formular algunos apuntamientos útiles:

- Aunque, ciertamente, durante muchos años este contrato se vino celebrando entre toda clase de personas morales e incluso físicas, la operación habitual y lucrativa del mismo estuvo reservada, en los primeros tiempos, a las arrendadoras financieras autorizadas para operar como tales por la SHCP, y bajo la vigilancia de la CNBV.
- Así las cosas, la actividad de estas empresas, consideradas como intermediarias financieras, y su operación calificada como actividad auxiliar del crédito, estuvieron reguladas, así como los contratos respectivos, por la *Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito* (*LGOAAC*).
- Ahora bien, el panorama anterior ha venido a ser radicalmente modificado mediante el Decreto presidencial del 12 de julio de 2006, publicado en el *DOF* el 18 del mismo mes y año, en cuyos términos el mencionado régimen legal conservará vigencia parcialmente, por lo que se refiere a las citadas arrendadoras financieras, y ello sólo durante algunos años, pues el 18 de julio de 2013 la actividad de dichas instituciones ya no será considerada como auxiliar del crédito y las mismas no tendrán la calidad de intermediarias financieras; además, los nuevos contratos no se ajustarán a la regulación de la *LGOAAC*, sino a lo dispuesto por la *LGTOC*, que al efecto fue adicionada con los arts. 408 a 418.
- Pero además, por su parte las uniones de crédito están facultadas para celebrar este contrato, si bien exclusivamente con sus socios (art. 40-X, *LUC*);
- También como consecuencia del nuevo régimen legal, a partir de que el mismo cobró vigencia, el 19 de julio de 2006, este contrato puede celebrarse entre toda clase de personas físicas o morales, comerciantes o no, si bien ahora con apego a la preceptiva legal últimamente mencionada.
- Sin embargo, este contrato debe seguir siendo considerado como operación de crédito, bien que susceptible de celebrarse por todo tipo de personas, como ocurre con otros, como el préstamo mercantil, el factoraje financiero, que como se verá más adelante (*infra* capítulo 14), fue también objeto del mismo esquema derogatorio y modificatorio, y algunos otros en los que una de las partes cumple su compromiso en el primer momento, al paso que el cumplimiento por parte de la otra queda diferido en el tiempo.
- Los contratos de arrendamiento financiero celebrados por las entidades de que se trata, antes del 19 de julio de 2006, podrán regirse por la normativa contenida en la *LGOAAC*, o bien por la *LGTOC*, según acuerdo que deberán tomar las respectivas asambleas de accionistas.

---

[1] **Jacques Coillot**, *El leasing*, Editorial Mapfre, Madrid, s/f, págs. 3 y 4.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

- Por supuesto, una vez que surta efectos el retiro, por parte de la SHCP, de la autorización concedida para operar, en los contratos respectivos deberá mencionarse que no cuentan con tal autorización y tampoco están sujetos a la supervisión de la CNBV.
- Los nuevos contratos de arrendamiento financiero, cuando la arrendadora tenga el carácter proveedor en los términos de la *LFPC*, sin perjuicio de ajustarse a lo dispuesto por la *LGTOC*, también deberán regirse por la *LFPC*, en especial por lo dispuesto en los arts. 66 a 72; igualmente quedarán bajo el amparo de la PROFECO. Obviamente, escaparán a la esfera de protección de la CNBV y de la CONDUSEF.

Jurisprudencia. En la misma forma se pronuncia el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, al resolver Amparo directo 562/2007. Arenas y Gravas Xaltepec, S.A., del 11 de octubre de 2007: "Arrendamiento financiero. Su caracterización".

Por todo lo anterior, y a riesgo de que en este punto se considere repetitivo el tratamiento, el examen de este contrato se abordará a continuación sin perjuicio de examinarlo también en otro libro del mismo autor: *Títulos* y *Operaciones de Crédito*. Aquí, por supuesto, el estudio habrá de ceñirse a la regulación consignada en la *LGTOC*.

Ahora bien, con arreglo al concepto legal:

> Por virtud del contrato de arrendamiento financiero, el arrendador se obliga a adquirir determinados bienes y a conceder su uso o goce temporal, a plazo forzoso, al arrendatario, quien podrá ser persona física o moral, obligándose este último a pagar como contraprestación, que se liquidará en pagos parciales, según se convenga, una cantidad en dinero determinada o determinable, que cubra el valor de adquisición de los bienes, las cargas financieras y los demás accesorios que se estipulen, y adoptar al vencimiento del contrato alguna de las opciones terminales a que se refiere el artículo 410 de esta Ley (art. 408).

Dicho lo mismo en otras palabras: este contrato suele ajustarse a las siguientes etapas y cláusulas forzosas:

a) El empresario comercial o el particular interesado en usar un bien mueble se dirige al arrendador, mismo que, hechos los estudios financieros respectivos, lo compra con el único fin de permitir su uso al futuro arrendatario.
b) Se celebra el contrato que nos ocupa, en cuyos términos el arrendador pone el bien a disposición del arrendatario para que lo use y, en su caso, lo disfrute, *tal como se estipula en cualquier contrato de arrendamiento*, si bien con la inclusión de un segundo contrato, que es la opción de compra que, a favor del arrendatario, formula el propietario —arrendador del bien.
c) Se estipula también que, transcurrido el plazo forzoso del arrendamiento, el inquilino tendrá ante sí tres alternativas:

1. La *compra* del bien, mediante el pago de una suma de ordinario reducida, pues las rentas pagadas se computan a cuenta del precio.
2. La *prórroga* del arrendamiento, en cuyo caso el importe de las nuevas rentas se reduce considerablemente respecto de las anteriores, por la razón ya indicada, y al vencer la prórroga volverán a presentarse estas tres alternativas.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-02 16:13:54.

- Por supuesto, una vez que surta efectos el retiro, por parte de la SHCP, de la autorización concedida para operar, en los contratos respectivos deberá mencionarse que no cuentan con tal autorización y tampoco están sujetos a la supervisión de la CNBV.
- Los nuevos contratos de arrendamiento financiero, cuando la arrendadora tenga el carácter proveedor en los términos de la *LFPC*, sin perjuicio de ajustarse a lo dispuesto por la *LGTOC*, también deberán regirse por la *LFPC*, en especial por lo dispuesto en los arts. 66 a 72; igualmente quedarán bajo el amparo de la PROFECO. Obviamente, escaparán a la esfera de protección de la CNBV y de la CONDUSEF.

Jurisprudencia. En la misma forma se pronuncia el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, al resolver Amparo directo 562/2007. Arenas y Gravas Xaltepec, S.A., del 11 de octubre de 2007: "Arrendamiento financiero. Su caracterización".

Por todo lo anterior, y a riesgo de que en este punto se considere repetitivo el tratamiento, el examen de este contrato se abordará a continuación sin perjuicio de examinarlo también en otro libro del mismo autor: *Títulos* y *Operaciones de Crédito*. Aquí, por supuesto, el estudio habrá de ceñirse a la regulación consignada en la *LGTOC*.

Ahora bien, con arreglo al concepto legal:

> Por virtud del contrato de arrendamiento financiero, el arrendador se obliga a adquirir determinados bienes y a conceder su uso o goce temporal, a plazo forzoso, al arrendatario, quien podrá ser persona física o moral, obligándose este último a pagar como contraprestación, que se liquidará en pagos parciales, según se convenga, una cantidad en dinero determinada o determinable, que cubra el valor de adquisición de los bienes, las cargas financieras y los demás accesorios que se estipulen, y adoptar al vencimiento del contrato alguna de las opciones terminales a que se refiere el artículo 410 de esta Ley (art. 408).

Dicho lo mismo en otras palabras: este contrato suele ajustarse a las siguientes etapas y cláusulas forzosas:

a) El empresario comercial o el particular interesado en usar un bien mueble se dirige al arrendador, mismo que, hechos los estudios financieros respectivos, lo compra con el único fin de permitir su uso al futuro arrendatario.
b) Se celebra el contrato que nos ocupa, en cuyos términos el arrendador pone el bien a disposición del arrendatario para que lo use y, en su caso, lo disfrute, *tal como se estipula en cualquier contrato de arrendamiento*, si bien con la inclusión de un segundo contrato, que es la opción de compra que, a favor del arrendatario, formula el propietario —arrendador del bien.
c) Se estipula también que, transcurrido el plazo forzoso del arrendamiento, el inquilino tendrá ante sí tres alternativas:

1. La *compra* del bien, mediante el pago de una suma de ordinario reducida, pues las rentas pagadas se computan a cuenta del precio.
2. La *prórroga* del arrendamiento, en cuyo caso el importe de las nuevas rentas se reduce considerablemente respecto de las anteriores, por la razón ya indicada, y al vencer la prórroga volverán a presentarse estas tres alternativas.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

3. La *devolución* de la cosa al arrendador, para que proceda a su venta y posterior reparto del precio entre ambos (art. 410).

Ahora bien, bajo otros nombres, como *arrendamiento puro* y *arrendamiento operativo* (*renting, lease-back*), se conocen en la práctica contratos que son, lisa y llanamente, de arrendamiento, bien que el arrendador actúa con el mismo ánimo del arrendador financiero, cual es la recuperación, durante el plazo forzoso, del precio del bien, sumado al de su utilidad y al monto de los intereses, circunstancias éstas de naturaleza puramente económica, que ninguna repercusión pueden tener en el carácter jurídico de tales contratos. Y son simples arrendamientos, por cuanto que en ellos no se incluye la promesa de venta, que caracteriza al arrendamiento financiero.

13.3 Operación del arrendamiento financiero

Antes se dijo (*supra*, 13.2), que, si bien es cierto que este contrato puede celebrarse por cualquier persona con el carácter de arrendador financiero, es necesario precisar que también pueden actuar con tal carácter las instituciones de crédito (art. 46-XXIV, *LIC*), mas debe tenerse presente que en este caso "… el cumplimiento de las obligaciones de las partes se sujetarán a lo previsto por esta Ley y, en lo que no se oponga a ella, por la *Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito*" (art. 46, último párrafo). Los contratos deben otorgarse por escrito y podrán inscribirse en el Registro Público de Comercio, sin perjuicio de hacerlo en otros registros, de conformidad con las leyes respectivas (art. 408).

- A menos que se estipule lo contrario, el arrendatario reporta la obligación de conservar los bienes en un estado tal que permita el uso normal que les corresponda, así como a darles el mantenimiento necesario para el mismo propósito, e igualmente la de efectuar por su cuenta las reparaciones que requieran, en la inteligencia de que las piezas de repuesto, implementos y demás elementos incorporados, pasan a formar parte de los bienes y, consecuentemente, quedan sujetos a los términos del contrato (art. 412).
- El propio arrendatario debe servirse de los bienes solamente en la forma que les sea propia; por tanto, es responsable de los daños que sufran por darles otro uso, y también por los derivados de su culpa o negligencia (art. 412).
- En cuanto a los arrendadores, no son responsables de los errores u omisiones en la descripción de los bienes objeto del arrendamiento mencionados en la petición u orden de compra (art. 413).
- Salvo pacto en otro sentido, los riesgos de la cosa, así como los vicios o defectos ocultos, son a cargo del arrendatario, incluso cuando las pérdidas o daños deriven de caso fortuito o de fuerza mayor (art. 414). En consecuencia, el propio arrendatario tiene obligación de realizar todos los actos necesarios para proteger los bienes y para perseguir a quienes atenten de cualquier manera en contra de los mismos, así como de informar de inmediato al arrendador sobre la realización de cualquiera de tales actos, a efecto de que esta última pueda, en defecto del arren-

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

datario, tomar todas las medidas y ejercitar todas las acciones o defensas en protección de los bienes (art. 415).

- En los contratos deberá pactarse la obligación de contratar un seguro u otra garantía que cubra, por lo menos, los riesgos de construcción, transporte, recepción e instalación de los bienes, así como los daños o pérdidas que puedan afectarlos, y también las responsabilidades civiles y profesionales derivadas de su uso o explotación; en tales documentos deberá consignarse al arrendador como beneficiario preferente, hasta por el importe de su crédito (art. 417).
- Ahora bien, en caso de que el arrendatario no contratare oportunamente las citadas garantías, podrá hacerlo el arrendador, sin perjuicio de que la omisión, por parte de la primera, origine la rescisión del contrato de arrendamiento financiero. En todo caso, las primas y gastos que ocasionen las garantías serán por cuenta del arrendatario (art. 418).

También resulta aconsejable el relacionar los atributos que, desde los puntos de vista económico y operativo, distinguen este contrato del de arrendamiento puro o tradicional. Ello es tanto más importante, cuanto que de aquí suelen derivarse consecuencias de orden jurídico suficientes para diferenciarlos, al grado de conferirle autonomía y naturaleza jurídica propias:

- El futuro arrendatario elige libremente el bien cuyo uso desea; hasta ahora en México sólo se opera con ciertas mercaderías, pero es posible que la operación recaiga en inmuebles y aun en intangibles o meros derechos, como marcas y patentes.
- Aunque nada impide que el propio fabricante o distribuidor, salvo pactos comerciales de otra índole como agencias, representaciones, distribuciones exclusivas, etc., conceda el uso al interesado mediante el contrato que nos ocupa, los proveedores encuentran mayores ventajas en operar de contado, y es ahí donde aparece un primer punto a favor del arrendador, que en esa forma adquiere y paga el bien, y de ese modo propician al proveedor un mayor flujo de efectivo (*cash-flow*).
- Por su parte, al futuro arrendatario también ofrece grandes atractivos el tomar en arrendamiento y no adquirir en propiedad la mercancía: dispondrá de ella sólo durante su vida útil, transcurrida la cual podrá devolverla a su propietario, o bien exigir la prórroga del arrendamiento, si encuentra que todavía puede prestarle alguna utilidad, pero quizá le convenga adquirirla en propiedad, para fines fiscales, de reventa o para aprovechar ciertas piezas, etc.; paga el precio en un mediano o largo plazo, condiciones pocas veces concedidas por un fabricante o proveedor directo; no grava su capacidad de endeudamiento crediticio, pues la operación se celebra, usualmente, sin garantías reales.
- Adquirida en propiedad la mercancía por el arrendador, o bien mediante disposición del bien que ya era de su propiedad, se celebra el contrato que aquí se estudia; como es de suponerse, su duración se estipula por un plazo igual a la vida útil estimada del objeto arrendado, y el importe de las rentas —de ordinario mensuales— se determina por la suma del precio de adquisición, la utilidad de la arrendadora en la operación, los intereses sobre la cantidad que la arrendadora pagó al proveedor como precio, y los impuestos repercutibles en el arrendatario, el total se divide en tantas partes cuantas sean las exhibiciones convenidas, de manera

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

que en los contratos suele precisarse que el referido total constituye un todo formado por cánones periódicos (art. 408).

- Vencido el plazo forzoso, el arrendatario puede escoger, a su conveniencia fiscal, técnica, operativa y financiera, cualquiera de las tres posibilidades arriba apuntadas: prórroga, compra o venta.
- Ahora bien, de cara a cualquier incumplimiento del arrendatario, el arrendador está facultado para obtener judicialmente la posesión de los bienes objeto del contrato, así como para darlos en arrendamiento financiero a terceros. Esta posesión puede solicitarse en la demanda misma o durante el juicio respectivo, a condición de que se exhiba el susodicho contrato ratificado ante fedatario público, y el estado de cuenta certificado por el contador del arrendador, en la inteligencia de que tales documentos configuran títulos suficientes para promover juicio ejecutivo mercantil, sin necesidad de reconocimiento de firma ni de otro requisito alguno (art. 416).

Jurisprudencia. Empero, por cuanto en algunos casos se cuestionó la constitucionalidad del anterior mecanismo, la Primera Sala de la SCJN sentó la tesis de jurisprudencia 53/98, el 2 de septiembre de 1998, por unanimidad de 5 votos, con el siguiente criterio: "En efecto, de la lectura de este precepto legal (art. 47) se infiere que, ante la omisión por parte del arrendatario de acatar las obligaciones contraídas en el contrato de arrendamiento financiero, se prevé la posibilidad de solicitar por la vía judicial la posesión de los bienes afectos al mismo, mas no que la pretendida devolución únicamente proceda cuando se demande la rescisión del contrato, de ahí que si las partes no pactaron esta última condición, la orden de desposesión por parte de la autoridad con base en el precepto invocado no resulta contraria a derecho, habida cuenta que al señalar como medida cautelar que la posesión se otorgue al arrendador, es con la finalidad de proteger el bien ante la posibilidad de su desaparición, ocultamiento o destrucción, en tanto se resuelve jurídicamente en forma definitiva, y no que el acuerdo de voluntades sea rescindido".[2]

13.4 Naturaleza jurídica y concepto

Conocido en otros países, incluso de habla española (Argentina y Chile), como *leasing*, este contrato apareció a mediados del siglo pasado, en los Estados Unidos de América, como forma de permitir a las empresas industriales, agrícolas y comerciales de todo tipo, así como a los no comerciantes, la disposición de equipo, maquinaria, aparatos y automóviles, sólo durante su vida útil, sin necesidad de pagar su precio de contado, ni de acudir a préstamos o créditos para tal fin.

Por cuanto, según se verá un poco más adelante, este contrato, que involucra en realidad dos o incluso tres relaciones jurídicas diversas, ha sido objeto de muy diversos y hasta encontrados conceptos.

En efecto, partícipe de tan variados ingredientes —como se ha visto, de orden económico, operativo y jurídico—, nuestro contrato ha logrado dejar perplejos a los juristas,

[2] *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. VIII, septiembre de 1998, pág. 141.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

que no hemos acertado ni siquiera a bautizarlo en forma satisfactoria, y, al parecer, más lejos aún estamos de ponernos de acuerdo en punto a su naturaleza jurídica: algunos dicen, como la Ley francesa del 2 de julio de 1966, que es un arrendamiento con opción de compra;[3] otros no ocultan sus vacilaciones, como **Manuel Broseta Pont**,[4] quien afirma que "la naturaleza jurídica del contrato es compleja. Pensamos que quizá participe de algunas notas del arrendamiento, al que se añade una opción de compra a favor del arrendatario"; alguno[5] lo reclama como contrato de crédito, al lado de los demás reconocidos en las leyes. Sin embargo, todo parece indicar que la mayoría saluda en él un nuevo contrato, único y autónomo.[6]

Empero, no es fácil compartir los argumentos de estos últimos, pues tengo para mí que el calificar de *sui generis* un contrato implica el colocarlo en un sitial propio, de tal manera que, al contemplarlo a distancia, se le distinga fácilmente de los demás. En otras palabras: un contrato tiene naturaleza jurídica propia cuando, examinados sus elementos subjetivos y objetivos a la luz de las normas reguladoras de los contratos, se encuentra que la trama formada por tales elementos no coincide con la de ningún otro contrato. La clave, a mi juicio, está precisamente en la comparación del papel que desempeña aisladamente cada uno de los elementos personales y materiales que forman el todo contractual.

Me parece que un par de ejemplos servirán para ilustrar lo anterior: tanto en la *compraventa* como en la *permuta* se da el mismo supuesto subjetivo, pues hay un sujeto enajenante y otro adquirente; diverso, en cambio, es el principal elemento objetivo, pues el intercambio de dinero por propiedad de una cosa o de un derecho, en la compraventa, se torna intercambio de cosas o de derechos en la permuta. Segundo ejemplo: el *arrendamiento* y el *comodato* coinciden en los elementos subjetivos y en uno de los objetivos, pues, en efecto, uno de los sujetos se obliga a conceder al otro el uso temporal de una cosa; la diferencia surge en el otro elemento objetivo, pues, como se sabe, el arrendamiento es oneroso, al paso que el comodato es gratuito.

A la vista de todo ello, resulta importante, por sus consecuencias, dejar precisado:

a) Que la existencia de cláusulas complementarias, esto es, las que no modifiquen la trama del contrato respectivo, no conduce a modificar su naturaleza, por la misma razón de su mera complementariedad, que les resta fuerza para ello. Así, por ejemplo, ¿qué importa el que en un contrato de donación se aclare que el donante adquirió el bien sólo para su entrega al donatario, o que se estipule la obligación,

---

[3] De la misma opinión es **Rafael Illescas Ortiz**: "El *leasing*: aproximación a los problemas planteados por un nuevo contrato", en *Revista de Derecho Mercantil*, Madrid, ene.-mar., 1971, pág. 114.

[4] *Manual de derecho mercantil*, 9a. ed., Editorial Tecnos, Madrid, 1991, pág. 456. Este autor español seguía empleando el vocablo inglés *leasing*.

[5] **Eduardo Guillermo Cogorno**, *Teoría y técnica de los nuevos contratos comerciales*, Merú, Buenos Aires, 1979, págs. 55 y 56.

[6] **Francisco Rico Pérez**, *Uso y disfrute de bienes ajenos con opción a compra. La contratación por leasing en España*, Editorial Reus, Madrid, 1974, págs. 32 y 36; igualmente en España, **Fernando Sánchez Calero**, *Instituciones de derecho mercantil*, 15a. ed., Revista de Derecho Privado, Madrid, 1991, pág. 453; en México: **Walter Frisch Philipp** y **Carlos Gutiérrez Cardona**, "El arrendamiento financiero", en *El foro*, Barra Mexicana, Colegio de Abogados, núm. 16, ene.-mar., 1979, México, pág. 59, y **Fernando Alejandro Vázquez Pando**, "En torno al arrendamiento financiero", en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, núm. 4, 1980, Escuela Libre de Derecho, México, pág. 267.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

a cargo de este último, de contratar un seguro sobre el objeto donado?; declaración y cláusula tales, ¿serían parte a modificar la naturaleza del contrato?

b) Que la dimensión de los derechos y obligaciones de las partes tampoco sirve para privar a un contrato de su naturaleza jurídica o para modificarla; y vaya también aquí un ejemplo de tal aserto, más cercano al negocio jurídico que aquí se examina: tal contrato de arrendamiento es aquel en el que se estipulan rentas periódicas que, consideradas en conjunto, nada tienen que ver con el valor del objeto arrendado, como otro en el que, sumadas tales rentas, arrojen un total superior al precio de compra de tal objeto; ni modifica el carácter arrendaticio del contrato la opción de compra que se conceda al arrendatario.

c) Que la SCJN ha sentado jurisprudencia[7] en el sentido de que "para determinar la naturaleza de todo contrato, debe atenderse primeramente a la voluntad expresa de las partes, y sólo cuando ésta no se revela de una manera clara, habrá que recurrir a las reglas de interpretación".

Todo lo anterior conduce, a mi parecer, a la conclusión de que el arrendamiento financiero es un multicontrato, formado por una previa compraventa, un arrendamiento y una promesa unilateral de venta, que sería mejor calificar de opción, contrato este último ignorado por nuestros doctrinarios, así como por las leyes domésticas, luego sería un acierto el precisar que se trata de un contrato atípico, pero nominado, pues así se le conoce por la doctrina extranjera, no menos que por una parte, ciertamente reducida, de la práctica mexicana.

En efecto, aunque existen puntos de semejanza entre ambos contratos, el de promesa unilateral de venta y el de opción, también es verdad que ofrecen divergencias, puestas de manifiesto por el tratadista español **Javier Talma Charles**:[8]

> De forma tímida y con titubeos se empezó hablando, no sólo de *opción de compra*, sino también de *promesa unilateral de venta*; lo que plantea algunos inconvenientes… calificar la opción como contrato unilateral puede inducir a confusión en tanto en cuanto este negocio también se puede configurar como bilateral… En general se entiende que la finalidad práctica perseguida por medio de la opción consiste en dar tiempo y ocasión para adoptar (eventualmente) una decisión trascendental… un importante sector doctrinal opina,… que la opción no es un mero pacto añadido a otro contrato sino, en sí misma, una auténtica y propia relación jurídica contractual… Y como consecuencia… la opción, forzosamente, tiene que estar dotada de un *régimen jurídico propio y peculiar,* distinto al de las restantes figuras próximas y afines… Al estudiar la función económica de la opción vimos cómo, con relación al optante, se trataba… de conseguir un plazo de tiempo para tener la oportunidad de pensar con calma las posibles consecuencias derivadas de la *eventual relación jurídica futura.* Luego en principio,… el tenor de la opción revela que el plazo se ha concedido *en favor del optante.*

Expresiones, todas ellas, con las que resulta necesario coincidir. En apoyo de tal opinión permítaseme emplear, con una metáfora, los argumentos expuestos hace poco: las figuras principales del bastidor contractual llamado *leasing* coinciden, una por una, con las del arrendamiento y la promesa unilateral de venta, puesto que "las dos partes

---

[7] Visible en el *Apéndice 1975 al Semanario Judicial de la Federación*, cuarta parte, México, pág. 385.

[8] *El contrato de opción*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1996, págs. 16-201.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

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" (art. 2398, *C.Civ.*) y, además, el arrendador, en forma unilateral, asume contractualmente la obligación de celebrar un futuro contrato de compraventa (arts. 2243 y 2244, *C.Civ.*).

En el mismo sentido se pronuncia **Ortúzar Solar**: "Este contrato... es la sumatoria de a lo menos dos contratos diferentes: el de arrendamiento de la cosa y el de opción para adquirirla que se otorga en beneficio del arrendatario... es un contrato de arrendamiento, y no uno atípico o innominado...".[9]

No encuentro firmeza en los argumentos con los que pretende privarse de los indicados caracteres al arrendamiento financiero:

a) La indicación, en el contrato, de que el arrendador adquirió *ex profeso* el bien configura una mera declaración, de poca o ninguna trascendencia, pues en las cláusulas respectivas se precisa que un tercero —el proveedor— es el obligado a responder de calidades y cualidades, así como a prestar los servicios de reparación, aseo, etc.; y aunque parece configurar éste uno de los puntos vulnerables del carácter arrendaticio del contrato, en realidad no lo es, pues juzgo plenamente válidas, en cualquier contrato de arrendamiento, las cláusulas en las que se convenga que tales responsabilidades y obligaciones, que ciertamente el *C.Civ.* finca al arrendador, corran a cargo de un tercero. Por lo demás, estipulación tal está prevista por el art. 414:

> *Salvo pacto en contrario, son a riesgo del arrendatario:*
>
> *I. Los vicios o defectos ocultos de los bienes que impidan su uso total o parcial. En este caso, el arrendador transmitirá al arrendatario los derechos que como comprador tenga, para que éste los ejercite en contra del vendedor, o lo legitimará para que el arrendatario en su representación ejercite dichos derechos;*
> [...]

Pero además, es frecuente la inserción de esta cláusula en la generalidad de los contratos que se celebran en México.

b) En el arrendamiento financiero es el arrendatario el que escoge, con toda libertad, el objeto que tomará en arrendamiento e incluso el fabricante o proveedor, todo lo cual, aceptado por el arrendador, suele mencionarse en los contratos, una vez adquirido por este último el objeto respectivo, circunstancias que no presenta el arrendamiento común, en el que al futuro usuario no se concede posibilidad de elegir; mas, pregunto yo: ¿ha de incluirse como elemento esencial o de definición del arrendamiento financiero la nota de la intermediación por parte del arrendador, cuando, como ocurre en otros países, los propios fabricantes o proveedores pueden celebrar el contrato en examen, sin intervención de empresa alguna de *leasing*?

Sin embargo, fuerza es consignar que, en su definición del contrato, la *LGTOC* (art. 408) incluye, como obligación del arrendador, la de "... adquirir determinados

---

[9] **Antonio Ortúzar Solar**, *El contrato de leasing*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1990, págs. 32-35.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

bienes y (la de)... conceder su uso o goce temporal, a plazo forzoso, a una persona física o moral...". Ello amerita algunas observaciones:

1. Los contratos usuales en México no consignan semejante obligación; en la generalidad de ellos se parte del supuesto de que el arrendador *ya adquirió* el bien objeto de la operación; bien es verdad que se aclara que tal adquisición se efectuó, precisamente, a petición del arrendatario, quien eligió al proveedor y aun escogió el bien, para tomarlo en arrendamiento.
2. De considerarse que el arrendamiento financiero incluye, como una primera obligación del arrendador, la de adquirir el bien, tal vez habría necesidad de conformarlo en dos etapas: la primera, formada por una promesa unilateral de compra a un tercero, unida a una promesa *bilateral* de dar y de tomar en arrendamiento; la segunda, constituida por el contrato de arrendamiento financiero, en la forma que aquí se está examinando.

c) El monto de las exhibiciones periódicas: he ahí, se dice, otra de las características diferenciadoras; en el arrendamiento financiero su número total constituye un todo que, simplemente por razones de comodidad para el arrendatario, se divide en cánones, pues, en realidad, ese todo se forma por el precio del bien, los intereses y gastos de operación a favor el arrendador, así como los impuestos; ninguno de tales elementos, en cambio, concurre a la determinación de las rentas en el arrendamiento, pues ahí no es el móvil determinante de las voluntades la amortización del precio durante el plazo forzoso del contrato, como sí lo es en el *leasing*. Y aquí permítaseme volver sobre una consideración, cuyas conclusiones dejé pendientes: ¿por qué el monto de las exhibiciones periódicas habría de servir para transformar el carácter arrendaticio de un contrato?; ¿acaso el ser usualmente más onerosas en el arrendamiento financiero que en el arrendamiento simple, ha de erigirse en factor determinante de un diverso carácter jurídico?

d) La opción de compra, connatural al arrendamiento financiero, es invocada como otro de los atributos que lo singularizan. Conviene advertir que autores hay, como **Jacques Coillot**,[10] para quienes la cláusula de opción de compra no es de esencia en este contrato, y prueba de ello —sigue informando dicho autor— es que algunas empresas arrendadoras de Francia no la incluyen en sus contratos. Pero aun en el supuesto de que tal estipulación se considerara propia del contrato, como ocurre en México y lo dispone el art. 410-I de la *LGTOC*, no por ello debería entenderse modificada la naturaleza arrendaticia de las cláusulas respectivas, como no la modifica la verdadera opción de compra, si bien sujeta a la condición suspensiva de la decisión de vender por parte del propietario, que el *C.Civ.* (art. 2447) concede al arrendatario común y corriente, cuando ha hecho mejoras de importancia en la finca arrendada y el arrendamiento ha durado más de cinco años.

[10] *El leasing... cit.,* pág. 187.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

13.5 Opiniones doctrinales mexicanas sobre su naturaleza jurídica

Resulta interesante verter aquí algunas opiniones mexicanas sobre este punto.

En un artículo publicado durante 1979, **Walter Frisch Philipp** y **Carlos Gutiérrez Cardona**[11] se inclinan por estimar que se trata de un contrato *sui generis* o innominado, ante la consideración de que algunos de los derechos y las obligaciones de las partes no coinciden con los prescritos por el *C.Civ.* respecto del arrendamiento puro y simple.

A su vez, **Ramón Sánchez Medal**,[12] quien no oculta su escasa simpatía por este contrato, pues a su juicio mal oculta una compraventa en abonos, sostiene que en el caso se plantea:

> ... un problema que radica en determinar la verdadera naturaleza jurídica de estas contradictorias operaciones que vienen realizando las llamadas "compañías arrendadoras"... Este medio tan singular de encubrir bajo un arrendamiento las ventas en abonos, procedimiento que protegía al máximo al vendedor y exponía a graves peligros principalmente al comprador de escasos recursos, no fue ciertamente muy original, como lo demuestra el "*leasing*" anglosajón, dado que ya había arraigado también en otros países...

Por su parte, **Soyla H. León Tovar**,[13] tras de mostrar su discrepancia de mi opinión, afirma que nuestro contrato:

> ... constituye un negocio jurídico de naturaleza crediticia, una técnica de financiamiento aplicada tanto a la adquisición de bienes de equipo como a la construcción de inmuebles... se trata de un nuevo instituto... que ha ido más allá de los viejos moldes jurídicos; posición que por cierto compartimos, pese a que muchos juristas se resisten a admitir que estamos frente a un nuevo negocio jurídico y, por el contrario, busquen afanosa y desesperadamente encuadrarlo dentro de dichos moldes, o cuando más consideren que se trata de una figura *sui generis*, cuando en realidad el AF es un nuevo contrato... un negocio jurídico unitario y no la yuxtaposición de varios negocios.

Por último, **Javier Arce Gargollo**[14] coincide con **León Tovar**, pues encuentra que "... se trata de *un solo negocio jurídico* que produce diversas obligaciones para las partes y que se complementa con otras relaciones jurídicas que no son parte del contrato...", afirmación esta última que introduce un elemento de vaguedad, pues incluso más adelante expresa que "esas otras relaciones lo preceden y *conviven*... o se derivan de él"; de todo lo cual parece inferirse que este autor acepta la existencia, en el contrato que nos ocupa, de un arrendamiento y de una opción, que en buen romance no es otra cosa que la promesa unilateral de venta por parte del arrendador.

En forma por demás amplia e ilustrativa, uno de nuestros tribunales colegiados se ha extendido sobre las diferencias entre este contrato y otros semejantes, por lo que resulta aconsejable examinar la ejecutoria respectiva:

---

[11] *Op. cit.*, págs. 57 y 59.
[12] *De los contratos civiles*, 14a. ed., Editorial Porrúa, México, 1999, págs. 239 y 240.
[13] *El arrendamiento financiero (leasing) en el derecho mexicano*, UNAM, México, 1989, págs. 172 y 173.
[14] *Contratos mercantiles atípicos*, 10a. ed., Editorial Porrúa, México, 2004, pág. 245.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

Jurisprudencia. Arrendamiento financiero. Sus diferencias con los contratos de arrendamiento puro, compraventa a plazos y apertura de crédito.

Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Amparo directo 562/2007. Arenas y Gravas Xaltepec, S.A. 11 de octubre de 2007. Unanimidad de votos.

13.6 Carácter mercantil o civil del arrendamiento financiero

Ninguna duda puede caber sobre la naturaleza mercantil del arrendamiento financiero antes examinado, puesto que, en realidad, el arrendador deviene intermediario en la operación por cuanto, como se ha visto, compra la mercancía para darla en arrendamiento y prometer su venta, con inocultable propósito de especulación comercial (art. 75-I y II, *C.Com.*); por otra parte, si como arrendador aparece el propio fabricante o proveedor habitual, por hipótesis es titular de una negociación mercantil (art. 75, V, VII y XIII), y de ese modo tampoco suscita problema alguno la calificación de *mercantil* que debe atribuirse al contrato (art. 408). Pero, por encima de todo lo anterior, opera la terminante disposición del art. 1o, último párrafo, de la *LGTOC*: "Las operaciones de crédito que esta Ley reglamenta son actos de comercio".

13.7 Estudio de los pagarés emitidos en el arrendamiento financiero

Si así se conviene, y ello por lo demás es frecuente en la práctica, el arrendatario debe suscribir, a favor del arrendador, uno o más pagarés con un importe total que corresponda al precio de la operación, en concepto de renta global, a condición de que los vencimientos no sean posteriores al plazo del arrendamiento, y de que se haga constar en los mismos su procedencia, a efecto de que sean plenamente identificables, con lo cual, de paso, asumen el carácter de títulos de crédito causales, y con ello se apartan de la calidad específica de abstracción, propia de estos documentos.

Ahora bien, la transmisión de los mismos implica el traspaso de la porción correspondiente de los derechos derivados del contrato y demás accesorios, si bien la suscripción y entrega de estos pagarés no se considera como pago de la contraprestación ni de sus parcialidades (art. 409).

13.8 Opciones terminales

Como antes se dijo (*supra*, 13.3), al concluir el plazo del vencimiento del contrato, una vez que se hayan cumplido todas las obligaciones, el arrendatario deberá adoptar alguna de las siguientes opciones terminales:

I. La compra de los bienes a un precio inferior a su valor de adquisición, que quedará fijado en el contrato; en caso de que no se haya fijado, el precio debe ser

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

inferior al valor de mercado a la fecha de compra, conforme a las bases que se establezcan en el contrato;

II. La prórroga del plazo para continuar con el uso o goce temporal, mediante el pago de una renta inferior a los pagos periódicos que venía haciendo, conforme a las bases que se establezcan en el contrato;

III. La participación 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.

En caso de que el arrendatario esté facultado para adoptar la opción terminal una vez finalizado el plazo obligatorio, deberá notificar por escrito al arrendador, por lo menos con un mes de anticipación al vencimiento del contrato, cuál será la elegida; de no hacerlo oportunamente, responderá de los daños y perjuicios que con ello cause al arrendador, sin perjuicio de lo que sobre el particular se estipule en el contrato (art. 410).

En cambio, de cara al incumplimiento, por parte del arrendatario, de las obligaciones a su cargo, el arrendador está facultado para pedir judicialmente la posesión de los bienes objeto del contrato, misma que el juez debe decretar de plano, con el derecho de otorgar respecto de ellos un nuevo arrendamiento financiero a terceros, si las circunstancias lo permiten (arts. 415 y 416).

13.9 Proyección internacional del arrendamiento financiero

También este contrato ha mostrado perfiles internacionales, a tal punto que el ya citado UNIDROIT se impuso, entre otras muchas, la tarea de intentar la reglamentación uniforme del mismo, a cuyo efecto elaboró, durante 1983, un anteproyecto que ha fructificado en el curso de los años, pues desde mayo de 1988, y como corolario de una conferencia diplomática celebrada en Ottawa, Canadá, se adoptó un texto definitivo, que quedó abierto a la firma de los gobiernos interesados. Como es de suponerse, la Convención respectiva sólo se aplicará a los casos en los que el arrendador y el arrendatario tengan sus establecimientos principales en Estados diferentes (art. 3-I); actualmente ha cobrado vigencia en Alemania, Bielorrusia, Federación Rusa, Francia, Hungría, Italia, Latvia, Nigeria, Panamá y Ucrania.

Y como complemento de la citada Convención, el propio UNIDROIT se ha dado a la tarea de preparar una *Ley Modelo sobre el Arrendamiento Financiero*, con la mira puesta en la importancia que para los países de economías en desarrollo, como el nuestro, interesados en fomentar la creación y operación de pequeñas y medianas empresas, representa la posibilidad de adoptar una regulación adecuada a las necesidades de dichas Pymes, necesitadas al efecto de una infraestructura jurídica apropiada, de modo especial ante la posibilidad de que tales países ratifiquen la antes reseñada Convención sobre el arrendamiento financiero internacional.

Para tal efecto, el UNIDROIT decidió la creación de un comité consultivo, formado con representantes de África subsahariana, África del Norte, Asia, Europa, América Latina, América del Norte y la Federación Rusa, que celebró su primera sesión el 17 de octubre de 2005, y resolvió examinar un primer proyecto de ley tipo,

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

los días 6 y 7 de febrero de 2006, lo que le permitiría, según el plan de trabajo, examinar el texto final los días 3 y 4 de abril de 2006, mismo que fue aprobado el 13 de noviembre de 2008.

13.10 Características

Con las notas expuestas es posible configurar nuestro contrato como:

- bilateral o formal
- oneroso o conmutativo
- nominado o de tracto sucesivo
- típico.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

CAPÍTULO 14

El factoraje financiero*

14.1 Panorama histórico

Aunque unánimemente reconocido como de la más pura y dieciochesca estirpe inglesa, en su versión moderna el factoraje tiene una innegable impronta estadounidense.[1]

En efecto, por mucho que se ha pretendido encontrar sus raíces en ciertas operaciones económicas medievales y aun de la remota antigüedad,[2] lo cierto es que, como técnica financiera, su único origen demostrable está en la forma de operar de los industriales textileros ingleses de mediados y fines del siglo XVIII y sus agentes o *factors* que actuaban en las colonias inglesas de América: el elemento distancia-tiempo-

* Cuando no se indique el cuerpo legal al que pertenecen los preceptos que se citan en esta unidad, debe entenderse mencionada la *LGTOC*.

[1] *Véase* un amplio estudio histórico de este contrato en **Agustín Marré Velasco**, *El contrato de factoring*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1995, págs. 14 y sigs. También sobre su moderna proyección estadounidense: **Mario Bauche Garciadiego**, *Operaciones bancarias*, 3a. ed., Editorial Porrúa, México, 1978, págs. 293 y sigs.; **Modesto Bescós Torres**, *Factoring y franchising*, Ediciones Pirámide, Madrid, 1990, pág. 21; **Carlos Alberto Ghersi**, *Contratos civiles y comerciales*, t. II, 2a. ed., Astrea, Buenos Aires, 1992, págs. 151 y sigs.; **Luisa Vigone**, *Contratti atipici. Nuovi strumenti commerciali e finanziari*, Cosa & Come, Milano, 1993, pág. 53; **Raúl Aníbal Etcheverry**, *Derecho comercial y económico. Contratos. Parte especial*, 1, Astrea, Buenos Aires, 1991, págs. 178-180.

[2] **Modesto Bescós**, *op. cit.,* pág. 17, afirma que existe un remoto antecedente del factoraje en ciertas fórmulas contractuales empleadas por los comerciantes venecianos, genoveses y florentinos de la Edad Media, así como en las operaciones comanditarias de la misma época e incluso en cierta forma de operar la letra de cambio, particularmente una vez surgidos el endoso y el descuento.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

riesgo, que en un principio puso en peligro las todavía incipientes pero prometedoras relaciones comerciales trasatlánticas, encontró una solución, aparentemente surgida de los propios *factors*, quienes efectuaban pago de contado, por su propia cuenta, de los adeudos a cargo de sus clientes, a los que incluso podían conceder plazos para efectuarlos, mediante un cargo por concepto de intereses.

De ese modo, los *factors* obtenían sendas comisiones de ambas fuentes: de los proveedores, quienes les efectuaban descuentos por pronto pago, y de los clientes, por el otorgamiento de plazos para cubrir el precio de las mercancías. Por supuesto, en esa primera etapa (*old line factoring*) los *factors* no corrían el riesgo de las operaciones, pero, conocedores del medio, seleccionaban cuidadosamente la clientela con la que operaban en esta forma, mecanismo al que, por explicables razones, se calificó de *factoring*, vocablo con el que se le menciona incluso en países de habla española como Argentina, Chile y España, tanto doctrinal como legislativamente.[3]

Existe consenso, sin embargo, sobre que en su mecanismo actual —asunción del riesgo por compra en firme de los créditos— (*new line factoring*), como antes se dijo, nuestro contrato, aunque ya regulado en la *New York Factors Act* de 1911, reapareció en Estados Unidos de América a fines de los años cincuentas y se desarrolló en los sesentas, mientras que en Europa hacen su aparición las primeras empresas de factoraje en 1975.

14.2 El factoraje en México. Su regulación como contrato de crédito

Conforme al modelo estadounidense, el factoraje se empezó a contratar en México a mediados de la década de 1970, si bien como operación bancaria atípica, casi siempre mencionada como *cesión de créditos*. Ahora bien, ante la falta de regulación legal, prontamente surgieron sociedades de factoraje que, al igual que sus congéneres de Estados Unidos de América y de Europa, encontraron una excelente acogida mediante contratos que, todavía atípicos e innominados, se redactaban con arreglo a disposiciones de las leyes bancarias, luego les eran aplicables por simple analogía, supletoriamente, algunos preceptos del *Código de Comercio* y aun del *Código Civil* para el Distrito Federal (hoy *Código Civil Federal*).

Tal estado de cosas prevaleció hasta 1989, pues a partir de enero de 1990, y ante la consideración de que se trata de uno más de los contratos u operaciones de crédito, pero que presenta características peculiares que lo distinguen de los demás contratos bancarios, se adicionó la *Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito* con un capítulo III *bis*, que comprende los arts. 45-A a 45-T, para disponer que sólo

[3] Baste recordar los nombres de las antes mencionadas obras de **Marré** (chileno) y de **Bescós** (español): el primero de ellos (pág. 168) informa que el vocablo *factoraje* no se ha recogido en la práctica chilena, al paso que el segundo informa que en 1981 se expidió una orden para regular las sociedades de *factoring* y se creó, en el Registro Especial de Entidades de Financiación, de la Dirección General de Política Financiera, un apartado especial para las entidades de *factoring*. En cuanto a la doctrina italiana, la ya citada **Vigone** (*op. cit.*, págs. 53 y sigs.) emplea la expresión inglesa e informa que la ley italiana 52/91, que regula las cesiones de créditos de empresa, incluye la actividad de las sociedades de *factoring*. En cambio, la doctrina y la legislación francesas han adoptado el vocablo *affacturage*.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

podían realizar operaciones habituales de factoraje financiero las sociedades que disfrutaran de autorización concedida al efecto por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público. Además, en el mismo cuerpo legal quedó regulado el contrato que nos ocupa.

Ahora bien, tal panorama ha variado profundamente, pues, a partir de una amplia serie de reformas introducidas a la legislación financiera, publicadas en el *DOF* 18 de julio de 2006, este factoraje financiero es objeto, a partir del 19 de julio de 2006, y hasta el 17 de julio de 2013, de una doble regulación:

a) Las empresas que, con autorización de la SHCP, hayan operado este contrato seguirán rigiéndose, en el indicado lapso, por las disposiciones de la *LGOAAC* (arts. 45-A a 45-T).
b) Cualquier persona física o moral, a partir del 19 de julio de 2006, puede operar libremente el contrato, sólo con apego a las ya mencionadas disposiciones de la *LGTOC* (arts. 419 a 431).
c) Por su parte, las uniones de crédito también están facultadas para celebrar este contrato, si bien exclusivamente con sus socios o con las empresas que los mismos controlen (art. 40-IX, *LUC*).

Consecuentemente, a partir del 17 de julio de 2013 dicho contrato se regirá, exclusivamente, por lo dispuesto en la *LGTOC*.

El factoraje operado por las entidades mencionadas en el inciso *a*) se examina en el libro de quien esto escribe, *Títulos y operaciones de crédito*, del mismo sello editorial. Dejó de estar regulado en la *LGOAAC* y con ello salió de la esfera de operación exclusiva de las organizaciones auxiliares del crédito, así como de las demás instituciones de crédito; se conserva, sin embargo, como actividad auxiliar del crédito, si bien ahora regulado en la *LGTOC*, y, por lo mismo, cualquier persona física o moral puede actuar como factorante, sin necesidad de recabar autorización de la SHCP.

Empero, es necesario dejar precisado que también las instituciones de crédito pueden seguir efectuando operaciones de factoraje financiero (art. 46-XXVI y último párrafo, *LIC*), si bien deben sujetarse a las disposiciones respectivas de la misma ley bancaria y, en lo que no se oponga a ella, por la *LGTOC*.

14.3 Función económica y concepto

La escasez de créditos bancarios; cuando existen, las dificultades para obtenerlos y su alto costo; la resistencia de los bancos a asumir los riesgos de recuperación de créditos descontados a sus clientes, han sido las causas del moderno resurgimiento del factoraje que, en su versión actual, si bien con algunas variantes, consiste en la adquisición que en firme hace el factorante del total o parte de los créditos (cartera acreedora) que un comerciante (factorado) tiene a su favor y a cargo de sus clientes con los que opera a plazo.

De ese modo, como es fácil apreciar, las empresas industriales, comerciales, agrícolas, ganaderas, pesqueras, etc., pueden disponer de un flujo de efectivo (*cash-flow*) como si operaran de contado, no obstante que hayan otorgado a su clientela plazos (generalmente no superiores a 180 días) para el pago. Este mecanismo, pues, les per-

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

mite autofinanciarse sin necesidad de acudir a préstamos o créditos bancarios, aumentos de capital social u otras formas de asumir pasivos o de gravar sus activos; les economiza, además, el costo que supone el manejo y la cobranza de la cartera factorada.

Claro es que, a cambio de eludir tales inconvenientes, el factorado habrá de sacrificar una parte del valor de la cartera cedida, pero se trata de una suma que simplemente dejará de percibir, como precio de las indudables ventajas antes mencionadas, incluso la de —en el factoraje sin recurso que más adelante se examinará— no asumir responsabilidad alguna para lo futuro respecto de la cartera cedida.

A guisa ilustrativa de lo anterior, resulta interesante dar cuenta aquí de que, según frecuentes noticias periodísticas, algunas de las cuales mencionan fuentes oficiales de información, el factoraje agrícola ha crecido más de diez veces desde 2003, para alcanzar una suma cercana a los doscientos diez millones de pesos. Las principales razones, según se informa, son tres: *a*) La negativa de los grandes centros comerciales, en su calidad de adquirentes de productos agrícolas, a pagar de contado; *b*) Frente a ello, la necesidad de los agricultores de disponer de dinero rápido para sufragar los costos de producción y de distribución de sus productos; *c*) Los incentivos fiscales otorgados por el Gobierno federal a esta forma de operar.

El indicado esquema, según se informa, abarca principalmente el comercio de frutas, legumbres, hortalizas y carnes.

Pero no con ello se agota el desempeño del papel de nuestro contrato. El cometido de las empresas factorantes en la práctica se extiende, con frecuencia, a la asesoría en la selección de clientela y en la gestión comercial de la misma, con lo que tales empresas protegen por anticipado sus futuros intereses, en razón de que se trata de carteras que pasarán a su poder.

En cuanto al concepto de *factoraje*, me parece innecesario reproducir aquí las definiciones propuestas por doctrinarios y legislaciones, en razón de que, además de farragosas, serían repetitivas, pues todas ellas coinciden en lo sustancial, ya que reproducen el papel de las partes en el contrato. Me limitaré, pues, a dejar anotada la que consigna el art. 419 de la citada *LGTOC*: "... el factorante conviene con el factorado, quien podrá ser persona física o moral, en adquirir derechos de crédito que este último tenga a su favor por un precio determinado o determinable, en moneda nacional o extranjera...".

14.4 Régimen legal. Elementos personales: derechos y obligaciones

Como ha quedado dicho, la fuente legal por excelencia de este contrato se encuentra en la *LGTOC*. Pero en ella, como a poco se verá, no se agotan varias de las consecuencias del principal vínculo jurídico, luego resulta necesario precisar las fuentes legales supletorias, a las que habrá de acudirse para colmar las lagunas de la misma.

Y la misma ley suministra la clave para ello, en su art. 2o:

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

... las demás leyes especiales relativas;... la legislación mercantil general; en su defecto... los usos bancarios y mercantiles y, en defecto de éstos,... el derecho común... (entendido como tal el C.Civ).

Así pues, en primer lugar debe acudirse a la legislación mercantil, y me parece que, habida cuenta del contenido juridicoeconómico de este contrato, las leyes mercantiles tienen que ser, por encima de las demás, el *Código de Comercio*, como ley mercantil por excelencia, pues en él se precisa el contenido de nuestro derecho mercantil —de filiación napoleónica y objetivista— y, además, se consignan algunas reglas generales (arts. 77-88) de la contratación mercantil; por último, porque en él se regula la cesión de créditos mercantiles no endosables (arts. 389-391), que justamente puede darse en el factoraje, al lado de la cesión de créditos endosables.

Finalmente, antes de invocar la aplicabilidad del derecho común —el *C.Civ.*, según se ha dicho con anterioridad varias veces—, habrá de acudirse a los usos puestos en práctica por las empresas de factoraje, de no siempre fácil demostración. Apenas si hace falta aclarar que tales usos, cuando sean contrarios a algún texto legal, no podrán invocarse (art. 10, *C.Civ.*). De dicho *C.Civ.* serán aplicables pues, como última instancia, las conducentes disposiciones en materia de cesión de derechos (arts. 2029-2050).

Ello por lo que hace a los factorajes domésticos, pues en cuanto a los internacionales, en vista de que nuestro país no ha ratificado la Convención de UNIDROIT a la que más adelante se hará referencia, y salvo aquellos que contengan la cláusula de competencia jurisdiccional, se enfrentan a una peligrosa laguna legal.

Aunque *stricto sensu* son dos las partes en este contrato, el factorante y el factorado, no puede soslayarse el decisivo papel que desempeñará el tercero deudor, pues de su conducta dependerá, si cumple con su obligación, el buen éxito del contrato, y su frustración en caso contrario. Es también usual que el factorante exija la intervención de un tercero como obligado solidario.

Ahora bien, según quedó expresado, el carácter de factorante puede asumirlo, en México, cualquier persona física o moral, y otro tanto puede predicarse del factorado, con cuyos personajes, en unión del tercero deudor, se forma el triángulo que configura el necesario sustento del factoraje.[4]

14.5 Formalidades. Contenido del contrato

Es cierto que no existe disposición alguna que exija, de modo expreso, el otorgamiento escrito de este contrato como requisito de validez, luego *stricto sensu* podría celebrarse verbalmente (frecuente referencia al contrato: 419, 420, 421, 422 y otros), pero tal posibilidad es una quimera, por razones de fácil entendimiento:

a) La práctica imposibilidad de demostrar, en ausencia de estipulación escrita, los criterios cuantitativos y cualitativos de la cartera que ha de cederse;

---

[4] **Modesto Bescós Torres**, *op. cit.*, págs. 20 y 21, afirma que en este mecanismo hay una relación protagónica tripartita; **Etcheverry**, *op. cit.*, pág. 182, llega a afirmar que también el deudor es parte en el contrato.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

b) La invariable práctica de la celebración escrita de este contrato, que, conforme a lo dispuesto por el ya citado art. 2o, se ha convertido en fuente supletoria de la misma, sin contar con que varios preceptos de la propia ley dan por sentada la existencia documental de esta convención;
c) La clara obligación que reportan los factorantes de incluir, en el contrato respectivo, la relación de los derechos de crédito que se transmiten al factorante, con mención de nombres, denominaciones, razones sociales y otros datos, prevista por el art. 430.

Lo cual es muestra, una más, del declinante consensualismo contractual.[5] El derecho —que en la práctica puede asumir también el carácter de obligación— de ceder la cartera suele estipularse en dos etapas, pero puede documentarse sólo en una. La primera está constituida por una *promesa de factoraje* (art. 420), que es cabalmente un contrato preliminar o maestro, en cuyos términos el factorante se obliga a tomar (a veces se emplean los verbos *adquirir* o *comprar*) los créditos —en ocasiones futuros, pero a veces en trámite de otorgamiento— que ahí se especifican en cuanto a montos globales e individuales, sujetos deudores, líneas de productos, plazos concedidos para el pago, documentos en los que se consignarán los créditos, el traspaso de cartera con recurso o sin él, el tipo de moneda, la comisión que percibirá el factorante, la forma en que pagará al factorado el precio de la cartera, la forma en la que se notificará a los deudores el traspaso, el plazo durante el cual surtirá efectos la promesa, el pacto de exclusividad en uno o en ambos sentidos, etcétera.

En la práctica mexicana suele operarse con arreglo al citado mecanismo doble: primeramente se suscribe un llamado *contrato normativo*, que cumple funciones de promesa *virtual* o *atemperada* de factoraje. La califico así porque en realidad no configura una promesa recíproca de ceder y tomar créditos, sino de *operar* los que *voluntariamente* sean cedidos[6] o tomados, con arreglo a las estipulaciones consignadas en tal contrato normativo.

En dicho documento se dejan, pues, sentadas las bases a las que se ajustarán las futuras transmisiones de los créditos; he aquí las principales de dichas bases:

- Personas físicas facultadas para suscribir las transmisiones.
- La identidad del obligado solidario. Es obvio que si este tercero es una sociedad, en sus estatutos deberá estar prevista la posibilidad de que actúe con tal calidad de obligada solidaria, pues de otro modo, al hacerlo estaría rebasando su objeto social y con ello se configuraría un acto *ultra vires*, con todas sus intrincadas consecuencias.
- Las definiciones, para efectos del contrato, de una amplia laya de vocablos en él empleados, entre ellos: *aforo* —cantidad o porcentaje que el factorante retendrá en garantía de que al concluir el plazo de los créditos adquiridos recuperará el total de su importe, obtenido el cual dicho *aforo* se entregará al factorado—; *descuento* —suma que corresponde al factorante como precio de la operación y que,

[5] **Ghersi**, *op. cit*., pág. 158, afirma que este contrato es consensual.
[6] **Etcheverry**, *op. cit.,* pág. 186, informa que en Argentina puede pactarse la obligatoria cesión de los créditos.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

como es fácil suponer, se determinará con arreglo al valor nominal y al plazo de los créditos transmitidos, así como a la circunstancia de que se opere con o sin recurso, modalidad esta última muy escasamente practicada—; *cargas financieras* —conjunto de conceptos dinerarios a cargo del factorado y a favor del factorante, en los que se incluyen, además del descuento, los honorarios, los intereses, los impuestos y las comisiones que cause la operación— y algunos otros.

- La estipulación sobre que cada operación concreta se documentará en un *contrato de factoraje financiero*.
- La información previa sobre el importe, la naturaleza, los deudores, la documentación y demás pormenores de los créditos que el factorado se propone transmitir al factorante, así como el derecho de éste de aceptar o rechazar parcial o totalmente la propuesta.
- La posibilidad —por lo demás generalizada— de que el factorante exija la suscripción, por parte del factorado, de uno o más pagarés avalados por el obligado solidario. La función y el verdadero carácter jurídico de estos pagarés *causales* se comentarán más adelante.
- Una serie de obligaciones —algunas de ellas cargas *stricto sensu*— a cargo del factorado y de derechos del factorante: suministro de información financiera, así como sobre la existencia y legitimidad de los créditos propuestos o cedidos; texto de las cesiones o endosos; tasa de los intereses moratorios en su caso o procedimiento para determinarla; derecho del factorante de examinar los libros, papeles y documentos del factorado; obligación de este último de mantener una sana situación financiera, de no fusionarse o escindirse sin el previo consentimiento del factorante, de suprimir de sus activos el importe de los créditos cedidos, etcétera.

En el mismo supuesto, los periódicos traspasos de documentos se limitan a hacer referencia, en cada caso, al contrato de promesa y a especificar, nominativa y monetariamente, los créditos cedidos, con lo cual queda actualizada y cumplida la promesa.

14.6 Derechos y obligaciones de las partes

En el numeral que antecede se han mencionado sólo algunas de las cláusulas de estilo, pero en la práctica suele operarse con otras más, o con variantes de algunas de las expuestas. Así, por ejemplo, el factorante puede reservarse el derecho de analizar y seleccionar en cada caso la cartera que adquirirá, el de tratar en forma privilegiada los casos en que los deudores hayan otorgado específicas garantías de pago y algunos otros.[7] Estipulada o no, es lógica la obligación del factorado de satisfacer las formalidades que requiera la debida transmisión de los créditos: firmas, endosos, anotaciones, comparecencias ante fedatario, suministro de elementos de información sobre domicilios y solvencia, etc. En cuanto al precio de los créditos cedidos, puede quedar precisado o sujeta su determinación a futuros acontecimientos, como condiciones del merca-

[7] **Luisa Vigone**, *op. cit.*, pág. 58.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

do financiero, fluctuaciones monetarias, disponibilidad y costo de créditos bancarios y algunas otras eventualidades.

En cuanto a la responsabilidad del factorado por la cartera cedida, especial importancia cobra la cláusula que se la imponga o que lo libere de ella, por las consecuencias jurídicas, y de modo especial pecuniarias, que acarrea. Me refiero a las dos formas en las que sobre este punto puede operarse el factoraje, *con recurso* o *sin recurso*, que determinan, en el primer caso, la responsabilidad solidaria del cedente, y su liberación en el segundo, luego las cesiones son *pro solvendo* o *pro soluto*, respectivamente (art. 419-I y II).[8]

Las consecuencias de que se opere con recurso son fáciles de imaginar: patrimonialmente, el factorado queda "... obligado solidariamente con el deudor, a responder del pago puntual y oportuno de los derechos de crédito transmitidos... art. 419-II"; además, si el factorante se lo solicita, deberá suscribir pagarés a favor de este último por el importe de los créditos cedidos, en la inteligencia de que tales títulos de crédito no serán negociables pero sí causales, pues en ellos deberá mencionarse su procedencia, y no se considerarán recibidos en pago de los créditos cedidos (art. 424).

Semejante mecanismo, como fácilmente se colige, desnaturaliza la esencia cambiaria del pagaré, que de promesa de pago queda convertido en una garantía de que los deudores honrarán sus compromisos, sin contar con que, además, se le priva de otros de sus seculares atributos, como lo son el de la circulabilidad y el de la abstracción.

14.7 Factoraje indirecto u oblicuo

Llámase *factoraje indirecto* u *oblicuo* al contrato por virtud del cual un factorante se compromete, frente a un actual o futuro deudor de un factorado, a adquirir el crédito constituido o que se constituya a cargo de dicho deudor, para el caso de que el acreedor esté de acuerdo en ceder el crédito. Esta operación, permitida por la ley (art. 420), puede reportar al deudor un indudable beneficio, pues ante el compromiso del futuro factorante, sin duda se le facilitará la obtención del crédito por parte del proveedor.

Y aunque la citada ley no lo prevea, me parece irreprochable un contrato de promesa verdaderamente tripartita, celebrado entre los futuros factorante, factorado y deudor. También me parece dable que un factoraje se opere en parte con recurso y en parte sin él.

Y no juzgo fuera de lugar el mencionar aquí que las empresas factorantes pueden prestar ciertos servicios íntimamente conectados con su experiencia, pero que no constituyen factorajes, como el de administración de carteras crediticias y el de cobranza de las mismas.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

[8] **Carlos Alberto Ghersi**, *op. cit.*, pág. 161.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

14.8 Créditos factorables

Mas como ha quedado dicho, este contrato surgió y se conserva directamente relacionado con el aprovisionamiento de bienes, sin que tal concepción sufra menoscabo alguno por el hecho de que en el curso de los siglos se le haya adicionado la prestación de servicios. Ello explica, a lo menos en gran parte, el por qué la ley exige que, para ser factorables, los créditos deben satisfacer los siguientes requisitos:

a) Tener un vencimiento futuro.
b) Estar, "… cualquier derecho de crédito denominado en moneda nacional o extranjera que se encuentren documentados en facturas, contrarrecibos, títulos de crédito mensajes de datos, en los términos del Título Segundo del Libro Segundo del *Código de Comercio*, o cualesquier otros documentos, que acrediten la existencia de dichos derechos de crédito" (art. 421).

En forma unilateral, y por supuesto con arreglo a variables políticas financieras, los factorantes suelen adoptar criterios más o menos rigurosos en cuanto a plazos de vencimiento de los créditos adquiribles, que suelen ser cortos —normalmente a un máximo de 180 días—, lo que se explica si no se pierde de vista que esta operación se mantiene diseñada para financiar sólo capitales de operación, no así inversiones en activos fijos, para las cuales son más apropiadas otras formas crediticias de mediano o largo plazo, como los créditos refaccionarios, los de habilitación o avío, los hipotecarios, los arrendamientos financieros y otras.

14.9 Responsabilidades del factorado

Sobre el factorado recae la responsabilidad de que los créditos cedidos se conserven con el valor por el cual fueron cedidos conforme a los contratos que los hayan originado, salvo que se hayan consignado en títulos de crédito, pues en estos casos, como es sabido, su valor facial es autosuficiente en razón de los principios de la literalidad, de la incorporación y de la autonomía.

Por el contrario, si, conforme al contrato del que derivan los créditos cedidos, un adquirente tiene derecho a cancelaciones o devoluciones, las mismas sólo serán en perjuicio del factorado, ya que el factorante no podría hacer valer, en juicio, derechos que por razones legítimas o contractuales se han menoscabado; además, la cesión no puede acarrear la pérdida, por parte del deudor, de los derechos que le asisten conforme a *su* contrato, que puede hacer valer, como acción o como excepción, ahora en contra del factorante cesionario, salvo, una vez más, que se trate de títulos de crédito.

En otras palabras: de todos estos menoscabos en los créditos cedidos es responsable el cedente-factorado, a quien, además, corresponderán todos los bienes devueltos por su cliente (art. 423).

Finalmente, la transmisión de estos créditos se entiende *in toto*, es decir, comprensiva de los derechos accesorios (garantías personales o reales, preferencias o privilegios), salvo que se pacte lo contrario (art. 425).

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

14.10 Situación de los terceros deudores

Como ocurre en cualquier cesión de derechos, para que la misma surta efectos frente al deudor es preciso hacérselo saber. En este caso la notificación debe efectuarla el factorante en su calidad de nuevo acreedor, pues mientras no lo haga, el deudor podrá efectuar pagos válidos al factorado. Ahora bien, la notificación habrá de ajustarse al siguiente mecanismo:

a) Debe efectuarse precisamente en el domicilio del deudor indicado en los documentos en los que conste la operación respectiva.
b) Podrá entregarse, a falta del deudor mismo, a su apoderado —me parece que así debe entenderse la expresión que emplea la ley: "representante legal"— o a cualquiera de sus dependientes o empleados. Creo que a pesar de que el texto legal sólo expresa tales posibilidades, será válida la notificación entregada a cualquier persona que se encuentre en el domicilio correspondiente, por cuanto es posible que el deudor no tenga dependientes o empleados.
c) Se hará con entrega de los documentos comprobatorios de la existencia del derecho, en los que deberá aparecer "el sello o leyenda" alusivo a la transmisión, para que el deudor exprese por escrito que ha quedado impuesto de la transmisión, o bien mediante comunicación por correo certificado —*rectius*: registrado— con acuse de recibo, télex o telecopia, en tales casos con empleo de las claves o contraseñas que permitan comprobar que la recibió el deudor; por último, mediante notificación hecha por fedatario público (arts. 426, 427 y 428).

Por su analogía con algunos de tales mecanismos, me parece que, siempre con empleo de los procedimientos y operativos previstos por el *C.Com.*, sería válida la notificación por correo electrónico.

Cabe preguntarse por las consecuencias de que no se haga tal notificación, o de que, a pesar de haberse efectuado, el deudor haga pago al acreedor primigenio. En cuanto a lo primero, la conclusión me parece sencilla: el deudor hará un pago liberatorio a su acreedor original y podrá exigir de él, incluso judicialmente, la entrega de los documentos a los que tenga derecho, como facturas, recibos, comprobantes, documentos firmados, etcétera.

En cambio, si no obstante la notificación antes mencionada, el deudor pretendiera hacer pago al factorado, éste debería negarse a recibirlo, pues, por una parte, ya no tiene en su poder los documentos comprobatorios del crédito, pero además, "La administración y cobranza de los derechos de crédito, objeto de los contratos de factoraje, *deberá* ser realizada por el factorante o por un tercero a quien éste le haya delegado la misma, en los términos del artículo 430" (art. 419), lo que a mi juicio veda al factorado cualquier intervención en la cartera cedida. En último extremo, cualquier pago hecho al factorado podría ser desconocido por el factorante.

14.11 Semejanzas y naturaleza jurídica

Como tantas veces se ha dicho, este contrato ofrece ciertas similitudes con el anticipo, con el descuento de títulos de crédito y con el hoy desusado descuento de créditos

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

en libros. El tratadista argentino **Ghersi**[9] lo parangona, además, con la cesión de créditos, pero apunta las diferencias:

Factoraje	*Cesión de créditos*
1. Es siempre oneroso	Puede ser onerosa o gratuita
2. Es de tracto sucesivo	Es de ejecución instantánea
3. No es formal	Es formal
4. Cumple una función de aportación de recursos a las empresas	Sirve para cubrir la necesidad de recursos del cedente
5. Cuando se opera con recurso, el factorado responde del crédito cedido	El cedente de buena fe no responde de la solvencia del deudor
6. El factorante se obliga a prestar adicionales servicios de asistencia técnica y administrativa	No es propia de la cesión la prestación de adicionales servicios por el cesionario

Conviene hacer notar que no todas estas diferencias son aplicables al derecho mexicano. Así, la segunda podría no operar en caso de un factoraje ocasional sin recurso, pues en tal supuesto el contrato sería de ejecución instantánea; por último, yo añadiría que, conforme a la cesión tradicional, puede transmitirse toda clase de créditos y derechos, salvo los personalísimos, mientras que el factoraje sólo abarca los créditos derivados de operaciones comerciales concertadas a plazo por proveedores habituales de bienes o servicios.

Del anticipo difiere en que la suma *anticipada* por el banco —pues que sólo bancos lo operan en nuestro medio— se entrega al *anticipado* o acreditado en préstamo sobre mercaderías, títulos o valores —bienes muebles—, esto es, con garantía prendaria constituida sobre los mismos. El factoraje, en cambio, no constituye un préstamo y mucho menos prendario, ya que el factorado recibe una suma que nunca estará obligado a devolver, pues, en el peor de los casos, actuará como garante de los verdaderos deudores.

Mayor es la semejanza con el descuento de títulos de crédito, con motivo del cual el descontador, mediante el pago al descontatario de una suma inferior al valor nominal del respectivo título de crédito, adquiere la propiedad del mismo, tal como ocurre en el factoraje. He aquí las diferencias:

Factoraje	*Descuento de títulos de crédito*
1. Puede operarse con todo tipo de documentos mercantiles (facturas, notas de remisión, contrarrecibos, títulos de crédito, etcétera)	Sólo recae en títulos de crédito y particularmente en letras de cambio y pagarés
2. Sólo se practica con carteras activas de comerciantes	Puede operarse aisladamente, incluso con descontatarios no comerciantes
3. En caso de cesión *pro soluto* (sin recurso), el factoreado se libera de responsabilidad	La transmisión de los títulos opera *pro solvendo*, pues el descontatario conserva la responsabilidad del pago del documento

[9] *Ídem.*

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

Por último, frente al descuento de créditos en libros, operación exclusivamente bancaria hoy arrojada al olvido, ha de tenerse presente que el descontatario está obligado a girar, a favor del descontador y a cargo de sus clientes deudores, sendas letras de cambio, que el descontador no puede presentar para su aceptación o pago, a menos que el descontatario lo autorice expresamente para ello o no le cubra en su oportunidad el importe de la suma *prestada*. Como nada de ello ocurre en el factoraje, las diferencias son aquí también claras.

Es necesario, pues, como corolario de todo lo anterior, dejar precisada la naturaleza jurídica de nuestro contrato.

Y sobre ello la doctrina se muestra unánime en considerar que sus atributos son de tal manera característicos, que bastan para atribuirle naturaleza propia. Así, **Bauche Garciadiego**:[10] "Se trata, pues, de una operación de crédito compleja"; **Ghersi**:[11] "El contrato de *factoring* es, entonces, en nuestro derecho, una operación innominada y atípica... "; **Bescós**:[12] "Por tanto, se trata de un contrato mercantil, con acuerdos complejos desde luego, pero, como ya vimos, con varias alternativas..."; **Vigone**:[13] "Jurídicamente, el *factoring* no puede sino encuadrarse entre los contratos atípicos, por no estar previsto en el *Código Civil*".

Especial mención merecen las opiniones del ya citado **Ghersi** y de **Marré Velasco**,[14] quienes expresan que se trata de un contrato más de los llamados *de colaboración empresaria*, pues el factorante contribuye, con sus recursos, al fomento de la actividad empresarial del factorado.

14.12 El factoraje internacional

Necesario es hacer referencia, una vez más, a la prodigiosa labor legislativa del UNIDROIT, merced a cuyos trabajos de varios años se llegó, en 1988, a la adopción, en Ottawa, de la Convención sobre el Factoraje Internacional, en los términos de cuyo art. 2o se aplica "cuando los créditos cedidos en virtud de un contrato de factoraje surgen de un contrato de compraventa de mercancías entre un proveedor y un deudor que tienen sus establecimientos en diferentes Estados y: *a)* dichos Estados, así como el Estado en el cual el cesionario tiene su establecimiento, son Estados contratantes; o *b)* el contrato de compraventa de mercancías y el contrato de factoraje se rigen por la ley de un Estado contratante". Actualmente rige en los países que la han ratificado: Alemania, Francia, Hungría, Italia, Latvia y Nigeria.

La Cuarta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP-Montevideo, julio de 1989) acordó recomendar a los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos (OEA) la ratificación de dicha Convención. Como razones para ello, previamente, en 1987, **Frédérique Mestre**[15] apun-

[10] *Op. cit.*, pág. 325.
[11] *Op. cit.*, pág. 153.
[12] *Op. cit.*, pág. 73.
[13] *Op. cit.*, pág. 57.
[14] **Agustín Marré Velasco**, *op. cit.*, pág. 65.
[15] "Rapport explicatif sur le project de Convention sur l'Affacturage International", en *Revue de Droit Uniforme*, 1987-I, UNIDROIT, Roma, pág. 92.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

taba las siguientes: "... Cuando el proveedor está en relación comercial con compradores en el extranjero, la lejanía, la dificultad para el primero de informarse sobre las capacidades financieras de los segundos, los obstáculos lingüísticos, el frecuente desconocimiento del derecho extranjero aplicable, tornan todavía más apreciables los servicios del factoraje".

Pero además, dentro del propio UNIDROIT se elaboró, durante 2006, un proyecto de ley modelo sobre este contrato, que se sometió a los gobiernos de los países afiliados a dicho organismo, algunos de los cuales formularon propuestas que, según se sabe, fueron examinadas por el Consejo de Dirección, todo lo cual hace suponer que próximamente se dará a conocer el texto de la referida ley modelo.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

TÍTULO 3

Contratos aleatorios

Capítulo 15
El seguro

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

CAPÍTULO 15

El seguro

15.1 Generalidades y antecedentes

La industria y el comercio modernos están cimentados en dos pilotes, uno de los cuales es el crédito; el otro, el seguro. Por lo demás, con frecuencia este último se presenta como condición del primero: requisito, en verdad, de la mayor parte de los créditos bancarios es la cobertura asegurativa de los bienes y, frecuentemente, de la vida de las personas físicas involucradas en tales créditos.

Un revelador indicio de la importancia económica del seguro, para los no iniciados, lo configura el hecho de que ningún otro contrato —a lo menos en México— reclama para sí una reglamentación tan amplia y detallada: desprendidos del *C.Com*. existen una ley exclusiva que lo regula y un capítulo de la *LNCM* dedicado, obviamente, al seguro marítimo; no falta un reglamento a propósito del seguro agrícola; otra ley más, igualmente exclusiva, consigna el régimen de constitución, control y vigilancia de las empresas aseguradoras; una tercera, y varios reglamentos, son ordenadores de algunas manifestaciones específicas de nuestro contrato, como el seguro agrícola, el seguro de grupo, el seguro del viajero y el seguro de salud.

A ello hay que agregar una consideración más, ésta ya no de orden legal sino administrativo, cual es la existencia de dos órganos de vigilancia, uno de ellos exclusivo para las empresas aseguradoras y las afianzadoras, la *Comisión Nacional de Seguros y Fianzas* —en lo sucesivo CNSF—, y otro cuya competencia se extiende a las demás

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

entidades del mundo financiero, la *Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros* —en lo sucesivo CONDUSEF.

Como el panorama que ofrece el derecho comparado muestra perfiles similares, cabe inquirir por la razón de tan amplio aparato legislativo, y presta surge la respuesta: por la importancia económica y social del seguro.

Por demás amplia e interesante es la evolución histórica de este contrato, surgido, como tantos otros, de mecanismos un tanto alejados del actual, pero ante la necesidad de satisfacer intereses económicos de los comerciantes.

Actualmente no ofrece dudas la afirmación en el sentido de que tuvo su remoto antecedente en el contrato de préstamo a la gruesa o a riesgo marítimo que, operado ya desde la antigüedad en diversos puertos del mediterráneo, se desarrolló en la Edad Media, como forma de garantizar cargamentos contra los riesgos marítimos propios del transporte (*C.Com.* esp., arts. 719 y 724). Empero, en cierta forma operaba en sentido contrario del que posteriormente constituyó el seguro, pues un prestamista, usualmente banquero, anticipaba el valor del cargamento al armador o al comerciante propietario de la mercancía procedente de otros lugares.

Por su parte, el armador o comerciante se obligaba a rembolsar al prestamista el importe del anticipo, en unión de un crecido interés, en caso de feliz conclusión de la aventura marítima. Pero tal crecido interés fue objeto de anatema en una bula papal expedida por **Gregorio IX**, en 1234, por virtud de la cual se prohibió la estipulación de intereses en varios contratos, entre ellos el de préstamo a la gruesa.

Ante tal estado de cosas, armadores y comerciantes, primeramente de Florencia y de Génova, se dieron a la tarea de redactar un nuevo mecanismo, conforme al cual serían ellos los que primeramente efectuaran un depósito (*premium*) en poder del banquero, el cual se comprometía a cubrir el importe convenido en caso de que fracasara la aventura marítima. El banquero o prestamista aseguraba, pues, que cubriría el importe convenido en caso de que se produjera el siniestro. El primer contrato de esta naturaleza, conocido hasta ahora, es del año 1347, si bien un decreto genovés, fechado ya en 1386, disponía que estos novedosos contratos se consignaran en acta notarial.

Semejante mecanismo fue prontamente difundido y extendido a otro tipo de intereses económicos: avería o pérdida de mercancías en el transporte terrestre, edificaciones, bienes muebles de todo tipo, etc. Los riesgos que gravitan sobre las personas físicas también pasaron a formar parte del nuevo contrato, en unión de la responsabilidad civil por conductas de la más diversa índole.[1]

Aquí es obligada la referencia al antecedente directo de este contrato, unánimemente admitido en la siguiente forma. El surgimiento, a fines del siglo XVII, de Londres como importante centro de comercio, trajo consigo la creciente demanda de seguros marítimos, que en gran número se concertaban, ya en el decenio de 1680, en la cafetería de **Edward Lloyd**, en la que se reunían los armadores, banqueros, mercaderes y capitanes de barcos.

Al tornarse insuficiente el cupo de la cafetería, y de modo especial ante su desaparición al fallecer **Edward Lloyd**, los personajes interesados decidieron abrir una oficina exclusivamente destinada a celebrar las diversas operaciones involucradas en el

[1] **Mikaël Hagopian** y **Michael Laparra**, *Aspectos teóricos y prácticos del reaseguro*, Editorial Mapfre, Madrid, 1996, págs. 186 y 187.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

comercio marítimo, pero especialmente en el seguro; como era lógico y casi obligado, al nuevo establecimiento se adjudicó el vocablo *Lloyd's*.

Pero el seguro, tal como se le conoce hoy día, surgió a raíz del gran incendio de Londres en 1666, que destruyó 13,200 casas; un tal **Nicholas Bourbon** abrió, al efecto, una oficina en la que se aseguraban los edificios contra incendio, y de ahí surgió la primera entidad aseguradora, conocida como *The fire office*.

Con posterioridad fueron haciendo su aparición otros tipos de seguro, como el de responsabilidad civil, accidentes y enfermedades, robo, etcétera.

Por lo que se refiere a nuestro país, cabe hacer una breve referencia histórica a la actuación de las cofradías, primeramente en la España anterior a la Conquista, formadas, como es sabido, por artesanos y operarios reunidos en torno de los gremios.

Las cofradías, con indudable influencia y ascendiente religioso, actuaban, en el aspecto que aquí se examina, en calidad de mutualidades prestadoras de ciertos servicios e incluso de auxilios pecuniarios.

Pues bien, constituida políticamente la Nueva España, no tardaron en constituirse las cofradías, a imagen y semejanza de las españolas, todas ellas antecesoras de las modernas mutualistas, pero también, de modo importante, de las entidades aseguradoras.[2]

15.2 Importancia económica del seguro

Aunque pareciera rebasar el cauce propio de este libro, vale la pena ensayar un intento de justificación del legislador, cuya preocupación por este contrato podría juzgarse de exagerada, a primera vista.

Considérense, para ello, las grandes sumas de dinero que recaudan las instituciones aseguradoras por concepto de primas, así como las que pagan por los siniestros asegurados.

Pero no con expresiones tales, puramente domésticas, se agota la importancia del seguro. Su otra faceta es de mayor trascendencia para la política económica de los países; me refiero al reaseguro extranjero y a su inmediata secuela: el intercambio de divisas.

Como por precaución en algunos casos, y por necesidad en otros, las empresas de seguros se ven obligadas a ceder a otras, en reaseguro, una parte de sus riesgos, un mínimo de prudencia aconseja no mantener todas las cesiones dentro del mercado doméstico, pues un siniestro catastrófico (terremoto de alto grado, huracán, epidemia, etc.) colocaría a dichas aseguradoras en peligro de no recuperar de sus reaseguradores nacionales, cuyos recursos serían insuficientes para ello, las crecidas sumas que requeriría el cumplimiento de sus obligaciones asegurativas. Y de ese modo surge la necesidad de acudir a reaseguradores extranjeros.

Mas las coberturas extendidas por estos últimos ocasionan el pago de fuertes cantidades en concepto de primas de reaseguro: ¿justificase tal sangría económica? —pregunta que las autoridades financieras de los países se vienen formulando desde hace

[2] **Aurea Zafra Oropeza**, *Las cofradías de Cocula*, Editorial Ágata, Guadalajara, 1996, págs. 97-103.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

muchos años—. La respuesta, sostienen los aseguradores, es afirmativa, según lo demuestran las estadísticas.

15.3 Régimen legal

El contrato de seguro está regulado, de modo principal, en la *Ley sobre el Contrato de Seguro* (1935), cuyas fuentes de inspiración fueron: la *Ley Federal sobre el Contrato de Seguro*, de Suiza, del 2 abril de 1908, su similar francesa del 13 julio de 1930 y el proyecto de **Lorenzo Mossa**,[3] mas también localízanse importantes disposiciones sobre el tema en la *Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros* (igualmente expedida en 1935, si bien muy poco se conserva de su texto original).

Disposiciones específicas para las manifestaciones del seguro se encuentran en la *LNCM* (arts. 186 a 239); en el Reglamento del Seguro de Grupo (1962); en el Reglamento del art. 127 de la *Ley de Vías Generales de Comunicación* (1988); en las Reglas de operación para los seguros de pensiones, derivados de las leyes de seguridad social (1997); en las Reglas generales para la constitución, operación y funcionamiento de los fondos de aseguramiento agropecuario, de vida campesino y conexos a la actividad agropecuaria (1992); en las Reglas para la operación del ramo de salud (2000); en la *Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros*; por último, en diversas circulares y disposiciones, a algunas de las cuales se hará referencia más adelante, de la SHCP, de la CNSF y de la CONDUSEF.

Por su importancia y trascendencia, cabe hacer mención del proyecto europeo sobre el contrato de seguro, ya favorablemente dictaminado por el Comité Económico y Social Europeo a mediados de diciembre de 2004, y que, por lo mismo, algún día será el texto regulador de este contrato en todos los países de la Unión Europea.

Ahora bien, más allá de todo lo anterior, se impone dar cuenta aquí de opiniones vertidas en diversos sectores de numerosos países, en el sentido de que la sobrerregulación del seguro puede ser perjudicial,[4] entre otras razones por las de que, como ha ocurrido en otros aspectos de la actividad comercial, seguramente habrá de acarrear confusión, desacato y hasta corrupción.

Tal vez un ejemplo mexicano de sobrerregulación en materia de seguro está configurado por la llamada Circular Única de Seguros, publicada en el *DOF* el 13 de diciembre de 2010, que supone la frecuente expedición de disposiciones emitidas por la SHCP respecto de las más diversas actividades de las instituciones aseguradoras.

Por motivo de espacio, no se tratará aquí la kilométrica información contenida en dicha Circular, en la inteligencia de que la Segunda de las disposiciones Transitorias dejó perfectamente aclarado que la propia Circular, misma que entró en vigor el 1 de enero de 2011, sustituyó y dejó sin efectos la totalidad de las circulares y oficios-circulares emitidos con anterioridad por la propia CNSF.

---

[3] *Saggio legislativo sul contratto di assicurazione*, Industrie Grafiche, V. Lischi & Figli, Pisa, 1931, págs. 51-73.

[4] Sobre el particular, con provecho se examinarán las reflexiones de **Alastair Evans**, "The risk of over-regulation of the insurance industry: 'the child of crisis'", en *Bulletin of The Geneva Association*, núm. 45, junio de 2007, págs. 14-16.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

Sin embargo, también dejó precisado, en la disposición Tercera Transitoria, que las autorizaciones, registros y demás medidas y actos administrativos dictados con fundamento en las circulares y oficios-circulares que se dejaron sin efecto y que se regulen en la propia Circular Única, continuarán en vigor hasta que no sean revocadas o modificadas por la autoridad competente.

15.4 Concepto

La noción que suministra la *LSCS* coincide, en términos generales, con la de otras legislaciones: "Por el contrato de seguro, la empresa aseguradora se obliga, mediante una prima, a resarcir un daño o a pagar una suma de dinero al verificarse la eventualidad prevista en el contrato" (art. 1o.).

Y sin embargo, noción tal no está exenta de reproche. El empleo de la preposición *mediante*, que equivale a la expresión *por medio de*, parece indicar que la obligación de la empresa aseguradora sólo surge una vez que se le ha pagado la prima, lo que es inexacto, pues, como se verá posteriormente, tal obligación se perfecciona, conforme a la ley mexicana, por el mero consentimiento verbal.

Tampoco es plausible que se pretenda imputar una obligación a una empresa, que no es persona sino, como tantas veces se ha dicho, actividad armónica de los elementos de una negociación; obviamente, el legislador mexicano *quiso* referirse *al empresario asegurador*.

Por último, como atinadamente observa **Ruiz Rueda**,[5] no se trata de una verdadera definición, ya que, aunque refiere el género próximo, le falta la diferencia específica, por cuanto consigna una dicotomía asegurativa: resarcimiento de daño o pago de una suma de dinero.

A despecho de una autorizada corriente doctrinaria[6] que muestra sus muy escasas simpatías por la inclusión, en textos legales, de definiciones como la de que se trata, por estimar que ello debe dejarse a la práctica, la doctrina y la jurisprudencia, no faltan leyes que incorporan definiciones de nuestro contrato; no me parece ocioso transcribir algunas de ellas:

a) *C.Civ.* italiano (art. 1882): "El seguro es un contrato por el cual el asegurador, contra el pago de una prima, se obliga a resarcir al asegurado, dentro de los límites convenidos, del daño a él causado por un siniestro, o bien a pagar un capital o una renta al verificarse una eventualidad que afecte a la vida humana."
b) *Ley de Contrato de Seguro* española (art. 1o.): "El contrato de seguro es aquel por el que el asegurador se obliga, mediante el cobro de una prima y para el caso de que

---

[5] *El contrato de fianza de empresa en el proyecto del Código de Comercio. Crítica y contraproyecto*, s/e, México, 1960, pág. 48.

[6] **Fernando Sánchez Calero** y **Francisco Javier Tirado Suárez**, "Comentarios al Código de Comercio y legislación mercantil especial", en *Ley de Contrato de Seguro*, t. XXIV, vol. 1, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1984, pág. 7; **J. Efrén Ossa G.**, *Teoría general del seguro. El Contrato*, 2a. ed., Editorial Temis, Santa Fe de Bogotá, 1991, pág. 2; **Fernando Sánchez Calero** y otros, *Ley de contrato de seguro. Comentarios a la ley 50/1980, de 8 de octubre y a sus modificaciones*, Aranzadi, Pamplona, 1999, págs. 25, 26 y 27.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

se produzca el evento cuyo riesgo es objeto de cobertura a indemnizar, dentro de los límites pactados, el daño producido al asegurado o a satisfacer un capital, una renta u otras prestaciones convenidas."

c) La *Ley* argentina 17418, reguladora del contrato de seguro, lo define así: "Hay contrato de seguro cuando el asegurador se obliga mediante una prima o cotización, a resarcir un daño o a cumplir la prestación convenida si ocurre el evento previsto."

d) Art. 1o. del Proyecto Morandi: "Hay contrato de seguro, cuando el asegurador se obliga, mediante una prima o cotización, a resarcir dentro de los límites convenidos, el daño sufrido por un siniestro o a pagar la presentación convenida, al verificarse el evento previsto, si se trata de un seguro de personas."

En cambio, las leyes suiza, francesa y colombiana carecen de concepto alguno.

15.5 Análisis del concepto

15.5.1 Elementos

Del concepto transcrito resulta la existencia de dos elementos personales y dos objetivos; son los primeros:

1. Una empresa aseguradora.
2. Un tomador o contratante del seguro, que, si bien no se menciona de modo expreso, su necesaria presencia resulta, implícita pero claramente, de la indicación relativa al pago de la prima, que no puede sino correr a cargo de quien celebra el contrato con la empresa aseguradora.

Los elementos objetivos son:

3. La obligación de resarcir el daño, o de pagar una suma en efectivo al ocurrir el acontecimiento previsto en el contrato, a cargo del asegurador.
4. La obligación que asume el tomador de pagar la prima.

Tales elementos, por supuesto, son solamente los propios de la definición; otros hay que, en unión de ellos, configuran los *de existencia* del contrato de seguro, a saber: el asegurado, el riesgo, el interés asegurable —en el llamado *seguro de daños*— y, en otras legislaciones, la póliza.

A pesar de su importante papel en el seguro de vida, no atribuyo al beneficiario el carácter de elemento de existencia, por cuanto su designación configura un derecho del tomador y, por ende, la *cláusula beneficiaria* no es indispensable en el contrato.

La designación del asegurado tampoco es indispensable en el seguro de daños, pues puede contratarse "con o sin la designación de la persona del tercero asegurado" (art. 11, *LSCS*).

La *buena fe —uberrima fides—*, que con frecuencia se invoca como uno de los elementos de existencia de nuestro contrato, es, a lo menos en derecho mexicano, nota esencial *de todo contrato*; así resulta de lo ordenado por los arts. 1796 y 1813 del *C.Civ.*,

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

el primero de los cuales proclama que los contratos "obligan a los contratantes no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias que, según su naturaleza, son conformes *a la buena fe...*", al paso que el segundo deja claramente establecido que "El error de derecho o de hecho invalida el contrato cuando recae sobre el motivo determinante de la voluntad de cualquiera de los que contratan, si en el acto de la celebración se declara ese motivo o si se prueba por las circunstancias del mismo contrato que se celebró éste en el falso supuesto que le motivó y no por otra causa".

Aunque es enigmático el sentido del verbo *invalida*, lo cierto es que en la *LSCS* queda consagrado el mismo principio; más adelante se examinarán sus alcances en el contrato de seguro.

De la misma opinión es **Halperín**:[7]

> ... es menester aclarar la posición de autores y jurisprudencia, que afirman enfáticamente que se trata de un contrato de buena fe. Todos los contratos son de buena fe, y deben interpretarse conforme a los principios de ésta (art. 1198, *C.Civ.*, reformado por la ley 17711). La peculiaridad está dada por la naturaleza aleatoria del contrato en el cual el asegurador queda librado, en lo que respecta al estado del riesgo, a los informes del tomador, por lo que se le impone a éste una veracidad y diligencia mayores que en los contratos conmutativos, en los cuales, en principio, se acepta el *dolus bonus*.

Apostilla, esta última, con la que estoy de acuerdo por completo, y que justifica ampliamente el rigor con el que las leyes en materia de seguros castigan la previa, contractual y ulterior mala fe del tomador.

En cuanto a la literatura jurídica en torno de la buena fe en el contrato de seguro, es verdaderamente copiosa y ello encuentra plena justificación, visto el decisivo papel que la buena fe de ambas partes desempeña, tanto en la etapa precontractual como durante la vigencia del contrato, al ocurrir el siniestro y con posterioridad.[8]

Sobre la función de la buena fe en el contrato de seguro, resulta ilustrativo el mencionar lo resuelto por el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, el 18 de marzo de 2004, en el amparo directo 95/2004, por unanimidad de votos:

Contrato de seguro. El error como vicio del consentimiento da lugar a la nulidad relativa, no a la nulidad absoluta, y es motivo de la rescisión. Los artículos 7o., 8o. y 47 de la *Ley sobre el Contrato de Seguro* otorgan un valor destacado y preponderante a las declaraciones del asegurado, a tal grado que autoriza tácitamente a la aseguradora para apoyarse en esa información para celebrar el contrato. Los vicios del consentimiento que afectan a la aseguradora derivan precisamente de que el proponente del seguro la induzca a error para impedir que pueda apreciar la magnitud del riesgo y que pueda influir en las condi-

continúa

[7] **Issac Halperín**, *Seguros*, t. I, 2a. ed., Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1986, págs. 350 y 351.

[8] De entre la producción más reciente sobre el tema destaca, por su extensión y profundidad, el trabajo de **Peter MacDonald Eggers** y **Patrick Foss**, *Good faith and insurance contracts*, LLP, London, 1998. Más cercanas a los regímenes legales romanescos son las interesantes reflexiones de **Francisco J. Tirado Suárez** en "Proyección de la buena fe en el contrato de seguro: visión internacional", en *Revista ibero-latinoamericana de seguros*, núm. 11, marzo de 1998, Santa Fe de Bogotá, págs. 7-35.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

continuación

ciones convenidas y, por ende, es la omisión o inexacta declaración de los hechos importantes para la apreciación del riesgo que asuma la aseguradora al contratar, lo que genera el vicio del consentimiento. Sin embargo, en los supuestos del artículo 47 del citado ordenamiento, no se sanciona el vicio con nulidad absoluta, ni otorga la acción de nulidad, porque evidentemente el contrato produce provisionalmente sus efectos y permite que el proponente del seguro haga el pago de las primas respectivas y la aseguradora se beneficie con su recepción e, incluso, puede ocurrir que ante el siniestro preste algunos de los beneficios inmediatos del seguro y fundamentalmente puede ser convalidado por caducidad del derecho a la rescisión, ya que está sujeta a un plazo determinado, lo que permite clasificarla como nulidad relativa que motiva la rescisión y no la nulidad absoluta del contrato.

Analicemos, primeramente, los elementos de la definición:

15.5.2 La empresa aseguradora; mercantilidad del seguro

Esta convención se inscribe dentro de los llamados *contratos de empresa* —el de fideicomiso (art. 346, *LGTOC*), el de depósito en cuenta de cheques (arts. 175 y 269, *LGTOC*), el de descuento de créditos en libros (art. 190, *LGTOC*), el de autofinanciamiento (art. 63, *LFPC*)—, entendidos como tales aquellos que sólo pueden otorgarse con empresas constituidas ex profeso y legalmente autorizadas para celebrarlos.

El de seguro es uno de ellos, por así disponerlo el transcrito precepto que vierte el concepto legal, pero también el art. 3o., fracs. I y IV de la *LGISMS*, la primera de las cuales prohíbe "... a toda persona física o moral distinta de las señaladas en el art. 1o. de esta ley, la práctica de cualquier operación activa de seguros en territorio mexicano", y la segunda condena de ineficaces "los contratos concertados contra las prohibiciones del art. 3o.", al afirmar que no producirán efecto legal alguno.

Es difícil concebir un asegurador no empresario. La necesidad de disponer de crecidos recursos, pero sobre todo de una organización de los numerosos factores del seguro racionalmente operado, primordialmente actuariales, técnicos, jurídicos, médicos, contables y comerciales, sólo puede satisfacerse mediante la empresa.

Por ser tales consideraciones de sencilla lógica, es pasmoso saber que sólo a principios del siglo XX llegó a considerarse el seguro como contrato de empresa, mérito que corresponde a **Cesare Vivante**, quien, con acopio de irrebatibles argumentos, afirmó que es imperfecto un seguro operado por un no empresario; de sus palabras entresaco las siguientes:

> Al afirmar que la operación del seguro debe ser el negocio de una empresa, elevamos a la altura de principio un hecho que existe en el pensamiento de los dos contratantes. La operación aislada de seguro, ocasionalmente asumido por un negociante que quiere probar su suerte, es desde ahora un anacronismo. Debe ser considerada como una forma imperfecta, tanto económica como jurídicamente, de contrato de seguro.[9]

[9] **Cesare Vivante,** *Traité de droit commercial*, IV, V. Giard & E. Brière, Paris, 1912, pág. 453.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

Pero además, se trata de un contrato masivo, pues, según se ha venido sosteniendo por numerosos tratadistas, sólo la empresa profesional aseguradora puede garantizar la formación de una *mutualidad de asegurados*, indispensable para la operación técnica del seguro; en otras palabras: la determinación de la prima, cuyo monto, sumado al de las que deben pagar los demás asegurados —la mutualidad—, sólo es posible a través de la reunión de todas ellas, pues considerados en conjunto los aportadores facilitan el *cálculo de probabilidades* del número y monto de los siniestros que los afectarán, mediante la aplicación de la *ley de los grandes números*.

Las empresas aseguradoras —a las que, por razones que no he podido conocer, nuestra *LGISMS* prefiere calificar de *instituciones*— pueden organizarse y operar, en México, bajo dos formas: como sociedades anónimas y como sociedades mutualistas (art. 1o., *LGISMS*); en ambos casos, exclusivamente mexicanas (arts. 29 y 78-I).

Las llamadas en la propia ley *instituciones nacionales de seguros* no constituyen una tercera modalidad, pues son igualmente sociedades anónimas; la nota característica de ellas consiste en la participación del Gobierno Federal, que es del 50% o más del capital social, o bien como titular de una serie especial de acciones al mismo reservadas, o en su facultad de intervenir decisivamente en el nombramiento de la mayoría de los integrantes de los órganos directivos o del presidente, director o gerente o, por último, en la facultad de vetar acuerdos de tales órganos directivos o de la asamblea de accionistas (art. 46-II, *a*, *b* y *c*, *LOAPF*).

Como consecuencia de la apertura financiera impuesta por el Tratado de Libre Comercio de América del Norte, según publicación en el *DOF 23* de dic. 1993, se adicionó a la *LGISMS* el capítulo I-*bis* para permitir la operación asegurativa a sociedades anónimas mexicanas filiales de entidades financieras canadienses o estadounidenses; posteriormente (*DOF* 21 abr. 1994) aparecieron las *Reglas para el Establecimiento de Filiales de Instituciones Financieras del Exterior*, que dejaron establecidos los mecanismos para obtener las autorizaciones respectivas. Empero, estas filiales actuarán dentro de límites máximos de operación en el mercado mexicano, crecientes en el curso de los años, y el capital de las mismas puede ser de cualquier nacionalidad.

Y como es precisamente la intervención de una empresa aseguradora la que atribuye mercantilidad al contrato, en los términos del art. 75-XVI del *C.Com.*, que, en efecto, la impone a los "que sean hechos por empresas"; y como, además, según se informó poco antes, no es legalmente posible celebrar más seguros que los operados por las indicadas empresas, la conclusión no puede ser otra: todo contrato de seguro es mercantil.

Repárese, empero, en el uso que se hace en el precepto legal de la conjunción condicional *siempre*, que a las claras apunta a la existencia de seguros no operados por empresas, que por lo mismo serían de naturaleza civil; posibilidad legal a la luz de nuestros anteriores códigos civiles, que regulaban este contrato en términos no necesariamente empresariales.

15.5.3 El tomador o contratante del seguro

Cualquier persona física o moral puede actuar como tomador de un seguro, tanto en nombre y por cuenta propios, en cuyo caso asume también el carácter de asegurado, como en interés de un tercero, que es el asegurado pero que no asume obligación alguna frente al asegurador (arts. 9o.-13, *LSCS*); igualmente puede tomarlo como man-

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

datario de otro, en cuyo caso, conforme a las reglas del mandato civil o, en su caso, de la comisión mercantil, actúa en nombre y por cuenta del asegurado.

Siempre de conformidad con las reglas de la representación, a mi juicio:

a) Un apoderado para realizar actos de dominio puede contratar seguros de todo tipo.
b) Lo propio puede afirmarse del comisionista (art. 273, *C.Com.*), siempre que al otorgarle la comisión se haga referencia específica a los seguros que puede o debe contratar, pues, como ya se vio, todos ellos serán actos de comercio.
c) Los seguros que recaigan sobre bienes que formen parte de una negociación mercantil pueden tomarse, además, por un apoderado para actos de administración; creo que no hay duda sobre que, en este caso, son de tal naturaleza los sobredichos seguros.
d) La representación para contratar seguros sobre la vida o sobre bienes no afectos a una negociación mercantil, debe ser la de un apoderado para actos de dominio.

Juzgo que es aquí oportuno distinguir entre tomador o contratante, asegurado y beneficiario.

15.5.4 Diferencias entre tomador, asegurado y beneficiario

Tomador o *contratante*. Es la persona física o moral que comparece, con su firma, a *tomar* el seguro, esto es, que lo *contrata* con la empresa aseguradora, en interés propio o de un tercero y, por tanto, quien asume las respectivas obligaciones aunque no sea el asegurado; luego, el que actúa como apoderado no tiene tal carácter, pues no asume personalmente obligación alguna.

Nótese que la *LSCS* acoge, sin mencionarla por su nombre, la figura de la gestión oficiosa, bien que con una terminología poco técnica: "El seguro podrá contratarse por cuenta propia o *por cuenta* de otro, con o sin la designación de la persona del tercero asegurado..." (art. 11); "El seguro *por cuenta* de un tercero obliga a la empresa aseguradora, aun en el caso de que el tercero asegurado ratifique el contrato después del siniestro" (art. 12). La falta de técnica jurídica radica en el incorrecto empleo de la expresión *por cuenta de*, pues no es exacto que el tercero asegurado reporte la obligación de pagar la prima, que sólo recae sobre el tomador del seguro.

Asegurado. Es, en los seguros de daños, la persona física o moral cuyo interés económico en la cosa se cubre con el seguro. Como se verá más adelante, no sólo el interés del propietario es asegurable; otros intereses también lo son, a condición de que tengan contenido económico: así, el de un acreedor prendario o hipotecario, el de un inquilino, el de un usufructuario, etc. (arts. 85 y 87, *LSCS*).

En los seguros de vida, así como en los de accidentes y enfermedades, es asegurado la persona física respecto de cuya existencia, integridad personal, salud o vigor vital se contrata la cobertura (art. 151, *LSCS*).

Empero, en la jerga aseguradora es frecuente aplicar también el calificativo de *asegurada* a la cosa respecto de la cual se celebra el contrato, y también al evento dañoso previsto, y así, son usuales las expresiones *automóvil asegurado*, *buque asegurado*, *riesgo asegurado,* etcétera.

En rigor gramatical, ni las personas, ni las cosas, ni los riesgos *están* asegurados, pues la empresa no *asegura* su existencia, salud, permanencia en las mismas condicio-

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

nes ni conservación, sino sólo que, al ocurrir el evento previsto, resarcirá el daño o pagará una suma de dinero; ya en este orden de ideas, lo verdaderamente asegurado es, pues, el *resarcimiento* de daños y, en su caso, la indemnización de perjuicios, o bien el *pago* de una suma de dinero, en el seguro de vida.

Beneficiario. También persona física o moral, es el titular del derecho al pago de la suma asegurada por razón de su interés económico en el bien afectado por un siniestro —seguros de daños—, por habérsele designado así —cláusula beneficiaria—, o bien por su carácter de heredero, casos estos dos últimos propios del seguro sobre la vida. La cláusula beneficiaria se examinará más adelante (*infra* núm. 15.9.4).

De esta suerte, la calidad de beneficiario resultará, en los seguros de daños, directamente del carácter de asegurado que asista al titular del interés económico cubierto mediante la póliza, o indirectamente, por haberle causado el daño la persona física o moral cuya responsabilidad civil está cubierta con el seguro respectivo, pues así lo dispone el art. 147 de la *LSCS,* que en este caso atribuye el derecho a la indemnización directamente al tercero dañado, al que, para tal efecto, concede el carácter de beneficiario del seguro.

El Décimo Congreso Mundial de Derecho de Seguros (Marraquech, 11-15 de mayo de 1998) se ocupó ampliamente en el examen de la situación jurídica del beneficiario en el derecho comparado. El reporte general fue elaborado por **Zoulikha Nasri**, pero además se presentaron reportes nacionales de 23 países. A pesar del obvio interés de todos ellos, la índole de este libro no me permite extenderme en un análisis de los mismos, por breve que fuera; la Sección Marroquí de la AIDA publicó dos volúmenes contentivos de todos los trabajos presentados.

15.5.5 Obligación principal del asegurador: la indemnización

Resarcir un daño o pagar una suma de dinero, al ocurrir el suceso contractualmente previsto, configura el compromiso de la empresa aseguradora, según resulta del concepto legal.

Algunos tratadistas, sin embargo, apuntan que tal no es su principal obligación; que la primordial es la de asumir el riesgo, esto es, mantener la cobertura, una de cuyas consecuencias, ésta sí la principal, es el resarcimiento o el pago. De ese modo opinan **Bruck** y otros autores, en su mayoría alemanes, según informa **Antigono Donati**,[10] así como **Giuseppe Tamburrino**,[11] **Halperín**,[12] **Sánchez Calero**[13] y, entre nosotros, **Jesús Romero Salas**,[14] quien se expresa así:

> ... la indemnización no es la obligación principal de la aseguradora, sino que es una de las consecuencias del contrato, pues la institución se obliga primordialmente a asumir el riesgo mediante el pago de la prima, proporcionando así una certidumbre al asegurado, que esto es precisamente lo que trata de alcanzar el tomador al celebrar el contrato, puesto

[10] *Trattato del diritto delle assicurazioni private*, volume secondo, III; El diritto del contrato di assicurazioni, Dott. Antonino Giuffrè, Milano, 1954, pág. 28.
[11] *Manuale di diritto commerciale*, Casa Ed. Stamperia Nazionale, Roma, 1962, pág. 552.
[12] *Op. cit.*, pág. 501.
[13] *Instituciones..., cit.*, pág. 528; **Fernando Sánchez Calero** y **Francisco Javier Tirado Suárez**, "Comentarios..., *cit.*, págs. 18 y 19; **Sánchez Calero** *et al.*, *Ley de..., cit.*, págs. 34 y siguientes.
[14] *El interés asegurable en los seguros de cosas*, tesis profesional, México, 1969, pág. 12.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

que el objeto de su interés radica en la conservación de la cosa y el provecho que de ella puede obtener, y no en alcanzar una indemnización, la cual se cubrirá sólo en el caso de que ocurra el siniestro previsto en el contrato.

Tal postura ha sido refutada por el ya citado **Donati** con los siguientes argumentos, que parecen concluyentes:

a) La *asunción del riesgo* no configura una obligación del asegurador, pues de otro modo este último sería el expuesto al riesgo en lugar del asegurado, y con ello devendría titular del interés asegurado.
b) La adopción de todas las medidas técnicas necesarias para prevenir la eventual indemnización no deriva de la voluntad de las partes, ni de la ley reguladora del contrato: es un deber del asegurador frente al Estado y no frente al asegurado, quien no tiene derecho o acción para reclamar el cumplimiento de tal supuesta obligación.

Y de este modo queda desbrozado el camino que conduce al principio sostenido por *la gran mayoría* de los tratadistas, mencionado expresamente en los textos legales y confirmado por la redacción de los contratos: la principal obligación del asegurador es la de resarcir o pagar; así, con toda claridad, se pronuncian, además de **Donati**, **Garrigues**,[15] **Ossa G.**[16] y **Gustavo Raúl Meilij**.[17]

Opinión que comparto plenamente, si bien con la necesaria aclaración de que se trata de una obligación condicional, aspecto que desarrolla ampliamente el ya citado **Ossa**, luego le son aplicables las reglas que, a propósito de las obligaciones sujetas a condición suspensiva, consignan los arts. 1938 y sigs. del *C.Civ.*

De otras obligaciones del asegurador trataré más adelante, al examinar su situación jurídica (*infra* núm. 15.8.2).

En un moderno trabajo, de considerables dimensiones, el tratadista argentino **Stiglitz**[18] proclama una inseparable relación entre ambas circunstancias: "Como derivación inescindible de la asunción del riesgo por el asegurador, resulta su obligación principal que se halla constituida por el resarcimiento del daño o el cumplimiento de la prestación convenida si ocurre el evento previsto". No aclara, sin embargo, si la asunción del riesgo configura o no una obligación.

15.5.6 Obligación principal del tomador: el pago de la prima

Suele, en efecto, afirmarse que la prestación dineraria a cargo del tomador es la más importante de las que le finca el vínculo contractual. Encuentro, sin embargo, que existen otras obligaciones —*rectius*, deberes— a cargo del tomador que asumen una importancia muy cercana a la del pago de la prima; en efecto:

a) La falta de pago de la prima no es condición de la asunción del riesgo por parte del asegurador, como resulta del art. 21-II de la *LSCS*: "El contrato de seguro... II. No

---

[15] *Contrato de seguro terrestre*, 2a. ed., Ed. del autor, Madrid, 1983, pág. 44.
[16] *Op. cit.*, págs. 433-435.
[17] *Manual de seguros*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1992, pág. 63.
[18] *Derecho de seguros*, II, 2a. ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, págs. 385 y 386.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

puede sujetarse... a la condición del pago de la prima...", al paso que, conforme a otras legislaciones, el pago de la primera prima o fracción de ella es requisito para que surta efecto el seguro.

Así, en Italia (*C.Civ.*, arts. 1901 y 1924; *véase también* **Donati**;[19]) y en España (*Ley de Contrato de Seguro*, art. 15) el asegurador tiene, en el mismo supuesto, derecho de resolver el contrato y, si persiste la falta de pago el día del siniestro, queda liberado de su obligación.

b) Si dentro del plazo legal de gracia (art. 40, *LSCS*) para el pago de la prima o fracción —mínimo de tres y máximo de treinta días naturales— ocurre el siniestro, el asegurador debe cumplir su obligación aunque no hubiere recibido cantidad alguna por concepto de prima, si bien, como es lógico, tiene derecho a descontar, de la suma indemnizable, las primas y los préstamos sobre la póliza que se le adeudaren (art. 33).

Por manera, pues, que legalmente es posible el siguiente supuesto: se contrata un seguro de daños y, antes de que transcurran 30 días —plazo dentro del cual debe mantenerse la cobertura aunque no se haya pagado la prima, que es el caso de este supuesto— ocurre el siniestro: el asegurador debe pagar el valor de los daños, y sólo puede compensar el importe de la prima, con lo cual resulta que el asegurado se benefició de la cobertura y posterior indemnización, sin desembolso alguno, y sólo al percibir esta última debe aceptar la correspondiente reducción de la suma asegurada.

Contrastan con todo lo anterior las graves consecuencias del incumplimiento de otro deber del tomador, cual es el de "... declarar por escrito... todos los hechos importantes para la apreciación del riesgo... tales como los conozca o deba conocer en el momento de la celebración del contrato" (art. 8o.), pues de incurrir en omisiones o inexactas declaraciones, el asegurador está facultado "... para considerar rescindido de pleno derecho el contrato, aunque no hayan influido en la realización del siniestro" (art. 47).

Otras omisiones o inexactitudes pueden traer consigo la liberación parcial o total de las obligaciones de la empresa aseguradora (arts. 67, 68 y 70).

He ahí, pues, por qué concluyo que, conforme al derecho positivo mexicano, sin restar importancia a la prima como elemento indispensable en cualquier definición del contrato de seguro, son también de gran importancia y trascendencia otros deberes del tomador o del asegurado, por sus repercusiones en el cumplimiento de la principal obligación del asegurador. *Véanse* las diferencias entre obligaciones, deberes y cargas del tomador o del asegurado (*infra* núm. 15.8.3).

Otros deberes y cargas del tomador se analizarán más adelante.

15.6 Celebración del contrato

15.6.1 La mediación en el seguro

Aquí es necesario detenerse a examinar la actuación de un personaje por demás importante en la contratación del seguro, como lo es el agente o mediador, cuya interven-

[19] *Op. cit.*, págs. 363-368.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

ción, ciertamente no obligatoria, es a tal grado frecuente, que no resulta aventurado expresar que en nuestro país, y en otros muchos, más del noventa por ciento de los contratos de seguro se otorgan con intervención de este personaje, lo cual se justifica por razón de su experiencia y conocimientos, necesaria y oficialmente demostrados.

Y de la importancia que al agente de seguros atribuyen nuestras leyes, también mencionado como productor, intermediario o mediador, y a veces con el aborrecible anglicismo *broker*, ya en la etapa previa a la celebración del contrato, durante la vida del mismo e incluso después de su conclusión, son buena muestra las siguientes disposiciones:

- Se consideran agentes de seguros las personas físicas o morales que intervengan en la contratación de seguros mediante el intercambio de propuestas y aceptaciones, y en el asesoramiento para celebrarlos, para conservarlos o modificarlos, conforme a la decisión de las partes, en la inteligencia de que cuando no se trate de contratos de adhesión, la intermediación queda reservada a los agentes de seguros, pero también podrán desempeñar el mismo papel las personas morales previstas por el art. 41 de la *LGISMS*, previa celebración del respectivo contrato de prestación de servicios, que necesariamente deberá inscribirse ante la CNSF.

  Es frecuente, en la práctica, que esta intermediación se preste por entidades financieras, en especial los bancos, que además suelen exigir de sus deudores la contratación de los seguros que les permitan percibir las sumas a su favor en caso de incapacidad o fallecimiento de los deudores. Por lo demás, esta forma de operar es frecuente a propósito del otorgamiento de créditos de toda clase, y por ello a este esquema se le conoce como banca-seguro.

  Estas personas morales, por lo demás, están sujetas a la inspección y vigilancia de la CNSF respecto de las operaciones de que se trata y, además, deberán ajustarse a las disposiciones que más adelante se mencionarán (art. 41, *LGISMS*).
- La actividad del agente de seguros está condicionada a la necesaria autorización por parte de la CNSF, que puede otorgarla para una o varias operaciones o ramos del seguro.
- Tales autorizaciones pueden otorgarse a personas físicas vinculadas a las aseguradoras por una relación de trabajo, pero también a personas físicas que se dediquen a tal actividad con apoyo en contratos mercantiles, que pueden ser de simple agencia, esto es, sin facultades de representación, o bien de mandato, el que se ajustará a las disposiciones mercantiles y civiles respectivas; por último, pueden otorgarse a personas morales también constituidas *ex profeso* (art. 23, *LGISMS*). Sobre la figura del agente apoderado, así como del agente empleado, se pronuncia desfavorablemente **Héctor Miguel Soto**,[20] en la siguiente forma:

> La ley considera que el ejercicio de la actividad intermediadora en materia de seguros, y la función de asesorar a los asegurables o asegurados en la contratación de una cobertura, es incompatible con una estrecha vinculación entre esa persona y cualquier entidad aseguradora… Se supone, y se supone bien, que es muy difícil que una persona se sustraiga a la influencia de la entidad aseguradora con cuyos intereses se encuentra consustanciado,

[20] *Intermediación en el contrato de seguro. Régimen jurídico de los productores asesores*, La Ley, Buenos Aires, 2000, págs. 31 y 33.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

> o que, en algún momento, proceda a asesorar a los asegurados en colisión con los intereses de la misma… En nuestra opinión existe incompatibilidad entre el ejercicio de las obligaciones propias del productor asesor de seguros de asesorar imparcialmente al asegurado, y ser, al mismo tiempo, empleado de la entidad aseguradora con la que se celebra el contrato.

Opinión con la que coincide, punto por punto, el autor del presente libro.

- En todo caso, y cualquiera que sea su relación con la entidad aseguradora, el agente de seguros debe informar al prospecto, en forma amplia y detallada, sobre el alcance real de la pretendida cobertura, la forma de conservarla o darla por terminada y suministrar a la institución aseguradora la información auténtica que sea de su conocimiento, relativa al riesgo cuya cobertura se propone. Por supuesto, también debe apegarse a la información que le suministre la aseguradora, particularmente en materia de tarifas, textos de pólizas, endosos, planes de seguros y demás circunstancias técnicas que utilizan las compañías de seguros.
- Ahora bien, los agentes de seguros no pueden intervenir en la contratación de las pólizas que determine el Reglamento al que más adelante se hará referencia, cuando su intervención pueda conducir a una coacción o falta a las prácticas profesionales, generalmente aceptadas en esta actividad. Desde luego, no deben proporcionar datos falsos, detrimentes o adversos de las instituciones aseguradoras (art. 24, *LGISMS*).
- Conviene tener muy presente que también las uniones de crédito están facultadas para actuar como intermediarias en la contratación de seguros operados como contratos de adhesión, pero también con motivo de seguros de pensiones derivados de las leyes de seguridad social (art. 40-XV, *LUC*).
- Por su parte el *RASF* confirma que el agente de seguros puede ser una persona física ligada a la respectiva institución aseguradora por una relación de trabajo, pero también actuar de modo independiente con base en un contrato mercantil, que puede ser, como antes se dijo, de simple agencia o de mandato, en cuyo caso actuará con facultades de representación y no las de un simple mediador (art. 1o.).
- Son deberes del agente:

  a) El de informar al prospecto su nombre, el tipo de autorización, número y vigencia de su cédula, así como el domicilio que constituye la sede de sus actividades, con indicación, en su caso, de la denominación de la aseguradora respectiva;
  b) Explicar a dicho prospecto el alcance real de la cobertura y la forma de conservarla o darla por terminada, de manera amplia y detallada;
  c) El de cobrar primas únicamente contra recibo oficial de la aseguradora;
  d) Pedir al prospecto que solicite a la aseguradora aclaración sobre los hechos importantes para la apreciación del riesgo (art. 5o.).

- La autorización que expida la CNSF deberá precisar, cuando el agente sea persona moral, que se trata de una sociedad anónima sujeta a lo dispuesto por la *LGSM* (art. 12).
- El propio Reglamento consigna, además, disposiciones sobre la forma y alcances de las autorizaciones que para el ejercicio de esta actividad expida la CNSF, sobre las que no es aconsejable extenderse aquí, pues no se trata de un estudio mono-

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

gráfico del contrato de agencia y sus pormenores, por lo que sólo es conveniente dejar constancia de que, al mencionar las responsabilidades de los agentes de seguros, se dispone que las instituciones aseguradoras deben responder por los actos que realicen las personas que, merced a su conocimiento, realicen actividades de mediación, sin contar con la autorización respectiva (art. 16), así como que los agentes son responsables de los actos que, con su consentimiento, realicen otras personas en materia de intermediación, y sin contar con la autorización respectiva (art. 17), a cuyo efecto estos personajes deben contratar y mantener vigente un seguro con el que se cubra su responsabilidad civil por errores y omisiones, en los términos y por las sumas aseguradas que establezca la CNSF mediante disposiciones de carácter general (art. 23).

- Por último, también importa dejar constancia de que la citada CNSF, mediante Circulares números S-1.1 y S-1.2, publicadas en el *DOF* del 13 de agosto de 2007, precisó algunos requisitos que deben satisfacerse por parte de los interesados en obtener la autorización a que se ha venido haciendo referencia, así como su refrendo.
- Mediante Circular S-1.4, publicada en el mismo órgano el 22 de junio de 2009, la referida autoridad dio a conocer las condiciones y requisitos que deben cumplir los agentes de seguros que soliciten autorización para actuar como mandatarios de las instituciones aseguradoras.

15.6.2 La oferta

Según se examinará más adelante (*infra* núm. 15.6.3), en México el contrato de seguro es consensual; sin embargo, en *la práctica* algunos tipos de seguro sólo surten efectos mediante la expedición de la póliza, en cuanto portadora de la primera noticia de que la oferta fue aceptada por parte del asegurado; tales seguros son aquellos en los que la empresa aseguradora requiere declaraciones o descripciones indispensables para conocer el riesgo cuya cobertura se le propone, y para ratificarlo (incendio, robo en domicilio, algunos seguros de vida con examen médico).

Es en estos seguros —pero en realidad podría ocurrir en todos— en los que la etapa contractual se inicia con la *oferta* que, aunque predispuesta por el asegurador, formula con su firma el *proponente* —futuro tomador—, quien queda obligado en los términos de la misma durante 15 días, o 30 cuando se requiera examen médico, salvo que en la oferta se haya fijado al asegurador un plazo menor para que exprese su aceptación (art. 5o., *LSCS*); obligación tal, empero, sólo es válida si en el formulario de oferta, o como anexo, aparece el texto de las condiciones generales a las que, en caso de aceptación, se ajustará el seguro (art. 7o.).

Ya se dijo (*supra* núm. 15.5.3) que el seguro puede contratarse en nombre propio, *por cuenta* de un tercero o *por cuenta* de quien corresponda, y que el proponente, al llenar el cuestionario relativo, debe producirse sin omisiones y con toda veracidad (*supra* núm. 15.5.6).

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

15.6.3 Perfeccionamiento del contrato: consensualidad

Nuestro sistema legal es de los que mantienen dentro de los consensuales el contrato que se examina. En efecto,

El contrato de seguro:

I. Se perfecciona desde el momento en que el proponente tuviere conocimiento de la aceptación de la oferta...
II. No puede sujetarse a la condición suspensiva de la entrega de la póliza o de cualquier otro documento..., ni tampoco a la condición del pago de la prima (art. 21, *LSCS*).

La misma consensualidad se observa en la *Ley* francesa,[21] así como en la *Ley* suiza de 1808, por remisión que su art. 100 hace al *Código de las Obligaciones* (art. 1o.).

Formal es en otras legislaciones:

a) "*Prueba del contrato*. El contrato de seguro debe ser *probado por escritor*." (art. 1888, *C.Civ.* italiano).
b) "El contrato de seguro y sus modificaciones o adiciones deberán ser *formalizadas* por escrito" (art. 5o. de la *Ley* —española— *de Contrato de Seguro*).
c) El tratadista chileno **Sergio Baeza Pinto**[22] opina que, en los términos de su *C.Com.* (art. 514), en Chile el contrato de seguro es solemne por requerirse, para su perfeccionamiento, una forma instrumental.
d) Lo propio ocurre en Brasil, según disposición del art. 758 del *Código Civil*.
e) "El contrato de seguro se perfecciona desde el momento en que el asegurado o contratante *recibe la aceptación* del asegurador..." (art. 908, *proy. C.Com.* mexicano).

El más amplio y documentado estudio que conozco sobre la consensualidad y la formalidad en el contrato de seguro es el que se contiene en el libro *Estructura de la forma en el contrato de seguro*,[23] del tratadista colombiano **Carlos Ignacio Jaramillo J.**; como es de suponerse, dicho autor examina también, y critica con severidad, el calificativo de solemne que a nuestro contrato asignó en otro tiempo la ley colombiana.

Hay que convenir, sin embargo, en que la consensualidad sólo opera, de hecho, en ciertos seguros; así, en los de automóviles, en los que las sumas aseguradas para determinadas coberturas están uniformemente predeterminadas; en algunos seguros de vida sin examen médico; en coberturas específicas derivadas de pólizas *flotantes* o de *abono*, etcétera.

Igualmente debe tenerse en cuenta que tal consensualidad queda grandemente contrarrestada en la propia *LSCS*, por cuanto proclama dos únicas formas posibles de probar la celebración del contrato: la póliza y la confesión del asegurador; si es este

---

[21] **Ivonne Lambert-Faivre**, *Droit des assurances*, 5a. ed., Dalloz, Paris, 1985, págs. 92 y 93.
[22] *El seguro*, Editorial Jurídica de Chile, 3a. ed. actualizada por **Juan Achurra Larraín**, Santiago de Chile, 1994, pág. 25.
[23] Editorial Temis, Santa Fe de Bogotá, págs. 29-105.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

último el interesado en la demostración, debe probar que el proponente tuvo conocimiento de la aceptación (art. 19).

Más liberal, la *LNCM*, permite que, a falta de póliza, el seguro marítimo se demuestre "por cualquier otro medio de prueba legal" (art. 188).

Pero, ¿en qué forma y momento opera la consensualidad? Con arreglo a los arts. 5o., 6o. y 21-I de la *LSCS*, el silencio del asegurador no opera con efecto de aceptación, por lo que hace a la oferta de celebración del contrato; sí, en cambio, aunque sujeto a una inexplicable aprobación por parte de la SHCP, cuando se trata de una oferta de prórroga, modificación o restablecimiento, que no se refiera a aumento en la suma asegurada o a seguro de personas. En otras palabras:

a) Un nuevo seguro sólo se considera perfeccionado una vez que el proponente tenga conocimiento de que el asegurador ha aceptado la oferta; nada dice la Ley sobre la forma del conocimiento y de la aceptación, luego, es válido afirmar que cualquier forma *demostrable* está reconocida por el texto legal: carta, telegrama, información de terceros, comunicación telefónica, télex, fax, correo electrónico, etcétera.
b) Por analogía, ante el silencio legal, el mismo régimen es aplicable al perfeccionamiento de prórroga, modificación o restablecimiento de un contrato suspendido.
c) Si la oferta de prórroga, modificación o restablecimiento se formula mediante carta certificada —registrada— con acuse de recibo, el silencio del asegurador durante 15 días —a mi juicio hábiles y laborables— contados desde el siguiente al de recepción de la oferta, surte efecto de aceptación. Empero, como ya se apuntó, la propia *LSCS* se apresura a tornar nugatorio el perfeccionamiento, pues lo sujeta a la condición suspensiva de la aprobación de la SHCP. Además, la aceptación tácita no opera en los seguros de personas, y tampoco cuando la oferta se refiera a aumento en la suma asegurada.

15.6.4 La póliza

He aquí otro de los llamados *contratos de adhesión*, pues en tal forma se opera de ordinario, si bien es posible, aunque en verdad remoto, que sea el resultado de una libre discusión entre las partes; pero si se trata de textos preelaborados por la institución aseguradora, habrán de *registrarse* en la CNSF (art. 36-B, *LGISMS*).

De lo dicho en páginas anteriores resulta con toda claridad que, sin perjuicio del carácter consensual del contrato de seguro, la póliza configura su manifestación escrita y la prueba, por excelencia, de su celebración; en consecuencia, su entrega al tomador constituye una de las principales obligaciones del asegurador.

Pero, además, ante el papel de decisiva importancia que la póliza desempeña en el seguro, la *LSCS* la rodea de una serie de disposiciones que, de modo sucinto, a continuación se relacionan:

a) Si su texto no concuerda con la oferta, el tomador (erróneamente, la *LSCS* sólo refiere tal derecho al asegurado) dispone de 30 días —una vez más opino que hábiles y laborables— para pedir las rectificaciones necesarias; transcurrido dicho plazo sin haber hecho manifestación alguna, precluye su derecho y el contrato se regirá

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

por el texto de la póliza (art. 25, cuyo texto, además, debe insertarse en ella, según dispone el art. 26).

La póliza debe estar concebida en caracteres fácilmente legibles y redactada en idioma español (art. 36-B, *LGISMS*), cuando se trate de textos ofrecidos al público en general como contratos de adhesión.

Significa lo anterior que cuando los contratos se redacten libremente por las partes y no con arreglo a un formato predispuesto, podrán no ajustarse a tales prescripciones.

En el mismo orden de ideas, es curioso observar que ninguna ley, de la Constitución Política para abajo, proclama a nuestro idioma con carácter oficial, de manera que sólo una ya secular costumbre, que quizá sería mejor calificar de tradición, serviría para apoyar una opinión que sostuviera dicho carácter oficial. Disposiciones hay, claro es, que lo presuponen; algunas, por establecer sanciones para el caso de que no se emplee en ciertos documentos, como son los libros y registros contables de los comerciantes (art. 37, *C.Com.*); otras, para restringir la fuerza probatoria, en contiendas judiciales, de documentos redactados en *idioma extranjero* —en el supuesto de que el español es el *idioma nacional* (art. 330, *CPC*); otras más, para exigir que las actuaciones y los ocursos judiciales se escriban en *español* (art. 271, *CFPC*).

b) Según disposiciones un tanto incongruentes, por una parte se concede al asegurado el derecho de obtener del asegurador copia o duplicado de la póliza (una vez más, juzgo que el mismo derecho tiene el contratante), mientras que precepto diferente dispone que, ante la pérdida o destrucción de una póliza a la orden o al portador, "podrá pedirse la cancelación y reposición de la misma, siguiéndose un procedimiento igual al que establece la ley respectiva para la cancelación y reposición de títulos de crédito..." (arts. 23 y 27). En la práctica, los aseguradores extienden copias o duplicados, incluso de pólizas al portador, y sólo exigen la firma de un recibo por parte del asegurado o del contratante.

c) Debe contener las menciones relativas al nombre y domicilio de los contratantes, la *firma* de la empresa aseguradora, la cosa o persona asegurada (pues recuérdese que ciertas pólizas pueden ser al portador), los riesgos asegurados, la vigencia de la cobertura, la suma asegurada, el monto de la prima y las demás cláusulas del contrato (art. 20, *LSCS*).

Como es de suponerse, en la práctica se opera con una impresionante variedad de pólizas, lo que se explica por los también variados requerimientos de cobertura por parte de los asegurados, no menos que por los planes que ofrecen las entidades aseguradoras. Existen, por supuesto, pólizas referidas sólo a un riesgo específico, si bien es necesario reconocer que cada vez son en menor número, en razón de las obligadas relaciones consecuenciales que, en el patrimonio del asegurado y de terceros, acarrea la realización de un solo siniestro: daños a otros bienes del asegurado mismo, a terceros en sus personas o en sus bienes, etcétera.

En un intento clasificador de las pólizas de seguro, **Octavio Guillermo de Jesús Sánchez Flores**[24] escribe lo siguiente:

---

[24] *El contrato de seguro privado*, Editorial Porrúa, México, 2000, págs. 136-137.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

- Por la amplitud de los riesgos cubiertos:

  a) Póliza simple.
  b) Póliza combinada o global.
  c) Póliza a todo riesgo.

- Por el número de asegurados:

  a) Póliza individual.
  b) Póliza colectiva o de grupo.

- Por la designación del titular:

  a) Póliza nominativa.
  b) Póliza a la orden.
  c) Póliza al portador.

- Por la variabilidad de las personas u objetos asegurados:

  a) Póliza flotante.
  b) Póliza abierta o de declaración.
  c) Póliza maestra.

En la inteligencia de que en estos casos se expiden, para cada persona o respecto de cada objeto, un certificado individual.

Es también necesario dar cuenta aquí de que ya algunas aseguradoras que operan en nuestro país están expidiendo pólizas de seguro en forma electrónica, lo que representa ventajas para los tomadores, que pueden de esa manera recabar coberturas incluso en días inhábiles, con la posibilidad, además, de comparar textos y montos de primas entre varias aseguradoras oferentes.

15.6.5 La póliza: naturaleza jurídica

Incierta se mostró la doctrina, durante muchos años, en punto al carácter jurídico de la *póliza de seguro*, a consecuencia, quizá, de que los textos legales, a su vez, tampoco mostraban claridad suficiente como para influir en uno u otro sentido en las corrientes doctrinarias. Para decirlo de una vez: el péndulo jurídico oscilaba entre la función puramente probatoria del documento y su naturaleza como título de crédito; en el trayecto pendular aparecían opiniones intermedias, más o menos cercanas a uno u otro de los extremos.[25]

Como es de suponerse, los titubeos doctrinales eran suscitados, entre otras razones, por la posibilidad legal de emitir la póliza en forma nominativa, a la orden o al portador, con su consecuente endosabilidad, así como por el carácter de título ejecu-

[25] Copiosa bibliografía y comentarios sobre algunas de tales opiniones se encuentran en **Luis Ruiz Rueda**, *El contrato de seguro…*, *cit.*, págs. 113 y siguientes.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

tivo que, en ciertas condiciones, le atribuyen todavía algunas leyes (como el *C.Com.* colombiano, art. 1053 y, hasta 1935, nuestro *C.Com.*, 1391-V, así como la *Ley de Procedimientos Mercantiles* de El Salvador, art. 52).

Una desconcertante reforma al citado art. 1391, frac. V, del *C.Com.* (*DOF* 24 may. 1996) ha venido a proclamar que traen aparejada ejecución las pólizas de seguros "conforme a la ley de la materia". Lo desconcertante resulta de que tal ley de la materia, indudablemente la *LSCS*, nada dice sobre el particular.

Pero las leyes han venido precisando los conceptos, y con ello las opiniones se han podido encaminar claramente, de modo casi general, en contra de la concepción de la póliza como título de crédito.[26]

Entre quienes navegan en contra de tal concepción, esto es, alinean la póliza dentro de los títulos de crédito, hay que citar a **Garrigues**, quien en su *Curso de derecho mercantil* (pág. 773) parece partir de tal supuesto, pues afirma, con referencia a la póliza *de seguro marítimo*, que "Considerada la póliza como título de crédito, se califica en la doctrina como *título causal* y no destinado a la circulación", si bien en la pág. 333 opina precisamente lo contrario, con referencia al seguro terrestre; en apoyo de su primera afirmación invoca el carácter formal del seguro marítimo, conforme al *C.Com.* español; por su parte, **Rodrigo Uría González** rotundamente afirma que "... la doctrina dominante no vacila en reconocer a la póliza (de seguro marítimo) la naturaleza de verdadero título de crédito...",[27] y entre los que mantienen tal postura cita a **Thaller**,[28] pero no encuentro que este último trate el punto en los párrafos 1341 y 1342 que menciona **Uría**.

Es también interesante recordar a **Donati**, quien, aunque de modo general niega a nuestro documento el carácter de título de crédito, sostiene que la voluntad de las partes puede conferírselo: "No me parece que pueda negarse a las partes la facultad de atribuir a la póliza naturaleza de verdadero y propio título de crédito. Tal facultad... está en armonía... con el principio, de la libertad de emisión de títulos de crédito causales".[29] Juzgo que tal postura sería insostenible en el derecho mexicano, que no concede libertad a los particulares para crear títulos de crédito, los que, para participar de tal carácter, deben estar previstos por alguna ley (arts. 21, 22 y 24, *LGTOC*).

Por mi parte, no encuentro dificultad en afirmar, con argumentos de *lege lata*, que la póliza de seguro no es título de crédito:

a) Carece del atributo de la *incorporación*, pues, ciertamente, no es documento *necesario* para ejercitar el derecho al pago, en razón de que, como ya se vio, ni siquiera es indispensable para demostrar la existencia del vínculo contractual.
b) También carece de otra nota característica de los títulos de crédito, como es la *autonomía*; el cesionario o endosatario de una póliza adquiere los derechos y obligaciones de su causante, pues así lo dispone el art. 30 de la *LSCS*: "La empresa aseguradora podrá oponer al tenedor de la póliza o a los terceros que invoquen el

---

[26] **Jorge Barrera Graf**, "La compraventa contra documentos", en *Estudios de derecho mercantil*, UNAM, México, 1958, pág. 88; **Arturo Díaz Bravo**, "La póliza de seguro", en *Estudios Jurídicos en Memoria de Roberto L. Mantilla Molina*, Editorial Porrúa, México, 1984, págs. 269-274.
[27] **Rodrigo Uría González**, *El seguro marítimo*, Editorial Bosch, Barcelona, 1940, pág. 59.
[28] *Traité élémentaire de droit commercial*, Rosseau, Paris, 1931.
[29] *Op. cit.*, vol. III, pág. 332.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

beneficio, todas la excepciones oponibles al subscriptor originario, sin perjuicio de oponer las que tenga contra el reclamante."

c) Inútilmente se pretendería que la póliza consigna un derecho *literal*; la suma asegurada representa, por una parte, el máximo de responsabilidad del asegurador, pero en modo alguno la medida exacta de su obligación, que es aleatoria; por otra parte, en todo seguro de daños, por hipótesis, son imprevisibles la realización y el monto del evento dañoso, cuya ocurrencia será la que haga nacer el derecho del asegurado. ¿Habría que concluir que se trata de un nuevo tipo de títulos de crédito, cuyo valor literal queda sujeto a una condición suspensiva?

En forma semejante se pronuncia **Halperín**:[30]

> Dada su naturaleza —reconocimiento de una obligación, cuya ejecutabilidad depende del cumplimiento de diversas cargas por el tomador o el asegurado—, la póliza no puede circular como un título de crédito, porque no lo es de un derecho abstracto, sino de un derecho concreto, material... Es decir, que la póliza podrá ser, según los casos, un documento probatorio o un título de legitimación... pero no un título de crédito.

Por lo demás, como era de esperarse, nuestros máximos juzgadores se han expresado en el mismo sentido, según puede verificarse mediante la lectura de lo resuelto el 24 de agosto de 1977 en el amparo directo 272/95, Banco Nacional de México, S.A: "… las pólizas de seguro, cualquiera que sea el riesgo que amparen, no son títulos que traen aparejada ejecución aun cuando están listadas como tales en el artículo 1391, fracción V, del *Código de Comercio*…, sería ilógico aceptar la ejecutividad de un documento en los términos del artículo 441 del *Código de Comercio* si este precepto ya no existe por haber sido derogado"; Tribunal Colegiado del Décimo Circuito, amparo directo 272/75, Banco Nacional de México, S.A., resuelto el 24 de agosto de 1977.

El mismo criterio se ha sustentado posteriormente por otro juzgador colegiado:

Jurisprudencia. Contrato de seguro celebrado conforme a la ley de la materia. La póliza que se expide no trae aparejada ejecución y, por tanto, no produce acción ejecutiva en la vía mercantil, ya que la fracción V del artículo 1391 del *Código de Comercio* aún no ha cobrado vigencia.

Tribunal Colegiado del Decimoséptimo Circuito. Amparo directo 265/2006. Alma Rosa Calles. 15 de febrero de 2007. Unanimidad de votos.

15.7 Otros elementos de definición del seguro

15.7.1 La prima: concepto y naturaleza

Quedó demostrado que la prestación a cargo del tomador no es un elemento *de existencia* del seguro, pero sí lo es de cualquier *definición*, por cuanto se trata de un con-

[30] *Op. cit.*, págs. 348 y 349.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

trato oneroso y bilateral. Se dijo también que, conforme a la *LSCS*, el pago de la prima no es condición, dentro del plazo legal de gracia, para el cumplimiento de la principal obligación del asegurador. Es el momento de examinar lo que *sí es* la prima.

Ante todo, hay que decir que es la obligación en dinero a cargo del tomador; siempre en dinero y no en otros bienes. La naturaleza dineraria de la prima, sin estar consignada de modo expreso, resulta claramente de numerosos preceptos, tanto de la *LSCS* (art. 33, que permite compensarla con la suma indemnizable, y arts. 37 y 38, que autorizan su fraccionamiento), como de la *LGISMS* (principalmente en su art. 36-II, en cuanto ordena que las primas deberán ser suficientes para garantizar el cumplimiento de las obligaciones a cargo de las instituciones aseguradoras) y de diversas disposiciones fiscales.

En parecida forma se pronuncia **Sánchez Flores**:[31] "Se ha definido a la prima como la aportación económica en dinero que ha de proporcionar el asegurado a la empresa aseguradora por concepto de contraprestación por la obertura de riesgo que ésta le otorga a fin de ésta, (*sic*) una vez presentado el siniestro, esté en posibilidad de pagar la indemnización correspondiente".

15.7.2 La prima: unicidad e indivisibilidad

Aunque con otras palabras, la *LSCS* proclama que la prima es única e indivisible; así lo predican los arts. 34, 36 y 44, entre otros.

Que es única significa que debe fijarse en cantidad alzada para todo el periodo de vigencia, habida cuenta de que en ciertos tipos de seguro de personas, como en los de vida entera y en los dotales, la duración es prorrogable por otros de igual duración, ordinariamente anuales, mientras que en otros, como los de accidentes y enfermedades, el periodo de vigencia puede ser de pocas horas y, con frecuencia, de sólo unos minutos: el tiempo que tome, por ejemplo, un viaje en avión o en un autobús urbano.

La indivisibilidad de la prima trae consigo la circunstancia de que, aunque la cobertura sólo esté vigente por un lapso inferior al periodo convenido, dicha prima debe pagarse en su totalidad, salvo que otra cosa se conviniera o que la reducción del plazo fuere imputable al asegurador, pues en tales casos deberá devolverse al contratante la parte de prima que corresponda al tiempo no cubierto (arts. 44, 96-I y 107, *LSCS*).

No obsta a lo anterior el que la prima sea *fraccionable*, pues tal mecanismo, legalmente permitido, sólo tiene por efecto facilitar su pago, y no por ello ha de considerarse dividida; el fraccionamiento, empero, únicamente puede operarse con tres requisitos:

1. Que las parcialidades correspondan a periodos de igual duración.
2. Que tales lapsos no sean inferiores a un mes.
3. Que dichas parcialidades venzan al iniciarse cada periodo (arts. 37 y 38).

¿Quién debe pagar la prima?; en principio, el tomador, pero, en caso de que actúe por cuenta de un tercero, "la empresa aseguradora podrá reclamar del asegurado el pago de la prima cuando el contratante que obtuvo la póliza resulte insolvente" (art. 32).

---

[31] *El contrato de seguro…*, *cit.*, pág. 179.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

Tal régimen de responsabilidad del asegurado resulta un tanto confuso, si no es que inútil, por falso. Me explicaré: como se ha visto, la hipótesis del precepto es la contratación *por cuenta de un tercero*, esto, es, sin la representación del tercero; luego, el contratante no puede obligar a este último, ni comprometer su patrimonio; ¿cómo puede caber alguna acción del asegurador en contra del tercero asegurado, que no es parte en el contrato y que ningún mandato ha conferido al contratante? Por supuesto, cualquier acción judicial del asegurador podría ser fácilmente enervada mediante la excepción de falta de acción, sin que importe la demostración de insolvencia del contratante.

Por otra parte, el posterior art. 42 prohíbe al asegurador rehusar el pago de la prima ofrecido precisamente por el tercero asegurado.

También están legitimados —no obligados— para pagar la prima los acreedores privilegiados o con garantía real, los beneficiarios y los que tengan interés en que el seguro surta sus efectos (art. 42).

15.7.3 La prima: falta de pago

Confuso e incompleto es el régimen legal mexicano en materia de consecuencias de la mora en el pago de la prima; helo aquí:

a) En todo tipo de seguros, la falta de pago de la prima o de cualquiera de sus fracciones, dentro de los 30 días naturales siguientes a su vencimiento, o dentro del plazo menor estipulado en la póliza, trae consigo la cesación *automática* de los efectos del contrato, a las 12 horas del último día de tal plazo (art. 40).
b) "Será nulo cualquier convenio que pretenda privar de efectos a las disposiciones" mencionadas en el citado precepto (art. 41).
c) En el seguro de personas el asegurador no tiene acción para exigir el pago de la prima, sino sólo el de una suma no superior al 15% de la prima anual, si se deja de pagar la del primer año, a título de indemnización; no habrá lugar a la cesación de efectos prevista por el art. 40 cuando se convenga el préstamo automático de primas (art. 180).
d) Si, también en el seguro de personas, la mora se produce después del pago de tres anualidades consecutivas, el seguro queda automáticamente reducido y el asegurado —creo que la ley debió referirse al contratante— tendrá derecho a que se le entregue una parte de la reserva matemática (que se constituye con una parte de la prima), todo ello con arreglo a las bases numéricas que deben consignarse en la póliza (arts. 181-183).

Es de verse, a continuación, por qué acuso a tal régimen de confuso e incompleto:

1. Si la falta de pago de la prima o fracción acarrea la automática cesación de los efectos del contrato, y si es nulo todo convenio que pretenda privar de efectos a tal disposición, parece forzoso concluir que el asegurador no tiene acción para el pago y, ante la mora del contratante, sólo puede observar una conducta pasiva, en espera de que transcurra el plazo de gracia, para que opere la cesación de efectos.
2. La cesación de efectos se surte a las *12 horas* del último día del plazo de gracia, pero no se aclara si tales horas son del día o de la noche. Téngase en cuenta que,

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

a lo menos en México, es usual emplear tal expresión para referirse al medio día y a la media noche.

3. ¿Pueden reanudarse los efectos de un seguro que cesaron por falta de pago de la prima?; ¿cuándo?; ¿está obligado el asegurador a aceptar el pago en cualquier momento?; y si lo acepta, ¿desde cuándo se reanudan los efectos del seguro: en forma retroactiva a la fecha en que habían cesado tales efectos, o bien desde la fecha de pago de la prima omitida?; y de estimarse que el contratante tiene derecho a pagar en cualquier momento la prima omitida, ¿qué puede hacer el asegurador para impedir la existencia *ab aeternum* de tal derecho?; ¿demandar judicialmente la rescisión, la resolución o la terminación del contrato? Y promovido, en su caso, el juicio, ¿podría el contratante neutralizar la acción a través de la exhibición de la prima omitida, aduciendo que sólo habían cesado los efectos del contrato?

Interrogantes tales, y sin duda otras más, no encuentran respuesta en la *LSCS*, luego hay que buscarla en las fuentes supletorias, la principal de las cuales, lógicamente el *C.Com.*, no será de gran utilidad, vista la penuria de su capítulo relativo a las disposiciones generales en materia de contratos; y parecería, entonces, que la única solución puede darla el empleo del mecanismo de las obligaciones civiles y, tal vez, de las disposiciones relativas al contrato civil con el que el seguro guarde mayor semejanza (art. 1858, *C.Civ.*), si no fuera porque dos consideraciones hacen sospechar que tal conclusión no es correcta:

1. La necesidad de proteger al asegurado y los beneficiarios de la agresión *jurídica* de que pueden ser objeto por parte del asegurador en su papel de redactor de los textos contractuales y de parte fuerte en la relación jurídica, por un lado; por otro, la conveniencia de tutelar los intereses del asegurador, y con ellos los de la mutualidad de asegurados, frente a declaraciones precontractuales falsas, agravaciones del riesgo no manifestadas, siniestros con pretensiones fraudulentas y otras conductas ilícitas del contratante, del asegurado o de los beneficiarios, que ha sido fuente inspiradora de una serie de disposiciones legales *sui generis*, fácilmente localizables en las diversas leyes que a nuestro contrato se refieren, y que se apartan de la teoría general de los contratos civiles, a tal punto que, a mi juicio, es válido afirmar que de su contexto debe desprenderse un conjunto de principios generales propios del derecho de seguros, que con frecuencia pugnan con los del derecho civil.
2. Los contratos de adhesión, como el de seguro, han venido suscitando ardorosas polémicas no sólo en cuanto a su carácter jurídico, sino al tratamiento legal de que deben ser objeto (*véase supra* núm. 1.19), por estimar que en ellos no se surten los supuestos de libertad contractual y de igualdad jurídica de los que parte la teoría general de los contratos civiles.

Uno de los partícipes mexicanos del clamoreo, **Gutiérrez y González**,[32] sostiene que en tales contratos de adhesión:

a) El consentimiento no se expresa como en los demás.
b) La teoría de los vicios de la voluntad es prácticamente inaplicable.

---

[32] *Derecho de las obligaciones*, 7a. ed., Editorial Porrúa, México, 1990, págs. 418 y siguientes.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

c) Otro tanto puede decirse de la inexistencia y de la nulidad.
d) La interpretación no puede operar con las reglas de los contratos comunes y corrientes.

He ahí, pues, por qué son lamentables las omisiones de la *LSCS*, y las razones por las que juzgo a lo menos dudoso que algunas de sus lagunas deban ser colmadas por el *C.Civ.*

15.7.4 El riesgo: concepto

Posibilidad de que ocurra un acontecimiento dañoso: tal es la común definición del riesgo, aplicable también a uno de los elementos característicos del seguro. En efecto, todo seguro debe significar un riesgo para el asegurador, por cuanto asume la obligación de resarcir al asegurado los daños que éste, a su vez, resienta por la eventual realización del acontecimiento previsto.

Incertidumbre y daño son, pues, los necesarios y únicos atributos del riesgo; ahí donde haya certeza sobre la realización del acontecimiento dañoso, o sobre la imposibilidad de su realización, no habrá seguro. Ahora bien, en el seguro sobre la vida, como no podía ser menos, la incertidumbre no reside en cuanto a si se realizará el acontecimiento previsto o no —la muerte—, sino exclusivamente por lo que se refiere al momento de su realización, que es el que debe mantenerse incierto.

15.7.5 El riesgo: comparación entre el asegurativo y otros. Concepto

Mas como otros contratos presentan también el riesgo como elemento característico, es necesario mostrar las diferencias específicas entre ellos y el de seguro:

a) Tal vez la principal, aunque no sea la más ostensible, esté configurada por las bases técnicas necesarias para operar el seguro —particularmente estadísticas y actuariales—, que no son de esencia en los contratos de juego de azar o de apuesta.
b) Mientras estos últimos contratos se celebran con no más propósito que el de obtener lucro, esto es, sin la mira puesta exclusivamente en la satisfacción de necesidades por un monto determinado, el seguro de daños, en cambio, sólo puede celebrarse sobre un *interés económico* perfectamente determinado (el valor de un automóvil, la responsabilidad civil de un profesional, etc.), y por ello se dice que todo seguro de daños es *indemnizatorio:* el asegurador sólo se obliga a pagar el monto de los daños y, en su caso, perjuicios que sufra el asegurado.

Y no faltan autores, de modo particular contemporáneos, que a porfía sostienen que también el seguro sobre la vida cubre un interés económico. Más adelante se abordará este punto, al estudiar el *interés asegurable.*
c) Los contratos de juego y de apuesta, en especial este último, pueden celebrarse sobre la realización de un acontecimiento cualquiera, siempre que sea futura e incierta, y tenga o no relación con las partes o con su patrimonio (triunfador en una competencia deportiva, o incluso política, decisión arcana de un número, etc.), al paso que el seguro sólo puede celebrarse respecto de acontecimientos que lleguen a afectar el patrimonio o la existencia del asegurado.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

d) En la fianza el riesgo cubierto es siempre la responsabilidad civil de una persona física o moral por el futuro e incierto incumplimiento de una obligación, ora contractual, ora unilateralmente asumida, ora impuesta por alguna autoridad.

A pesar de las semejanzas entre la fianza y el seguro, tales que en algunos países se operan conjuntamente por empresas aseguradoras, existen entre ambas figuras diferencias fácilmente apreciables, que considero innecesario consignar aquí, pues resultan de lo expuesto en los incisos anteriores.

Así pues, para efectos del contrato que aquí se examina, por riesgo debe entenderse el *acontecimiento futuro y asegurable, de realización incierta pero posible, y de efectos dañinos para el patrimonio o para una persona física en su existencia, salud, integridad física, vigor vital o productividad*.

15.7.6 El riesgo asegurativo: régimen legal

Hasta ahora se ha hecho referencia al riesgo *objetivo*, vale decir, al acontecimiento *futuro e incierto*; pues bien, hay que agregar que la *LSCS* permite asegurar también un acontecimiento *pretérito*, a condición de que su realización sea incierta para ambas partes: se trata del riesgo *subjetivo*, que es aquel cuya realización o no en el pasado *desconocen* el asegurador y el tomador. En otras palabras: para la validez de un seguro con efectos retroactivos es requisito indispensable el absoluto desconocimiento de las partes acerca de la suerte que, durante el lapso retroactivo de la cobertura, hayan corrido los bienes objeto del contrato.

Así lo disponen los arts. 45 y 88, que además prescriben la nulidad del seguro en el que no haya un riesgo objetivo, o sea del que se celebre respecto de un riesgo que ya se realizó o que sea de imposible realización, si cualquiera de las partes conoce una u otra de tales circunstancias.

Nulo será, por tanto, el seguro que se contrate para cubrir los riesgos en tránsito de una mercancía que ya llegó a su destino, como también lo será si ya ocurrió el siniestro, a menos, en este último caso, que ambas partes ignoren la realización del siniestro; esto es, que para ellas se trate de un riesgo *subjetivo*.

Los indicados preceptos consignan las sanciones por la celebración de un contrato de seguro con efectos retroactivos, sin riesgo subjetivo de alguna de las partes:

a) Nulidad del contrato, en todo caso.
b) Si el asegurador conocía la inexistencia del riesgo, no tendrá derecho a cobrar la prima ni los gastos.
c) Si el contratante sabía que el siniestro se había realizado, no tendrá derecho a la restitución de la prima y deberá pagar los gastos.
d) En el seguro de daños, además, la parte que haya actuado con dolo o mala fe deberá pagar a la otra una cantidad igual al doble de la prima anual.

Por lo que al seguro de vida se refiere, mediante Circular núm. 305-5-45, publicada en el *DOF* 20 may. 1952, la SHCP prohibió expedir coberturas con efectos retroactivos.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

15.7.7 El riesgo: desaparición y agravación

Mas por lo que concierne a su existencia y grado, el riesgo se mueve entre dos puntos extremos: desaparición y agravación. La primera da lugar, como es de suponerse, a la terminación anticipada del contrato; la segunda está sujeta a una reglamentación un tanto compleja, que puede resumirse en las siguientes *reglas*:

1. Dentro de las 24 horas siguientes a su conocimiento, el asegurado debe informar a la empresa aseguradora de cualquier agravación esencial del riesgo; si no lo hace, o si la agravación es provocada por él, cesarán de *pleno derecho* las obligaciones de dicha empresa (art. 52, *LSCS*).

Tal regla merece dos apostillas:

a) Por agravación esencial entiende la ley todo "hecho importante para la apreciación de un riesgo, de tal suerte que la empresa habría contratado en condiciones diversas si al celebrar el contrato hubiere conocido una agravación análoga" (art. 53-I).

En forma ilustrativa, **Juan Carlos Félix Morandi**[33] define así este tipo de agravaciones:

> Existe, pues, *agravación del riesgo* (*stricto sensu*) cuando se produce un cambio en el estado del riesgo después de la estipulación del contrato, originado por un aumento de su probabilidad o de su intensidad, o por una alteración de las condiciones subjetivas del asegurado que sirvieron al asegurador para formarse opinión del estado del riesgo al concluir el contrato, debido a un hecho nuevo, no previsto ni previsible, relevante e influyente, que de haber existido al tiempo de concertarse el contrato habría impedido su celebración o incidido para que no se hiciera en las mismas condiciones.

b) He aquí un ejemplo, entre tantos otros que ofrece el derecho de seguros, de que, con la bendición legal, la empresa de seguros puede hacerse justicia por propia mano, pues, por sí y ante sí, le es dado calificar de esencial una agravación, y con ello negar el pago en su momento, sin declaración judicial de rescisión del contrato. *Véanse* las reflexiones que en su lugar (*supra* núm. 15.6.3) formulé a propósito de la posible existencia de una *sui generis* teoría jurídica del contrato de seguro. En confirmación de ello, examínese el contenido de la siguiente regla.

2. Ante la agravación esencial, el asegurador *puede* dar por rescindido el contrato, pero "su responsabilidad terminará 15 días después de la fecha en que comunique su resolución al asegurado" (art. 56), siempre que efectúe tal comunicación dentro de los 15 días siguientes al recibo del aviso escrito de agravación; de no hacerlo así "... se tendrá por hecha la renuncia..." del asegurador al derecho de rescindir el contrato, y se mantendrá vigente la cobertura (art. 58-III).

Parece faltar un eslabón de engarce entre este último precepto y el 52, que, como se dijo, dispone que, ante la falta del aviso de agravación, cesan de pleno derecho las obligaciones del asegurador, mientras que el art. 56 exige, como requisito para que

---

[33] *El riesgo en el contrato de seguro. Régimen de las modificaciones que lo agravan*, Astrea, Buenos Aires, 1974, págs. 46 y 47.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

opere la cesación, un aviso del asegurador y el ulterior transcurso de 15 días. La aparente incompatibilidad entre ambas disposiciones se soluciona, a mi juicio, mediante la siguiente interpretación: el segundo precepto se aplica al supuesto de que el asegurado —o el contratante— suministra oportunamente el aviso de agravación, pues justo es que a tal conducta corresponda la obligación del asegurador de mantener la cobertura: juzgo también que, sin embargo, el asegurador tiene derecho a cobrar la prima que corresponda al riesgo agravado.

3. Pese a todo lo anterior, si en el eventual siniestro no tuvo parte la agravación, el asegurador no podrá considerarse liberado de sus obligaciones (art. 55). Lo cual complica el ya de por sí intrincado régimen legal de la agravación pues, en verdad, con este precepto la *LSCS* da marcha atrás respecto de lo dispuesto en el art. 52, según el cual la falta de aviso por parte del asegurado había dado lugar a que en su momento cesaran de *pleno derecho* las obligaciones del asegurador; posteriormente, ocurrido el siniestro por causas ajenas a la agravación, resulta que no habían cesado tales obligaciones.

Pero además, la redacción del art. 55 no es plausible: "... la empresa aseguradora no podrá hacer uso de la cláusula que la libere de sus obligaciones, *cuando el incumplimiento no tenga influencia* sobre el siniestro..."; evidentemente, no es el incumplimiento de la obligación de dar aviso el que influye en el siniestro, sino las circunstancias que hayan dado lugar a la agravación (cambio de actividad del sujeto asegurado; cambio de giro de la negociación asegurada, etcétera).

4. La agravación parcial, esto es, la que sólo afecta a algunas de las personas o de las cosas aseguradas, incide sólo respecto de ellas, por lo que las obligaciones del asegurador se mantienen respecto de las demás (art. 57). Dos ejemplos ilustrarán esta regla: en un seguro colectivo, una de las personas aseguradas asume una actividad más peligrosa que las del resto del grupo; uno de los automóviles asegurados en flotilla es dedicado a competencias deportivas. La cobertura mantendrá todos sus efectos frente a los demás integrantes del grupo y al resto de los vehículos.

5. La agravación no perjudica al asegurado cuando no influya en el siniestro o en el monto de la suma indemnizable, ni cuando sobrevenga en cumplimiento de un deber de humanidad (art. 58-I y II). Ejemplos: el vehículo del supuesto mencionado al ilustrar la regla 4 anterior es robado del local de la negociación en el que se guardan los demás; el buque asegurado desvía su curso normal hacia una zona tempestuosa, en un intento por auxiliar a otra embarcación que está naufragando, y con tal motivo sufre daños.

15.7.8 El interés asegurable y el carácter indemnizatorio del seguro de daños

Legislaciones y doctrina están conformes, desde siempre, en que el seguro de daños no puede ser fuente de lucro para el asegurado, pues su misión es la de restablecer a su estado prístino un patrimonio desfavorablemente afectado por el siniestro y, en el seguro de provecho esperado, indemnizar al asegurado por la privación de una ganancia que legítimamente debía obtener; en consecuencia, sólo es asegurable el interés *económico* sobre las cosas, sus frutos o productos, y ningún asegurado puede pretender que se le pague cantidad alguna que exceda de dicho interés, aunque la

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

suma asegurada fuere superior. Tal es el contenido, sucintamente expresado, del interés asegurable y de su obligada consecuencia, el principio indemnitario del seguro de daños, elementos de definición y de existencia de nuestro contrato.

Se trata, pues, de la relación patrimonial entre una persona y un objeto, de tal manera que resulta plenamente válido afirmar que en todos los seguros de daños lo asegurado no es la cosa, sino el interés económico que la misma representa para su titular. Ello justifica plenamente lo dicho por **Sánchez Flores**:[34]

> Se ha establecido que el interés asegurable constituye el objeto del contrato y es considerado como un elemento del riesgo ya que sin interés no puede haber riesgo; su existencia es esencial para legitimar el contrato porque en el seguro de daños, es la medida para la indemnización;… es la relación entre un sujeto y un objeto amenazado por un hecho determinado, es decir que el interés asegurable depende de tres elementos: un bien, la relación jurídica con éste, y su exposición a un riesgo determinado.

La *LSCS* lo proclama en su art. 1o. —según se vio en su oportunidad—, pero con más precisión en los arts. 85 y 86: "Todo interés económico que una persona tenga en que no se produzca un siniestro, podrá ser objeto de contrato de seguro contra los daños"; "... la empresa aseguradora responde solamente por el daño causado hasta el límite de la suma y del valor real asegurados. La empresa responderá de la pérdida del provecho o interés que se obtenga de la cosa asegurada, si así se conviene expresamente".

Una importante consecuencia de que sea asegurable *cualquier* interés económico es la de que el propietario, pero también el acreedor con garantía real, puede asegurar la cosa sólo en interés de dicho acreedor, mas para que éste se beneficie del seguro, es necesario que así se indique en la póliza, pues de otra suerte se entenderá que la cobertura fue contratada sólo en interés del dueño; si, por el contrario, sólo se menciona el acreedor, el seguro se considera tomado también en beneficio del propietario, al que, empero, sólo puede aprovechar la suma asegurada, en caso de siniestro, después de satisfecho el interés del acreedor y de que dicho propietario le haya rembolsado las primas (art. 87).

La aplicación práctica del art. 2910 del *C.Civ.* podría plantear una situación aparentemente incompatible con lo dispuesto por el art. 109 de la *LSCS*. En efecto, mientras que el primero de tales preceptos dispone que, en caso de daños a una finca asegurada, "el valor del seguro quedará afecto al pago", el segundo de ellos proclama que, en el mismo supuesto, "el pago hecho a otra persona será válido cuando se haga sin oposición de los acreedores y en la póliza no aparezca mencionada la hipoteca,... ni estos gravámenes se hayan comunicado a la empresa aseguradora".

Sostengo que la incompatibilidad es sólo aparente, pues cualquier contradicción debe resolverse con apego a lo dispuesto por la *LSCS*, atentas las siguientes razones:

1. La *LSCS* es posterior al *C.Civ.*
2. Los derechos y las obligaciones derivados del contrato de seguro son los previstos por la propia Ley, en cuanto reguladora del mismo.
3. Tal contrato es mercantil y, por tanto, sus consecuencias no pueden ser las previstas por la regulación civil en la medida en que sean divergentes. No se olvide que el *C.Civ.* es sólo de aplicación supletoria en materia mercantil.

---

[34] *El contrato de seguro…*, *cit.*, pág. 217.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

De esta suerte, la disposición civil sobre que la suma indemnizable quedará afecta al pago del adeudo hipotecario sólo será de aplicación cuando el gravamen se mencione en la póliza o se haya hecho del conocimiento de la empresa aseguradora.[35]

15.7.9 El interés asegurable: reglas de operación; el coaseguro

Como es de suponerse, la vital importancia del interés económico asegurable y de sus posibles variaciones en el curso del contrato trae consigo la necesaria aplicación de ciertas reglas a las que, por recoger una larga experiencia asegurativa, el legislador ha querido dar carácter preceptivo. He aquí algunas de las más importantes:

a) La pérdida *total de la cosa asegurada*, por razones ajenas al riesgo cubierto, acarrea la anticipada terminación del contrato (art. 89, *LSCS*).
b) La *disminución esencial de valor de la cosa asegurada* da lugar a la reducción de la suma asegurada, con la consecuente reducción, para los periodos posteriores, en el monto de la prima (art. 90).
c) *El sobreseguro*, esto es, el seguro contratado por una suma superior al real valor de la cosa, es válido sólo hasta la concurrencia de este último y, por supuesto, da lugar a la reducción de la suma asegurada y de la prima; pero si al determinarse la suma original hubo "dolo o mala fe de una de las partes, la otra tendrá derecho para demandar u oponer la nulidad y exigir la indemnización que corresponda por daños y perjuicios" (art. 95).
d) En caso de *doble seguro*, o sea el contratado con dos o más aseguradores contra el mismo riesgo y por el mismo interés, el asegurado —o, aunque no lo especifica la ley, el contratante— debe informar por escrito a cada uno de los aseguradores sobre la existencia de los demás seguros (art. 100).

Surge así el *coaseguro* o *coseguro*, que en la práctica se presenta con frecuencia involuntariamente, sobre todo en el seguro de transportes y en el de automóviles, pues los seguros respectivos son contratados por diferentes tomadores.

Para salvar las intrincadas y cotidianas situaciones que plantean, en el seguro de automóviles, el coaseguro superveniente y el entrecruzamiento de responsabilidades e indemnizaciones, en varios países, México entre ellos, los aseguradores del ramo han celebrado un *convenio de golpe por golpe*, con arreglo al cual, en caso de siniestro en el que participen dos o más asegurados de empresas firmantes del convenio, cada una de éstas resarce a su propio asegurado, sin consideración de la responsabilidad que le haya incumbido en el siniestro.

La intencional omisión del aviso a los demás aseguradores liberará a éstos de sus obligaciones, así como el hecho de que los diversos seguros se contraten con la intención de obtener un provecho ilícito (art. 101).

Finalmente, el coaseguro por una suma total que exceda al valor del interés asegurable es válido, si los diversos contratos se otorgaron de buena fe, y cada asegurador

[35] Para un amplio estudio sobre el derecho de los acreedores privilegiados respecto de los bienes asegurados, *véase* **Carlos Vargas Vasserot**, *El seguro de la finca hipotecada,* Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2003.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

se obliga hasta por la suma que haya cubierto, pero el asegurado no podrá percibir, en total, cantidad alguna por encima del valor real del daño sufrido (art. 102).

15.7.10 Inexistencia del interés asegurable y del principio indemnizatorio en el seguro de vida

No obstante todo lo dicho en torno a la función, en el seguro de daños, de estos dos inseparables caracteres, autorizadas voces se han alzado para reclamar su existencia también en el seguro de vida, y para proclamar con ello el carácter unitario de nuestro contrato, que de ese modo devendría indemnizatorio en todo caso.

Uno de los propugnadores de la teoría unitaria, **Donati**,[36] pone de manifiesto que los reparos al carácter indemnizatorio de los seguros de personas son:

a) La repugnancia a considerar al hombre como una cosa susceptible de valoración, y de concebir una relación entre un sujeto y su propio cuerpo.
b) La falta de claridad en el planteamiento de la relación entre necesidad, interés y daño.
c) La dificultad para admitir, desde el punto de vista del derecho positivo, la necesidad del interés en el seguro de personas, particularmente en el de vida.
d) La incapacidad para obtener las debidas consecuencias, respecto al interés, de la distinción entre el momento de la celebración del contrato y el momento del siniestro.

El propio autor expresa que tales posturas y argumentos son superables, y para demostrarlo expone la construcción doctrinaria de que tanto él como los demás seguidores del principio indemnitario común han venido echando mano; construcción que, empero, ha sido vigorosamente combatida por **Ossa**[37] con argumentos que, considerados en conjunto, se antojan demoledores. He aquí algunos de ellos; de su contexto se infieren las posturas que combate:

a) No es verdad que la muerte (aun concibiendo la vida como un bien patrimonial) sea necesariamente germen de un daño; y menos para la persona a quien sobreviene; considérese el caso de la muerte de un inválido o de un anciano improductivo para quien, por el contrario, la supervivencia es el germen del daño.
b) El suscriptor de un seguro de vida no pretende la indemnización de un daño —que es un concepto jurídico—, sino, a lo más, la satisfacción de una eventual necesidad —concepto económico.
c) Pero aun de aceptarse que la pérdida de la vida produzca un daño, y que la magnitud de ese daño sea objeto de arbitraria estimación por el tomador del seguro y, por último, que la causa del contrato sea la indemnización de tal daño, ¿en qué cabeza ha de radicarse el daño?; ¿de qué patrimonio forma parte el derecho a la indemnización? Cualquiera que sea la respuesta, chocará con la institución del beneficiario, a quien, como se sabe, el asegurado —o en su caso, el contratante— puede libre-

[36] *Op. cit.*, pág. 205.
[37] *Op. cit.*, págs. 205-223.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

mente designar y, por tanto, percibirá la suma asegurada, tal vez sin haber sufrido merma alguna en su patrimonio.

d) Y aceptada la función indemnizatoria de los seguros de personas, ¿debe también operar la subrogación del asegurador que paga, en caso de que la muerte del asegurado haya provenido de un hecho ilícito?; en caso afirmativo, ¿por qué cantidad se subrogará?

Los anteriores, como anuncié, no agotan el elenco de reparos planteados por **Ossa** a la corriente unificadora del seguro, de la cual son también voceros **Tullio Ascarelli**,[38] **Luca Buttaro**,[39] **Rodríguez Rodríguez**,[40] **Uría González**,[41] **Sánchez Calero**[42] y **Stiglitz**.[43]

Por mi parte, también encuentro insuficiencia en los argumentos unitaristas. No acabo de compartir el criterio de que al contratarse un seguro sobre la vida el tomador, que en los seguros individuales suele ser el propio asegurado, tenga un interés económico, así sea de valor indeterminado, sobre su propia existencia. Pero además, añádase a las críticas formuladas a tal postura una consideración más, cual es la de que modernamente, como ocurre ya en los países de la Unión Europea, se vienen considerando como de seguro los contratos de eventuales servicios con prepago por parte del prestatario. ¿Habrían de incluirse en la pretendida definición única, para incluir tales prestaciones de servicios como indemnizatorias, habida cuenta de que en estos casos no opera el pago de suma alguna por parte del prestador?

Como forma de apoyar la concepción unitaria del seguro, ha surgido una clasificación de nuestro contrato que distingue entre seguros de daños o de indemnización efectiva y seguros de sumas; como es de suponerse, estos últimos no cubren, a lo menos de modo directo, la eventual afectación de bienes del asegurado. "En estos seguros la indemnización efectiva no se puede conseguir no ya sólo por la dificultad de precisar el valor del daño, sino también por la imposibilidad práctica de llegar a un resarcimiento completo de él".[44] El mejor ejemplo de esta forma de seguro es la que atañe al de la vida.

Mantienen, en cambio, la concepción bifronte del seguro: **Vivante**,[45] **Garrigues**,[46] **John H. Magee**,[47] **Messineo**,[48] **Cervantes Ahumada**[49] y **Halperín**.[50]

---

[38] "Elisir di lunga vita e interesse nell'assicurazione", en *Saggi di Diritto Commerciale*, Giuffrè, Milano, 1955, pág. 439.

[39] "Moderni orientamenti sul concetto giuridico di assicurazione nella dottrina italiana", en *Atti del Primo Congresso Internazionale di Diritto delle Assicurazione*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1963, págs. 279 y siguientes.

[40] Curso de derecho mercantil, 4a. ed., Editorial Porrúa, México, 1960, pág. 188.

[41] "Orientaciones modernas sobre el concepto jurídico del seguro en la doctrina española e hispanoamericana", en *Atti del Primo Congresso Internazionale di Diritto delle Assicurazione*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1963, págs. 341 y siguientes.

[42] *Ley de contrato..., cit.*, págs. 384 y siguientes.

[43] *Derecho…*, *cit.*, I, págs. 20, 21 y 36.

[44] **Fernando Sánchez Calero** *et al.*, *Ley de…*, *cit.*, pág. 1437 e *Instituciones..., cit.*, pág. 521.

[45] *Op. cit.*, págs. 610 y 611.

[46] *Contrato…*, *cit.*, págs. 484 y 485.

[47] *El seguro de vida*, UTEHA, México, 1964, pág. 363.

[48] *Manual de derecho civil y comercial*, ts. IV y V, trad. de la 8a. ed. italiana, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1971, pág. 175.

[49] *Derecho mercantil*, 4a. ed., Editorial Herrero, México, 1982, pág. 590.

[50] *Op. cit.*, t. I, págs. 33 y siguientes.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

En forma concluyente, **Juan Carlos Félix Morandi**,[51] al comentar esta postura unitaria, se expresa así: "Esta teoría, si bien tiene un gran contenido económico, ha fracasado al querer ser aplicada en el ámbito del derecho, en donde es propio hablar de 'daños' y no 'necesidad'. Además, la distinción entre necesidad concreta y necesidad abstracta, destruye el concepto unitario de la misma, porque hacer abstracción de la necesidad, es prescindir de ella."

Conviene precisar, por último, que el seguro de vida puede ser la forma, por supuesto, de cubrir un interés económico, pero si ello se consigna en la póliza, el beneficiario sólo podrá percibir la suma que corresponda a su interés; el resto de la suma asegurada se entregará a los demás beneficiarios designados y, si no los hubiere, conforme al derecho sucesorio (art. 152, *LSCS*).

Y en verdad, es frecuente este tipo de seguro. Numerosos créditos bancarios se otorgan con el requisito de que el acreditado contrate un seguro sobre su vida, que permita al acreditante cobrar, en caso de siniestro, el saldo a su favor.

15.8 Otros derechos y obligaciones de las partes

15.8.1 Generalidades

Todo lo dicho hasta ahora configura, bien visto, un elenco de derechos y obligaciones del asegurador, del asegurado y, en su caso, del tomador; pero hay otros más, que a continuación relacionaré, comunes a todo tipo de seguros, sin perjuicio de consignar, con posterioridad, algunos específicamente relacionados con los seguros de personas.

15.8.2 Posición del asegurador

La circunstancia de que, como se ha visto y se confirmará más adelante, la *LSCS* mencione los casos en los que el asegurador puede dar *por rescindido* el contrato, así como aquellos en los que se *libera* total o parcialmente, o queda *desligado* de sus obligaciones, otros en los que el contrato es *nulo*, algunos en los que *cesan* los efectos del contrato y, en fin, otros más en los que debe considerar *resuelto* dicho contrato, todo lo cual enmarca un panorama que no es precisamente diáfano, hace pensar que tal asegurador no puede, en cambio, dar por terminado el contrato anticipadamente, sin causa justificada.

Ociosa pareciera la observación anterior, de no ser porque en la práctica —a lo menos en la mexicana— ocurre que ciertos aseguradores, ante la información, confirmada o no, de que un asegurado configura un *mal riesgo moral*, le expiden un *endoso de cancelación*, con efectos de terminación anticipada del contrato. Evidentemente, la calidad de asegurado indeseable no constituye, por sí sola, causa que funde legalmente la conducta del asegurador.

Además, a tal conclusión debe llegarse también, por aplicación del art. 193 de la *LSCS*, rectamente interpretado: "*Todas* las disposiciones de la presente ley tendrán el

[51] *Estudios de derecho de seguros*, Ediciones Pannedille, Buenos Aires, 1971, pág. 125.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

carácter de imperativas, a no ser que admitan *expresamente* el pacto en contrario"; ¿y cómo podría fundarse legalmente la unilateral privación al asegurado de la cobertura, sin causa prevista por la *LSCS*?

Son derechos del asegurador:

a) *Rescindir* el contrato cuando el asegurado agrave circunstancias esenciales del riesgo, aunque prácticamente no lo modifiquen (art. 63).

Tal es el caso de un local, asegurado como casa-habitación para el caso de incendio, en el que temporalmente se almacenan sustancias combustibles.

b) *Rescindir* el contrato en caso de cambio de dueño de la cosa asegurada (art. 107).

c) *Reducir la prestación* debida, en caso de que no se le notifique oportunamente la ocurrencia del siniestro (art. 66).

d) Considerarse *desligado* de sus obligaciones si, para impedir que se comprueben oportunamente las circunstancias del siniestro, no se le notifica oportunamente su ocurrencia (art. 68).

e) Dar por *extinguidas* sus obligaciones si, para hacerlo incurrir en error, se le disimulan o declaran de modo inexacto, con motivo del siniestro, hechos que debieran excluir o reducir tales obligaciones e igualmente en caso de que, con el mismo propósito, no se le remita en oportunidad la información documental del siniestro (art. 70).

> **Jurisprudencia.** Al resolver el amparo directo 3626/2005, Seguros Bital, S.A. de C.V., el 23 de junio de 2005, el Sexto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito sostuvo que "La información a que se refieren los artículos 69 y 70 de la Ley relativa no puede ser arbitraria, de manera tal que con ello las aseguradoras eludan sus obligaciones… sin embargo, la información que preceptúan los artículos invocados, no puede ser arbitraria con la finalidad de que las instituciones aseguradoras eludan el cumplimiento de sus obligaciones, consignadas en la póliza del contrato respectivo, soslayando con ello el diverso numeral 1194 del *Código de Comercio*, que dispone que el actor debe probar su acción y el demandado sus excepciones,…".

Tal criterio parece por demás errado, pues un examen, por superficial que sea, del texto de los citados preceptos conduce a estimar que, cuando una institución aseguradora considere que es insuficiente la información que se le suministra con motivo de un siniestro, será el reclamante quien afirme, en caso de juicio, que dicho siniestro quedó cubierto por los términos de la póliza y, por tanto, a él debe corresponder la carga de la prueba, no así a la aseguradora, en razón de que niega lo afirmado por el actor, y además, en principio, carece de los antecedentes y elementos de los que en cambio, por hipótesis, dispone el reclamante con amplitud.

f) Adquirir los efectos salvados del siniestro, mediante pago al asegurado (art. 116).

g) Elegir, como forma de cumplir con su obligación principal, entre el pago, la reposición o la reparación de la cosa asegurada (art. 116, *LSCS*).

La *LGISMS* permite que, previa autorización de la SHCP, las instituciones aseguradoras tengan "sanatorios, talleres y demás servicios destinados exclusivamente al cumplimiento de sus obligaciones derivadas de las pólizas de seguros" (art. 67).

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

La principal obligación del asegurador que es, como tantas veces se ha dicho, la de pagar, debe cumplirse a más tardar 30 días —a mi juicio hábiles— después de la fecha en que reciba la documentación que le permita conocer las circunstancias del siniestro, así como el fundamento e importe de la reclamación (art. 71, *LSCS*).

15.8.3 Posición del asegurado. Obligaciones, deberes y cargas

Por la trascendencia que ello tiene en el verdadero alcance de los compromisos a cargo del tomador y, más frecuentemente, del asegurado, importa dejar precisadas las semejanzas y diferencias entre obligaciones, deberes y cargas, pues su incumplimiento puede acarrear consecuencias diferentes, que en algunos casos la doctrina, y en otros, más lamentables aún, el legislador, no ha logrado captar en su auténtica dimensión jurídica dentro del ámbito contractual.

Es *obligación,* siempre para efectos contractuales, la conducta, activa o pasiva de las partes, impuesta por la ley o voluntariamente estipulada, cuyo incumplimiento hace surgir el derecho y la consecuente acción procesal de la parte afectada para exigir el cumplimiento o, en su defecto, la rescisión, el pago de los daños y perjuicios y, si procede, el de las penas convencionales.

El *deber,* en cambio, implica también una conducta activa o pasiva, pero en este caso exclusivamente impuesta por la ley, con la circunstancia de que su cumplimiento no puede ser coactivamente exigido, pero el incumplimiento da lugar a la nulidad, en ocasiones a la ineficacia o invalidez del contrato o bien a la pérdida —*rectius,* caducidad— de todos o parte de los derechos por parte del incumplido.

Por último, la *carga,* que igualmente puede consistir en un hacer o no hacer, resulta de una voluntaria estipulación contractual, tampoco imperativamente exigible, pero cuyo incumplimiento ocasiona la caducidad de todos o parte de los derechos de la parte remisa o, como se dice en algunos textos legales, la liberación total o parcial de las obligaciones de la otra parte. Por ello, una parte de la doctrina afirma que se trata de una condición resolutoria.

Aunque casi resulta ocioso afirmar que los tres tipos de compromisos son susceptibles de figurar en todos los contratos, una vez más conviene subrayar el primerísimo papel que los deberes y las cargas protagonizan en nuestro contrato. He aquí un sumarísimo elenco de todos ellos:

a) La principal —y frecuentemente única— *obligación* del tomador, casi siempre en su atuendo de asegurado, es la de pagar la prima.
b) El proponente u oferente reporta el *deber* de declarar "todos los hechos importantes para la apreciación del riesgo que puedan influir en las condiciones, convenidas, tales como los conozca o deba conocer en el momento de la celebración del contrato", (art. 8o., *LSCS*), pues de no hacerlo así la empresa aseguradora estará facultada "para considerar rescindido (*sic*) de pleno derecho el contrato, aunque no hayan influido en la realización del siniestro" (art. 47).

Aquí resulta evidente la impropiedad de calificar como *rescisión* lo que en estricto derecho es *nulidad*, por vicios del consentimiento de la aseguradora. Otro deber del asegurado es el de comunicar a la aseguradora las agravaciones esenciales del riesgo dentro de las 24 horas siguientes al momento en que las conozca; de

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

no hacerlo así, o si él provoca la agravación, "cesarán de pleno derecho las obligaciones de la empresa en lo sucesivo" (art. 52).

La ocurrencia del siniestro hace surgir graves deberes para el asegurado o el beneficiario, pues de inmediato debe ponerse en conocimiento de la aseguradora; en caso contrario, ésta "podrá reducir la prestación debida hasta la suma que habría importado si el aviso se hubiere dado oportunamente" (art. 67).

Además, el asegurado debe realizar todos los actos encaminados a la atenuación de los efectos del siniestro y, como deber de no hacer, está impedido de variar el estado de las cosas, como lo disponen los arts. 113 y 114; de no cumplir lo ordenado en cualquiera de tales preceptos, "la empresa aseguradora tendrá el derecho de reducir la indemnización hasta el valor a que ascendería si dicha obligación se hubiere cumplido" (art. 115).

Ya que no es el presente un estudio monográfico, he de omitir el examen de otros muchos deberes consignados en la *LSCS*.

c) Por último, son *cargas* del asegurado los compromisos que le impone el asegurador consistentes, por ejemplo, en la realización de ciertas obras materiales para conjurar el peligro de incendio, para combatirlo en caso de que se presente o para evitar que se propague; en la adopción de medidas de seguridad para atenuar el riesgo de robo, etc. Cargas éstas legalmente previstas y permitidas: "Lo dispuesto en los dos artículos anteriores no impedirá que en el contrato se pacten expresamente determinadas obligaciones a cargo del asegurado con el fin de atenuar el riesgo o impedir su agravación" (art. 54).[52]

15.8.4 La protección del asegurado

Los vientos protectores de los intereses de la parte débil en el contrato han llegado también, y con especial intensidad, al mundo del seguro, por razones fácilmente comprensibles: los asegurados, como todos los demás consumidores, al contratar se encuentran a merced de los aseguradores, pues deben aceptar clausulados de hecho inmodificables, incluso frecuentemente aprobados por la autoridad competente.

Añádase a ello que se trata de textos en los que el derecho y la técnica se entremezclan, de manera que su redacción hace que escapen al entendimiento de los asegurados, usualmente legos en una o en ambas disciplinas.

Las consecuencias son de esperarse: en caso de controversia los asegurados se encuentran en una notoria inferioridad de condiciones jurídicas y técnicas, que dificulta la obtención de sentencias favorables. Y ello sin contar con el lamentablemente generalizado desconocimiento de esta materia por parte de nuestros juzgadores.

El clamor de inconformidad suscitado por todo ello ha encontrado un eco inesperadamente favorable por parte de los diversos estratos involucrados en la operación del seguro, incluso de los propios aseguradores, que a lo menos en dos formas están tratando de reducir las diferencias técnicas, jurídicas y económicas en sus relaciones con los asegurados. Se trata, como habrá oportunidad de examinarlo más adelante, de la

[52] Es de verse un estudio sobre las diferencias entre obligación y carga en **Roberto L. Mantilla Molina**, *Títulos de crédito*, 2a. ed., Editorial Porrúa, México, 1983, págs. 120 y 121.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

autoelaboración y voluntaria adopción de códigos de conducta[53] —y de la instauración de un defensor del asegurado.[54]

Pero también los Estados —a lo menos algunos de ellos— han tomado partido en esta corriente tutelar y así lo vienen poniendo de manifiesto mediante leyes, reglamentos y disposiciones administrativas. Como botón de muestra permítaseme invocar la *Ley de Contrato de Seguro* española de 1980, a través de preceptos cuya palmaria intención no hace falta encarecer:

> Las distintas modalidades del contrato de seguro, en defecto de Ley que les sea aplicable, se regirán por la presente Ley, cuyos preceptos tienen carácter imperativo, a no ser que en ellos se disponga otra cosa. *No obstante, se entenderán válidas las cláusulas contractuales que sean más beneficiosas para el asegurado* (art. 2o.).
>
> Las condiciones generales, *que en ningún caso podrán tener carácter lesivo para los asegurados*, habrán de incluirse por el asegurador en la proposición de seguro si la hubiere y necesariamente en la póliza de contrato o en un documento complementario, que se suscribirá por el asegurado y al que se entregará copia del mismo. Las condiciones generales y particulares se redactarán *de forma clara y precisa. Se destacarán de modo especial las cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados, que deberán ser específicamente aceptadas por escrito*.
>
> Las condiciones generales del contrato estarán sometidas a la vigilancia de la Administración Pública en los términos previstos por la Ley. Declarada por el Tribunal Supremo la nulidad de alguna de las cláusulas de las condiciones generales de un contrato, la Administración Pública competente *obligará a los aseguradores a modificar las cláusulas idénticas contenidas en sus pólizas* (art. 3o.).[55]

No menos incisiva ha sido la actividad de organismos internacionales en el mismo sentido, mostrada, de forma principal, en la multicitada Directiva 93/13/CEE y, más recientemente, en el Dictamen sobre "Los consumidores en el mercado de los seguros" que, con el carácter de iniciativa, elaboró el Comité Económico y Social de las Comunidades Europeas durante el mes de enero de 1998, documento ampliamente difundido, del cual me limito a entresacar la apremiante recomendación que se formula a los cuadros directivos de la Unión Europea, así como a los gobiernos de los países que la forman, para que tomen las necesarias medidas a fin de regular, con una decidida postura protectora de los intereses y derechos de los asegurados, los siguientes aspectos:

---

[53] Que en Italia por ejemplo, alcanza el rango de un Protocolo de Acuerdo celebrado entre la asociación de aseguradores (ANIA) y la de consumidores (ADICONSUM), de 1994.

[54] Como lo han hecho aseguradores de varios países, entre ellos Colombia, España, México y el Reino Unido.

[55] Para amplios comentarios sobre estos preceptos, *véanse*: **Fernando Sánchez Calero** y **Francisco Javier Tirado Suárez**, *op. cit.*, págs. 28-94; **Aitor Guisasola Paredes**, *Cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados y cláusulas delimitadoras del riesgo cubierto*, Fundación Mapfre Estudios, Madrid, 1997, págs. 89-125; **María Antonia Bergas**, "Cláusulas abusivas en contratos de seguros y protección de los consumidores", en *Aseguranza*, núm. 20, julio-agosto 1998, Madrid, págs. 51-57. Estos últimos no dudan, además, de la aplicabilidad, al contrato de seguro, de la Directiva 93/13/CEE, antes mencionada en este libro. En cuanto a **Bergas**, sin ambages lo encuadra, en la también citada Ley española 7/1998, sobre Condiciones Generales de la Contratación.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

a) La publicidad y la información previa a la contratación, incluida la llamada *publicidad intrusa* por medio del teléfono, el fax y el correo electrónico, toda la cual debe ser correcta y completa.
b) Que los mediadores, agentes o corredores posean una adecuada formación ética y técnica que les permita —a lo cual deben estar obligados— prestar una adecuada asesoría pre y posventa, por lo que no es aconsejable la operación de la modernamente llamada *banca-seguro* que no puede satisfacer los requerimientos.
c) El combate a las cláusulas abusivas, formen parte o no de las condiciones generales, de las cuales se mencionan 23 tipos en el documento de que se trata.
d) Poner un eficaz remedio a la llamada *lentitud siniestral* mediante la adopción de procedimientos ágiles cuya solución, en caso de conflictos, debe confiarse a juzgadores, incluso de carácter arbitral, ética y profesionalmente preparados. Por lo mismo, ha de propiciarse la redacción de códigos de ética y la creación del defensor del asegurado.

Finalmente, pero ahora con referencia al ámbito mexicano, importa recordar que la CONDUSEF reporta el deber de revisar, y en su caso proponer, modificaciones a los documentos que las entidades aseguradoras utilicen para informar a los asegurados y beneficiarios, sobre el estado que guardan las operaciones relacionadas con dicho contrato (art. 59, *LPDUSF*).

De paso, resulta ilustrativo el dar cuenta de que, según notas periodísticas, al concluir el año 2010 la citada CONDUSEF había aplicado multas por valor cercano a 54 millones de pesos, tanto a bancos como a entidades aseguradoras, por el incumplimiento de la normativa y la falta de transparencia en sus servicios, que impidieron la cancelación de pólizas por teléfono, a pesar de que se habían vendido por el mismo medio.

Se informó también que las principales controversias se relacionaron con incumplimiento de los contratos (2,120), falta de disposición de la aseguradora para cancelar contratos por petición de los usuarios (3,100) y venta de productos asociados al seguro de vida (1,640).

En forma por demás animada de un indudable espíritu de justicia, pero de muy controvertible legalidad, el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito se expresó en la siguiente forma, al resolver el amparo directo 580/2008, Kemper de México, Compañía de Seguros, S.A., el 9 de octubre de 2008: Seguros. Carga probatoria del asegurado que debe tenerse por cumplida por falta de información de la aseguradora.

Jurisprudencia. La interpretación sistemática y funcional de los artículos 66 y 69 de la *Ley sobre el Contrato de Seguro*; 36, fracción IV, y 36 B, de la *Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros*, dentro del ámbito del derecho del consumo al que corresponde genéricamente el contrato de seguro, y las garantías constitucionales y legales establecidas a favor de los consumidores de estos servicios, lleva a la convicción de que el derecho a la información, conferido a los asegurados, se traduce en la obligación de las compañías aseguradoras de asesorar profesionalmente y de buena fe a toda su clientela,

continúa

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

continuación

respecto a los contratos de seguro que celebren o pretendan celebrar, mediante la transmisión de los conocimientos, elementos y datos, fácticos y jurídicos, requeridos para satisfacer las necesidades de esta especie de consumidores, y la explicación suficiente y adecuada de sus efectos y consecuencias, tanto en los actos preparatorios y de celebración de los contratos, como en todos los actos que se susciten durante la vigencia del pacto, y con especial relevancia durante el surgimiento de posibles siniestros cubiertos por esa relación jurídica. En tales condiciones,… la aseguradora no debe concretarse a una simple negativa o a sustentar su rechazo en la primera razón o motivo que considere existente, sino que está obligada a hacer una exposición detallada y prolija de todas y cada una de las razones que a su juicio profesional puedan obstaculizar el obsequio de la pretensión, sin omitir motivo alguno, por leve que sea… Por tanto, si la aseguradora no cumple con la obligación de informar debidamente, y su incuria o mala fe provoca o propicia que al acudir al proceso jurisdiccional, el asegurado no cumpla o cumpla deficientemente algunas cargas procesales que le incumban, la carga debe tenerse por satisfecha respecto de las omisiones originadas en la conducta de su contraparte, como medio de resarcimiento y restitución al afectado, por los daños y perjuicios causados con el ilícito de su contraria, de manera sencilla, inmediata, directa, adecuada y proporcional… Asimismo, al ser la ley procesal un mecanismo o instrumento expedido para la satisfacción de los mandamientos de la ley sustantiva, y ser también de carácter general frente a la legislación de seguros, si como resultado de la aplicación de esta última, el asegurado queda eximido de acreditar ciertos hechos, o de hacerlo exactamente en los términos de la ley adjetiva, es inconcuso que ya no es exigible el cumplimiento total de las disposiciones procesales sobre distribución de las cargas procesales, como ocurre con otra clase de asuntos.

Por muy loable que sea la intención del citado tribunal juzgador, por encima de ello es censurable que haya arrojado al olvido lo dispuesto por el art. 5o., segundo párrafo, de la *LFPC*, en cuanto se expresa como sigue: "… quedan excluidos los servicios regulados por las leyes financieras que presten las instituciones y organizaciones cuya supervisión o vigilancia esté a cargo de las comisiones nacionales… de Seguros y Fianzas… o de cualquier órgano de regulación, de supervisión o de protección y defensa dependiente de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público", supuesto en el que, como es perfectamente sabido, se ubican las instituciones aseguradoras.

15.8.5 El infraseguro

Deliberada o involuntariamente, es posible que la suma asegurada sea inferior al valor del interés asegurado, y ello desde el primer momento o en forma superveniente. La falta de coincidencia entre ambos puede conducir a cualquiera de dos soluciones:

1. Pacto en el sentido de que el asegurador resarcirá cualquier daño por su importe total, siempre dentro del límite de la suma asegurada, según cláusula conocida con la expresión "a primer riesgo".
2. Aplicación de la *regla proporcional*, según la cual el asegurador, de cara al siniestro, sólo "responderá de manera proporcional al daño causado" (art. 92), en cuyo caso

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

la proporción de pago será la misma que guarden la suma asegurada y el valor del interés asegurado.

La *regla proporcional*, de inserción generalizada en las pólizas, es, en algunas ocasiones, fuente de controversias, de modo especial en los casos de infraseguro superveniente, que suele presentarse como obligada consecuencia de la pérdida de valor de la moneda, o por revaluación de bienes cubiertos por el seguro, pues los asegurados encuentran injusto que, no obstante haber contratado por una suma asegurada igual al valor de su interés, ulteriormente no se les pague el monto íntegro de un siniestro parcial.

Es, por ello, conveniente explicar las razones en que se funda la regla proporcional: en el momento en que el valor del interés es superior a la suma asegurada, el tomador acepta tomar a su cargo, o a cargo del asegurado (en forma tan gráfica como impropia, los aseguradores emplean para este supuesto la expresión *autoseguro*), el importe, en caso de siniestro total, de la diferencia entre ambas sumas, pues sabe que tal diferencia no le será pagada por el asegurador, cuya obligación pecuniaria ha quedado por debajo del interés económico en la cosa asegurada. Pero de ello resulta que el asegurador sólo percibe una prima correspondiente a la *parte proporcional* del valor del interés, y no al valor total; en consecuencia, tal proporción debe operar en caso de siniestro parcial, como tendría que operar en el de siniestro total, y entonces la proporción *autoasegurada* se debe mantener en *todo caso* a cargo del asegurado.

Mas, como quedó apuntado, la regla proporcional es renunciable por el asegurador; obviamente, la renuncia le obligará a pagar, por su importe total, cualquier siniestro parcial, a pesar del infraseguro.

Renuncia tal es frecuente en el llamado seguro a *primer riesgo*, con el que se cubren, de ordinario para el caso de incendio y robo, las existencias de grandes tiendas o almacenes, y se explica porque la experiencia demuestra que en locales de grandes dimensiones y con crecidas existencias de mercancías, el incendio o el robo no suele ser total, por lo que no se justifica una suma asegurada por el valor total de las existencias, que además varía de momento a momento. Mediante el pago de la prima adecuada, en estos casos se cubren, pues, a su valor total y no obstante el convenido infraseguro, los siniestros parciales.

15.8.6 La subrogación del asegurador

"La empresa aseguradora que pague la indemnización —dispone el art. 111 de la *LSCS*— se subrogará hasta la cantidad pagada, en todos los derechos y acciones contra terceros que por causa del daño sufrido correspondan al asegurado." He aquí, por tanto, otra de las consecuencias del carácter indemnizatorio de los seguros de daños: pues la subrogación no opera en los seguros de personas, según disposición del art. 152.

Se aduce, como *ratio legis* del *principio subrogatorio*:

a) La inconveniencia de que pudiera quedar impune la conducta dolosa, culposa o generadora de responsabilidad del causante del daño.
b) Que de no existir la subrogación, se plantearía la posibilidad de lucro por parte del asegurado, que percibiría del asegurador el importe de los daños, pero tendría expeditos sus derechos y acciones en contra del tercero, de quien podría obtener

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

una segunda indemnización, por donde el seguro resultaría fuente de enriquecimiento injustificado.

c) Por último, que también impide que el tercero obtenga un provecho ilícito pues, de no operar la subrogación, y satisfecho el interés del damnificado, dicho tercero se beneficiaría con la liberación de la responsabilidad pecuniaria a la que debe hacer frente, por imperativo legal.

Por lo demás, la subrogación está sujeta a reglas legales lógicas y sencillas, previstas por el ya citado art. 111 de la *LSCS:*

a) Sólo opera hasta por la cantidad indemnizada; si el monto del daño fue mayor, el asegurado y el asegurador podrán hacer valer sus respectivos derechos en contra del responsable, en la proporción que a cada uno corresponda.

b) Cualquier acto u omisión del asegurado —yo agregaría al contratante— que impida la subrogación, faculta al asegurador para liberarse de sus obligaciones, total o parcialmente.

c) Opera por ministerio de ley, esto es, automáticamente por el solo efecto del pago hecho al asegurado o beneficiario. En consecuencia, no precisa de cesión ni de manifestación sobre el particular de este último, fuera de su recibo por la suma percibida.

d) No opera en el seguro sobre las personas (art. 152, último párr., *LSCS*).

No carece de interés el poner aquí de manifiesto algunas disquisiciones doctrinales en lo que atañe a la naturaleza jurídica y otros atributos de esta subrogación. Así, **Sánchez Calero**[56] apunta que:

> ... se ha manifestado por algunos que estamos ante un supuesto particular de *subrogación por pago*, mientras que otros han señalado que nos encontramos ante un caso de cesión de crédito, o simplemente ante un ejercicio de la acción subrogatoria (es decir, con un alcance puramente procesal, lo que generalmente se rechaza), o bien ante una forma *sui generis*, propia del derecho mercantil, que origina un supuesto atípico de sucesión en el crédito del asegurado frente al tercero responsable... podemos decir que, aun cuando la subrogación no se produzca automáticamente nos encontramos ante un caso de subrogación legal, ya que la Ley confiere al asegurador el derecho a subrogarse, en el sentido de que —una vez pagada la indemnización— podrá ejercitar los derechos y las acciones que por razón del siniestro corresponderán al asegurado frente a las personas responsables del mismo...

El esfuerzo interpretativo de este autor se explica porque el art. 43 de la *Ley* española no se expresa con la rotundidad de la mexicana: "El asegurador, una vez pagada la indemnización, *podrá ejercitar los derechos y las acciones* que por razón del siniestro correspondieran al asegurado frente a las personas responsables del mismo...". Como puede apreciarse, no aclara a qué título puede actuar el asegurador.

Por su parte, **Halperín**[57] formula las siguientes apuntaciones:

> La subrogación (transferencia, en realidad) no cambia el contenido de la obligación del tercero... El asegurador no puede renunciar a la subrogación, si es que con esa renuncia

---

[56] *Ley de... cit.*, págs. 654 y 655.

[57] *Op. cit.*, vol. II, págs. 722 y siguientes.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

> conduce a que el asegurado reciba una doble indemnización: es contraria a los fundamentos del seguro mismo si lleva al enriquecimiento del asegurado y a las razones de política legislativa que fundan la misma subrogación... La transferencia se produce con todas las garantías y derechos, tanto de fondo como procesales... no puede realizarse en perjuicio del propio asegurado; de ahí que no se produzca contra las personas por las que el asegurado es civilmente responsable... Los gastos de subrogación son a cargo del asegurador, porque se realizan en su interés.

Con todo y lo aparentemente irreprochable del cimiento de justicia en que se sustenta la subrogación del asegurador, no le han faltado detractores: **Anteo Genovese**[58] encuentra que se trata de "... una institución no fácilmente comprensible: su fundamento jurídico es misterioso, su relación con el contrato asegurativo del cual nace no es clara, mientras que los problemas particulares suscitan controversias o soluciones no siempre decisivas o persuasivas", y aun llega a sostener su injusticia para el asegurado. En Colombia, a **Miguel González**[59] le parece que la subrogación es fuente de un "monstruoso enriquecimiento sin causa" para el asegurador, pues las primas están calculadas sin considerar tal subrogación.

15.9 El seguro de personas

15.9.1 Generalidades

La circunstancia de que el riesgo apunte ya no a intereses puramente económicos, sino a valores de rango supremo, como son la existencia, la integridad corporal y la salud humanas, es factor determinante de una serie de disposiciones especiales para las diversas formas del seguro de personas. Quizá la más importante sea la relativa a la inexistencia del interés asegurable y, por tanto, del principio indemnitario, característicos del seguro de daños.

No siempre fue bien visto el seguro sobre la vida; algunas legislaciones llegaron al extremo de prohibirlo, como las *Ordenanzas de Bilbao*, que lo permitían únicamente para navegantes o pasajeros, a fin de "asegurar la libertad de su persona", por lo que en la póliza debería mencionarse "La cantidad que se ha de pagar en caso de presa o cautiverio, así para el rescate, como para el gasto de retorno..." (cap. 22, 12 y 13). Similares disposiciones contenían las leyes de otros países, como Inglaterra y Estados Unidos de América, si bien hace su aparición en la primera con la *Life Assurance Act*, de 1774, que sólo permitía el seguro sobre la vida cuando existiera un interés económico en la vida del asegurado. En cuanto a los códigos decimonónicos, lo mantuvieron en silencio y sólo aparece en ellos a partir de 1882, con el *C.Com.* italiano.[60]

Salvo, pues, las disposiciones y cláusulas reservadas al seguro de cosas, las demás antes examinadas son de observancia en el seguro de personas. Me referiré entonces,

---

[58] "Il fondamento razionale della surroga del'assicuratore", en *Assicurazione*, I, 1a. parte, Roma, 1968, págs. 15 y siguientes.

[59] Citado por **J. Efrén Ossa G.**, *op. cit.*, pág. 177.

[60] **Malcolm A. Clarke**, *The law of insurance contracts*, 2a. ed., Lloyd's of London Press, London, 1994, pág. 77; **Joaquín Garrigues**, *Contrato... cit.*, pág. 487.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

sin detenerme en ellas, a algunas reglas específicas; sólo ameritarán pausas, para examinarlas con cierto detalle, las disposiciones sobre edad y sobre cláusula beneficiaria, así como la cláusula de indisputabilidad.

15.9.2 Reglas específicas para el seguro de personas

He de reiterar que la naturaleza de este trabajo me impide extenderme en temas como el presente, de suyo extensos, luego sólo consignaré las disposiciones a mi parecer más interesantes:

a) El *previo consentimiento del asegurado*, por escrito, es indispensable si un tercero es el que contrata el seguro para el caso de muerte de aquél; la misma regla se aplica a la suma asegurada, a la designación de beneficiario y a la transmisión del beneficio del contrato (art. 156, *LSCS*).
b) Es *nulo* el contrato que se celebre para el *caso de muerte de un menor* que no haya cumplido 12 años de edad, o de *un sujeto a interdicción* (art. 157).
c) El *consentimiento del menor* que haya cumplido 12 años, y el de su *representante legal*, son requisitos indispensables de validez del seguro para el caso de muerte del primero, que de otra suerte será nulo (art. 158).
d) En caso de *suicidio del asegurado* dentro de los dos años de la celebración del contrato, el asegurador no pagará la suma asegurada; sólo rembolsará la reserva matemática (art. 186).

Las pólizas de seguro para el caso de muerte accidental del asegurado excluyen la cobertura del supuesto en el que el asegurado produzca voluntariamente el siniestro, esto es, de que se suicide, a menos, claro es, que se trate de un suicidio accidental, o sea involuntario. Para ello, como accidente se entiende un acontecimiento procedente de una causa externa, súbita, violenta y fortuita.

Pues bien, a pesar de ello, el Octavo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito sostuvo, al resolver el amparo directo 115/2005, Agustín Ochoa Plácido y otro, el 10 de agosto de 2005, que

> **Jurisprudencia.** "… al quedar evidenciado que el fallecimiento obedeció a herida por proyectil de arma de fuego, debe estimarse que se está en presencia de un acontecimiento de la naturaleza indicada y, por tanto, acreditado el hecho generador de la obligación de pago de la suma asegurada, pues aunque es cierto que la muerte que se causa a sí mismo el asegurado no cabría ser calificada como 'accidente', es inexacto que corresponda a los beneficiarios la carga de justificar que fue provocada por causa distinta al suicidio, para así excluir la posibilidad de que el asegurado se hubiese privado de la vida y configurar, según se dice, la existencia de un 'accidente' y con ello la acción ejercitada".

Sin duda tal criterio judicial es del todo errado, por cuanto no hace falta demostrar que un suicidio mediante el empleo de un arma de fuego no constituye un acontecimiento externo, súbito, violento y fortuito, sino, por el contrario, un hecho perfectamente intencional y voluntariamente provocado por el suicida, a menos, claro es, que

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

en todo ello opere el descuidado empleo de un arma de fuego, en cuyo caso se trataría, efectivamente, de un suicidio accidental. En consecuencia, corresponde a quien sostenga que se trató de un suicidio accidental, la prueba de ello, por cuanto la postura del reclamante es la de afirmar la ocurrencia accidental del siniestro, no así a la aseguradora, en cuanto niega tal atributo al siniestro.

15.9.3 Régimen legal de la edad del asegurado

Fácil es darse cuenta de la importancia que tiene la edad del asegurado en la contratación del seguro de personas; es decisiva en la determinación de la prima e incluso, alcanzado cierto límite, en la asegurabilidad de las personas. No es de extrañar, por tanto, que la ley se muestre particularmente minuciosa en punto a regulación de las consecuencias de su inexacta declaración:

a) Si se declaró inexactamente la edad del asegurado, pero la misma se encuentra dentro de los límites de admisión, el contrato surte sus efectos, si bien deberá ajustarse la prima a la edad real, en caso de que ésta fuere inferior a la declarada; si fuere superior, la suma asegurada se reducirá proporcionalmente (art. 161-I y III).
b) Si la inexactitud en la edad se descubre después del pago por parte del asegurador, los beneficiarios deberán rembolsarle lo que hubiere pagado de más, conforme a lo dicho en la última parte del inciso que antecede (art. 161-I).
c) Mas si la inexactitud se descubre después de la muerte del asegurado, pero antes del pago, la suma asegurada se ajustará a la que hubiere correspondido con arreglo a la edad real y a las primas pagadas (art. 161-IV).
d) Si durante la vida del asegurado se comprobara fehacientemente su edad, el asegurador no podrá exigir después otras pruebas sobre ella (art. 162).

15.9.4 Régimen legal de la cláusula beneficiaria

Inexistente el interés asegurable en el seguro para el caso de muerte, es lógico que el asegurado —o el tomador, en su caso— disfrute de amplia libertad para designar beneficiario de la suma asegurada; obviamente, cuando con tal seguro se cubra el interés económico de un tercero, la designación habrá de recaer en este último, pero ello por exigencias ajenas a nuestro contrato, y sin merma de la libertad de que disfruta el asegurado para modificar su designación, que sólo él mismo puede coartarse, mediante la cláusula de irrevocabilidad que se examinará líneas abajo.

"El asegurado —se lee en el art. 163— tendrá derecho a designar un tercero como beneficiario, sin necesidad del consentimiento de la empresa aseguradora. La cláusula beneficiaria podrá comprender la totalidad o parte de los derechos derivados del seguro."

No es indispensable que tal designación conste en la póliza; ni siquiera que se le comunique al asegurador. Así resulta de lo dispuesto por el art. 164, según el cual, aunque se haya designado en la póliza un beneficiario, el asegurado "... podrá disponer libremente del derecho derivado de éste (el seguro), *por acto entre vivos o por causa de muerte*".

Otras reglas sobre la cláusula beneficiaria son de verse a continuación:

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

a) El *derecho* del beneficiario es *propio y directo* en contra del asegurador (art. 166).
b) La *premoriencia y conmoriencia* del *beneficiario único* dará lugar, si no medió pacto en otro sentido o designación irrevocable, a que la suma asegurada se pague a la *sucesión del asegurado*; si la designación era *irrevocable*, el pago deberá hacerse a la *sucesión del beneficiario* (art. 164).
c) Es *renunciable* la libertad de revocar la designación de beneficiario, pero en tal caso la designación y la renuncia deberán hacerse constar en la póliza, e informarse de ello al beneficiario y al asegurador (art. 165).
d) La renuncia a la herencia por parte del cónyuge, ascendientes, descendientes o hermanos del asegurado no implica renuncia a los derechos del seguro (art. 178).
e) El beneficiario que, de modo injusto, atente contra la persona del asegurado, pierde sus derechos (art. 185).

Arriba informé que el Décimo Congreso Mundial de Derecho de Seguros (Marraquech, mayo de 1998) se ocupó con amplitud del tema relativo al beneficiario, principalmente en el seguro sobre la vida. Los trabajos presentados se publicaron en dos volúmenes cuyo interesante contenido apenas si hace falta encarecer, contentivo, uno de ellos, del reporte general elaborado por **Zoulikha Nasri**, y, el otro, de los reportes presentados por los especialistas de 23 naciones, con información sobre la legislación, doctrina y jurisprudencia de sus respectivos países sobre este punto.

La relativa frecuencia con la que los beneficiarios de seguros sobre la vida no reclaman las sumas a su favor con motivo del fallecimiento del asegurado, por desconocimiento de la existencia de las pólizas respectivas, ha dado lugar a que en algunos países se adopten mecanismos para propiciar el ulterior conocimiento, por parte de los beneficiarios de tal carácter.

En algunos países, como es de suponerse, tales medidas han encontrado detractores, a pesar de lo cual en Francia y España, por ejemplo, existen proyectos legislativos sobre la constitución de una especie de registro público de beneficiarios de este tipo de seguros. En el primero de tales países, el Senado aprobó un proyecto de *Ley sobre el Seguro de Vida*, que impone a las aseguradoras la obligación de informar a los beneficiarios de las pólizas, pero descarta la creación del registro; en cambio, el Congreso de los Diputados español aprobó el texto definitivo de un proyecto de ley sobre la creación del registro de contratos de seguro con cobertura de fallecimiento, de tal manera que sea posible "… suministrar la información necesaria para que pueda conocerse por los posibles interesados, con la mayor brevedad posible, si una persona fallecida tenía contratado un seguro para el caso de fallecimiento, así como la entidad aseguradora con la que lo hubiese suscrito, a fin de permitir a los posibles beneficiarios dirigirse a ésta para constatar si figuran como beneficiarios…".

Por lo que se refiere a México, a propuesta de la CONDUSEF se celebró, el 15 de febrero de 2006, un convenio de colaboración entre el propio organismo y la Asociación Mexicana de Instituciones de Seguros, por virtud del cual se estableció el mecanismo conocido como SIAB-VIDA, en cuyos términos los interesados

continúa

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

continuación

deberán acreditar, ante la propia CONDUSEF, su interés jurídico y, tras el análisis de la documentación presentada, el propio organismo decidirá si procede o no turnar el caso a la referida AMIS, mediante un sistema electrónico; en caso afirmativo, la AMIS se comprometió a efectuar la consulta a las aseguradoras autorizadas al efecto, las que, a su vez, deberán remitir la respuesta adecuada, misma que se turnará a la CONDUSEF, la que informará lo conducente a los interesados, para que tomen las medidas que consideren pertinentes.

Por supuesto, el convenio consigna otros particulares, entre ellos la confidencialidad, el requisito de que todas las comunicaciones se efectúen por escrito y el propósito de difundir el conocimiento de este mecanismo. Es importante consignar que, como testigos de honor, fungieron el Presidente de la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas y el Director General de Seguros y Valores de la SHCP.[61]

Posteriormente, en el *DOF* del 28 de diciembre de 2010 se publicaron las Reglas de Carácter General para la Obtención de Información sobre Seguros de Vida, aprobadas el 14 de septiembre del mismo año por la Junta de Gobierno de la CONDUSEF, cuyo contenido se expresará a continuación, en forma resumida:

- Cualquier persona que suponga que es beneficiaria de algún seguro de vida puede solicitar, personal o electrónicamente a dicha CONDUSEF, solicitud de información respecto de su posible carácter de beneficiaria de un seguro de tal naturaleza, con mención de sus datos personales, el nombre del posible beneficiario, del asegurado y, si es el caso, del patrón o contratante del seguro, acompañada de su identificación oficial y copia del acta de defunción del asegurado. Si tiene el carácter de representante, también deberá exhibir la documentación con la que acredite sus facultades.
- Dentro de los cinco días hábiles siguientes a la fecha en que se reciba la solicitud la CONDUSEF pedirá a las aseguradoras que operen en vida, la información correspondiente.
- Por su parte, dichas aseguradoras deberán suministrar a la CONDUSEF la información requerida, dentro de un plazo máximo de diez días hábiles si se trata de seguros individuales, o bien de veinte días hábiles cuando se trate de seguros colectivos o de grupo.
- La CONDUSEF transmitirá al asegurado, en las oficinas de atención al público, o bien de manera electrónica, la información que se le haya suministrado, dentro de los cinco días hábiles siguientes a la fecha en que la haya recibido. Si el interesado aparece como beneficiario, la CONDUSEF hará de su conocimiento el nombre de las aseguradoras, así como la vigencia y número de pólizas o pólizas de que se trate. En caso contrario, la respuesta será la siguiente: "No se encontró información".

[61] El autor agradece cumplidamente a **Rafael Adrián Avante Juárez**, a la sazón Director General Jurídico Consultivo de la CONDUSEF, el suministro de esta información y de otra más, complementaria, de la que aquí no se da cuenta, por razón de espacio.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

15.9.5 La cláusula de indisputabilidad

La frecuencia con la que los aseguradores de vida se enfrentan a omisiones o falsas declaraciones —involuntarias algunas, dolosas otras— daría derecho a los primeros a considerar rescindidos de pleno derecho los contratos (art. 47, *LSCS*), de no ser por la inserción de la llamada *cláusula de indisputabilidad*, en cuyos términos el asegurador renuncia, cumplido el segundo o tercer año de vigencia del contrato, al referido derecho; de ese modo, sólo dentro del plazo de *disputabilidad* puede el asegurador proceder a la rescisión del contrato por la causa indicada, la que posteriormente ya no podrá repercutir en el derecho del asegurado o del beneficiario, en su caso.

Es interesante referir que tal cláusula surgió en Estados Unidos de América a fines del siglo XIX, a propuesta de los aseguradores mismos, como medio de hacer frente al clamor de inconformidad levantado por los numerosos rechazos fundados en las omisiones o inexactitudes en que incurrían los solicitantes de seguros de vida.

Hoy en día la cláusula es de uso generalizado. En cuanto a la renunciabilidad del derecho que al asegurador confiere el aludido precepto legal, ninguna duda puede surgir ante el empleo, en dicho precepto, del verbo *facultará*.

Por lo que hace a la determinación del plazo, la práctica asegurativa ha mostrado que dos, o a lo más tres años, son suficientes para que un asegurador, aun con mediana diligencia, pueda cerciorarse de la veracidad de las declaraciones, sin esperar el transcurso del mediano o largo plazo que, de ordinario, tiene como vigencia el seguro de vida, con el consiguiente pago de las primas anuales, para rechazar el pago.

Un amplio estudio sobre el tema hace **Mantilla Molina**.[62] Dicho autor opina, con acierto a mi juicio, que esta cláusula no se extiende a las falsas u omisas declaraciones que resulten de dolo o mala fe del solicitante y llega a sostener que "... si se recurre a maquinaciones para captar el consentimiento de la empresa aseguradora... las compañías... no sólo estarían moralmente justificadas, sino obligadas a sostener la invalidez del contrato de seguro, no obstante la cláusula de indisputabilidad, y es indudable que los tribunales aceptarán la correspondiente excepción". Aduce, para ello, que la institución del seguro no debe, ni voluntariamente, solapar conductas ilícitas y que, además, así resulta de lo dispuesto por el art. 1822 del *C.Civ.*: "No es lícito renunciar para lo futuro la nulidad que resulte del dolo o de la violencia."

15.10 El siniestro

15.10.1 Generalidades y reenvío

La realización del acontecimiento previsto en el contrato: he ahí el concepto de *siniestro*. Por supuesto, a pesar de su nombre, puede tratarse de un hecho venturoso, como el nacimiento de un hijo o la celebración de un matrimonio; por donde puede colegirse que el término fue adoptado por los aseguradores, para quienes siempre implica el surgimiento de su obligación de pagar, reparar o reponer.

---

[62] **Roberto L. Mantilla Molina**, "La cláusula de indisputabilidad", en *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, t. VIII, núm. 32, oct.-dic., UNAM, 1946, págs. 95-114.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

Ya me he referido a los derechos, las obligaciones y cargas de las partes, derivados de la ocurrencia del siniestro, por lo que sólo falta agregar:

a) Que los daños causados por dolo o mala fe del asegurado, del beneficiario o de sus respectivos causahabientes no serán pagados por el asegurador (art. 77). Y ello por la obvia razón de que en cualquiera de tales supuestos ya no desempeña su papel el riesgo, como posibilidad incierta, sino la unilateral voluntad de una de las partes o de personas con ella relacionadas.
b) Que el siniestro parcial da derecho a ambas partes para *rescindir* (*sic*) el contrato, a más tardar en el momento del pago de la indemnización (art. 96), pero, de no rescindirse, el asegurador sólo conserva su obligación por el resto de la suma asegurada (art. 97).

Me resulta difícil encontrar la *ratio legis* del primer precepto; ¿por qué ha de permitirse al asegurador dar *por terminado el contrato* anticipadamente —expresión que, dadas las circunstancias, me parece más adecuada que el verbo *rescindir*, que emplea la ley—, por el mero hecho de que haya cumplido *sólo una parte* de su principal obligación?; ni se justifica ello con la devolución que deba hacer de la parte proporcional de la prima.

c) En caso de coaseguro, el coasegurador que pague puede repetir contra los demás, en proporción de las respectivas sumas aseguradas (art. 103).

El precepto, naturalmente, descansa en el supuesto de que se trata de un *coasegurador solidario*; por lo mismo, no es aplicable al *coasegurador* mancomunado, en el que cada uno de los aseguradores responde sólo de una parte de la suma asegurada.

d) El asegurador deberá pagar el monto del siniestro a más tardar 30 días después de que se le hayan entregado todos los documentos e informes que sirvan de soporte a la reclamación (art. 71), pues de lo contrario al vencer dicho plazo, si la suma indemnizable lo es en moneda nacional, quedará denominada en unidades de inversión y, además, causará intereses iguales al costo anual que a las instituciones bancarias signifique la captación a plazo de pasivos denominados en la referida unidad de cuenta, multiplicado por 1.25.

Si, en cambio, la suma indemnizable estuviere denominada en alguna divisa, se mantendrá en tales condiciones, pero en este caso los intereses serán iguales a la tasa más alta de rendimiento que en el mes respectivo hayan causado los valores emitidos por el Gobierno Federal en dólares estadounidenses, multiplicada por 1.25.

Conviene dejar aclarado, por último, que los derechos que de todo ello resulten a favor de los reclamantes tienen dos características que los ubican en un terreno decididamente proteccionista:

1. Son irrenunciables y cualquier pacto en contrario es ineficaz.
2. El juzgador que declare procedente la reclamación deberá hacer la condena que de ellos resulte, aunque no se haya demandado, esto es, de oficio (art. 135 *bis*, *LGISMS*).

15.10.2 Procedimientos de cobro

Los vientos protectores de los derechos de la parte débil en el contrato, en este caso el asegurado, llegaron desde hace varios años a la regulación de las actividades propias

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

de las entidades aseguradoras, si bien cabe dudar de la eficacia de tal intención tuitiva, pues los procedimientos conciliatorio y arbitral previstos por la *Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros*, a los que voluntariamente pueden acudir los asegurados o sus beneficiarios, no han dado los resultados que de ellos se esperaban, de modo especial ante la negativa, por parte de los aseguradores, a someterse a cualquiera de ambos procedimientos, salvo casos verdaderamente excepcionales.

Aunque no con frecuencia, la práctica muestra casos en los que, por una u otra razón, el beneficiario de un seguro sobre la vida desconoce que lo es, pero abriga la sospecha de que el asegurado, hoy fallecido, le haya asignado el total o una parte del beneficio en la suma asegurada. Como forma de hacer frente a tal posibilidad, la *LPDUSF* (art. 52, segundo párrafo) se pronuncia en el sentido de que quien presuma su calidad de beneficiario, está facultado para acudir a la CONDUSEF en demanda de la información que le permita saber si es beneficiario o no, incluso a propósito de un seguro colectivo. Ahora bien, el mismo precepto legal anuncia la expedición, por parte del propio organismo, de una serie de reglas generales con las que se determinarán la forma y términos en que se hará del conocimiento de los beneficiarios el resultado de sus solicitudes, puesto que, en los términos del indicado precepto legal, así como del art. 53, las instituciones aseguradoras, así como las demás entidades financieras, están obligadas a proporcionar a la CONDUSEF la información que la misma les solicite en relación con el cumplimiento de su objeto primordial, como lo es la protección de los derechos que asisten a los usuarios de los servicios financieros.

15.10.3 La prescripción

"Todas las acciones que se deriven de un contrato de seguro prescribirán: I.- En cinco años, tratándose de la cobertura de fallecimiento en los seguros de vida. II.- En dos años, en los demás casos. En todos los casos los plazos serán contados desde la fecha del acontecimiento que les dio origen". Así se expresa el art. 81 de la *LSCS*, con claridad y sencillez tales que parece no caber duda sobre su alcance; por tanto, en los referidos plazos de cinco y de dos años operará la extinción del derecho al cobro de la indemnización por parte del beneficiario, en los seguros sobre la vida, y del derecho al cobro de la indemnización al asegurado en los seguros de daños, así como del derecho a la recuperación de primas no pagadas por el contratante, y del derecho que asiste al asegurador para exigir la devolución de sumas pagadas en exceso..., etcétera.

Mas, *¿quid iuris* en otras acciones cuya génesis en el contrato de seguro es por lo menos dudosa? Considérense los siguientes casos:

1. La acción subrogatoria que, en los seguros de daños, compete al asegurador en contra del tercero responsable, *por efecto del pago al asegurado*. Aunque, ciertamente, la subrogación opera en el momento del pago, juzgo que en tal caso la prescripción correrá conforme a las disposiciones aplicables al acto que engendró la responsabilidad del tercero, pues no debe olvidarse que aquí el asegurador asume los *derechos y las acciones del asegurado* en contra de dicho tercero (*véase supra* núm. 15.8.2).
2. El derecho que incumbe al coasegurador solidario que paga la indemnización, de repetir contra sus coobligados; aquí la acción no deriva del contrato de seguro cumplido por el asegurador que paga, sino de los contratos otorgados por los

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

demás coaseguradores, para los cuales es el referido pago el *acontecimiento que da origen* a su obligación de rembolsar las sumas respectivas. De ahí que, en mi opinión, este caso sí se resuelve por aplicación del precepto que se comenta.

La *LSCS* consigna, empero, casos en los que no transcurre la prescripción, así como causas por las que se interrumpe.

1. *No transcurre* la prescripción:

   a) Cuando por omisión o por falsas o inexactas declaraciones, el asegurador no haya tenido conocimiento cierto sobre el riesgo auténticamente corrido, en cuyo caso la prescripción transcurre desde el momento en que tenga dicho conocimiento; vale decir: desde que se cerciore de la omisión, falsas o inexactas declaraciones.
   b) Mientras los interesados no tengan conocimiento de la realización del siniestro (art. 82); en este último caso, agrega el precepto legal, tales interesados deben demostrar su ignorancia sobre la ocurrencia del siniestro. El comentario no se hace esperar: ¿cómo demostrar la ignorancia de un hecho?
   c) Mientras los terceros beneficiarios no tengan conocimiento del derecho constituido a su favor (art. 82).

2. La prescripción *se interrumpe:*

   a) Por las causas ordinarias, que a falta de mención en el *C.Com.*, son las que refiere el *C.Civ.* (art. 1168): privación del derecho del poseedor por más de un año, demanda u otro cualquier género de interpelación judicial notificada al deudor y reconocimiento de palabra, por escrito o tácitamente, del derecho del acreedor.
   b) Por el nombramiento de peritos con motivo de la realización del siniestro.
   c) Para reclamar el pago de la prima, por el requerimiento de su pago (art. 84, *LSCS*).
   d) En su caso por la presentación, ante la CONDUSEF, de la reclamación en contra de la empresa aseguradora (art. 66, *LPDUSF*).

Lo expuesto suscita un comentario en cuanto al requerimiento de pago de la prima, que el propio art. 84 refiere al art. 37 de la *LSCS*: hay que decir que este último no prevé requerimiento alguno, pues en unión de otros fue reformado en 1966, sin cuidar de la referencia, que ahora resulta trunca. A mi parecer, por tanto, aquí también habrá que estarse a las causas de interrupción previstas por el ya citado estatuto civil.

Conviene tener presente que nada dice la *LSCS* sobre los efectos de la interrupción de la prescripción, pero no es difícil precisarlos si no se olvida la supletoriedad del *C.Civ.*, prevista por el art. 2o. del *C.Com.*, puesto que el contrato de seguro es un acto de comercio. Y tal efecto es el proclamado por el art. 1175 del *C.Civ.*: queda inutilizado el tiempo previamente transcurrido y, por lo mismo, el plazo de prescripción se reiniciará a partir del momento en que haya surtido sus efectos el acontecimiento interruptorio.

Por lo demás, así lo ha resuelto el juzgador federal:

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

Jurisprudencia. Prescripción en el contrato de seguro. Si en la ley relativa no se establecen los efectos de su interrupción debe aplicarse supletoriamente el artículo 1175 del *Código Civil Federal*.

Noveno Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Amparo directo 449/2008. Mapfre Tepeyac, S.A. 11 de julio de 2008. Unanimidad de votos.

Sin embargo, más allá de todo lo expuesto en los últimos años viene abriéndose paso, en forma impetuosa, una corriente, surgida de los aseguradores y reaseguradores, que propugna la necesidad de que en los seguros de responsabilidad civil, pero primordialmente en los casos en que el daño causado es de lenta evolución o tardía manifestación, a veces de muchos años, la cobertura se limite a cierto tiempo, pues, por razones fácilmente comprensibles, les resulta muy costoso, financiera y administrativamente, el mantener las necesarias reservas durante muchos años y, además, sin halagüeños efectos para el beneficiario, ante la erosión que, en muchos países, sufre el poder adquisitivo de la moneda; pero además, ante las obvias dificultades para determinar el momento del siniestro y si el mismo ocurrió o no durante la vigencia del seguro, que, como sabemos, de ordinario es anual.

La propuesta consiste en que el asegurador sólo esté obligado por reclamaciones que se le formulen durante la vigencia de la póliza y tal vez dentro de un plazo posterior, que suele ser de un año desde la conclusión de tal vigencia, transcurrido el cual caducará cualquier derecho del asegurado y del tercero dañado con motivo de la póliza.

Semejante institución, conocida por sus siglas en inglés, *claims made,* duramente combatida por algunos doctrinarios, principalmente en razón de que supone un contractual encogimiento de los plazos de prescripción previstos por las leyes, ha encontrado reflejo, sin embargo, en algunas legislaciones como la australiana (secciones 40 y 54 de la *Insurance Contracts Law* de 1984), la colombiana (art. 4 de la *Ley* 389 de 1997) y la española (art. 73 de la *Ley de Contrato de Seguro*).

Mas también ha sido objeto de adopción en nuestro país, según adición a la *LSCS* del art. 145 *bis*, en los términos de la publicación aparecida en el *DOF* 24 abr. 2006.

Como antes se expresó, esta forma de operar es propia sólo del seguro para el caso de responsabilidad civil, y por ello la disposición legal mexicana proclama que en tal tipo de seguro es posible pactar que la aseguradora cubra las indemnizaciones que el asegurado deba a un tercero, en cualquiera de las siguientes formas:

a) Por hechos ocurridos durante la vigencia de la póliza respectiva o en el año anterior, siempre que la reclamación se formule por primera vez y por escrito al asegurado o a la empresa durante la vigencia de dicha póliza, o bien
b) Por hechos ocurridos durante la vigencia de la póliza, siempre que la reclamación se formule por primera vez y por escrito al asegurado o a la empresa en el curso de dicha vigencia o dentro del año siguiente a su terminación.

Se precisa, además, que no serán admisibles otras formas de limitación temporal de la cobertura, pero sí la ampliación de cualquiera de los plazos, en la inteligencia de que tal limitación será oponible al asegurado y al tercero dañado, aunque desconozcan la existencia del derecho a su favor derivado del seguro, la ocurrencia del hecho dañino

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

o la materialización del daño, con lo cual resultan parcialmente derogados, sólo respecto de este aspecto, los arts. 81 y 82 de la *LSCS*.

15.10.4 Características del contrato de seguro

De todo el anterior discurso se infieren las características de nuestro contrato como:

- consensual
- oneroso
- de adhesión
- bilateral
- aleatorio
- típico
- nominado
- principal
- de tracto sucesivo.

Jaramillo J.[63] rechaza el carácter bilateral de este contrato, con los siguientes argumentos:

a) "... el asegurador indemnizará o resarcirá los perjuicios sufridos por el tomador (asegurado) exclusivamente cuando se realiza o produzca el riesgo que fue materia de la contratación... Luego, si dentro de la vigencia del contrato no se produce el siniestro, el asegurador no entrará a indemnizar al asegurado, por cuanto su obligación nunca nació...";
b) En consecuencia, la obligación del asegurador es condicional, luego nunca nacerá si no se produce el hecho futuro e incierto, que es propiamente el siniestro; se trata, pues, de una condición suspensiva, lo que lleva a la conclusión de que mientras no se realice la condición, la obligación no existe;
c) De esta suerte, en caso de que no ocurra el siniestro, el asegurador no reporta obligación alguna y la única existente es la del asegurado. Así pues, este contrato es unilateral, ya que no produce obligaciones para ambas partes, sino sólo en caso de que ocurra el siniestro.

No me es posible compartir tal postura, con apoyo en las siguientes razones:

- La misma llevaría al absurdo de considerar que todos los contratos aleatorios, como la fianza, la compraventa de esperanza, el juego y la apuesta, son unilaterales, puesto que en todos ellos la obligación de una de las partes está sujeta a la ocurrencia de un acontecimiento futuro e incierto, como lo es el siniestro en el seguro;
- Como se sabe, la obligación de los codeudores garantes subsidiarios, como ocurre en la prenda, la hipoteca y el fideicomiso de garantía, está igualmente

[63] "El contrato de seguro no es bilateral", en *Revista Ágora,* Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 1983, págs. 30-35.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

sujeta a la condición de que el deudor principal no cumpla: ¿ha de concluirse, por tanto, que dichos contratos de garantía son también unilaterales?;
- De llevar la opinión de **Jaramillo** a sus últimas consecuencias, un contrato de seguro sólo sería bilateral cuando se vea afectado por un siniestro;
- Igualmente en términos de la postura que se comenta, en todo contrato aleatorio el compromiso que asume una de las partes al celebrar el contrato, de hacer frente a una futura e incierta prestación, no es una obligación *stricto sensu*, lo que tal vez llevaría a afirmar que, por tanto, se trata de una mera declaración unilateral de voluntad.

La verdad es, pues, que nuestro contrato es bilateral, sin que importe que la obligación de pagar, por parte del asegurador, se encuentre sujeta a una condición suspensiva.

A su vez, con argumentos poco persuasivos, **Cervantes Ahumada**,[64] niega el carácter aleatorio de nuestro contrato "... con base en nuestra ley..." (sin mencionar cuál de ellas); de su argumentación resulta claro que confunde la operación individual del contrato con la operación masiva de la empresa aseguradora que, normalmente, debe ser en verdad redituable, si bien la experiencia demuestra la existencia de numerosos casos en contrario.

Una muestra más de la diversidad de criterios clasificatorios aparece en lo escrito por **Sánchez Flores**,[65] en el sentido de que se está en presencia de un contrato de adhesión, aleatorio, bilateral o sinalagmático perfecto, consensual, nominado o típico, oneroso, basado en la buena fe, de tracto sucesivo o continuo, de masas, de empresa, mercantil, de garantía y principal.

Otra muestra más de la importancia del contrato de seguro está constituida por el interés que en su regulación unificada vienen mostrando los órganos directivos de la Unión Europea, a tal punto que el Comité Económico y Social Europeo (CESE), en su 413o. Pleno de los días 15 y 16 de diciembre de 2004, elaboró el Dictamen sobre el tema El Contrato de Seguro Europeo, que culminó con la formulación de las trece conclusiones y recomendaciones que, por su importancia, a continuación se transcriben:

8. Conclusiones y recomendaciones:
8.1 El seguro constituye en la actualidad un servicio esencial en las relaciones comerciales entre profesionales y entre éstos y los consumidores.
8.2 Algunos de los principios fundamentales que regulan la celebración y la validez del contrato de seguro en general difieren de una a otra normativa jurídica de los Estados miembros de la UE.

continúa

[64] *Derecho...*, *cit.*, págs. 569 y 570.
[65] *El contrato de seguro...*, *cit.*, págs. 84-102.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

continuación

8.3 Esta circunstancia constituye uno de los obstáculos a la comercialización transfronteriza de este instrumento financiero y, por consiguiente, limita la realización del mercado interior en este ámbito.
8.4 Una determinada armonización de la normativa preceptiva de la denominada «parte general» del Derecho de seguros puede contribuir decisivamente a la eliminación de una larga serie de obstáculos y dificultades a que se enfrentan las empresas aseguradoras, los corredores de seguros y los asegurados y tomadores de seguros, sean profesionales o consumidores, en la realización de operaciones transfronterizas de seguros.
8.5 Este punto de vista lo comparten, sin excepción, todos los interesados que han sido consultados y oídos en esta materia.
8.6 En cuanto al modo de realizar esta armonización, parece evidente que debe optarse por una aproximación gradual, con vistas a la adopción, en una primera fase, de un modelo de contrato de seguro facultativo, más vinculante en todos sus términos y elementos.
8.7 En su preparación deberán tenerse en cuenta las propuestas de Directiva de la Comisión de 1979/1980, a la luz de las consideraciones y los análisis que sobre ellas han aportado varios interesados, representantes de la sociedad civil y de las entidades reguladoras de los Estados miembros, y debería tomarse también en consideración la evolución que entretanto ha experimentado el sector.
8.8 El instrumento comunitario que debe utilizarse es el Reglamento, y su base jurídica el artículo 95 del Tratado.
8.9 Basándose en las consideraciones expresadas en el presente Dictamen, el CESE insta a la Comisión a que vuelva a abrir el presente expediente e inicie los estudios de Derecho comparado y de las prácticas nacionales en el ámbito del contrato de seguro, a fin de confirmar la necesidad, la oportunidad y la posibilidad de proseguir con los trabajos orienados a la armonización del Derecho contractual de seguros a escala comunitaria.
8.10 Dichos trabajos deberán tomar en cuenta los resultados ya alcanzados por los expertos académicos en esta materia.
8.11 El CESE recomienda a la Comisión que los trabajos que se realicen se hagan públicos y se sometan a debate público, concretamente mediante un Libro Verde, base indispensable para la elaboración del instrumento comunitario que se considere más adecuado.
8.12 El CESE es consciente de que únicamente con una decidida voluntad política por parte de los Estados miembros de incentivar esta iniciativa de armonización del Derecho contractual de seguros será posible llevar adelante esta importante contribución a la realización del mercado interior de servicios financieros.
8.13 El CESE insta al Parlamento Europeo a que se asocie a esta iniciativa y que, renovando su apoyo al objetivo de una armonización de la normativa preceptiva de la parte general del Derecho contractual de seguros, le confiera un adecuado grado de prioridad en su agenda política.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

15.11 El fraude en el seguro

15.11.1 Generalidades

Es verdad que, como antes se expresó, desde siempre se ha considerado el seguro como un contrato de absoluta buena fe (*ubérrima bona fide*), no porque los demás carezcan de tal atributo, sino por razón de que la ausencia de la misma acarrea, en dicho contrato, consecuencias más graves que las previstas para los demás, algunas de ellas incluso de orden penal.

Por todo ello, es lamentable la distancia entre tan idealistas postulados y el triste panorama en el que actualmente se desenvuelve el contrato de seguro.

Un periódico diario mexicano[66] dio a conocer el resultado de cierta encuesta practicada por la Asociación Mexicana de Instituciones de Seguros, que arrojó interesantes aunque deprimentes resultados:

- El 90.7% de la población abriga el temor de que las aseguradoras defrauden o engañen a los asegurados.
- Más o menos el mismo porcentaje teme encontrar dificultades para hacer efectivo el seguro e incluso de pagar la prima, ante sus ingresos.
- Seis de cada diez personas confesaron que poco o nada conocen de seguros, pero que mediante un pago mensual de medio dólar estarían interesadas en un seguro de vida, ello referido, por supuesto, a los hoy de moda microseguros.

Pero tal panorama se extiende a otras latitudes y así, dentro de la misma tendencia, un reporte del estudio Edwards Angell Palmer & Dodge, especialista estadounidense en esta materia, informó, por la misma época, sobre una lamentable tendencia creciente, por parte de numerosas entidades aseguradoras, de negar el pago de siniestros con apoyo en una supuesta mala fe de los asegurados en sus declaraciones, por lo cual las cortes de ese país han venido esgrimiendo el principio de la buena fe como sustento de sentencias absolutorias o condenatorias, en algunos casos aderezadas con menciones sobre el específico deber, en este caso a cargo de las instituciones aseguradoras, de actuar con "razonable prontitud" en la investigación e información a los asegurados sobre la procedencia o no de la reclamación.

Por otra parte, la Federación Interamericana de Empresas de Seguros (FIDES) dio a conocer, en un comunicado difundido a principios de mayo de 2009, la forma en que ha crecido la siniestralidad fraudulenta, sin duda a raíz de la crisis económica por la que viene atravesando el mundo. Mencionó, al efecto, falsos robos, incendios de materias primas y de productos comerciales provocados intencionalmente, enfermedades y accidentes fraguados y otros más.

Todo ello, según el mismo reporte, ha dado lugar a que las empresas y agencias de investigaciones estén viviendo una próspera etapa al crecer la demanda de sus servicios.

Pero además, organismo tan autorizado como la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OECD, por sus siglas en inglés), haya dado a conocer,

---

[66] *Reforma*, 20 de enero de 2009.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

el 24 de noviembre de 2004, una amplia serie de recomendaciones en materia de buenas prácticas para el manejo de reclamaciones en materia de seguros, elaboradas por su Comité de Seguros, con el admitido y reconocido propósito de prevenir y evitar fraudes en el seguro.

15.11.2 La legislación mexicana

A casi ochenta años de vigencia, la *Ley sobre el Contrato de Seguro* mexicana ha mostrado ser una buena ley, en términos generales. No en balde siguen configurando derecho positivo, en sus respectivos países, dos de sus tres modelos: la *Ley Federal sobre Contrato de Seguro*, suiza, de 2 de abril de 1908 y, en gran parte, la *Ley sobre el Contrato de Seguro* francesa, de 13 de julio de 1930; el otro modelo fue el proyecto sobre la misma materia, elaborado por **Lorenzo Mossa**, quien lo dio a conocer en 1931.

Ahora bien, con las siguientes notas pretendo insistir en la conveniencia, rayana en necesidad, de que se modifique y actualice la *LSCS* o, tal vez se la abrogue, para expedir una, totalmente nueva, actualizada y, de modo especial, ajustada a los modernos requerimientos de este contrato y a la necesidad de infundir un clima de confianza por parte de los sectores directa e indirectamente relacionados con su operación.

Pues bien, con arreglo a la práctica mexicana existen dos conceptos de fraude. El primero es el que suministra el *Código Penal Federal* mexicano:

> ***Artículo 386.*** *Comete el delito de fraude el que engañando a uno o aprovechándose del error en que éste se haya se hace ilícitamente de alguna cosa o alcanza un lucro indebido...*

Pero además existe, sin que importe la ausencia de una definición legal, un concepto de fraude puramente civil, que los autores califican como fraude a la ley, pues plantea la realización de una o varias conductas dolosamente contrarias al texto o al espíritu de un precepto puramente civil o mercantil.

Doctrinalmente se ha sostenido, con razón a mi juicio, que de fraude en el seguro pueden calificarse las siguientes conductas, todas ellas localizables en cualquiera de los mencionados conceptos:

- El deliberado ocultamiento de elementos de valoración del riesgo.
- El ocultamiento de otros seguros sobre el mismo riesgo e interés.
- La obtención de cobertura sobre bienes inexistentes o con un valor declarado muy superior al real.
- Las declaraciones falsas sobre las circunstancias relativas a la ocurrencia del siniestro.
- El llamado fraude "de cuello blanco", localizado hasta ahora en ciertos seguros de responsabilidad de administradores o altos funcionarios de empresas, quienes ordenan, consienten o descuidan la manipulación de libros o registros contables, con la intención de ocultar activos o simular pasivos. Los tristemente célebres casos Enron y WorldCom se ubicaron en uno o varios de tales supuestos.
- El seguro de interrupción de funciones, bajo la forma de posible pérdida de utilidades.
- Mas también configura un escenario fraudulento la circunstancia de que las entidades aseguradoras con frecuencia fijan requisitos y trámites de muy difícil satis-

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

facción por parte de los asegurados o beneficiarios, a cuyo efecto frecuentemente se ha venido denunciando la elaboración de textos, redacciones y exclusiones inesperadamente presentados en forma oscura, tendenciosa o ambigua.

15.11.3 El panorama extranjero

Todo ello parece justificar plenamente el pronunciamiento de una serie de recientes consideraciones, por parte del Comité Europeo de Seguros, que por sí solas ponen de manifiesto el actual estado de cosas sobre el particular. He aquí algunas de ellas:

- Se apunta la existencia de prácticas en las entidades aseguradoras, supuestamente derivadas de imposiciones técnicas por parte de los reaseguradores internacionales, que implican perjuicio de los intereses y legítimas expectativas de los asegurados, en algunos casos con franca violación de disposiciones legales.
- Por ello, resulta imperativo el incitar a los aseguradores para que lleven adelante la elaboración de códigos de conducta y la institución de defensor del asegurado, con lo que se busca "… que hagan más transparente su actividad y aumenten la confianza de los consumidores en los servicios prestados por las compañías de seguros".
- Se anuncia que muestra un alto grado de avance la preparación de una comunicación en la que se interpreta el concepto de ***interés general*** en el ámbito del seguro, como ya se hizo en relación a la banca en 1997.
- En cuanto a las entidades supervisoras, se las acusa de no mostrar en forma transparente los criterios que utilizan para verificar el respeto del principio de no discriminación.
- Como contratos de adhesión, las pólizas de seguro son paradigma de superioridad económica, unilateralidad e invariabilidad, lo que coloca al asegurado ante el "***dilema de tomar o dejar***".
- Es lamentable la generalizada carencia de información precontractual a los tomadores de seguros, particularmente en los casos de la "**publicidad intrusa**", que se emplea en forma radiofónica, de **telemarketing**, televisiva o electrónica.
- Una grave variante del caso anterior es la configurada por la banca-seguro, cuyos inconvenientes, por cierto, se pusieron de relieve durante el II Congreso Nacional de Corredores de Seguros, celebrado en Santiago de Chile en 1999.
- La redacción de las pólizas suele ser inaccesible al común de los asegurados, en razón de la sempiterna existencia de cláusulas confusas, con un sello marcadamente jurídico o técnico y aun contradictorias.

15.12 El reaseguro

15.12.1 Antecedentes y generalidades

Así como en otro lugar dije que no es concebible la moderna vida de los negocios sin el crédito y sin el seguro, ahora puedo afirmar que no es posible operar el seguro sin el

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

apoyo del reaseguro. Lo anterior es cierto no sólo desde el punto de vista técnico-económico, sino también porque así lo ordena la *LGISMS* (art. 37).

Según noticias fidedignamente documentadas, el primer reaseguro se operó en 1370, con motivo de una mercancía transportada entre Génova y Sluyz (Países Bajos), cuyo asegurador acudió a un tercero para que le respaldara financieramente la porción más peligrosa del trayecto, comprendida entre Cádiz y Sluyz.

Operación tal encontró pronta difusión, y por ello fue objeto de regulación en las Ordenanzas de Sevilla de 1556 (Cap. 27), en el *Guidon de la Mer* (Siglo XVI), (Cap. II), así como en la Ordenanza de Colbert de 1681 (III, 6, 20) e igualmente en las Ordenanzas de Bilbao (XXII, 43).

No hace falta prodigar razones en torno a la necesidad del reaseguro: las crecidas responsabilidades a las que cotidianamente se enfrentan los aseguradores y el inevitable riesgo de siniestros catastróficos o de desviaciones estadísticas son, entre otros, poderosos argumentos en favor del *respaldo* reasegurativo, muy a pesar —o tal vez por ellas mismas— de las conclusiones obtenidas a través del manejo del cálculo de probabilidades y de la ley de los grandes números con los que opera todo asegurador.

No es aventurado afirmar, pues además la práctica así lo demuestra, que este contrato presenta serias dificultades jurídicas, técnicas y operativas, tal vez mayores que las del seguro mismo. No en vano afirmaba **Víctor Ehrenberg**[67] que "El reaseguro propiamente dicho es quizá la institución más sutil y difícil, en todo caso la más práctica, de todo el derecho de seguros; encuentra aplicación en todas las modalidades del seguro. La mayor parte de los seguros directos dan lugar a una serie de reaseguros, y estos últimos, frecuentemente, a otros, de modo que es casi imposible determinar, ni aun aproximadamente, las sumas enormes que diariamente se dan y se toman en reaseguro".

Ofrece, además, otra característica *sui generis*, cual es la de su internacionalidad: "El contrato de reaseguro, por su particularismo y por las exigencias técnicas que requiere, tiene un carácter eminentemente internacional, la atomización del riesgo y su necesaria homogeneidad, necesariamente se obtienen a través de la progresiva cesión de riesgos, lo que sólo se puede lograr a través de la participación de los mercados internacionales de reaseguros".[68]

Por mi parte, también apunté con anterioridad (*supra* núm. 15.2) la inconveniencia de concentrar el reaseguro en el mercado doméstico, por las mismas razones, y he ahí el origen de su carácter internacional.

Finalmente, tal complejidad y carácter internacional se agravan ante la circunstancia de que, a su vez, las reaseguradoras acuden, también, a otras entidades que les toman una parte de sus riesgos, mediante el contrato llamado de *retrocesión*, todo lo cual explica, y sin duda justifica, la afirmación en el sentido de que el mercado de reaseguros es el que con mayor claridad muestra la globalización de un contrato.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

---

[67] *El reaseguro*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1941, pág. 42.

[68] **Domingo M. López Saavedra** y **Héctor A. Perucchi**, *El contrato de reaseguro y temas de responsabilidad civil y seguros*, La Ley, Buenos Aires, 1999, pág. 7.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

15.12.2 Régimen legal y concepto

Aun cuando, como a poco se verá, el de reaseguro es, según opinión generalizada, un contrato de seguro *de segundo piso*, no aparece regulado en la *LSCS*, por una causa fundamental: no está llamado a satisfacer las necesidades de cobertura del público en general, sino, como se ha visto, las de apoyo financiero de los aseguradores; por lo mismo, funciona conforme a un mecanismo diferente.

Por lo demás, son muy escasas las regulaciones legales en materia de reaseguro, a lo que sin duda contribuyen las apuntadas características del contrato, en especial su internacionalidad. Una de ellas, la *Ley de Contrato de Seguro* española, lo regula como una de las especies de los seguros contra daños, lo que ha facilitado a la doctrina española el determinar su naturaleza jurídica y ha permitido, además, aplicarle todas las disposiciones relativas a todos los seguros, en especial a los que cubren intereses patrimoniales.

En cambio, este contrato queda excluido de regulación en la ley alemana de 30 de mayo de 1908, así como en el Código de Seguros francés, de 16 de julio de 1976, en la *Ley Federal del Contrato de Seguro* suiza de 1908, no menos que en la *Ley de Seguros* argentina y en algunas otras, incluida la mexicana, cuya *LGISMS* lo prevé y débilmente lo regula, pues se limita a definirlo (art. 10-II) y a exigir que se realice con apego a las disposiciones de la SHCP y de la CNSF (art. 76).

Explicable es, por lo demás, que así ocurra, dado que la disciplina del contrato no tiene lugar en una ley destinada a consignar el régimen de control y vigilancia de las instituciones aseguradoras.

Es *reaseguro* —se lee en el ya citado precepto legal— "... el contrato en virtud del cual una empresa de seguros toma a su cargo total o parcialmente un riesgo ya cubierto por otra o el remanente de daños que exceda de la cantidad asegurada por el asegurador directo".

Concepto tal es por demás erróneo, jurídica y técnicamente, pues no responde a la verdadera posición contractual de las partes, ni a la real misión económica del reaseguro:

a) Aceptado que una empresa de seguros —*rectius*: un empresario asegurador— celebre el contrato, téngase presente que también puede otorgarlo un empresario exclusivamente reasegurador.
b) Falso es que el reasegurador tome a su cargo un *riesgo ya cubierto* por el asegurador; si así fuera, el primero se convertiría en coasegurador, supuesto prohibido por el art. 18 de la *LGISMS*: "Aun cuando la empresa se reasegure contra los riesgos que hubiere asegurado, seguirá siendo *la única responsable* respecto al asegurado." Lo cierto es que el reasegurador toma a su cargo un riesgo autónomo, cual es el de que su *cedente* aseguradora se vea obligada, a su vez, a hacer frente a sus obligaciones.

De la misma opinión es **Garrigues**:[69]

> El reasegurador cubre pues, la responsabilidad del asegurador frente al asegurado. Es el seguro de otro seguro. De aquí se desprende que no se reasegura el mismo riesgo asumido en el contrato de seguro, sino las consecuencias patrimoniales que para el asegurador

[69] *Contrato...*, *cit.*, pág. 466.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

> tendrá el cumplimiento de sus obligaciones en aquel contrato... es distinto el riesgo que se asuma en cada uno de ellos: en el seguro, el riesgo es el del daño o deterioro de la cosa expuesta al siniestro; en el reaseguro, el siniestro que afecta a la cosa asegurada no implica un daño para el reasegurador... El riesgo que se asume por el reasegurador es diverso del que se asume por el asegurador, aunque sea su consecuencia.

Del mismo sentir es **José F. Torres Fernández de Castro**:[70]

> Si bien el reaseguro se estipula en atención a un riesgo que tiene su origen en el contrato de seguro, es evidente, a nuestra manera de ver, que este último riesgo es distinto del que asume el reasegurador... De allí se infiere que el contrato de seguro originario y el contrato de reaseguro son jurídicamente autónomos, cuentan con elementos personales distintos, precios distintos y diversas obligaciones.

Por todo ello, encuentro más acertado el concepto que de reaseguro suministra la *Ley* española (art. 77): "Por el contrato de reaseguro el reasegurador se obliga a reparar, dentro de los límites establecidos en la *Ley* y en el contrato, la deuda que nace en el patrimonio del reasegurado a consecuencia de la obligación por éste asumida como asegurador en un contrato de seguro."

Con más razón es inexacto que el reasegurador tome a su cargo el remanente de daños no comprendidos en el seguro directo, pues aquí se presentaría, ya sin atenuantes, la figura del coaseguro mancomunado, que en el caso operaría como un seguro directo, complementario del celebrado por el primer asegurador.

La misma postura crítica adopta **Broseta Pont**[71] al comentar preceptos de similar contenido, tanto del *C.Com.* como de otros ordenamientos legales españoles. Continente de una definición del todo diversa, la nueva *Ley de Contrato de Seguro* de 1980 (art. 77) escapa a tales censuras.

Parecida censura esgrime **Blanca Romero Matute**,[72] al escribir que el reasegurador "... no asume el mismo riesgo que pesa sobre el reasegurado... sino que lo que se desplaza son las consecuencias económicamente desfavorables que puede ocasionarle ese riesgo al reasegurado. Además, no existe cesión del riesgo asegurado en el primer contrato, debido a que ese riesgo y el reasegurado son distintos; el primero consiste en la posibilidad de que se produzca el siniestro previsto en la póliza de seguro..., mientras que el riesgo reasegurado siempre consiste en la posibilidad del nacimiento de una deuda como consecuencia de la responsabilidad adquirida por un asegurador en una póliza de seguro".

15.12.3 Tipos, características y naturaleza jurídica

Con arreglo a sus mecanismos más difundidos y usuales, el contrato de reaseguro ofrece tres posibilidades:

---

[70] "Comentarios al contrato de reaseguro", en *Memoria del XIV Encuentro Nacional de la Asociación Colombiana de Derecho de Seguros*, Bogotá, 1989, pág. 147. Por los excepcionales méritos de este trabajo, me parece digno de consulta, particularmente en razón de la profundidad con la que se examinan los múltiples aspectos de este contrato.

[71] *El contrato de reaseguro*, Aguilar, Madrid, 1961, págs. 41 y siguientes.

[72] *El reaseguro*, 1a. ed., Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2001, págs. 74-75.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

- *Obligatorio*, por contrato o automático, en virtud del cual la aseguradora se obliga a ceder al reasegurador, y éste se compromete a aceptar, determinado tipo de riesgos;
- *Facultativo*, conforme al cual ninguna de las partes se obliga a ceder o aceptar, pues en cada caso la aseguradora extiende al reasegurador una oferta facultativa, que este último puede aceptar o no, en los términos que libremente convengan las partes;
- *Facultativo-obligatorio*, que, como su nombre lo indica, deja en libertad a la aseguradora de formular ofertas facultativas al reasegurador, el que en cambio se obliga a aceptarlas, claro es, dentro de un marco de cláusulas previamente adoptado por las partes.

De lo expuesto se pueden inferir las características del contrato de reaseguro:

- *Consensual*, atributo que con mayor frecuencia se presenta en este contrato que en el seguro, de modo especial mediante empleo del teléfono, del correo electrónico o del fax. De la misma opinión, aunque con referencia al derecho argentino, participa **López Saavedra**,[73] para lo cual se funda en que la ley reguladora del contrato no consigna disposición alguna referida a la celebración del contrato de reaseguro, luego es forzoso concluir que también sobre este punto se le deben aplicar, en forma supletoria, los hoy desacreditados usos y costumbres, en este caso internacionales, conforme a los cuales este contrato puede probarse por cualquier medio, aunque no exista prueba o principio de prueba por escrito. Todo ello, según el mismo autor, encuentra plena explicación, pues el establecer cualquier formalidad en este sentido resultaría extraño a un contrato de esencia internacional, por manera que, entre otras cosas, se estarían levantando obstáculos a la validez de los negocios jurídicos de esta índole.

  Empero, por encima de todo lo anterior es necesario tener muy presente aquí que la práctica de los años recientes es, casi invariablemente, del otorgamiento documental, así sea electrónico, de esta forma contractual, lo que habría de invocarse a la vista de un conflicto surgido sin la existencia de constancia documental o electrónica alguna.
- *Oneroso*, pues la cobertura tiene, como contraprestación obligada, una prima en efectivo a cargo del asegurador cedente.
- *De tracto sucesivo*, en razón de que dicha cobertura, al igual que la asegurativa, se extiende en el tiempo con duración igual o menor a la del seguro directo.
- *Aleatorio*, por cuanto, según cláusula usual, el reasegurado corre la misma suerte del reasegurador, en el seguro de daños incierta en cuanto a la ocurrencia y el monto del siniestro, y en el de vida en cuanto al momento.
- *Bilateral*, carácter que no puede suscitar duda alguna, pues los derechos y las obligaciones recíprocos, que han quedado consignados, configuran el sinalagma que es atributo de los contratos bilaterales.
- *Accesorio*, por cuanto requiere, para su perfeccionamiento, de la previa cobertura del asegurador directo, que es la razón de su existencia.

---

[73] *Op. cit.,* págs. 30-31.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

En el mismo sentido se pronuncian **Garrigues**[74] y **Torres Fernández de Castro**.[75]

Empero, **Romero Matute**[76] disiente de tal opinión, al escribir que el hecho de que el contrato de reaseguro exija la existencia, previa o posterior, de un contrato de seguro que origine, en el patrimonio del asegurador, el riesgo del nacimiento de una deuda, no significa que ambos contratos no sean jurídicamente autónomos, visto que existe sólo una dependencia causal del reaseguro frente al seguro, por cuanto ambos subsisten tales como fueron concertados, sin alteración ni novación alguna, de todo lo cual resulta que el reaseguro no es un contrato accesorio del seguro directo, que sólo funciona como *conditio iuris* del primero, por ser su fuente de riesgo.

- *Nominado*, ya que por su nombre está previsto en las leyes respectivas.
- *Atípico*, en razón de que, en cambio, no está regulado por dichas leyes.

Así lo informa, respecto de la ley argentina, **López Saavedra**;[77] respecto de otras legislaciones que no lo regulan, *véase supra* 15.11.2.

Numerosos autores predican a porfía la buena fe como característica propia de este contrato, entre ellos la ya citada **Romero Matute**:[78] "... el principio de buena fe, esencial en la contratación mercantil, adquiere incluso mayor relevancia en el reaseguro, siendo la base de las relaciones entre asegurador y reasegurador, de lo cual es muestra, entre otras, la práctica frecuente de los reaseguradores de aceptar contratos son una información completa de los riesgos asumidos por la aseguradora". Empero, la práctica muestra que esta concepción está pasando a ser un tanto romántica, pues son cada vez más frecuentes las cláusulas que reclaman de la cedente una actuación que no se compadece precisamente con su buena fe, y que, además, propician una creciente intervención de los reaseguradores en los términos de la aceptación del seguro directo, en la supervisión de la forma en la que deben atenderse los siniestros, e incluso en la reserva de facultades al reasegurador para "controlar" el siniestro.

La propia **Romero Matute**[79] admite que "... cada vez es más frecuente encontrar en los contratos de reaseguro cláusulas relativas a la intervención del reasegurador en la liquidación de los siniestros cubiertos por las pólizas de seguro directo, llegando incluso a imponer al reasegurado el deber de consultar al reasegurador acerca de la liquidación o a supeditar a la aprobación de éste la efectiva indemnización al asegurado directo".

Por su parte, **Ehrenberg**[80] subraya también la tradicional importancia de la buena fe, que considera atenuada con una compensación que no es solamente moral, y que consiste en exigir que el reasegurado conserve una buena dosis de participación en el riesgo, sin que importe que otros reaseguradores ofrezcan tomar tal participación.

No parece ocioso dejar constancia de que, en cambio, el de reaseguro no es contrato de adhesión. Aunque, ciertamente, con frecuencia se emplean modelos o *machotes*, numerosas coberturas ameritan la redacción de cláusulas específicas; no se trata, pues,

---

[74] *Contrato...*, *cit.*, págs. 474 y 475.
[75] "Comentarios al contrato de reaseguro", en *Memoria del XIV Encuentro Nacional de ACOLDESE*, Santa Fe de Bogotá, 1989, pág. 148.
[76] *Op. cit,* págs. 228-229.
[77] *Op. cit.,* págs. 30-31.
[78] *Op. cit.,* pág. 528.
[79] *Ibidem*, pág. 529.
[80] *Op. cit.*, pág. 54.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

de textos que *necesariamente* deban ser uniformes ni fatalmente predispuestos por una de las partes, de manera que aquí ya no puede predicarse la falta de libertad *económica* o la debilidad de una de las partes, que en el reaseguro actúan de igual a igual, con algunas salvedades. Consideraciones, estas últimas, que desbaratan cualquier intento de colocar este contrato entre los de adhesión.

Ciertas expresiones legales y contractuales —como *cesión de riesgo*—, algunas cláusulas de estilo —la de participación en las recuperaciones— y otras usuales en reaseguros de ciertos ramos —así, la de participación en las utilidades que el asegurador obtenga del seguro directo (*profit commission*)—, han sido fuente de duda en torno a la naturaleza jurídica del reaseguro; se ha tratado de asimilarlo a la fianza, a la cesión, al mandato, a la asociación en participación, e incluso ha llegado a vérsele carácter híbrido.[81]

La mayor parte de los tratadistas, empero, propugnan su naturaleza asegurativa, no sólo porque en él concurren los elementos de definición del contrato de seguro, sino por cuanto se sustenta en las mismas bases técnicas.[82]

En esa forma se pronuncian **López Saavedra**,[83] **Romero Matute**[84] y **Ehrenberg**.[85]

Empero, leyes hay que le niegan carácter asegurativo; así, la ley suiza (art. 101), la francesa (art. 1o.) y la nueva *Ley del Contrato de Seguro* venezolana (art. 124).[86]

Implícita pero claramente a mi juicio, **Sánchez Flores**[87] opina también que se está ante un contrato de seguro: "En el contrato de reaseguro concurren las mismas características del contrato de seguro como son la consensualidad, la onerosidad, el tracto sucesivo, la aleatoriedad y la bilateralidad, concurriendo los elementos de definición del contrato de seguro y sustentando las mismas bases técnicas, a través del cual,…".

Ahora bien, más allá de tan autorizadas opiniones, parece claro que, a lo menos con arreglo a la esfera legal mexicana, el contrato de reaseguro debe tipificarse como el de seguro, pues se ajusta, punto por punto, a la definición que de este último consigna el art. 1o. de la *LSCS*, puesto que la empresa reaseguradora asume la obligación, mediante el pago de una prima, de resarcir el menoscabo patrimonial que sufra la

---

[81] Para una amplia exposición y comentarios de estas teorías, *véase* **Manuel Broseta Pont**, *El contrato…*, *cit.*, págs. 50 y sigs. Igualmente informa y comenta estas diversas posturas **José F. Torres Fernández de Castro**, *op. cit.*, págs. 144 y 145.

[82] Así **Donati**, *op. cit.*, vol. III, págs. 476 y 477; **Ossa**, *op. cit.*, pág. 167; **Garrigues**, *Contrato…*, *cit.*, págs. 468 y 469; **Broseta Pont**, *El contrato…*, *cit.*, pág. 72; **Rodrigo Uría González**, *Derecho Mercantil*, Madrid, 1960, pág. 503; **Clemente Persico**, voz: *Riassicurazione*, en *Novissimo Digesto Italiano*, XV, Torino, 1968, pág. 858; **Halperín**, *op. cit.*, pág. 113; **Torres Fernández de Castro**, *op. cit.*, págs. 144 y 145; **Maurice Picard** y **A. Besson**, *Les assurances terrestres en droit français*, t. II, 4a. ed., Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1977, pág. 364; **Klaus Gerathewohl**, *et al.*, *Reinsurance. Principles and practice*, I, Verlag Versicherungswirtschaft V., Karlsruhe, 1980, pág. 369; **Fernando Sánchez Calero**, "El reaseguro en la Ley española de Contrato de Seguro", en *Estudios sobre el contrato de reaseguro*, Musini, Madrid, 1997, pág. 84; para la doctrina y la jurisprudencia angloestadounidense, **Barlow Lyde & Gilbert**, *Reinsurance. Practice and the law*, Lloyd's of London Press Ltd., London, 1993, págs. 1 y 2.

[83] *Op. cit.,* págs. 13-14.

[84] *Op. cit.*, pág. 145.

[85] *Op. cit.,* págs. 47-50.

[86] Un amplio examen técnico-jurídico del contrato de reaseguro en **Gerardo A. Díaz Magallón**, *El reaseguro*, tesis profesional, UNAM, México, 1986, así como en **Ariel Fernández Dirube**, *Manual de reaseguros*, 2a. ed., General Re, Buenos Aires, 1993.

[87] *El contrato de seguro…*, *cit.,* pág. 303.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

entidad aseguradora cedente con motivo de un siniestro que se vea obligada a pagar. Incluso la última parte del indicado precepto es aplicable al contrato de reaseguro que aquí se examina, pues en realidad la principal obligación del reasegurador es la de "… pagar una suma de dinero al verificarse la eventualidad prevista en el contrato", que es, ni más ni menos, el siniestro reportado a la entidad cedente del reaseguro.

15.12.4 Derechos y obligaciones de las partes

Si bien, como antes se expresó, el carácter internacional de este contrato le ha venido atribuyendo un clausulado uniforme, resulta interesante el dejar consignadas aquí algunas de sus cláusulas más importantes, mismas que, como fácilmente se aprecia, involucran derechos y obligaciones de las partes.

- *El reasegurador debe seguir la suerte de su cedente reasegurada*. Frecuentemente conocida con la expresión inglesa "*follow the fortunes*", tal estipulación significa que dentro de los alcances de su propia póliza, la aseguradora disfruta de absoluta libertad para atender reclamaciones, cuantificarlas y pagarlas, sin intervención del reasegurador, si bien con apego a las cláusulas del contrato de reaseguro. Aunque, como también se apuntó, esta cláusula viene encontrando serias limitantes, la verdad es que se mantiene en numerosos aspectos del negocio y, por otra parte, es una clara muestra del tan proclamado principio de la buena fe que siempre imperó en este contrato.
- *Libertad procesal*. Significa que la aseguradora dispone de amplia facultad para admitir, rechazar o transigir reclamaciones derivadas del seguro, sin participación del reasegurador.
- *Errores y omisiones*. Operación humana al fin y a cabo, en la cesión de participaciones al reasegurador, la cedente puede incurrir en descuidos numéricos e incluso técnicos y jurídicos, a pesar de lo cual el contrato de reaseguro surtirá todos sus efectos, mientras que los errores y omisiones sean involuntarios, pues de no serlo, resultaría fracturada la buena fe, y con ello el compromiso del reasegurador.
- *Pago de comisión a la cedente*. Puesto que, como se acaba de expresar, es a la aseguradora cedente a la que corresponde asumir la gestión y administración del seguro directo, así como sufragar el costo de adquisición y operación. En la práctica los reaseguradores cubren a las cedentes, a guisa de compensación, una suma en concepto de comisión, que con toda fidelidad recuerda la comisión que, a su vez, las aseguradoras cubren a los agentes intermediarios.
- *Arbitraje*. Son varias las razones por las que los conflictos, por lo demás no frecuentes, que surjan entre la cedente reasegurada y su reasegurador, entre ellas la necesidad de someter el conocimiento de sus diferencias a expertos conocedores de la materia, con experiencia además en su operación práctica, por lo que es de estilo la cláusula de arbitraje, que además debe ventilarse con estricto apego a los usos y prácticas de reaseguro internacional, así como a la buena fe, no así a normas de estricto derecho. No cabe duda, además, de que otra razón de esta cláusula reside en la inconveniencia de que se divulguen las diferencias surgidas entre los aseguradores y sus reaseguradores, pues ello, como es lógico, crearía un ambiente de desconfianza por parte de los asegurados.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

El antes mencionado y unánimemente admitido carácter internacional de este contrato dio lugar a que el Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea se dieran a la tarea de elaborar y pronunciar la Directiva 2005/68/SE, el 16 de noviembre de 2005, sobre el reaseguro, con el propósito de que se adopte en las legislaciones internas de los países que forman la UE.

Mucho es lo que podría decirse aquí sobre la importancia de esta regulación, en vista de que, como también se expresó con anterioridad, hasta ahora no existía, fuera de algunos tímidos intentos de regular este contrato, una legislación sobre todos sus aspectos, lo que planteaba, y seguirá planteando en los países no europeos, serias dificultades sobre la legislación aplicable, que en algo encuentran solución mediante al pacto, en la cláusula de arbitraje arriba mencionada, en el sentido de que cualquier diferencia habrá de resolverse con apego a la legislación del país de la aseguradora cedente, si bien tal cláusula no es de adopción unánime; como se sabe, es rechazada por algunos reaseguradores de ciertos países, por ejemplo el Reino Unido.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

TÍTULO 4

Contratos de garantía

Capítulo 16
La fianza

Capítulo 17
La prenda

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

CAPÍTULO 16

La fianza

16.1 Antecedentes

La garantía otorgada a favor de otro no siempre ha sido recomendable, y ya documentos históricos muestran su escasa simpatía por esta figura jurídica, ante la posibilidad de que el garante deba hacer frente a su compromiso y la duda de que recupere la suma de la que se haya desprendido.

Así, la Biblia[1] pone, en palabras de **Salomón**, las siguientes expresiones:

> Si has salido, hijo mío, fiador de tu prójimo, si has chocado tu mano con un extraño, si te has obligado con las palabras de tu boca, si de la palabra de tu boca te has dejado prender, haz esto, hijo mío, para quedar libre, pues has caído en manos de tu prójimo: vete, póstrate, importuna a tu prójimo; no concedas a tus ojos sueño ni a tus párpados reposo; líbrate como la gacela del lazo, como el pájaro de la mano del pajarero.
>
> […]
>
> Daño seguro para el que sale fiador de un extraño, tranquilo vive el que evita el compromiso.

En el mismo sentido se pronuncian las conocidas frases populares: "Fiador, pagador"; "Un fiador es un tonto con un bolígrafo en la mano".

---

[1] *Proverbios*, 6 y 10:15.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

Por su parte, el *Digesto Justinianeo*,[2] dentro de una muy amplia regulación de este contrato, proclamaba que cualquier obligación puede ser garantizada por un fiador, pero el deudor promitente de una fianza sólo se considera garantizado si acude a un fiador "… capaz de obligarse y de ser demandado, pues si diera un esclavo o hijo de familia,… o una mujer,…", se estimaba que no había cumplido su compromiso. Se precisaba, además, que el fiador podía serlo de una obligación futura o de una anterior.

He aquí, una vez más, un ilustrativo antecedente bíblico:

> *El hombre bueno sale fiador de su prójimo; el que ha perdido la vergüenza lo deja abandonado (La Biblia, Eclesiástico, 29,14).*

16.2 Generalidades

En otro lugar afirmé que los dos soportes jurídico-económicos del comercio y de la industria —que *stricto sensu* es también comercio— son el crédito y el seguro. Atrás de ellos, a prudente distancia, corresponde también un importante papel en la vida de los negocios a la fianza, cuyos regímenes técnico y jurídico, cuando se realiza habitual y profesionalmente, muestran varios puntos de contacto con el seguro, a tal grado que en algunos países se operan conjuntamente.

Y puesto que de semejanzas entre ambas figuras jurídicas se trata, consignaré otras; tiempo habrá de examinar las diferencias:

a) La fianza que aquí se estudiará —*fianza de empresa*, según criticable cuanto difundida expresión en México— es, como el seguro, un contrato de empresa, que se manifiesta en una póliza.
Es criticable la expresión *fianza de empresa* porque:

- Con ella se induce a confusión sobre las fianzas otorgadas por empresas que no son afianzadoras, que sin embargo no son fianzas de empresa *stricto sensu*, pues no están reguladas por la *LFIF* aunque sí en sentido amplio.
- De seguir por el mismo camino, habría necesidad de rebautizar ciertos otros contratos, y referirse, por ejemplo, al préstamo de empresa, crédito de empresa, arrendamiento de empresa, etcétera.

Bien está que se la emplee en forma coloquial, e incluso en el vocabulario contractual, pues en tales casos cumple una función denotativa *práctica,* pero creo que sería un desacierto incorporarla en los textos legales, como propone **Ruiz Rueda**,[3] no sólo por las apuntadas razones, sino porque de ese modo surgiría la necesidad de regular, al lado de la *fianza de empresa*, la *fianza mercantil*, sin contar con la ya

[2] Libro XLVI, Título 1, párrafos 1, 3 y 6.
[3] *La fianza de empresa a favor de tercero*, s/e, México, 1956, págs. 257 y siguientes.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

existente regulación de la *fianza civil*, y así quedaría conformada una *trilogía* legislativa para un solo contrato...

Creo, pues, que mientras subsista la diferenciación legislativa de nuestro derecho privado, la regulación de la fianza civil debe mantenerse donde está, mientras que la fianza mercantil debe estar regulada en el *C.Com.*, acaso con la aclaración de que tendrá tal carácter *la que garantice el cumplimiento de una obligación mercantil y la que se otorgue por una institución de fianzas*, en la inteligencia de que su regulación como contrato privado debe ser una sola y la misma; a la ley sobre control de tales instituciones corresponde, en cambio, precisar que sólo ellas pueden operar de modo habitual y profesional dicho contrato, y consignar las demás disposiciones de tipo específico.

b) Ambas operaciones, individualmente consideradas, son de resultados aleatorios.
c) Una y otra configuran contratos de adhesión, según textos previamente aprobados por la autoridad administrativa de control y vigilancia.
d) En uno y otro contrato se cubren riesgos.
e) Así como la cobertura asegurativa, la fiadora puede operarse en coafianzamiento o en reafianzamiento.

En otro orden de ideas, ha de tenerse presente que, guardada la proporción, así como existe un *derecho del seguro privado*, del cual sólo se hizo referencia, en el capítulo respectivo, al derecho del *contrato de seguro*, hay también un *derecho de la fianza*, pero aquí sólo cumple examinar el derecho del *contrato de fianza* mercantil o de empresa; a trabajos de otra naturaleza corresponde el estudio del régimen legal de las empresas de seguros y de las de fianzas.

16.3 Fianza civil y fianza mercantil

Se presenta aquí otro de los contratos de naturaleza bifronte. De la más rancia estirpe romanesca, el contrato de fianza, al igual que tantos otros surgidos dentro del *ius civile*, se ha multiplicado por *bipartición*, de tal suerte que en la actualidad se muestra, como sus contemporáneos (compraventa, arrendamiento, préstamo, etc.), a veces en su forma original, civil, pero frecuentemente con su nuevo atuendo mercantil.

Mas, como se ha visto, no siempre es fácil distinguir estos contratos por su atavío; y con referencia a la fianza, la dificultad se agrava por razón de su carácter accesorio, esto es, su existencia siempre parasitaria de una obligación principal, de donde podría inferirse que, por *mimetismo jurídico*, adopta la naturaleza civil o mercantil de la relación principal.

Conviene, pues, delimitar los campos hasta donde la claridad de los preceptos legales lo permita; de ahí en adelante el amojonamiento se hará mediante una labor de interpretación o de aplicación analógica o por mayoría de razón.

El punto de partida es claro. Toda fianza de empresa es mercantil: "Las fianzas y los contratos que en relación con ellas otorguen o celebren las instituciones de fianzas, serán mercantiles para todas las partes que intervengan... excepción hecha de la garantía hipotecaria" (art. 20, *LFIF*).

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

En modo alguno se justifica esta última excepción. Si otras garantías, como la prenda y la propia fianza, fecundadas por el comercio, se han reproducido por bipartición —según el símil biológico antes empleado—, ninguna razón hay para que el legislador se niegue a admitir que lo mismo ha ocurrido con la hipoteca; por tanto, debe reconocerse que en la actualidad, al lado de la civil, se da la hipoteca mercantil, a despecho de la carencia de específicas disposiciones para ella, del mismo modo que existen arrendamientos mercantiles (art. 75-I, *C.Com.*),[4] sin que obste a ello la falta de regulación de los mismos en las leyes mercantiles: ¿qué razón seria, aparte el capricho legal, podría aducirse para sostener la *civilidad* de la hipoteca constituida en garantía de pago de una emisión de obligaciones o de la hipoteca sobre la unidad completa de una empresa, para garantizar el pago de un crédito bancario, según la prevé el art. 67 de la *LIC*?

El siguiente mojón parece también claro, por cuanto está colocado en el extremo opuesto: civil es la fianza contratada entre personas físicas o morales no comerciantes, con motivo de una obligación no mercantil, pues el carácter de los sujetos y la naturaleza del negocio principal conduce a tal conclusión.

Así demarcados los confines de la fianza, el trazo de la línea divisoria de entrambos campos no siempre puede hacerse con mano firme. Como antes expresé, algunos casos se resuelven previa una labor de interpretación, que a veces se presenta sencilla; las fianzas, por ejemplo, que con ciertas limitaciones pueden otorgar las instituciones de crédito (art. 106-IX, *LIC*), no pueden sino ser reputadas mercantiles, pues serían *operaciones de bancos* (art. 75-XIV, *C.Com.*). Otros casos requerirán mayor esfuerzo y, tal vez, algunos de ellos no puedan ser satisfactoriamente ubicados en uno u otro sector. Y así, ¿qué carácter debe atribuirse a la fianza ocasional, otorgada por una sociedad no afianzadora, o por una persona física, como garantía de cumplimiento de una obligación mercantil?; ¿*quid iuris* de la fianza onerosa, por virtud de la cual un comerciante no afianzador profesional responde del cumplimiento de una obligación civil, judicial o administrativa?

A mi juicio, todas estas fianzas deben seguir la suerte de la obligación garantizada, que para tal efecto sólo puede ser considerada como civil o como mercantil. Creo que tal criterio resulta acorde no sólo con un principio de economía procesal, pues de ese modo el acreedor podría demandar al deudor directo y al fiador en el mismo juicio, sino con varios preceptos contenidos en la regulación civil de la fianza: por ejemplo, el que condiciona la existencia de la fianza a una *obligación válida* (art. 2797, *C.Civ.*); el que prohíbe al fiador obligarse a *más* que el deudor principal, al paso que le permite obligarse por *menor cantidad* (art. 2799); el que proclama la extinción de la fianza *al mismo tiempo* que la obligación del deudor (art. 2842), etcétera.[5]

En forma un tanto verbosa, **Sánchez Flores**[6] escribe que "… será mercantil aquella fianza que se otorgue de forma sistemática por medio de póliza, con publicidad, por conducto de agentes, mediante el cobro de una prima…".

---

[4] **Roberto L. Mantilla Molina**, *Derecho mercantil*, 22a. ed., Editorial Porrúa, México, 1982, págs. 65 y 66.

[5] *Véase* consideraciones similares, para el derecho francés, en **Joseph Hamel**, **Gaston Lagarde** y **Alfred Jauffret**, *Traité de droit commercial,* t. II, Dalloz, Paris, 1966, págs. 347 y 348.

[6] *El contrato de fianza,* 1a. ed., Editorial Porrúa, México, 2001, pág. 392.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

16.4 Régimen legal y concepto

Por supuesto, la fianza *lato sensu* encuentra su regulación en el *C.Civ.*; a su vez, la fianza de empresa está regulada en la *LFIF*, que también consigna el régimen de las instituciones afianzadoras, y que reconoce como supletorias a la *legislación mercantil* (*sic*) y a las ya invocadas disposiciones del *C.Civ.* en materia de fianza (art. 113, *LFIF*); aunque de inferior rango, no debe omitirse aquí la referencia al *Reglamento* del art. 95 de la propia *LFIF*, atinente sólo a las fianzas otorgadas a favor de la Federación.

Pero además, por cuanto las empresas afianzadoras están sujetas a la inspección y vigilancia de la CNSF (art. 66), emanadas de esta última, así como de la SHCP (art. 1o.), existen otras importantes disposiciones sobre la materia, que de ordinario se dan a conocer a través de circulares modificatorias de la llamada Circular Única de Fianzas, expedida por la CNSF con fundamento en lo dispuesto por el art. 68-VI, de la *LFIF* y publicada en el *DOF* del 6 de diciembre de 2010 o mediante publicaciones en el *DOF*, cual es el caso de las Reglas de carácter general para el otorgamiento de fianzas que garanticen operaciones de crédito, publicadas en el *DOF* 25 may. 2000, abrogatorias de las que estuvieron en vigor desde agosto de 1990.

El *C.Com.* no contiene disposiciones sobre este contrato. En lo que al concepto de fianza concierne, la *LFIF* no lo consigna; empero, de ello no debe inferirse que la noción que suministra el *C.Civ.* corresponda, sin más, a la fianza de empresa. En efecto, mientras que conforme a dicho estatuto civil "la fianza es un contrato por el cual una persona se compromete con el acreedor a pagar por el deudor, *si éste no lo hace*" (art. 2794), rasgo, este último, que permite afirmar el carácter subsidiario de la obligación fiadora *civil*, en las fianzas que aquí se examinan las empresas otorgantes "... *no gozan de los beneficios de orden y excusión* y sus fianzas no se extinguirán aun cuando el acreedor no requiera judicialmente al deudor por el cumplimiento de la obligación principal..." (art. 118).

¿Cuál es la enseñanza que de ello se obtiene?; pues nada menos la de que la fianza de empresa no plantea, como sí la civil, una obligación subsidiaria, sino *solidaria*, y con ello adquiere una nueva fisonomía, cuyos rasgos, como se aprecia, no coinciden con los de la fianza civil.

Tal nota de solidaridad fiadora, por lo demás, aunque nueva en nuestro régimen legal, no lo es en el derecho comparado: sin el eufemismo empleado por la *LFIF*, el *C.Civ.* italiano expresa que "El fiador está obligado *in solido* con el deudor principal al pago de la deuda" (art. 1944); en semejante forma se expresaba el *proy. C.Com.*: "La fiadora se obligará solidariamente y no gozará de los beneficios de orden y excusión" (art. 1040), aclaración esta última por demás innecesaria, según lo hace notar **Ruiz Rueda**.[7]

Informan de la solidaridad fiadora mercantil: en el derecho argentino, **Carlos C. Malagarriga**;[8] en el derecho francés, **Hamel, Lagarde** y **Jauffret**;[9] en el derecho español, **Garrigues**;[10] en el derecho italiano, **Messineo**.[11]

---

[7] *El contrato de fianza...*, *cit.*, págs. 54 y 55.
[8] *Derecho Comercial*, 7a. ed., s/e, Buenos Aires, 1955, pág. 196, por así disponerlo el art. 480 del *C.Com.*, argentino.
[9] *Op. cit.*, t. II, pág. 348.
[10] *Curso de derecho mercantil*, 9a. ed., reimpresión; I y II, Editorial Porrúa, México, 1993, pág. 154.
[11] *Manual de derecho civil y comercial*, trad. de la 8a. ed. italiana, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1971, pág. 135.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

Todo ello, sin embargo, no quita que la fianza de empresa siga siendo un contrato accesorio, ya que sólo existe en función y en la medida en que exista la obligación principal.

Preciso es, en consecuencia, elaborar un concepto apropiado para nuestra fianza: propongo el siguiente, confeccionado con sus elementos característicos, y ajustado al vigente régimen legal: *por el contrato de fianza de empresa la fiadora se obliga por escrito, solidariamente con el fiado, a pagar una deuda a cargo del mismo, a cambio de la prima que se obliga a pagar el tomador o contratante*.

Conviene repetir que tal concepto sólo debería considerarse provisional, pues creo que a la larga habrá de establecerse una clara distinción legal entre fianza civil y fianza mercantil, a fin de eliminar la incómoda, circunstancial y poco técnica expresión *fianza de empresa*; salvo que —como es de desearse— pluguiera al legislador mexicano unificar el derecho privado, al menos en lo que a obligaciones y contratos se refiere.

Sánchez Flores[12] apunta una serie de supuestos precontractuales de la fianza que aquí se examina; ellos son: *a*) Licitud en el negocio; *b*) Certeza razonable sobre el cumplimiento de la obligación principal garantizada; *c*) Solvencia moral y económica, así como la capacidad de los solicitantes de la fianza para cumplir con los compromisos asumidos; *d*) En caso de haber obligado solidario, ilustrarlo sobre su obligación, solidaria con el fiado, en las responsabilidades que resulten; *e*) La suma de las fianzas expedidas a un cliente no debe rebasar la capacidad económica del fiado y, en su caso, del obligado solidario.

16.5 Elementos de la fianza

Cuatro son los *personajes* que se requieren para la existencia de la fianza, si bien, como se verá, no es preciso que todos ellos intervengan en el contrato y, por otra parte, el cometido de dos o más de ellos puede ser desempeñado por uno solo; por último, *puede* figurar un quinto personaje. Pero además, existe un elemento *material*, que es la póliza.

He aquí los elementos personales:

a) La *institución afianzadora,* papel que sólo puede ser desempeñado por una sociedad anónima mexicana, provista de autorización otorgada al efecto por la SHCP (arts. 5o. y 15, *LFIF*).

b) El *tomador* o *contratante,* llamado en la ley *solicitante,* que puede serlo cualquier persona física o moral, y por supuesto, el propio fiado (arts. 96, 97 y otros).

La expresión *solicitante,* aplicada por la ley a quien contrató con la empresa fiadora, es de una obvia impropiedad, pues al celebrarse el contrato dejó de ser solicitante para convertirse en *tomador* o *contratante* —vocablo éste ambiguo, pero que permite distinguirlo de la empresa fiadora— de la fianza.

c) El *fiado* o *deudor principal,* que es la persona física o moral respecto de cuya obligación se otorga la fianza y que, como ya se dijo, puede protagonizar también el papel de tomador o contratante (art. 96).

---

[12] *El contrato de fianza…, cit*., pág. 709.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

d) El *beneficiario,* carácter que corresponde también a cualquier persona física o moral, como acreedora de la obligación principal (arts. 93 y 117).

Pero anticipé la eventual existencia de un quinto elemento personal; eventual, por cuanto su desempeño como *contragarante, deudor solidario* o *contrafiador* —que con cierto detenimiento se examinará líneas adelante— es dispensable cuando el fiado demuestre su amplia solvencia y capacidad de pago (art. 24).

e) Como elemento material u objetivo, la *póliza* es el documento en el que necesariamente se consignan los derechos y las obligaciones de la empresa afianzadora, así como los derechos y deberes del beneficiario; es, en otras palabras, la manifestación escrita del contrato de fianza (art. 117).

16.6 Garantía de recuperación de la empresa afianzadora

Ya quedó apuntado que tal vez la diferencia más importante entre la fianza civil y la de empresa es la inexistencia, en esta útima, de los beneficios de orden y excusión, de donde resulta que dicha empresa asume el carácter de deudora solidaria.

No parece ocioso recordar que, por virtud del beneficio de orden, el fiador sólo puede quedar obligado a pagar *después* de que se haya reconvenido al deudor principal para el mismo efecto; por virtud del beneficio de excusión, *primeramente* el *valor libre* de los bienes del deudor principal debe aplicarse al pago de la deuda, y sólo la parte que no pueda cubrirse con tal valor quedará a cargo del fiador (arts. 2814 y 2815, *C.Civ.*).

Ahora bien, la necesidad de poner a cubierto el patrimonio de las instituciones fiadoras, para conjurar el peligro de insolvencia, ha dado lugar a que, en toda operación, deban "... tener suficientemente garantizada la recuperación... cualquiera que sea el monto de las responsabilidades que contraigan mediante el otorgamiento de fianzas" (art. 19).

Y tal recuperación puede garantizarse en la forma que libremente determine la empresa, cuando actúe dentro de su *margen de operación*; cuando su responsabilidad exceda de dicho margen, la garantía de recuperación deberá consistir en prenda, hipoteca, fideicomiso, obligación solidaria, contrafianza, reafianzamiento o reaseguro (arts. 24 y 32); ciertas fianzas de carácter penal, así como de fidelidad, pueden operarse sin garantía suficiente *ni* (*sic*) comprobable (art. 22).

Las indicadas garantías pueden constituirse antes, en el momento o después de celebrar el contrato de fianza; para facilitar esta última posibilidad, la *LFIF* concede acción a la empresa en contra del solicitante, fiado, contrafiador y obligado solidario para exigirles que formalicen una o más garantías reales —prenda, hipoteca o fideicomiso— de recuperación, si bien tal acción sólo puede ejercitarla:

a) Cuando se le haya requerido el cumplimiento de su obligación fiadora;
b) Cuando venza la obligación garantizada;
c) Cuando cualquiera de los obligados afronte el riesgo de insolvencia;
d) Cuando aparezca que alguno de ellos suministró falsa información respecto de su solvencia o domicilio;
e) Cuando la fiadora compruebe que cualquiera de los obligados incumple obligaciones y con ello corra el riesgo de perder sus garantías de recuperación (art. 97).

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

Pero además, en cualquiera de tales supuestos asiste también acción a la empresa fiadora para obtener un *secuestro* precautorio, en forma prejudicial o dentro del juicio correspondiente (art. 98).

Como fácilmente puede apreciarse, aquí la ley emplea con impropiedad el vocablo *secuestro*, que en buena técnica legal sólo denota "... el depósito de una *cosa litigiosa* en poder de un tercero, hasta que se decida a quién debe entregarse" (art. 2539, *C.Civ.*); en el mismo sentido, pero con mayor precisión, **Eduardo Pallares**[13] afirma que tal depósito se efectúa "... mientras se decide a quién pertenece la cosa". Nada de ello ocurre en nuestra especie, pues ni el bien *embargado* —palabra que debió emplearse en la ley— es cosa litigiosa, ni existe discusión sobre a quién debe entregarse.

16.7 Obligaciones de la institución fiadora. Formalidad del contrato

Los compromisos fundamentales de la empresa afianzadora son dos: expedir la póliza y, en su momento, pagar la suma afianzada:

a) La póliza de fianza, en cuanto forzosa expresión documental del contrato, debe ser extendida por dicha empresa mediante empleo de un texto y modelo tácita o expresamente aprobado por la CNSF, con inclusión de las cláusulas que fije la SHCP mediante reglas generales (arts. 85 y 117).

De ese modo, en la práctica el contrato ha devenido formal y de adhesión; sobre la formalidad, el texto del citado art. 117, en su parte conducente, no deja lugar a duda: "El beneficiario, al ejercitar su derecho, deberá comprobar por escrito que la póliza fue otorgada", texto que, en cambio, permite a dicho beneficiario reclamar el pago sin necesidad de exhibir la póliza, a condición de que demuestre, documentalmente, su expedición.

No es de extrañar, por tanto, que también **Sánchez Flores**[14] subraye el carácter formal de este contrato, con apoyo en este último precepto. El mismo autor[15] sostiene, con fundamento en el propio numeral, que toda póliza de fianza debe contener: *a*) denominación, domicilio y capital social de la institución; *b*) número de orden; *c*) importe de la prima y derechos pagados; *d*) plazo de vigencia; *e*) *descripción* de la operación garantizada; *f*) nombre del beneficiario o acreedor; *g*) nombre del fiador; *h*) fecha en que se expide; *i)* firma del representante legal de la institución.

b) Por cuanto a la obligación de pago, hay que decir que, por no ser subsidiaria, surge en el momento en que sea exigible la obligación principal, sin más; que es autónoma, pero que, sin embargo, mantiene ciertos puntos de contacto con la principal. Todo ello configura un régimen que puede resumirse en los siguientes puntos:

---

[13] *Diccionario de derecho procesal civil*, 2a. ed., Editorial Porrúa, México, 1956, voz: *Secuestro,* pág. 610.
[14] *El contrato de fianza..., cit.,* págs. 392 y 393.
[15] *Ibidem*, pág. 527.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

1. Como requisito previo de procedibilidad, el beneficiario deberá requerir por escrito a la institución afianzadora el pago de la suma respectiva y exhibir la documentación, así como los demás elementos necesarios para demostrar la existencia y exigibilidad de la obligación garantizada (art. 93-I).
2. Por su parte, la institución fiadora debe hacer del conocimiento del fiado o, en su caso, del solicitante, de los obligados solidarios o contrafiadores, la indicada reclamación y hacerles saber el momento en que vencerá el plazo legal, o bien el previsto en las pólizas de fianza o en los procedimientos convencionales celebrados con los beneficiarios (art. 118 *bis*).

> **Jurisprudencia.** "Fianza mercantil. Para que proceda la acción de cobro, la afianzadora debe acreditar que avisó al fiado o, en su caso, al solicitante, obligados solidarios o contrafiadores, de la reclamación de pago efectuada por el beneficiario, en términos del artículo 118 *bis* de la *Ley Federal de Instituciones de Fianzas*".
>
> Contradicción de tesis 75/2008-PS. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Quinto y Octavo, ambos en Materia Civil del Primer Circuito. 10 de septiembre de 2008.
>
> "Fianzas. Los acuses de recibo de correo certificado, tienen eficacia probatoria para satisfacer el requisito de aviso a que alude el artículo 118 *bis*, de la ley de instituciones relativa".
>
> Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Tercer Circuito. Amparo directo 201/2007. Fianzas Monterrey, S.A. 8 de junio de 2007.

3. El beneficiario puede hacer valer su acción, directa y exclusivamente, en contra de la institución de fianzas, o bien le es dado enderezar juicio conjunto en contra de la misma y del obligado principal (arts. 94 y 101).
4. El abandono o la caducidad del juicio promovido en contra del deudor principal no menoscaba la obligación de la empresa fiadora (art. 118).
5. Agotado el procedimiento de reclamación mencionado en el inciso 2 anterior, el beneficiario podrá presentar su reclamación ante la CONDUSEF o acudir a los tribunales competentes —juzgados locales o federales de lo civil—; en el primer caso, ante la Comisión se agotará un procedimiento conciliatorio en el que, de no llegarse a un avenimiento, si ambas partes están de acuerdo, dicha Comisión actuará como árbitro de estricto derecho o en amigable composición, según lo decidan las partes; en el segundo caso, ante los tribunales ordinarios se ventilará un juicio especial, previsto por el art. 94 de la *LFIF,* regulado, supletoriamente, por el *C.Com.* y por el *CFPC*, en ese orden.
6. La empresa fiadora asume una obligación propia —además de autónoma, según se dijo líneas arriba—, lo que significa que participa de naturaleza diferente de la que corresponde a la obligación principal.[16] Un ejemplo bastará para aclarar lo dicho: el arrendador que opta por demandar exclusivamente de la empresa fiadora el pago de las sumas que, en concepto de rentas, no le han sido pagadas por el inquilino, según contrato *civil* de arrendamiento, reclamará, sin

[16] En el mismo sentido, **Ramón Sánchez Medal**, *op. cit.*, pág. 455.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

embargo, el cumplimiento de una obligación *mercantil*; no podrá demandar el pago como forma de cumplimiento del contrato arrendaticio, sino del contrato de fianza; tampoco puede exigir el pago de cantidad alguna en concepto de rentas, sino en concepto de sumas *afianzadas*; por último, no tiene a su alcance alguna de las vías procesales aptas para demandar al inquilino, sino la especial, ya expuesta, en la que no podrán aplicarse las disposiciones procesales de la respectiva ley local.

7. A partir de la fecha de su exigibilidad, la suma a cargo de la fiadora quedará, si es en moneda nacional, denominada en las Unidades de Inversión mencionadas en el núm. 4.10 de esta obra (art. 95 *bis*).

Los predichos mecanismos procesales son también de observarse cuando las fianzas se otorguen a favor de autoridades administrativas, las que, además, podrán optar por el procedimiento especial previsto en el art. 95 y en el Reglamento del mismo (*DO* 30 jun. 1988), salvo que se garanticen intereses fiscales a favor de la Federación, pues en tal caso el procedimiento de cobro será el previsto por el *Código Fiscal de la Federación* (art. 95). Por supuesto, estos últimos mecanismos, por ser continentes de leyes privativas y desnaturalizadoras de la obligación fiadora, son inconstitucionales:

a) Dicho quedó, y confío en que satisfactoriamente demostrado, que la obligación fiadora es autónoma, propia y de naturaleza mercantil; inconfundible, por tanto, con la obligación principal.
b) También se informó sobre la existencia de un especial procedimiento judicial para forzar el cumplimiento de tal obligación, ante el fallido transcurso de treinta días hábiles después del requerimiento.

Frente a todo ello, ¿qué justificación puede encontrarse a la facultad conferida a las autoridades administrativas para eludir tal procedimiento y, sin juicio ni sentencia algunos, obtener el pago mediante la sustracción y venta de valores de la institución fiadora?

1. No se trata de un crédito fiscal, pues la obligación de la fiadora es —conviene repetirlo— mercantil y de naturaleza propia; en otras palabras: la empresa afianzadora no reporta un *crédito fiscal* a su cargo, aunque fiscal haya sido la obligación garantizada... a menos que se trate de una arbitraria y no confesada *metamorfosis jurídica*.
2. Por tanto, la autoridad administrativa es un acreedor de derecho común, sin privilegio alguno, de manera que el procedimiento económico-coactivo de referencia rompe el principio de igualdad consagrado por el Pacto Federal, pues conduce a que la empresa afianzadora sea juzgada por una *ley privativa*, como resulta serlo el art. 95, *LFIF,* y por un *tribunal especial*, en que se erige a la SHCP, pues se le faculta para dictar sentencia de privación y remate de bienes de la fiadora (art. 13, *CPEUM*).
3. La posibilidad de que, a petición de la autoridad acreedora, la SHCP ordene el *remate* de valores de la institución fiadora plantea una grosera violación de los arts. 14 y 16 constitucionales; en efecto, practicado el supuesto remate, dicha institución se ve privada de sus propiedades —los valores— sin que haya mediado juicio alguno, y menos ante un tribunal previamente establecido, pues bastó el mandamiento escrito de una autoridad, sí, pero que carece de competencia y que, por tanto, mal pudo fundar y motivar la causa legal del seudoprocedimiento.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

4. En nada atenúa el resabio de lo anterior la circunstancia de que la fiadora, inconforme con el requerimiento de pago, pueda acudir a juicio ante el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, antes Tribunal Fiscal de la Federación (art. 95-V), y con ello obtenga la suspensión del procedimiento de cobro, pues de ese modo la ley invierte atrozmente los papeles: asigna a dicha fiadora, que debía ser la demandada, el de actora, con lo cual le arroja el impulso procesal y la carga de la prueba de un hecho negativo.

En parecidos y muy amplios términos se ha pronunciado **Ruiz Rueda** a propósito del similar texto anterior de la *LFIF*.[17]

Es importante señalar que, a despecho de todo lo anterior, la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia ha sentado dos tesis de jurisprudencia contrarias a lo expuesto:

1. Al resolver, el 22 de septiembre de 2000, la contradicción de tesis 42/2000, quedó establecido que son constitucionales los arts. 95 y 96 *bis* de la *LFIF*, con lo cual se confirmó el criterio de que las fianzas otorgadas en garantía de obligaciones fiscales asumen también carácter fiscal.
2. En la misma fecha se resolvió la contradicción de tesis 91/2000, en el sentido de que el procedimiento de reclamación a una afianzadora, que con carácter especial proclama el art. 95 de la *LFIF*, en los casos de fianzas expedidas a favor de autoridades administrativas, se rige por lo dispuesto en el *Código Fiscal de la Federación*. Ello confirma el criterio de nuestro más alto tribunal, erróneo a mi juicio, en el sentido de que las fianzas fiscales adquieren tal calidad, y con ello se equipara a las entidades afianzadoras con sus fiados en cuanto deudores fiscales.

16.8 Extinción de la obligación fiadora

Es interesante dar cuenta de las diversas formas en las que puede extinguirse la obligación de pago por parte de la institución fiadora:

1. Antes de promover juicio en contra de la fiadora, debe requerírsela de pago por escrito, dentro del plazo estipulado en la póliza o, en su defecto, dentro de los 180 días naturales siguientes a la expiración de la vigencia de la fianza o a la fecha en que la obligación garantizada se vuelva exigible por incumplimiento del fiado, cuando la afianzadora no se haya obligado por tiempo determinado (art. 120); la institución dispondrá de un plazo de 30 días naturales para hacer el pago, si es que procede (art. 93).

[17] *La fianza..., cit.*, págs. 128 y siguientes.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

Jurisprudencia. Fianza mercantil. El aviso a que se refiere el artículo 118 *bis* de la *Ley Federal de Instituciones de Fianzas* es una condición previa que debe cumplirse para poder hacer valer el título ejecutivo a que alude el numeral 96 del propio ordenamiento.

Contradicción de tesis 75/2008-PS. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Quinto y Octavo, ambos en Materia Civil del Primer Circuito. 10 de septiembre de 2008. Cinco votos. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretario: Fernando A. Casasola Mendoza.

2. En cambio, opera la extinción de la fianza en caso de prórroga o espera concedida al obligado principal sin el consentimiento de la institución afianzadora (art. 119).
3. Las acciones derivadas de nuestro contrato prescriben en tres años o en el plazo de prescripción de la obligación garantizada, si es menor al indicado (art. 120). No precisa la ley si tal plazo de prescripción corre desde la fecha de otorgamiento de la fianza, o bien desde el momento en que se torne exigible la obligación principal o, acaso, desde que el acreedor tenga noticia del compromiso asumido por la institución fiadora. Obvio es que el laconismo legal suscite diversas corrientes de interpretación, diversidad a todas luces inconveniente: la que ha prevalecido se sustenta en la prevención del art. 1040 del *C.Com.*: "En la prescripción mercantil negativa, los plazos comenzarán a contarse desde el día en que la acción pudo ser legalmente ejercitada en juicio." De ello resulta que la prescripción empieza a contarse desde el día en que sea legalmente exigible el cumplimiento de la obligación garantizada.[18]

   Y en virtud de que, atento lo expuesto, la institución fiadora dispone de 30 días (60, conforme al texto legal anterior) para efectuar el pago, la Segunda Sala de la SCJN ha establecido jurisprudencia en el sentido de que el plazo de prescripción debe contarse desde que hayan transcurrido tales 60 días (expresión esta última que, a mi juicio sin inconveniente alguno, debe entenderse referida a los 30 que menciona el nuevo texto legal).[19]
4. Una forma especial de extinción se consigna en la siguiente forma: "La devolución de una póliza a la institución que la otorgó, establece a su favor la presunción de que su obligación como fiadora se ha extinguido, salvo prueba en contrario" (art. 117).

Sánchez Flores[20] menciona otras causales de extinción, que no son privativas del contrato que aquí se examina, pues derivan de las reglas que establece el *C.C*iv. para la extinción de todo tipo de obligaciones.

---

[18] **Luis Ruiz Rueda**, *El contrato de fianza..., cit*, págs. 73 y siguientes.

[19] *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación*, Segunda Sala, Tercera parte, México, 1975, págs. 310 y 311.

[20] *El contrato de fianza..., cit.,* págs. 703-705.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

16.9 Obligaciones y deberes del tomador, del fiado, del obligado solidario y del contrafiador

Expuestas han quedado, a lo largo de las notas anteriores, las principales obligaciones —en algunos casos cargas o deberes— de los personajes que jurídicamente coactúan al lado de la institución fiadora.

En verdad, el respaldo económico constituido por todo o parte del patrimonio del tomador, del fiado, del obligado solidario y del contrafiador, justifica el que pueda afirmarse que, tanto en la formalización de la fianza como en su vigencia, dichos elementos personales actúan de consuno entre sí y con la institución, pues todos arriesgan sus respectivos bienes en la aventura de la fianza y a favor del beneficiario; *véanse*, a continuación, en qué medida y, de paso, *tómese nota* de algunos otros deberes y cargas.

Por lo que se refiere a los requisitos que debe satisfacer el beneficiario de la fianza para hacerla efectiva, **Sánchez Flores**[21] proclama los siguientes:

1. Que demuestre el incumplimiento total o parcial de su deudor;
2. Exhibir la póliza de fianza;
3. Presentar la reclamación en los términos de las disposiciones legales respectivas, incluidas, en su caso, las del *Código Fiscal de la Federación*;
4. Que la reclamación se presente antes de transcurrido el plazo convenido o el previsto por la *LFIF*.

Dije antes (*supra* núm. 16.6) que, en ciertos casos, la fiadora debe —y en otros le es potestativo— exigir la constitución de garantías reales o personales de recuperación de la cantidad que fatal o eventualmente deba pagar, así como que puede formular tal exigencia a cualquiera de las referidas personas, o a todas; se precisó que las garantías reales han de consistir en prenda, hipoteca o fideicomiso. Queda por decir:

a) Que si de prenda se trata, sólo puede recaer sobre dinero en efectivo, adeudos bancarios, valores emitidos o garantizados por el Gobierno Federal o por instituciones de crédito, valores aprobados por la CNBV o sobre bienes de otra naturaleza valuados por institución de crédito o por corredor (arts. 26 y 40-III y IV).
b) Que el fideicomiso es admisible sólo sobre bienes o derechos actuales —la ley emplea el adjetivo *presentes*— (art. 29).
c) Que la hipoteca debe versar sobre bienes inmuebles valuados por institución de crédito e inscritos en el Registro Público de la Propiedad, o sobre la unidad completa de una empresa industrial, y se anotará al margen de dicha inscripción mediante un escrito del propietario, ratificado ante juez, notario, corredor público o ante la CNSF (arts. 28 y 31).
d) Que también es admisible la deuda solidaria o contrafianza personal de quienes, sin satisfacer requisito alguno de los mencionados, "... comprueben ser propietarios de bienes raíces o establecimiento mercantil, inscritos en el Registro Público de la Propiedad y de Comercio" (art. 30).

---

[21] *El contrato de fianza..., cit.,* pág. 672.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

Parece oportuno evocar aquí ciertos textos bíblicos, un tanto contradictorios de los mencionados al principio de este capítulo:

> "El hombre bueno sale fiador de su prójimo; el que ha perdido la vergüenza, lo deja abandonado. No olvides los favores de tu fiador, pues él se ha expuesto por ti. El pecador dilapida los bienes de su fiador, pues el ingrato abandona en su corazón al que le ha salvado. La fianza perdió a muchos que iban bien, los sacudió como ola del mar. Echó de su patria a hombres poderosos, que anduvieron errando por razones extrañas. Pecador que se presta a la fianza buscando especular, incurre en condenación."[22]

Por su parte, también las autoridades administrativas de toda índole están obligadas a suministrar, a las instituciones fiadoras, los informes que se les demanden sobre antecedentes personales o económicos de los solicitantes de fianzas (art. 128).

Finalmente, las ya mencionadas Reglas en materia de otorgamiento de fianzas con las que se garanticen operaciones de crédito, consignan un amplio elenco de derechos y obligaciones de las partes en fianzas de tal naturaleza, en ocasiones diferentes de los previstos por la *LFIF*.

16.10 Fuente de la obligación fiadora

Mucha tinta se ha empleado en la discusión sobre cuál de las fuentes de las obligaciones acomoda al compromiso de la empresa fiadora. *A fuer* de sincero, me parece que gran parte de esa tinta debió emplearse en discusiones más provechosas.

La controversia se plantea así: es cierto que en los códigos civiles se proclama el carácter contractual de la fianza, a pesar de que fianzas hay, como muchas de las judiciales, que surgen de una mera declaración unilateral de voluntad; resulta de ello que, a pesar de la pretensión legal, la obligación fiadora es siempre el resultado de la unilateral voluntad del fiador, en cuanto consecuencia del *contrato* de fianza, que sólo tiene como contenido su *compromiso de asumir* el carácter de coobligado, subsidiario en la fianza civil, solidario en la de empresa; ahora bien, ya con exclusiva referencia a esta última, ¿de qué naturaleza son las relaciones entre el tomador o contratante y la empresa, si sólo un tercero —el acreedor o beneficiario—, que no es parte en dichas relaciones, puede exigir el cumplimiento de la obligación fiadora?; ¿y de qué naturaleza son las relaciones empresa-beneficiario, cuando el único papel de este último es el de derechohabiente del crédito, sin obligación alguna y sólo son las cargas inherentes a la conservación de su derecho? Ambas preguntas —dicen algunos— merecen sendas y diferentes respuestas: entre la empresa y el tomador hay, ciertamente, un contrato de fianza, cuya inmediata y necesaria consecuencia es la expedición de la póliza, y con ello queda cumplido y agotado el contrato, que de esta suerte deviene instantáneo; la siguiente relación, empresa-beneficiario, es también consecuencia de

[22] *Libros poéticos y sapienciales. Eclesiástico,* XXIX, 19.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

la primera, pero surge en el momento de la expedición de la póliza y, como es de suponerse, no tiene naturaleza contractual, ya que, como se dijo, el contrato de fianza quedó en el pasado; de consiguiente, es una relación, ciertamente de contenido obligacional, pero que deriva de la unilateral expresión de voluntad de la fiadora, que de ese modo cumple el compromiso contraído en el previo contrato de fianza.

A mi juicio, en todo ello hay un error, que arranca de una petición de principio, cual es la supuestamente necesaria escisión del desempeño de la empresa fiadora en dos relaciones, con pretendido carácter autónomo.

Concluyo, pues: de conformidad con el derecho positivo mexicano, la fuente de la obligación fiadora es el contrato de fianza, que en la mayoría de los casos configura una estipulación a favor de tercero (art. 1868, *C.Civ.*), otorgado entre la fiadora y el tomador o contratante; por supuesto, si el tomador fuere el propio beneficiario, no surgiría tal estipulación.

Convengo con **Ruiz Rueda**[23] en la inadecuada colocación del mencionado precepto, bajo el epígrafe "de la declaración unilateral de la voluntad", error que, según dicho autor, en el pasado condujo a algunos doctrinarios mexicanos, e incluso a un organismo gremial de instituciones afianzadoras, a sustentar el criterio dualista antes expuesto y refutado.

Por su parte, **Sánchez Flores**[24] afirma que la pretendida unilateralidad de esta fianza "… no es del todo cierta, dado que el fiador se compromete en tanto el otro contratante cumpla la prestación consistente en el pago de la prima… En este último supuesto tiene ya el carácter de contrato bilateral en un sentido amplio, porque genera obligaciones a cargo de una y otra parte, aunque dichas obligaciones no sean interdependientes entre sí y no produzcan los mismos efectos que en un contrato bilateral propiamente dicho, pues no existe en este contrato la excepción de '*non adimpleti contractus*', ni tampoco la rescisión del contrato de fianza por incumplimiento".

16.11 Accesoriedad de la fianza

Hasta ahora no ha encontrado detractores la afirmación en cuanto al carácter accesorio del contrato de fianza; sin embargo, **Humberto Ruiz Quiroz**[25] afirma que no es así, y para ello echa mano de la siguiente argumentación: no debe confundirse entre fianza, en su acepción contractual —como se emplea en el art. 2794 del *C.Civ.*—, y fianza, entendida como obligación fiadora —según se emplea en los arts. 2797 y 2798—; la obligación es accesoria, sin duda alguna, y por ello corre la suerte de la deuda principal. No ocurre lo mismo con el contrato, que corre su propia suerte, y buen ejemplo de ello es que surte todos sus efectos entre las partes —pago de la prima, garantía de la deuda principal— aunque posteriormente devenga nula la obligación garantizada. Y otro ejemplo: el contrato es válido aunque todavía no exista obligación garantizada, como se desprende del art. 2798 del *C.Civ.*, que permite prestar

[23] *La fianza..., cit.*, pág. 118.
[24] *El contrato de fianza…, cit.,* págs. 237 y 238.
[25] "El contrato de fianza no es accesorio", en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, Escuela Libre de Derecho, año 4, núm. 4, México, 1980, págs. 177-182.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

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 liquidada".

Disiento de **Ruiz Quiroz**. La obligación fiadora, según dejé expuesto, surge como obligada e inmediata consecuencia del contrato de fianza, el que, a su vez, necesariamente tiene como presupuesto una obligación, aunque su exigibilidad sea de realización futura e incierta, y por lo mismo su monto, como en el supuesto de la fianza otorgada para garantizar la devolución de una suma entregada a cuenta del precio de una obra, en caso de que la obra no llegue a ejecutarse, o no se ejecute en la forma convenida. Estimo que tal es el alcance del art. 2798 del *C.Civ.*, y no el que le atribuye **Ruiz Quiroz**, que lo entiende referido a la inexistencia *actual* de la obligación principal; el precepto da patente de validez a la fianza de *deudas futuras*, y no a la de *obligaciones futuras*, que sería nula. En el citado ejemplo, como en tantos otros de la práctica afianzadora, el deudor *está obligado*, *ya*, a pagar una eventual *deuda futura*, que tal vez nunca llegue a existir. Trátase, por tanto, de una obligación sujeta a condición suspensiva de realización incierta.

Y los casos que menciona **Ruiz Quiroz** son palmaria demostración del caráter siempre accesorio del contrato de fianza, aunque recaiga sobre las supradichas obligaciones de deudas futuras: el tutor queda obligado, *ex nunc*, a pagar los *eventuales* daños y perjuicios que por su mala administración se causen al pupilo; el crédito fiscal, cuyo pago se garantiza con fianza, es plenamente válido mientras no se resuelva su nulidad, y la misma suerte corre la fianza, sin que importe que la resolución aniquile retroactivamente tal crédito, por cuanto, como tantas veces se ha dicho, la obligación fiadora *fue* válida, autónoma y *diferente* de la fiscal, y por ello no puede ser retroactivamente destruida; lógico es que sus efectos, sobre todo la obligación de pagar la prima, se mantengan incólumes.

16.12 Pago de la fianza; efectos: la subrogación

Ya se informó sobre los procedimientos necesarios para reclamar, prejudicialmente y en juicio, el pago por parte de la empresa fiadora. Es el momento de aproximarse al régimen legal del pago.

En caso de que la obligación garantizada haya sido de hacer, la fiadora tiene ante sí dos alternativas: la de pagar y la de sustituirse al obligado en el cumplimiento del compromiso omitido, ora de modo directo, ora mediante la constitución de un fideicomiso (art. 121).

Hasta donde alcanzan los informes que poseo, la primera opción es la escogida unánimemente, y ello tiene por lo menos dos explicaciones:

1. Su simplicidad y rapidez, con efectos definitivamente liberatorios.
2. La riesgosa exposición a responsabilidades adicionales y a disconformidades del acreedor con la actividad de la fiadora o de la fiduciaria, en el subrogado cumplimiento de la obligación de hacer.

Y bien: el pago se efectúa; como en el pago asegurativo, opera aquí también, de modo automático, la subrogación, "... por ministerio de la ley, en todos los derechos,

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

acciones y privilegios que a favor del acreedor se deriven de la naturaleza de la obligación garantizada" (art. 122).

Es importante acotar el alcance de tal precepto, que literalmente entendido consigna una inexactitud y, además, es incompleto: no es cierto que la fiadora se subrogue en *todos* los derechos..., etc., que asistan al acreedor; la verdad es que la subrogación sólo opera hasta por una cantidad igual a la pagada, y que, por el faltante para cubrir el importe de la deuda, el acreedor conserva sus derechos..., etc., en contra del obligado principal.

El efecto de dicha disposición, combinado con las garantías que previamente hubiere obtenido la fiadora, es el surgimiento de derechos y acciones en dos planos diferentes, que en algunos casos pueden converger:

1. Acción subrogatoria, que tiene las características y naturaleza de la que asistía al acreedor-beneficiario en contra del deudor-fiado y, naturalmente, con el límite de la suma pagada.
2. Acciones derivadas de la prenda, hipoteca, fideicomiso, solidaridad o contrafianza que se hubiere constituido en garantía de recuperación por parte del fiado o de algún coobligado.

Se da la convergencia de acciones cuando la fiadora que pagó opte por ejercitar la acción del acreedor pagado en contra del deudor principal, y tal acción coincide con alguna de las que la *LFIF* concede a la primera en contra del propio fiado. En efecto, además de la subrogatoria, la empresa de fianzas tiene expeditos varios procedimientos, algunos de ellos propios de la naturaleza de los bienes que constituyen la garantía, y otros entre los cuales puede elegir a su conveniencia, conforme a las siguientes reglas:

1. "El documento que consigne la obligación del solicitante, fiado, contrafiador u obligado solidario, acompañado de una copia simple de la póliza y de la certificación de la o las personas facultadas por el consejo de la administración de la institución de fianzas de que se trate, llevan aparejada ejecución para el cobro de la cantidad correspondiente" (art. 96), de donde resulta que asiste a la fiadora, en contra de las indicadas personas, acción en la *vía ejecutiva* mercantil (además, art. 124-I).
2. También tiene a su alcance la *vía hipotecaria*, cuando inmuebles sean los bienes gravados (art. 124-II).
3. Finalmente, puede proceder a la venta de inmuebles dados en garantía, previo un especial y sumarísimo procedimiento judicial —notificación de la futura venta— que, claro es, puede tornarse contencioso si el deudor, dentro de los siguientes tres días, acude a formular oposición judicial, y en tal supuesto, tras de dar vista a la fiadora con el escrito de oposición, y desahogadas en su caso las pruebas, se celebrará una junta de alegatos, a continuación de la cual deberá dictarse resolución (art. 124-III).

16.13 Reafianzamiento y coafianzamiento; naturaleza jurídica

Del mismo modo y por las mismas razones que el asegurador puede, y a veces debe, acudir a la distribución del riesgo en forma vertical —reaseguro— u horizontal —coa-

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

seguro—, la empresa de fianzas requiere similares apoyos, a uno u otro de los cuales, o a entrambos, acudirá según las circunstancias: al reafianzamiento, de modo especial para cubrir el excedente de su margen de operación; al coafianzamiento, para el mismo propósito, o simplemente para compartir el riesgo de fianzas especialmente peligrosas o de crecido monto (arts. 32, 33 y 34).

Para nuestra *LFIF* (art. 114), es reafianzamiento el contrato por virtud del cual una institución afianzadora, aseguradora, reaseguradora o reafianzadora se obliga "a pagar a la institución reafianzada, en la proporción correspondiente, las cantidades que ésta deba cubrir al beneficiario de su fianza"; vistas las ya expresadas analogías entre el seguro y la fianza, lógico es que también existan semejanzas entre el reaseguro y reafianzamiento, a tal grado que, como se ha visto, esta última operación puede ser realizada por empresas aseguradoras o reaseguradoras.

No puedo admitir que el reafianzamiento sea un contrato de fianza, como lo pretende **Ruiz Rueda**,[26] pues en modo alguno es cierto que la reafianzadora garantice el cumplimiento de las obligaciones del fiado ni, en general, de alguien; asume, simplemente, una obligación directa y propia, sujeta a la condición suspensiva de la exigibilidad de la obligación fiadora directa, tal como ocurre en el reaseguro, que es seguro *stricto sensu*. Si el reafianzador fuera garante de las obligaciones del fiado para con la fiadora, como reitera **Ruiz Rueda**,[27] su obligación de pago sólo surgiría una vez que dicha fiadora hubiera fracasado en sus intentos, quizá incluso judiciales, para recuperar de su fiado la cantidad pagada y, por supuesto, no es así; la obligación del reafianzador surge concomitantemente con la de la empresa fiadora directa, y se torna exigible en cuanto esta última efectúa el pago al beneficiario, sin que en todo ello influya, en modo alguno, la conducta del fiado.

En forma un tanto contradictoria de su anterior afirmación, el propio autor afirma un poco más adelante, al proponer una nueva legislación para nuestro contrato, que la reafianzadora debe estar "... obligada a proveer de fondos a la reafianzada *tan pronto como ésta le comunique que ha sido requerida de pago* por el beneficiario de la fianza y que va a proceder a realizarlo", propuesta con la que estoy de acuerdo, pero que es la mejor demostración de que la obligación del reafianzador no es *fiadora*, sino *de diversa índole*, pues no se vuelve exigible ante la falta de pago del fiado a la empresa fiadora, sino, previamente, por el solo requerimiento de pago formulado por el acreedor.

Por otra parte, hay buenas razones para estimar que el legislador tampoco participa del criterio de que el reafianzamiento sea una fianza de segundo piso: el anterior texto del art. 114 de la *LFIF,* no dejaba lugar a duda en cuanto al carácter afianzador del reafianzamiento; el nuevo texto, publicado, en unión de muchas otras reformas a la propia Ley, en el *DOF* 14 jul. 1993, ya no lo sostiene así y se abstiene de atribuir calificativo alguno al referido contrato, conforme al texto siguiente: "El reafianzamiento es el contrato por el cual una institución de fianzas, de seguros o de reaseguro debidamente facultada conforme a esta ley o reafianzadoras extranjeras registradas de acuerdo con el art. 34 de la misma, se obligan a pagar a la institución reafianzada, en la proporción correspondiente, las cantidades que ésta deba cubrir al beneficiario de su fianza".

En cuanto al coafianzamiento, es conceptuado (art. 116) como la operación por virtud de la cual "dos o más instituciones de fianzas del país otorgan fianzas ante un

---

[26] *La fianza..., cit.*, pág. 252.
[27] *Ibidem,* pág. 273.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

beneficiario, garantizando por un mismo o diverso monto e igual concepto a un mismo fiado", precepto que parte del supuesto de un otorgamiento voluntario de la coparticipación fiadora pero que, a mi juicio, no impide la involuntaria constitución del coafianzamiento, esto es, cuando sin el conocimiento de otra u otras, una institución fiadora coparticipe con ellas en la garantía de cumplimiento de la obligación ya cubierta por las mismas.

En cualquiera de los casos, y atento lo dispuesto por el art. 116, ningún coafianzamiento constituirá la solidaridad pasiva de las fiadoras, por lo que el beneficiario deberá acudir a cada una de ellas para reclamar el pago de la proporción que resulte. En otras palabras, cada fianza conservará su plena autonomía jurídica y operativa, para todos los efectos.

16.14 Diferencias entre el seguro y la fianza de empresa

Al inicio de este capítulo se informó, de modo resumido, sobre las semejanzas entre nuestro contrato y el de seguro; se dijo que en algunos países se operan por las mismas empresas de seguros.

En tales países, pues, la fianza configura uno más de los ramos del seguro, y es por ello que en Italia se le conoce como *assicurazione fideiussoria*; en Francia, *assurance-caution* o *assurance-aval*; en Colombia, *seguro de fianza o seguro de caución*.

Es el momento de examinar las diferencias:

a) El seguro puede cubrir cualquier eventualidad dañosa, provenga o no de actos del hombre, al paso que con la fianza sólo se puede garantizar el cumplimiento de una obligación de hacer o de no hacer.
b) La empresa fiadora está en libertad de exigir garantías de recuperación, no así la empresa aseguradora.
c) El seguro es un contrato principal, mientras que la fianza es accesoria.
d) En México se opone, a la consensualidad del contrato de seguro, la formalidad del de la fianza mercantil aquí tratada.

16.15 Características

Como corolario y resumen de lo expuesto, he aquí los elementos característicos del contrato de fianza de empresa:

- nominado
- típico
- accesorio
- formal
- de adhesión
- aleatorio
- bilateral
- oneroso
- de tracto sucesivo.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

CAPÍTULO 17

La prenda

17.1 Generalidades y régimen legal

Ante todo, es necesario dejar aclarado que la prenda que aquí se examinará es la consignada en el art. 65 *bis* de la *LFPC*.

Como es bien sabido, la hipoteca, la fianza, el fideicomiso de garantía y la prenda constituyen los cuatro contratos de garantía reconocidos por nuestro derecho. Y no es ocioso recordarlo por cuanto tampoco es desconocido que en la práctica se acude, a veces, a otras formas jurídicas para encubrir verdaderas cauciones, con el más o menos claro propósito de presionar al máximo al deudor y, en su caso, eludir el procedimiento para hacer efectiva la garantía; así, la suscripción o endoso en propiedad de un título de crédito, como forma de garantizar cierto adeudo; así, el reporto cuando no es más que el embozo de un préstamo con garantía de los títulos transferidos por el reportado; y así el propio fideicomiso, del que con frecuencia se echa mano como medio de llevar a exagerados extremos la protección del acreedor.

Ahora bien, de todo ello resulta que esta figura jurídica se regula, en su atuendo civil, tanto en los códigos civiles de las entidades federativas como en el *C.Civ.*, lo que da lugar a la conveniencia, que igualmente se apunta en otros pasajes de este libro, de unificar el derecho privado de las obligaciones, pues resulta a todas luces inconveniente que una institución jurídica como la prenda, cuyos aspectos fundamentales coinci-

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

den, casi punto por punto, en todas sus manifestaciones, sea objeto de regulación en más de treinta leyes diferentes.

Pero por si fuera poco todo lo anterior, la prenda a la que aquí se hará referencia deberá ajustarse, en lo sustancial, a la legislación en materia de protección del consumidor y, de conformidad con lo previsto en el último párrafo del citado precepto de la *LFPC*, al mecanismo de la NOM-179-SCFI-2007, Servicios de Mutuo con Interés y Garantía Prendaria, publicada en el *DOF* 1 nov. 2007, cuyo capítulo 2 proclama su observancia general en la República Mexicana y su aplicación a todas las personas físicas o sociedades mercantiles no reguladas por leyes financieras y que, habitual o profesionalmente, celebren contratos u operaciones de mutuo con interés y garantía prendaria; por último, a la normativa que, en materia mercantil, se consigna en los arts. 334 a 380 de la *LGTOC*, sin olvidar la necesariamente forzosa aplicación supletoria del *C.Civ.*, por así disponerlo el art. 2o. del *C.Com.*

Pero además, importantes disposiciones sobre prenda encuéntranse en la *LIC* (arts. 66-II, III y IV, 69 y 70); por supuesto, en la propia *LGTOC,* al regular otros contratos (arts. 322, 324, 329, 330 y 331) y en la *LGSM* (art. 141).

A la vista de todo ello, de aquí en adelante se examinarán las diversas regulaciones de esta prenda mercantil, por supuesto en su obligado orden jerárquico: *LFPC*, art. 65 *bis* y demás relacionados con este contrato; la citada NOM; la también mencionada *LGTOC* y el *C.Civ.*

17.2 La prenda en la *LFPC* y en la NOM 179

En términos del ya citado art. 65 *bis* de la *LFPC*, los contratos de mutuo con interés y garantía prendaria en los cuales los proveedores sean personas físicas o sociedades mercantiles no regulados por leyes financieras, y que reiteradamente celebren estos contratos, deberán registrarlos, en tanto contratos de adhesión, ante la PROFECO, en el entendido de que estos proveedores no podrán prestar servicios ni realizar operaciones de las legalmente reservadas a las entidades financieras.

Igualmente deberán, como forma de transparentar sus acciones, insertar en su publicidad o en sus establecimientos abiertos al público, visible y permanentemente, anuncios o medios electrónicos informativos que servirán para informar a los consumidores sobre los términos y condiciones de tales contratos, y también sobre el monto de las tasas de interés anualizadas que cobrarán sobre los saldos insolutos, todo ello en caracteres clara, notoria e indubitablemente establecidos.

Por lo demás, deberán ajustarse también a las disposiciones respectivas de la misma *LFPC*, y particularmente a los requisitos que fija la multicitada NOM-179-SCFI-2007.

Ahora bien, como antes se anunció, un sector importante de este contrato ha pasado a formar parte de la legislación protectora del consumidor mediante la inserción del ya indicado art. 65 *bis* de la *LFPC*, que anunciaba, además, la expedición de la norma oficial mexicana, antes mencionada, cuyas principales disposiciones se examinarán a continuación, sin olvidar que las mismas son de observancia obligatoria en todo el país, pues entró en vigor sesenta días naturales después de la referida fecha de publicación.

Véanse, a continuación, algunos de los principales aspectos de dicho instrumento:

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

- La NOM tiene por objeto dejar establecidos los requisitos de información comercial que deben suministrarse en los servicios de mutuo con interés y garantía prendaria, así como los elementos de información que deben contener los contratos que se utilicen para formular la prestación de tales servicios (1. Objetivo).
- Tal regulación normativa es de obligatoria observancia general en la República Mexicana y aplicable a todas aquellas personas físicas o sociedades mercantiles no reguladas por leyes financieras, que en forma habitual o profesional realicen actividades u operaciones de mutuo con interés y garantía prendaria (2. Campo de aplicación).
- La información que proporcione el proveedor debe ser veraz, comprobable y exenta de textos, diálogos, sonidos e imágenes u otras descripciones que induzcan o puedan inducir a error o confusión al consumidor, por engañosas o abusivas (4.1). Además, la información y publicidad deberán consignarse en español, con letra clara y legible a simple vista, sin perjuicio de que puedan presentarse en otros idiomas, pero en caso de controversia prevalecerá la versión en idioma español (4.2).
- Los acreedores prendarios deberán transparentar sus operaciones y, por ende, colocar en su publicidad y en todos sus establecimientos abiertos al público, de manera permanente y visible, una pizarra de anuncios o medios electrónicos informativos, que tendrán como propósito informar, por lo menos, sobre el porcentaje del préstamo conforme al avalúo de las prendas, la tasa de interés anualizada sobre saldos insolutos, el costo anual total y, en su caso, los gastos de almacenaje; los plazos de pago y los requisitos para el desempeño de la prenda; la cantidad de refrendos a que tiene derecho el deudor, así como los requisitos y condiciones respectivos (5.1) .
- Los contratos que utilicen los acreditantes deberán escribirse en español, con caracteres legibles a simple vista y celebrarse en moneda nacional, sin perjuicio de que también puedan otorgarse en moneda extranjera, en cuyo caso el pago deberá efectuarse mediante entrega del equivalente en moneda nacional, al tipo de cambio que rija en el lugar y fecha de pago; puesto que el contrato será el comprobante de la operación, el proveedor debe entregar un ejemplar al deudor en el momento de la celebración (6).
- La vigilancia de lo dispuesto por la NOM queda a cargo de la PROFECO, en términos de lo dispuesto por la *LFPC* y demás ordenamientos legales aplicables (7).

17.3 Concepto y mercantilidad. La prenda sin desposesión

Ninguna de las antes mencionadas regulaciones, salvo el *C.Civ.*, suministra concepto de prenda, luego, el único legalmente aprovechable es el civil: "... derecho real constituido sobre un bien mueble enajenable para garantizar el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago" (art. 2856, *C.Civ.*).

Carece de razón **Rodríguez Rodríguez**[1] cuando, de modo inexplicable, afirma que debe considerarse vigente la definición de prenda contenida en el art. 605 del *C.Com.*,

[1] *Curso de derecho mercantil*, t. I, 4a. ed., Editorial Porrúa, México, 1960, pág. 272.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

pues, según dice, tal "... artículo no está derogado como no lo está ningún otro de los del *Código de Comercio* mexicano (*sic*) sobre prenda, en tanto que no lo hayan sido expresa o implícitamente por la existencia de *normas especiales posteriores*..."; lo inexplicable de su pretensión resulta del texto claro y terminante del art. 3o. transitorio de la *LGTOC*: "Quedan abrogados los arts... 605 al 634... del *Código de Comercio*...", entre los cuales se encontraban todos los que regulaban la prenda mercantil.

Ante todo, parece necesario, mientras subsista la dicotomía legislativa del derecho privado mexicano, precisar la naturaleza mercantil de esta prenda o bien, como lo han apuntado algunos tratadistas mexicanos a los que antes se hizo referencia, si es un acto mixto, puesto que el ya referido art. 65 *bis* de la *LFPC* califica de proveedores a las personas físicas o sociedades mercantiles que habitualmente, y con el propósito de obtener un interés monetario celebren esta operación, lo que, por necesaria aplicación del art. 75-X, del *C.Com.*, obliga a reputar esta prenda como acto de comercio, en tanto que es operada por una de las en dicho ordenamiento mencionadas como "casas de empeño".

Ahora bien, por su omisión en los indicados cuerpos legales, una nota salta a la vista: no se predica su carácter contractual, como tampoco se consigna en la hipoteca (art. 2893), y sí, en cambio, con toda claridad, en el otro contrato civil de garantía, la fianza, estudiado en el capítulo que antecede; ¿deliberada omisión para prohijar su otorgamiento contractual o como declaración unilateral de voluntad?; ¿simple omisión sin significado alguno, por estimar que deben considerarse como contratos, puesto que configuran los Títulos decimotercero y decimocuarto, respectivamente, que en unión de los otros doce constituyen el contenido de la Segunda Parte del *C.Civ.*, denominada *De las diversas especies de contratos*?; esta interpretación se sustentaría en la disposición, contenida un poco más adelante en el propio *C.Civ.*, en el sentido de que "*El contrato* de prenda debe constar por escrito..." (art. 2860).

Sin abordar tal tema, **Sánchez Medal**[2] da por sentado que es un contrato; *idem* **Rojina Villegas**,[3] **Francisco Lozano Noriega**[4] y **Miguel Ángel Zamora y Valencia**;[5] en la propia Exposición de Motivos se emplea la expresión *contrato de prenda*.[6]

Empero, mi opinión es otra. Convengo en que la prenda surge, en la inmensa mayoría de los casos, de una estipulación contractual; mas conmigo ha de convenirse en la existencia de posibles casos de prenda unilateralmente constituida para garantizar, por ejemplo, el pago de una pensión vitalicia también concedida en declaración unilateral; la prenda consignada, mediante el adecuado endoso, en un título de crédito (art. 36, *LGTOC*); la que, como acto de liberalidad, puede constituir un tercero, aun sin consentimiento del deudor (art. 2867, *C.Civ.*), y, agrego yo, mediante simple notificación al acreedor.

A mi parecer, de todo ello, mas también del tácito pero indudable propósito del legislador, debe inferirse que la prenda puede tener un origen contractual, pero igualmente surgir sólo de una manifestación unilateral de voluntad.

---

[2] *De los contratos civiles*, 17a. ed., Editorial Porrúa, México, 1999, pág. 467.
[3] *Derecho civil. Contratos*, t. I, Jus, México, 1944, pág. 319.
[4] *Contratos*, Asociación Nacional del Notariado Mexicano, México, 1986, págs. 559 y siguientes.
[5] *Contratos civiles,* Editorial Porrúa, México, 1985, pág. 279.
[6] **García Téllez**, *Motivos, colaboración y concordancias del nuevo Código Civil,* 2a. ed., Editorial Porrúa, México, 1965, págs. 68 y 115.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

Y no valdría como objeción el hecho de que la prenda civil requiere para su validez el desplazamiento del bien pignorado, esto es, la circunstancia de que su legal constitución sólo opere mediante la entrega real o jurídica al acreedor (art. 2858, *C.Civ.*), pues a ello se argüiría que semejante exigencia legal sólo impone la *realidad* —en oposición a formalidad— de la garantía, y ello únicamente en lo que concierne a la civil, pues como líneas abajo se verá, algunos casos de la prenda mercantil son válidos sin entrega alguna.

José María Abascal Zamora[7] refuta la posibilidad de existencia de la prenda mediante declaración unilateral de voluntad, con los siguientes argumentos: tradicionalmente, desde el derecho romano, ha sido un contrato; constituye un derecho real, cuyo número es limitado en nuestra ley, pues configura una excepción a la regla general de que el deudor responde de sus deudas con todos sus bienes; reúne los requisitos para la existencia y validez del contrato, pues existe acuerdo de voluntades entre el dador de la prenda y el acreedor; aunque el *C.Civ.* no la define como contrato, el propio ordenamiento legal le da ese tratamiento.

Por supuesto, ninguno de tales argumentos es disuasivo. Ante todo, es inexacto que el derecho romano haya atribuido a la prenda, invariablemente, el carácter de contrato; por el contrario, **Eugène Petit**,[8] tras de recordar que la hipoteca surgió como variante de la prenda, para eliminar el inconveniente del desplazamiento o la desposesión del bien pignorado, informa que dicha hipoteca podía ser convencional, testamentaria o tácita, y no hace falta demostrar que estas últimas no constituían, por razón natural, contrato alguno. Lo propio afirman **Marta Morineau Iduarte** y **Román Iglesias González**:[9] "El derecho real de prenda e hipoteca se constituye de la siguiente forma: *a*) por contrato; *b*) por testamento; *c*) por decisión judicial; *d*) por la ley en forma directa...". Por último, en el propio *Digesto* de **Justiniano**[10] se consigna un amplio elenco de los casos de prenda e hipoteca contraídas tácitamente.

En cuanto al argumento de que se trata de un derecho real y de que, por lo mismo, configura una excepción a la regla de que el deudor responde de sus deudas con todos sus bienes, en modo alguno se opone a la posibilidad de que tal derecho se configure mediante una declaración unilateral de voluntad. Pero además, es inexacto que se configure la excepción que pretende **Abascal Zamora**, pues el deudor seguirá respondiendo de su obligación con todos sus bienes, aunque haya constituido prenda sobre algunos, a menos, claro es, que se trate de un deudor prendario colateral.

Por lo que hace al tercer argumento, estoy por completo de acuerdo en que la prenda puede constituirse mediante contrato, pero ello no impide que, como ocurre con otros de los llamados *contratos unilaterales*, el obligado asuma tal calidad mediante un acto unilateral.

Finalmente, no hay duda sobre que el *C.Civ.* le atribuye, en varios preceptos, naturaleza contractual, pero, una vez más, reitero que ello no se opone a la unilateralidad.

Más adelante, **Abascal Zamora** sostiene que el endoso en prenda de un título de crédito es también contrato, pretensión que, de ser cierta, daría al traste con la uná-

---

[7] Voz: *Prenda* en el *Diccionario Jurídico Mexicano,* 2a. ed., Editorial Porrúa-UNAM, México, 1988, págs. 2495 y 2496.

[8] *Tratado elemental de derecho romano*, Editora Nacional, México, 1947, págs. 297-301.

[9] *Derecho romano,* Harla, México, 1987, pág. 131.

[10] *Digesto,* XX, 1 y 2.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

nime opinión en el sentido de que la emisión, suscripción, aval, endoso, etc., de un título de crédito en modo alguno involucran contratos.

El último argumento de **Abascal Zamora** es todavía menos consistente que los anteriores, pues parte del supuesto de que en toda prenda hay desplazamiento del bien pignorado, lo que tampoco es exacto, pues prendas hay, como las previstas en los arts. 334-VII y VIII de la *LGTOC*, así como 69 y 70 de la *LIC*, que son válidas sin desposesión de los bienes, valores o documentos pignorados.

Y para concluir, ¿qué decir de las llamadas *prendas tácitas* que más adelante (*infra* núm. 17.4) se examinarán con cierto detenimiento?; ¿por dónde aparece en ellas contrato alguno si son impuestas por la ley, sin la voluntad y aun en contra de la voluntad del deudor prendario?; por supuesto, tampoco yo pretendo que en tales casos se trate de declaraciones unilaterales de voluntad, pero, desde luego, es claro que no configuran contratos.

Ahora bien, la falta de un concepto de prenda mercantil en el derecho positivo plantea la necesidad de conformar una noción que encuentre suficiente apoyo para ponerla, por una parte, a cubierto de incertidumbres que en la práctica suelen ser fuente de controversias apoyadas en argumentos atendibles o en despreciables argucias y, por otra parte, a efecto de delimitar su contenido doctrinal.

La ya citada fuente formal por excelencia (*LGTOC*, art. 334) suministra elementos útiles al efecto cuando, *so* pretexto de prescribir la forma en que ha de constituirse la prenda, indica los bienes sobre los que puede recaer; ninguna duda queda sobre la mercantilidad de las prendas ahí previstas, si se tiene presente que el art. 2o. califica de actos de comercio las *operaciones de crédito* que reglamenta la propia *LGTOC*. Mercantil es, pues, la prenda que se constituya sobre:

a) Títulos de crédito (fracs. I-IV y VI).
b) Las materias primas, materiales, frutos, productos, artefactos, muebles y útiles de las personas físicas o morales que obtengan con créditos de avío o refaccionarios (frac. VII).
c) Créditos en libros (frac. VIII).

Mas en las fracs. I, III, IV y V se prevé la pignorabilidad de otros *bienes y créditos*, sin especificar su naturaleza ni sus características; empero, no por ello debe considerarse perdida la pista, pues otro grupo de elementos aparece en el ya conocido núcleo de la preferentemente objetiva mercantilidad del derecho mexicano, el art. 75 del *C.Com.*, en fuerza del cual es menester calificar de mercantiles las prendas constituidas con ocasión de operaciones bancarias (frac. XIV), así como las que se relacionan con cualesquiera obligaciones entre comerciantes y banqueros, que no sean esencialmente civiles (fracs. XX y XXI) y, finalmente, por la analogía que dispone el último párrafo del mismo precepto, las prendas que se otorguen para garantizar las adquisiciones, enajenaciones, alquileres, compras y ventas que se efectúen con propósito de especulación comercial (fracs. I-II), e igualmente las que sirvan como garantía en obligaciones conectadas con el comercio marítimo y la navegación interior y exterior (frac. XV).

En buena parte ha venido a aclararse el panorama mediante una reciente reforma a la frac. X del art. 75 del *C.Com.*, al incluir, como "actos de comercio" las casas de empeño. Como varias veces se ha comentado, tales expresiones son defectuosas, pues el legislador debió aclarar que los actos de comercio son los que realizan, como propios de sus actividades, las mencionadas casas de empeño.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

De esta suerte, los contratos de prenda con los que operan estas negociaciones son ahora, sin duda alguna, actos de comercio, independientemente del objeto sobre el que recaigan.

Y de ese modo aparece, con toda claridad, que dos son los grupos prendarios: el primero, formado por las prendas sobre títulos de crédito y, el segundo, por las que garantizan obligaciones mercantiles, pues, en efecto, naturaleza comercial tienen, así los contratos de préstamo o crédito de avío o refaccionario, como los créditos en libros y todos los actos relacionados en el art. 75 del *C.Com.*; y con ello es posible elaborar el, por otra parte, ya esperado concepto de *prenda mercantil*: derecho real constituido sobre un bien mueble o un derecho enajenable, para garantizar el cumplimiento de una obligación mercantil, así como el derecho real de garantía constituido sobre un título de crédito.

Apenas si hace falta poner de relieve el carácter formal de tal concepto —no definición—, justificable, como otros del derecho mercantil —entre ellos, según se recordará, el de acto de comercio—, por razón de la inexistencia de una noción jurídica del comercio, y ante la posibilidad, frecuente en la práctica, de documentar obligaciones civiles en títulos de crédito, lo que no cambia la naturaleza de unos y otros.

Tampoco precisa aclaración el hecho de que, como consecuencia de lo dispuesto por el art. 1o. de la *LGTOC*, que se refleja en la parte final del concepto, tiene carácter mercantil la prenda constituida sobre un título de crédito, aunque la obligación garantizada sea civil; en el mismo sentido, **Rodríguez Rodríguez**.[11]

Como parte de una serie de reformas, adiciones y derogaciones a la *LGTOC*, en el *DOF* 23 may. 2000 se publicó una nueva Sección Séptima, formada por los arts. 346 a 380, en la que se regula la prenda "sin transmisión de posesión", definida por el art. 346 como "... un derecho real sobre bienes muebles que tiene por objeto garantizar el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago, conservando el deudor la posesión material de tales bienes. Excepcionalmente podrá pactarse que el acreedor o un tercero tenga la posesión material de los bienes pignorados".

En cuanto a la naturaleza mercantil de esta prenda, el art. 347 no deja lugar a duda, pues proclama tal mercantilidad, salvo los "... actos que se celebren entre dos o más personas físicas que no tengan el carácter de comerciantes..., así como aquellos actos que, de conformidad con el... (*Código de Comercio*), no se reputen como actos de comercio".

A continuación se pasará revista a las disposiciones que, sobre esta operación jurídica, consignan las leyes mercantiles y, como ordenamiento supletorio, el *C.Civ*.

17.4 Formalidades; la prenda tácita. El Registro Único de Garantías Mobiliarias

Se apuntó, pocas líneas arriba, el carácter real de la prenda civil, derivado de la exigencia legal sobre la entrega real o jurídica (art. 2858, *C.Civ.*).

Sin embargo, es preciso acotar semejante afirmación, puesto que el propio *C.Civ.* permite la prenda sin desposesión, y augura la existencia de disposiciones legales que la autoricen de ese modo (art. 2859).

---

[11] *Op. cit.,* t. II, pág. 262.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

Y tampoco está de más recordar que la prenda civil es un acto formal (art. 2860).

Por lo que a la prenda mercantil se refiere, los preceptos legales respectivos permiten afirmar lo mismo: por regla general es real, y siempre es formal.

En efecto, es cierto que la garantía prevista en las seis primeras fracciones del art. 334 de la *LGTOC*, supone una u otra de tales entregas, pero no menos lo es que en las dos últimas fracciones el perfeccionamiento de la prenda opera sin entrega alguna, según se detallará más adelante; todas, en cambio, reclaman la formalidad escrita.

Los casos de *prenda con entrega* pueden resumirse en dos: sobre títulos de crédito y sobre bienes diversos de los títulos de crédito; examinémoslos:

1. Si los títulos de crédito son al portador, obviamente basta la sola entrega material (arts. 70 y 334-I, *LGTOC*); si son nominativos, debe estarse a la ley de su circulación, esto es, la prenda requiere, para su validez, del especial endoso pignoraticio, la entrega, y, en su caso, la anotación en el registro del emisor (arts. 23, 24, 36 y 334-II y III); si no fueren negociables, es preciso que se entreguen al acreedor y, en su caso, se inscriba el gravamen en el registro del emisor o sólo se notifique al deudor, cuando no exista el registro (arts. 25 y 334-III).
2. En cuanto a los bienes de naturaleza diferente, en principio basta la entrega material al acreedor (art. 334-I), pero es lícito convenir su depósito en poder de un tercero, aunque el local sea propiedad del deudor o esté en su negociación, si bien en todo caso las llaves deben quedar en poder del acreedor (art. 334-VI).

La prenda sin entrega está admitida sólo en cuatro casos:

1. Cuando con ella se garantice el rembolso de un crédito refaccionario.
2. *Idem* de avío, a condición, en ambos, de que se inscriban en el Registro Público de Comercio respectivo (frac. VII).
3. La que se otorgue a favor de una institución de crédito con motivo del préstamo destinado a la adquisición de un bien de consumo duradero, para la cual es suficiente que se entregue al acreditante la factura con la anotación correspondiente (art. 69, *in fine, LIC*).
4. Cuando recae sobre créditos en libros, y se constituye a favor de una institución de crédito, a condición de que los créditos pignorados se especifiquen en las notas o relaciones suministradas por el acreditado, y de que el contenido de las mismas se transcriba en un libro especial de la institución acreditante (arts. 334-VIII, *LGTOC* y 70, *LIC*).

Consideración especial merece la llamada *prenda tácita*, generalmente mencionada como *derecho de retención*, que la ley civil concede en varios casos específicos, pero también, aunque en menor número, la ley mercantil; el carácter supletorio de la primera permite sostener que en todos aquellos contratos que, previstos por el *C.Civ.* con derecho de retención, revistan carácter mercantil, habrá de reconocerse tal derecho al acreedor.

Permítaseme apoyar, con este nuevo ejemplo, la afirmación hecha al principio de este libro (*supra* núm. 1.16) en el sentido de que la ley es, por sí sola, fuente de algunas obligaciones; los casos con los que a continuación se ilustra el derecho de retención así lo demuestran: el derecho prendario del retenedor, tanto como las obligacio-

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

nes propias del deudor prendario, surgen *exclusivamente por ministerio de la ley*. Pero además, a propósito de lo antes opinado, sin necesidad de contrato alguno.

Es fácil entender el porqué de la expresión *prenda tácita:* como se verá, en todos los casos asiste al acreedor el llamado *ius possidendi*, o sea el derecho de retener la cosa empeñada y de perseguirla en caso de perturbación de tal derecho, como si se tratara de una prenda voluntariamente constituida, lo que no es así, pues no opera la voluntad del deudor.

He aquí la relación de algunos casos legales de prenda tácita mercantil:

a) Los efectos entregados al comisionista se entienden afectos al pago de la comisión, anticipos y gastos por él efectuados, "... y no podrá ser desposeído de los mismos sin ser antes pagado" (art. 306, *C.Com.*).
b) El vendedor que conserve en su poder las mercancías tiene preferencia sobre ellas, respecto de cualquier otro acreedor, para ser pagado del precio que se le adeude (art. 386, *C.Com.*).
c) El porteador terrestre de carga tiene derecho de "... retener las mercancías transportadas, mientras no se le pague el porte" (art. 591-VII, *C.Com.*).
d) Para hacerse pago del flete y demás sumas a su favor derivadas del transporte marítimo, "... el transportista... podrá solicitar... que se constituya garantía sobre las... mercancías..." (art. 100, *LNCM*).
e) Por su parte, también el porteador marítimo de personas "... es titular del derecho de retención sobre los equipajes..." (art. 145, *LNCM*).
f) La sociedad anónima emisora de acciones *de aporte* tiene "derecho preferente respecto de cualquier acreedor sobre el valor..." de dichas acciones, que conserva en depósito durante dos años desde su emisión, para el caso de que el accionista no cubra la diferencia que resulte a su cargo por pérdida de valor, en un 25%, de los bienes aportados al capital social (art. 141, *LGSM*).

En cuanto a los casos de contratos civiles con derecho legal de retención, que lo conservan al pasar al campo mercantil, algunos de ellos son los siguientes: el del comprador, sobre el precio de la cosa adquirida (art. 2299, *C.Civ.*); el del constructor de obra mueble sobre la misma, mientras no se le pague el precio (art. 2644); el del hotelero sobre el equipaje del pasajero, mientras no se le pague el precio del hospedaje (art. 2669).

Muy debatida ha sido la naturaleza jurídica de este derecho de retención, frecuentemente calificado de *prenda tácita*. Tras de rechazar tal postura, así como la de quienes le atribuyen carácter *sui generis* y la que considera que se trata sólo de una excepción procesal, **J. Ignacio Cano**[12] sostiene que no configura un derecho subjetivo, ni real, ni personal, pues no atribuye al retenedor (*retentor*) acción judicial alguna, sino sólo una excepción para el caso de que su contraparte le demande la reivindicación de la cosa. Se trata, pues, de un mero acto posesorio, de carácter jurídico, que provoca la posibilidad de oponer la excepción procesal y enerva cualquier pretensión de mora de su parte en la entrega del bien.

Hay que decir que, en cambio, la nueva prenda sin transmisión de posesión, por su propia naturaleza, no participa de carácter real (art. 353, *LGTOC*). Pero además, esta

[12] *La retención de la cosa ajena*, Editorial Bosch, Barcelona, 1990, págs. 36-40.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

prenda es formal, por cuanto el art. 365 exige su otorgamiento por escrito e incluso, cuando se opere sobre bienes por un valor igual o superior al equivalente a 250 000 unidades de inversión, las firmas deberán ratificarse ante fedatario. Por último, esta prenda sólo surte efectos contra terceros a partir de la fecha de su inscripción registral (art. 366).

Por otra parte, y en razón de su importancia, es necesario dar cuenta aquí de una serie de modificaciones y adiciones al *C.Com.*[13] por lo que se refiere a la posibilidad de inscribir las garantías mobiliarias en el novedoso Registro Único de Garantías Mobiliarias, constituido como sección del Registro Público de Comercio, mecanismo en extremo importante por sus consecuencias, pues propicia el obligatorio conocimiento público de las prendas.

En los términos de la nueva frac. XX del art. 21, sólo son inscribibles las garantías mobiliarias, así como los actos jurídicos por los que se constituya un privilegio especial o derecho de retención sobre bienes muebles, cuando sean otorgados por comerciantes o sociedades mercantiles.

Por lo demás, se ratifica la presunción de mercantilidad por parte de las garantías mobiliarias otorgadas a favor de un comerciante (art. 32 *bis* 1), en la inteligencia de que el citado Registro Único de Garantías Mobiliarias quedará exclusivamente a cargo de la SE, su operación se ajustará a medios digitales mediante un programa informático y sobre una base de datos nacional, si bien deberá iniciar operaciones a más tardar durante 2010. Por supuesto, mientras no inicie sus operaciones, no se podrá exigir inscripción alguna en el mismo (arts. 2o. y 3o. transitorios).

En el mismo orden de ideas, se presume, salvo prueba en contrario, que los otorgantes de garantías mobiliarias autorizan la inscripción de las mismas en el citado Registro, a cuyo efecto están facultados para llevar a cabo las inscripciones o anotaciones los fedatarios públicos, los jueces y las oficinas habilitadas de la SE en las entidades federativas, así como las instituciones financieras, los servidores públicos y las personas que para tales fines autorice la propia SE (art. 32 *bis* 4).

Por último, se anuncia la expedición de un reglamento (art. 32 *bis* 5), en el cual se mencionarán los procedimientos y requisitos técnicos y operativos con motivo de las actuaciones ante el Registro, las características de las formas precodificadas aptas para la inscripción y anotación, los criterios de clasificación de las distintas garantías y de los bienes afectos a las mismas, los procedimientos para la renovación de las inscripciones, así como para la rectificación, modificación o cancelación de las mismas y cualesquiera otros datos, requisitos, procedimientos o condiciones para la adecuada operación del Registro (art. 32 *bis* 8), el cual será público, por lo que cualquier interesado podrá solicitar a la Secretaría la expedición de certificaciones respecto de los actos inscritos, previa presentación de la solicitud respectiva y pago de los derechos correspondientes (art. 32 *bis* 7).

Ahora bien, tal como quedó anunciado, en el *DOF* del 23 de septiembre de 2010 se publicaron varias reformas y adiciones al *Reglamento del Registro Público de Comercio* y, como a poco se verá, para incluir también el programa informático establecido por la Secretaría de Economía para operar el Registro Único de Garantías Mobiliarias, como sección del propio Registro.

---

[13] *DOF* 27 de agosto de 2009.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

Véase, a continuación, el nuevo texto del art. 1o. del *Reglamento del Registro Público de Comercio*:

El presente ordenamiento establece las normas reglamentarias a que se sujetará la prestación del servicio del Registro Público de Comercio.

Para efecto de este Reglamento se entiende por:

I. *Acreedor: La persona en cuyo favor se otorga una Garantía Mobiliaria;*
II. *Garantía Mobiliaria: Es el efecto de un acto jurídico mercantil por medio del cual se constituye, modifica, transmite o cancela una garantía o un privilegio especial o un derecho de retención en favor del Acreedor, sobre un bien o conjunto de bienes muebles, para garantizar el cumplimiento de una obligación;*
III. *Ley: La Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito;*
IV. *Otorgante: La persona que otorga una Garantía Mobiliaria;*
V. *Registro: El Registro Público de Comercio;*
VI. *RUG: El Registro Único de Garantías Mobiliarias, como una sección del Registro;*
VII. *Secretaría: La Secretaría de Economía;*
VIII. *SIGER: El Sistema Integral de Gestión Registral, y*
IX. *Sistema: El programa informático establecido por la Secretaría para operar el RUG, y que incluye la página electrónica de la red mundial denominada Internet, a través de la cual el público podrá tener acceso al mismo, así como la base de datos nacional a que hace referencia el artículo 32 bis 3 del Código de Comercio.*

Artículo 11. *La firma electrónica que se utilizará en el procesamiento de los actos registrales conforme a lo previsto en los artículos 21 bis, fracción II, inciso c) y 30 bis del Código de Comercio, será Avanzada o Fiable y los certificados digitales para generarla deberán ser emitidos o reconocidos por la Secretaría en los términos de las disposiciones aplicables. La persona autorizada para firmar electrónicamente será el responsable único y final de mantener la confidencialidad de las claves de acceso y contraseñas autorizadas o reconocidas por la Secretaría, por tanto, la información registral así firmada le será atribuible.*

Artículo 21. *Los actos mercantiles inscritos en las bases de datos del Registro son de carácter público, cualquier persona podrá consultarlos y solicitar certificaciones respecto de los asientos contenidos en ellas conforme a lo previsto en los lineamientos que al efecto expida la Secretaría, previo el pago, en su caso, de los derechos correspondientes.*

Artículo 24. *Para efecto de lo dispuesto por la fracción IV del artículo 20 bis del Código de Comercio, los responsables de las oficinas expedirán las certificaciones de las inscripciones que respecto de un folio electrónico de una sociedad o comerciante obren en la base de datos de la entidad federativa respectiva o de los archivos electrónicos de los documentos que obren en los archivos de la institución y de los cuales se haya derivado la inscripción correspondiente.*

Las certificaciones pueden ser literales o concretarse a determinados contenidos de las inscripciones de los actos jurídicos inscritos en cualquier folio electrónico.

Artículo 30. *El registro de los actos en los que se haga constar la constitución, modificación, transmisión o cancelación de Garantías Mobiliarias, se efectuará en el RUG conforme a lo previsto en el Código de Comercio y estará sujeto a lo previsto en los capítulos I, salvo lo relativo a las formas precodificadas, el presente capítulo y VII de este Reglamento.*

La Secretaría permitirá que el Sistema esté disponible al público todos los días del año.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

Para efectos del presente capítulo, el Asiento es la inscripción de una Garantía Mobiliaria, su modificación, transmisión, renovación, rectificación, cancelación, así como los avisos preventivos y las anotaciones.

Artículo 30 bis. *Corresponde a la Secretaría administrar y operar el RUG, mismo que será automatizado y se llevará por medios digitales a través del Sistema, por medio del cual se realizarán todos los Asientos relativos a las Garantías Mobiliarias, siempre que se cumpla con los requisitos previstos en el Código de Comercio y en este Reglamento.*

La información generada, enviada, recibida o archivada en el RUG a través de medios electrónicos, ópticos o cualquier otra tecnología, será considerada mensaje de datos en los términos del Código de Comercio, para todos los efectos jurídicos a que haya lugar.

La Secretaría no tendrá obligación de calificar ni revisar los Asientos que se realicen en el RUG para determinar si son válidos, si es procedente su registro o si fueron autorizados por las partes involucradas o mencionadas en los mismos.

Artículo 30 bis 2. *La Secretaría emitirá los lineamientos que establecerán, entre otros, los mecanismos de seguridad para salvaguardar la integridad de la información y los medios de identificación que utilicen las personas autorizadas para llevar a cabo Asientos, así como los demás elementos necesarios para la adecuada operación del RUG.*

Artículo 32. *Para efectos del RUG, los criterios de clasificación de las Garantías Mobiliarias y de los bienes muebles afectos a las mismas serán los siguientes:*

A. Las Garantías Mobiliarias se clasifican en:

I. Prenda sin transmisión de posesión;
II. La derivada de un crédito refaccionario o de habilitación o avío;
III. La derivada de una hipoteca industrial;
IV. La constituida sobre una aeronave o embarcación;
V. La derivada de un arrendamiento financiero;
VI. Cláusula de reserva de dominio en una compraventa mercantil de bienes muebles que sean susceptibles de identificarse de manera indubitable, y
VII. La derivada de un fideicomiso de garantía, derechos de retención, y otros privilegios especiales conforme al Código de Comercio o las demás leyes mercantiles.

B. Los bienes muebles que pueden ser objeto de una Garantía Mobiliaria se clasifican de la siguiente manera:

I. Maquinaria y equipo;
II. Vehículos de motor;
III. Ganado;
IV. Productos agrícolas;
V. Bienes de consumo;
VI. Inventario;
VII. Acciones y obligaciones, bonos, contratos de opción y futuros;
VIII. Derechos, incluyendo derechos de cobro, y
IX. Otros.

Artículo 33 bis. *Las operaciones que se pueden realizar en el RUG son las siguientes:*

I. Consulta y solicitud de certificación de Asientos;
II. Inscripción de Garantías Mobiliarias y aviso preventivo.

Se entiende por inscripción, el Asiento inicial de una Garantía Mobiliaria en el RUG; se entiende por aviso preventivo el Asiento que sirve para dar prelación a la

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

Garantía Mobiliaria que sea otorgada sobre determinados bienes muebles tal y como se prevé en el artículo 33 bis 3 de este Reglamento.

Se encuentran facultados para llevar a cabo estas operaciones en el RUG las siguientes personas:

a) Acreedores, entidades financieras en su calidad de Acreedores y personas autorizadas por éstos en el Sistema, respecto de las Garantías Mobiliarias que sean otorgadas en su favor;
b) Fedatarios públicos, respecto de las Garantías Mobiliarias que sean otorgadas en favor de los Acreedores y entidades financieras en su calidad de Acreedores, cuando éstos se las soliciten, o por orden de una instancia de autoridad competente;
c) Jueces y servidores públicos, y
d) Las personas autorizadas por la Secretaría, respecto de las garantías que sean otorgadas en favor de los Acreedores y entidades financieras en su calidad de Acreedores, cuando éstos se las soliciten, o por orden de una instancia de autoridad competente;

III. Modificación, transmisión, rectificación por error y cancelación de Garantías Mobiliarias, así como renovación de inscripción.

Se entiende por modificación, el Asiento de un acto mercantil que agregue, elimine o modifique el o los bienes muebles objeto de la Garantía Mobiliaria inscrita en el RUG y/o la o las obligaciones garantizadas y/o el o los deudores.

Se entiende por transmisión, el Asiento de un acto mercantil que agregue, elimine o modifique al Otorgante y/o al o los Acreedores. Si la transmisión es respecto del Otorgante, se asentará una cancelación por transmisión en el folio del Otorgante original y una inscripción por transmisión en el folio del nuevo Otorgante.

Se entiende por rectificación por error el Asiento mediante el cual se corrige un error de concepto o material.

Se encuentran facultados para llevar a cabo estas operaciones en el RUG las personas referidas en la fracción anterior.

Cuando el acto o contrato por virtud del cual se crea una Garantía Mobiliaria prevea incrementos, reducciones o sustituciones de los bienes muebles objeto de la misma o del monto garantizado, no será necesario realizar modificaciones, siempre y cuando dicha circunstancia haya quedado asentada al momento de su inscripción en el RUG, y

IV. Anotaciones. Se entiende por anotación, el Asiento relativo a resoluciones judiciales o administrativas, así como cualquier acto que por su naturaleza constituya, modifique, transmita o cancele una Garantía Mobiliaria, ordenado por una instancia de autoridad.

Se encuentran facultados para llevar a cabo estas operaciones en el RUG las siguientes personas:

a) Jueces y servidores públicos;
b) Fedatarios públicos, y
c) Personas autorizadas por la Secretaría.

Artículo 33 bis 1. *Todo Asiento deberá firmarse electrónicamente en los términos que requiera el Sistema por quien lo realiza, quien será responsable de la existencia y veracidad de la información. Tratándose de instituciones financieras o personas morales que sean acreedores prendarios, fideicomisarios o fiduciarios, éstos serán responsables, independientemente del empleado o funcionario que realiza la inscripción.*

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

La Secretaría expedirá los certificados digitales para que los jueces, servidores públicos y fedatarios públicos puedan de manera directa en el Sistema firmar electrónicamente los Asientos en el RUG conforme a lo previsto en el segundo párrafo del artículo 30 bis del Código de Comercio.

Asimismo, la Secretaría reconocerá los certificados digitales generados por otras autoridades certificadoras en favor de Acreedores, entidades financieras en su calidad de Acreedores y personas autorizadas por éstos en el Sistema, siempre y cuando, a su juicio, presenten un grado de confiabilidad y cumplan con las medidas de seguridad suficientes.

Artículo 33 bis 2. *En la inscripción deberá identificarse en el Sistema la siguiente información:*

I. El Otorgante y, en su caso, el o los deudores;
II. El Acreedor;
III. El tipo de Garantía Mobiliaria;
IV. El o los bienes muebles objeto de la Garantía Mobiliaria;
V. La o las obligaciones garantizadas;
VI. La vigencia de la inscripción, y
VII. La demás que se establezca en las formas precodificadas previstas en el artículo 33 de este Reglamento.

Artículo 34. *Toda persona podrá realizar consultas y solicitar la emisión de certificaciones de Asientos que consten en el RUG. La certificación será emitida con firma electrónica y sello digital de tiempo y contendrá, al igual que las boletas que emita el Sistema, una cadena única de datos que podrá ser ingresada al mismo para verificar su autenticidad.*

En toda consulta y certificación el RUG proporcionará la siguiente información:

I. Nombre, denominación o razón social del Acreedor, según sea el caso;
II. Nombre, denominación o razón social del Otorgante, según sea el caso;
III. Nombre, denominación o razón social del deudor, en aquellos casos en que este último sea distinto del Otorgante;
IV. Folio del Otorgante;
V. Tipo de Garantía Mobiliaria;
VI. Descripción de los bienes muebles objeto de la Garantía Mobiliaria;
VII. Fecha y hora de la inscripción de la Garantía Mobiliaria y de la certificación;
VIII. Número de la Garantía Mobiliaria, que le haya asignado el Sistema, y
IX. Los Asientos de Garantías Mobiliarias vigentes.

Artículo 35. *Las Garantías Mobiliarias inscritas en favor de un Acreedor deberán ser canceladas por éste cuando las obligaciones garantizadas por la Garantía Mobiliaria hayan sido cumplidas a su satisfacción.*

Si la cancelación es parcial, por liberarse de la Garantía Mobiliaria uno o varios bienes muebles objeto de ella, deberá darse el tratamiento de modificación en los términos del artículo 33 bis, fracción III de este Reglamento, sin perjuicio de lo previsto por el último párrafo de la fracción III del mismo artículo.

El Sistema cancelará de manera automática las inscripciones de Garantías Mobiliarias cuya vigencia haya caducado sin haberse solicitado su renovación.

La persona que aparezca como Otorgante en el RUG, tendrá derecho a solicitar al Acreedor la modificación, transmisión, rectificación o cancelación de la misma, según sea el caso, cuando el Acreedor incumpla con lo establecido en el primer párrafo del

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

presente artículo o cuando la información registral de la Garantía Mobiliaria no coincida con los actos jurídicos vigentes que le dieron lugar a los Asientos, sin perjuicio de cualquier otro derecho que ésta tuviera. Los Acreedores deberán proporcionar a través del Sistema sus domicilios, teléfonos y correos electrónicos a efecto de que puedan ser contactados.

***SEGUNDO TRANSITORIO**. La Secretaría de Economía contará con un plazo de seis meses contados a partir de la entrada en vigor del presente Decreto para emitir los lineamientos que prevé el Reglamento del Registro Público de Comercio.*

Ahora bien, de conformidad con lo dispuesto por dicho precepto transitorio, la SE dictó el Acuerdo por el que se Establecen las Formas para Llevar a cabo las Inscripciones y Anotaciones en el *Registro Público de Comercio* y en el *Registro Único de Garantías Mobiliarias*, cuyo texto es el siguiente:

***Primero**. El presente Acuerdo tiene por objeto actualizar y modificar las formas precodificadas a que se refieren los artículos 20, 21 bis, 32 bis-4, fracción II y 32 bis-8, fracción II, del Código de Comercio.*

***Segundo.** Las formas para realizar las inscripciones, anotaciones, cancelaciones y avisos ante el Registro Único de Garantías Mobiliarias, constituido por el artículo 32 bis 2 del Código de Comercio, serán digitales y deberán contener los datos que se señalan en cada uno de los campos conforme a las instrucciones o ayudas que despliegue el sistema electrónico establecido para su llenado. Dichas formas son las contenidas en el Anexo I de este ordenamiento.*

Las formas indicadas en el párrafo anterior estarán disponibles al público en general en la dirección de Internet: www.rug.gob.mx.

***Tercero.** Las formas precodificadas para la realización de inscripciones, anotaciones y tomas de razón ante el Registro Público de Comercio, excepto en lo relativo al Registro Único de Garantías Mobiliarias, son las contenidas en el Anexo II de este ordenamiento. Dichas formas precodificadas serán de libre reproducción y deberán contener los datos que se señalan en cada uno de los campos conforme a su instructivo de llenado.*

Las formas precodificadas a que se refiere el párrafo anterior y sus instructivos estarán disponibles en la dirección de Internet: www.siger.gob.mx.

Ahora bien, tal Acuerdo cobró vigencia el 13 de octubre de 2010 y, de conformidad con el art. Quinto transitorio del propio Acuerdo, las garantías mobiliarias inscritas con anterioridad a la entrada en vigor del mismo quedaron regidas, para todos los efectos jurídicos, con las formas precodificadas para llevar a cabo las inscripciones y anotaciones en el *Registro Público de Comercio*, que estuvieron vigentes al momento en que las mismas se realizaron, por lo que su modificación, transmisión, rectificación, cancelación, consulta y certificación deberán continuar realizándose en los términos de las propias formas.

17.5 El deudor prendario; bienes pignorables

Antes de mencionar los derechos y las obligaciones de las partes, conviene dar cuenta de algunas reglas generales sobre la situación jurídica del deudor prendario.

Sabido es que tal carácter resulta sólo de su derecho sobre los bienes o derechos pignorados, y no necesariamente de la obligación garantizada, que puede ser la de

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

un tercero. En otras palabras: si la prenda es constituida por el deudor directo, coincidirán los papeles de obligado principal y deudor prendario; de no ser así, el acreedor tendrá ante sí un deudor principal, responsable con todo su patrimonio, y un deudor más, colateral, solidario pero con responsabilidad limitada al valor de la cosa empeñada.

En cuanto a las facultades del apoderado, la prenda es un acto de disposición, pues, por hipótesis, el bien pignorado queda fuera de la libre disponibilidad del deudor y, además, expuesto a su enajenación al acreedor o a un tercero, sin o contra la voluntad de su dueño. Es por ello que sólo un apoderado para realizar actos de dominio y, en su caso, para suscribir títulos de crédito (arts. 2554, tercer párr., *C.Civ.*, y 9o., *LGTOC*), puede válidamente constituir prenda sobre bienes ajenos.

A tales facultades se refiere, indudablemente, el art. 2868 del *C.Civ.*, al disponer que: "Nadie puede dar en prenda las cosas ajenas sin estar autorizado por su dueño"; en cambio, ofrece dificultades la identificación jurídica de las facultades que el dueño puede conferir a un tercero, según el art. 2869: "Si se prueba debidamente que el dueño *prestó* su cosa a otro con el objeto de que éste la empeñara, valdrá la prenda *como si la hubiera constituido el mismo dueño*"; todo parece indicar que aquí la ley atribuye plena validez al mandato verbal, a pesar de que en su lugar se ordena su *ratificación escrita antes* de que concluya el negocio para el que se dio (art. 2552); lo propio puede decirse de la prenda mercantil, en cuyo caso se atribuiría validez a la comisión mercantil verbal, pese a la exigencia legal de que también se ratifique por escrito (art. 274, *C.Com.*).

En lo que al elemento objetivo de la prenda concierne, vale decir, los bienes pignorables, es pertinente formular aquí cuatro observaciones:

1. Con acierto reduce el *C.Civ.* el número de bienes susceptibles de empeñarse sólo a aquellos enajenables, pues de ese modo quedan a salvo de una posible prenda compulsiva los bienes y derechos inalienables, tales como los que constituyen el patrimonio de la familia (art. 727, *C.Civ.*), el derecho moral del autor (art. 19, *LFDA*) y otros.
2. Puesto que con la expresión *bien mueble* que emplea el *C.Civ.* para definir la prenda deben entenderse también los derechos sobre bienes inmateriales, como los de autor y los de la llamada *propiedad industrial* (patentes, marcas, nombres comerciales, etc.), por así disponerlo los arts. 758-760 del propio ordenamiento civil, es fácil concluir que la prenda puede recaer también sobre tales derechos, y su constitución legal surtirá efectos frente a terceros, por lo que a los derechos de autor se refiere, mediante su inscripción en el Registro Público del Derecho de Autor (art. 163-V, *LFDA*) y, en cuanto a los derechos de propiedad industrial, una vez inscrita en el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial (arts. 62, 104, 112 y 143, *LPI*).
3. La prenda sobre bienes o valores fungibles conserva sus efectos sobre los que sustituyan a los originalmente empeñados (art. 335, *LGTOC*), pero puede pactarse —necesariamente por escrito— que la propiedad de estos últimos se transfiera al acreedor y en tal caso incumbirá a éste la obligación de devolver, en su momento, otros de la misma especie (art. 336).
4. Salvo pacto escrito en contrario, la prenda sobre dinero se entiende traslativa de propiedad (art. 336).

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

17.6 Derechos y obligaciones de las partes antes del vencimiento de la obligación garantizada

Tal vez no sea ocioso recordar que el carácter supletorio del *C.Civ.* da lugar a que los derechos y las obligaciones de las partes en el contrato de prenda mercantil sean, además de los que se consignarán más adelante, los previstos en dicho estatuto civil, en lo que no esté contradicho por la ley mercantil y se compadezca con la naturaleza de los bienes.

Un primer derecho del acreedor prendario es el de conservar la posesión de los bienes según su naturaleza, a cuyo efecto, como se informó, deben serle entregados real o jurídicamente; de ese modo, incluso en los casos de prenda sin desplazamiento, el acreedor tiene la posesión jurídica pues, según se recordará, el deudor se constituye en depositario de los bienes o créditos pignorados.

Pero los efectos de tal *ius possidendi* se extienden a las facultades persecutorias y también a los deberes conservatorios:

a) El acreedor debe guardar y conservar los bienes, así como ejercitar todos los derechos que les sean inherentes (art. 338).
b) Al vencimiento o amortización de los títulos pignorados, el acreedor puede conservar, en sustitución de ellos, las cantidades que reciba (art. 343).

El segundo de los derechos importantes del acreedor es el de obtener la venta de los bienes para hacerse pago de la deuda garantizada; ahora bien, este derecho —*ius distrahendi*— puede hacerse efectivo aun antes del vencimiento de la deuda garantizada, en dos casos:

1. Si el valor —*precio*, según la ley— de los bienes se reduce de tal manera que sea inferior a 120% del importe de la deuda.
2. Cuando el deudor no suministre los recursos necesarios para sufragar los gastos de guarda y conservación de los bienes, o para cubrir las exhibiciones que los mismos ameriten (arts. 261, 263, 338, 339, 340 y 342). En ambos casos, empero, puede el deudor enervar la petición del acreedor mediante la entrega de los fondos necesarios, la mejora de la prenda o la reducción de la deuda (art. 342, 2o. párr.).

El acreedor es responsable de la guarda y conservación de los bienes o títulos pignorados, cuando obren en su poder, y nulo será cualquier convenio con el que pretenda limitársele tal responsabilidad (art. 338, *in fine*).

Por su parte, el deudor puede exigir al acreedor un resguardo de los bienes o títulos que éste haya recibido, con los datos necesarios para su identificación (art. 337).

17.7 Derechos y obligaciones de las partes al vencimiento de la deuda garantizada; el pacto comisorio

No cumplida en tiempo la obligación principal, surge, *ipso facto*, el derecho del acreedor de hacer efectiva la prenda, mediante dos caminos posibles:

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

A. El *primero*, que se inicia con la petición al juez para que autorice la venta, a la que puede oponerse el deudor dentro de un plazo de quince días, siempre que oponga las defensas y excepciones que le asistan, para demostrar la improcedencia de dicha petición; en tal caso, el juez resolverá dentro de un plazo máximo de diez días. En cambio, si el deudor no hace valer tal derecho, en caso de notoria urgencia y bajo la responsabilidad del acreedor, el juez podrá autorizar la venta aun antes de notificar al deudor. Por supuesto, semejante mecanismo es del todo inconstitucional, pues ni siquiera so pretexto de la urgencia, puede privarse al deudor de la propiedad y disposición de los bienes pignorados, sin que exista juicio previo en el que se le oiga y se le conceda oportunidad de defenderse (art. 341).

Un comentario suscita lo anterior: no se precisa el destino final del producto de la venta, que el acreedor mantiene en prenda. Sin embargo, parece claro que sólo con autorización judicial o, en su caso, del propio deudor, le es dado al acreedor hacerse pago con el producto de la venta, y es por ello que, en tanto no obtenga una u otra autorización, debe conservarlo también con carácter pignoraticio.[14]

B. El *segundo* camino es el trazado por el *pacto comisorio*, que es la estipulación escrita, de fecha necesariamente posterior a la de constitución de la prenda, por virtud de la cual se faculta al acreedor para *hacerse dueño* de los bienes pignorados (art. 344, *LGTOC*).

El laconismo de este último precepto fuerza la aplicación, una vez más, de la ley supletoria, con arreglo a la cual el precio que sirva de base para la autoadjudicación debe ser el que se les fije al vencimiento de la deuda y no al tiempo de celebrarse el contrato; además, tal convención no puede acarrear perjuicio a tercero (art. 2883, *C.Civ.*).

No carece de interés la determinación del carácter jurídico del pacto comisorio, por cuanto aparentemente permite al acreedor hacerse justicia por propia mano, al apropiarse de bienes sin previo juicio y sentencia en contra del deudor.

A mi juicio, la preautorización del deudor conjura el peligro de ilegalidad en la conducta del acreedor, a condición de que dicha autorización encuentre, a su vez, suficiente apoyo legal; y éste puede surgir de una sencilla combinación de dos figuras: la dación en pago y la condición suspensiva (arts. 1939 y 2095, *C.Civ.*). En efecto, no otro alcance debe darse a la autorización —contractual o no— conferida *ex nunc* por el deudor al acreedor para que, vencida la obligación principal y en *caso de no cumplirse*, reciba en pago los bienes pignorados. Creo, pues, que el pacto comisorio es una dación en pago, sujeta a condición suspensiva.

Son, en cambio, derechos del deudor prendario:

a) Oponerse a la venta o autoadjudicación mediante el pago del adeudo, o de una parte, si así se convino o resulta del valor de los bienes pignorados (art. 2885, *C.Civ.*)

---

[14] **Oscar Vásquez del Mercado**, *Contratos mercantiles*, 5a. ed., Editorial Porrúa, México, 1994, pág. 507, parece opinar que el acreedor puede hacerse pago por sí y ante sí, al afirmar que "el acreedor tiene derecho a pagarse su crédito..."; por cuanto el citado art. 341 de la *LGTOC*, dispone, como queda dicho, que "el producto de la venta será conservado en prenda por el acreedor...". Me parece que no es dada a dicho personaje la facultad de modificar, por su propia decisión, el carácter jurídico de su posesión del numerario, lo que sólo puede hacer el juez o el deudor, que ahora es propietario del producto de la venta, puesto que el citado precepto legal declara, en su última parte, que dicho producto de la venta queda pignorado "en sustitución de los bienes o títulos vendidos".

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

b) Pagada la deuda principal, deben devolvérsele los bienes pignorados.
c) Tiene derecho a que se le entregue la diferencia a su favor entre el monto de la deuda y el precio de la venta o autoadjudicación (arts. 2883 y 2886).

En cambio, la devolución del objeto empeñado se presume como renuncia del derecho a la garantía, a menos que el acreedor demuestre lo contrario (art. 2212, *C.Civ.*).

Por lo que hace a la nueva prenda sin desposesión, salvo pacto en otro sentido, el deudor prendario puede hacer uso de los bienes pignorados, percibir y utilizar sus frutos y productos, así como enajenar todos ellos en el curso normal de su actividad preponderante, en cuyo caso serán sustituidos por los bienes o derechos que reciba o tenga derecho a recibir en pago por la enajenación (art. 356, *LGTOC*).

17.8 La prenda bursátil

Ahora bien, nuestro legislador tuvo por conveniente el adoptar un especial mecanismo para la prenda sobre valores, calificada de prenda bursátil, a pesar de que poco o nada tiene que ver con su otorgamiento la Bolsa Mexicana de Valores y, si bien parece destinada a operarse preferentemente por las casas de bolsa como acreedoras o como deudoras, la verdad es que el precepto respectivo (art. 204, *LMV*) no confina su operación a tales empresas, luego es posible que se otorgue entre otras entidades y cualquier persona física o moral, como acreedores o como deudores.

Así se comprobará a la vista de sus particularidades, que a continuación se enuncian:

a) Aquí, en cambio, sí se consigna la definición de prenda bursátil, como constitución de un derecho real sobre valores, que servirán para garantizar el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago, indudablemente inspirada en la que consigna el art. 2856 del *C.Civ.*
b) Debe otorgarse en contrato por escrito, y, al mismo tiempo, solicitarse a una institución para el depósito de valores que abra o incremente una o más cuentas que servirán para acreditar el depósito en garantía, sin que sea necesario el endoso y entrega de los valores al acreedor, y tampoco anotación alguna en el registro del emisor, en la inteligencia de que podrán garantizarse una o más operaciones dentro de un mismo contrato.
c) También es posible pactar que la propiedad de los valores pignorados se transfiera al acreedor, el que, por tanto, quedará obligado a restituir al deudor en caso de que satisfaga la obligación garantizada, otros tantos de la misma especie, con lo cual, como fácilmente podrá apreciarse, esta prenda bursátil ofrece, en el supuesto que aquí se examina, perfiles muy similares a los del reporto, previsto por los arts. 259 a 266 de la *LGTOC*.[15] Por tanto, en este caso no será necesaria la apertura de las cuentas mencionadas anteriormente.

[15] Para un estudio más detallado de este contrato de crédito, cada vez menos empleado en la práctica, *véase* **Arturo Díaz Bravo**, *Títulos y operaciones de crédito*, 3a. ed., Iure Editores, México, 2009, págs. 280 a 287.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

d) También es posible convenir la venta extrajudicial de los valores pignorados, a condición de que se observe el siguiente proceso de ejecución:

1. Que de común acuerdo se designe al ejecutor de la prenda, así como al administrador de la garantía, nombramientos que podrán recaer en una casa de bolsa o en una institución de crédito que no sea la acreedora. También deberá preverse el mecanismo para sustituir al ejecutor cuando así se requiera;
2. En caso de incumplimiento del deudor o cuando no se reconstituya la prenda por así requerirlo las circunstancias, el acreedor, por sí o a través del administrador de la garantía, podrá pedir al ejecutor que realice la venta extrajudicial de los valores;
3. De tal petición se dará vista al deudor prendario, el que podrá oponerse a la venta sólo mediante exhibición del importe del adeudo o del documento con el que se compruebe el otorgamiento de prórroga del plazo, o bien que operó la novación de la obligación, o el comprobante de su entrega al acreedor o, por último, el otorgamiento de la garantía faltante;
4. En caso de que el deudor prendario no exhiba el saldo a su cargo y tampoco alguno de los documentos antes mencionados, el ejecutor ordenará la venta de los valores a precio del mercado, hasta por el monto necesario para cubrir el principal y accesorios del adeudo, cuyo importe entregará al acreedor, en la inteligencia de que la venta podrá realizarse en bolsa o fuera de ella, pero siempre conforme a lo convenido por las partes.

e) Podrá pactarse que el deudor prendario esté facultado para sustituir, a satisfacción del acreedor, los valores pignorados, siempre que lo haga antes de que se efectúen las notificaciones mencionadas en el inciso 3 anterior.

f) En caso de que el administrador de la garantía no sea al mismo tiempo el acreedor, podrá actuar como ejecutor, suscribir el contrato respectivo y afectar los valores correspondientes por cuenta de sus clientes, en calidad de mandatario de los mismos, a menos que se haya pactado con tales clientes el manejo discrecional de su cuenta.

g) En los estados de cuenta que remitan las casas de bolsa a sus clientes, se mencionarán las circunstancias de las prendas bursátiles constituidas por estos últimos, con los datos necesarios para la identificación de los valores pignorados.

h) Tales estados de cuenta servirán como resguardo de los valores, hasta la conclusión de los contratos de prenda bursátil.

17.9 La prenda internacional. Modernas proyecciones

Como en tantas otras relaciones comerciales, la necesidad de constituir garantías sobre bienes muebles con motivo de operaciones internacionales, ha tropezado con la recurrente dificultad de salvar las diferencias legislativas nacionales: formalidades o no; exigencia o no de desplazamiento; eficacia frente a terceros y protección de los que operen de buena fe; efectos de la quiebra del deudor prendario; tolerancia o no de prenda en garantía de futuras deudas; existencia o no de procedimientos ágiles

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

para hacerla efectiva; posibilidad o no de constituir prenda sobre bienes futuros, etc., planteamientos, todos ellos, que en los años recientes pusieron en marcha una serie de proyectos legislativos animados, como es de suponerse, de un doble propósito: *a*) superar las diferencias legislativas nacionales; *b*) facilitar y propiciar el otorgamiento de créditos internacionales.

Por obvias razones, los destinatarios favoritos de las garantías internacionales son los medios de transporte más valiosos, como las aeronaves y los buques.

Y aquí se presenta una muestra más de la ingente labor del UNIDROIT: la Convención relativa a las Garantías Internacionales sobre Materiales de Equipo móvil y el Protocolo sobre Asuntos específicamente relacionados con Equipo Aeronáutico, que, en razón de haber sido ratificados, al 31 de diciembre de 2003, por 26 Estados, se encuentran en vigor. Nuestro país no los ha ratificado.[16]

En el ámbito de los países americanos, el National Law Center for Interamerican Free Trade (Centro Jurídico Nacional para el Libre Comercio Interamericano), con sede en Tucson, Arizona, ha preparado también un proyecto de *Ley Modelo Interamericana sobre Garantías Mobiliarias*.

17.10 Características

Como en casos anteriores, a manera de conclusión expondré los rasgos característicos de la figura examinada: se trata de un derecho real, constituido en contrato o por declaración unilateral de voluntad; como contrato, es:

- de garantía
- nominado
- típico
- formal
- real en ocasiones
- consensual en otras
- accesorio
- de tracto sucesivo
- a veces unilateral.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

[16] *Uniform Law Revue*, UNIDROIT, 2003-4, Roma, 2003, pág. 863.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

TÍTULO 5

Contratos de servicios

Capítulo 18
El transporte

Capítulo 19
La comisión mercantil

Capítulo 20
Agencia, correduría privada y mediación *stricto sensu*

Capítulo 21
El arbitraje o compromiso mercantil

Capítulo 22
Los contratos de obra

Capítulo 23
Los servicios varios o de mediación, *lato sensu* (asistencia)

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

CAPÍTULO 18

El transporte

18.1 Delimitación del tema

Es de tal manera dilatado el ámbito del contrato de transporte, que necia pretensión sería aun la de examinar aquí siquiera las manifestaciones de sus diferentes regímenes legales, según se trate del terrestre, marítimo, aéreo, fluvial o lacustre, habida cuenta, además, de que son diversas las regulaciones del transporte nacional y del internacional, del urbano y del que supone el paso por carreteras federales... Nos encontramos, en verdad, ante un amplísimo y variado complejo de leyes, reglamentos y disposiciones administrativas que abarcan las diversas facetas del contrato de transporte y sus secuelas: el seguro, el depósito, la fianza y otros, cuya sola contemplación de conjunto produce un verdadero vértigo jurídico.

Parece, pues, prudente trazar y seguir una ruta, entre tantas posibles, que permita conocer sólo las más importantes manifestaciones jurídicas del contrato, para conjurar el peligro de extravíos inadecuados a un trabajo como el presente; y he aquí el camino que me propongo seguir: régimen legal, análisis, concepto, mercantilidad, examen de algunas cláusulas y naturaleza jurídica de los documentos expedidos con motivo del transporte de mercancía.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

18.2 El contrato civil de transporte

Quizás en razón de que el transporte civil está a punto de ocupar su lugar como pieza de museo jurídico, suele olvidarse que el *C.Civ.* regula el contrato de transporte, "si no constituye un contrato mercantil" (art. 2646); no es fácil predecir cuándo ocurrirá su desaparición en la práctica, por dos razones:

1. Ante la calificación de contrato civil de transporte que, aparentemente, debe atribuirse a la generalizada práctica de desplazar gratuitamente, de modo especial en automóviles particulares, a personas con las cuales el conductor no tiene compromiso jurídico ni moral alguno, esto es, *pasajeros ocasionales* (práctica conocida en México con el pintoresco vocablo *aventón,* y a veces con el aborrecible anglicismo *ride*); es por lo menos dudoso que tal servicio deba catalogarse como contrato de transporte, pues, *stricto sensu,* el oferente *no se obliga* a prestarlo, y prueba de ello es que en cualquier momento puede dar por concluida su generosa conducta y obligar a su invitado a que descienda del vehículo, sin incurrir en responsabilidad ni en incumplimiento contractual alguno por ese solo hecho. A mi juicio, tal mecanismo debe tratarse como contrato de prestación de servicios gratuitos, sujetos a condición resolutoria;[1] **Garrigues**[2] opina que "un transporte gratuito no es un contrato de transporte en sentido técnico jurídico", por faltar el elemento precio.
2. Se me informa que en algunas localidades, alejadas de los grandes centros urbanos, ciertos individuos ofrecen, ocasionalmente, sus servicios para transportar dinero o mercancía, bien personalmente o mediante empleo de carretas por ellos empujadas, o tiradas por cabalgaduras, a cambio de una remuneración; en los términos de las disposiciones legales que más adelante examinaré, semejantes convenciones constituyen verdaderos contratos civiles de transporte.

Pero además del contrato de transporte, y entremezclada en los preceptos que lo regulan, el *C.Civ.* consigna una curiosa figura, que quizá encuadraría mejor en las disposiciones relativas al arrendamiento: se trata del *alquilador,* personaje que, en el viejo derecho español, era el que daba en arrendamiento "una cosa mueble o semoviente, como un tonel, un caballo, un coche"[3] y que nuestro *C.Civ.* conserva con marcada simpatía por el segundo carácter, esto es, como arrendador de animales de carga, pues de los tres preceptos que al alquilador se refieren, en dos se emplea el vocablo *cabalgadura*. De tal suerte, es evidente que el antedicho contrato de alquiler nada tiene que ver con el de transporte.

[1] En el mismo sentido, **Ramón Sánchez Medal**, *De los contratos civiles*, 17a. ed., Editorial Porrúa, México, 1999, pág. 26.
[2] **Joaquín Garrigues**, *Curso de derecho mercantil*, 9a. ed., reimpresión, I y II, Editorial Porrúa, México, 1993, pág. 209.
[3] **Joaquín Escriche**, *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, vol. I, Editorial Porrúa, México, 1979, voz *Alquilador*, pág. 150.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

18.3 Régimen legal del contrato mercantil de transporte

Por otra parte, el *C.Com. pretende* regular dos manifestaciones del transporte: el terrestre de personas y de carga, de los cuales predica la mercantilidad cuando recaen sobre mercadería o efectos de comercio o cuando el porteador sea comerciante o, de modo habitual, efectúe transportes para el público; de ninguno de ellos suministra concepto alguno (art. 576).

Y digo que el *C.Com. pretende* regular esta materia por cuanto, como más adelante se verá (*infra* núm. 18.5), en realidad el transporte terrestre, en todas sus manifestaciones, aparece regulado en otras disposiciones legales, reglamentarias y hasta administrativas.

Ante todo, es necesario mencionar aquí la reciente *Ley General de Turismo* (*LGT*), publicada en el *DOF* del 17 de junio de 2009, en cuanto reguladora de importantes aspectos del transporte como manifestación de la actividad turística en todos los países. Daré cuenta, a continuación, de algunos de los más importantes conceptos vertidos en tal ordenamiento:

- La propia Ley tiene, entre sus objetos, el de "establecer las bases para la emisión de las disposiciones jurídicas tendientes a regular la actividad de los prestadores de servicios turísticos" (art. 2o.-XII).
- Son prestadores de servicios turísticos: "Las personas físicas o morales que ofrezcan, proporcionen, o contraten con el turista, la prestación de los servicios a que se refiere…" la propia Ley (art. 3o.-XI).
- Corresponde a la Secretaría de Turismo: "Instrumentar, en coordinación con la Procuraduría Federal del Consumidor, normas de procedimientos tendientes a garantizar la protección de los derechos de los usuarios de los servicios turísticos, tales como métodos alternativos que resuelvan conflictos ante incumplimientos por parte de prestadores de servicios turísticos" (art. 7o.-XIV).
- En cambio, corresponde a los Estados y al Distrito Federal, en los términos de la propia Ley y de las leyes locales en materia turística: "Vigilar el cumplimiento de esta Ley y demás disposiciones reglamentarias que de ella deriven, en lo que se refiere a los requisitos de operación de los prestadores de servicios turísticos" (art. 9o.-XVII).
- Por su parte, los Municipios tienen, como una de sus atribuciones, la de "Recibir y canalizar las quejas de los turistas, para su atención ante la autoridad competente" (art. 10-XIV).
- En lo que se refiere al modernamente llamado turismo social, asiste a la ST la obligación de impulsar y promover dicho turismo social, que comprende todos los instrumentos y medios que propician el otorgamiento de facilidades con equidad para que las personas viajen con fines recreativos, deportivos, educativos y culturales "… en condiciones adecuadas de economía, seguridad y comodidad" (art. 16, primer párrafo).
- "El Registro Nacional de Turismo es el catálogo público de prestadores de servicios turísticos en el país el cual constituye el mecanismo por el cual el Ejecutivo Federal, los Estados, Municipios y el Distrito Federal, podrán contar con informa-

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

ción sobre los prestadores de servicios turísticos a nivel nacional, con el objeto de conocer mejor el mercado turístico y establecer comunicación con las empresas cuando se requiera" (art. 46, primer párrafo).

- Todos los prestadores de servicios turísticos están obligados a inscribirse en el Registro Nacional de Turismo, a cuyo objeto deben proveer a las autoridades competentes la información que determine la Secretaría de Turismo mediante el Reglamento correspondiente el que, a la fecha de escribirse estas notas (primavera de 2010), no se ha publicado (art. 48, primer párrafo).
- La ST deberá expedir a los prestadores inscritos en el Registro de que se trata, el certificado correspondiente, que les servirá para acreditar su calidad (art. 52).
- Las relaciones entre los prestadores de servicios turísticos y los turistas se regirán por los contratos que entre ellos celebren, pero en todo caso deberá observarse la *LGT*, la *LFPC* y las demás leyes aplicables (art. 53).
- Los prestadores de servicios turísticos están obligados: a anunciar en lugares visibles de su establecimiento la dirección, teléfono o correo electrónico del responsable de dicho establecimiento, así como de la autoridad competente para atender sus quejas; a informar al turista los precios, tarifas, condiciones, características y costo total de los servicios que se les requieran; a implementar los procedimientos alternativos que determine la ST para la atención de quejas; a cumplir con los servicios, precios, tarifas y promociones en los términos anunciados, ofrecidos o pactados; a expedir, sin que se requiera a solicitud del turista, factura detallada o documento fiscal que ampare los cobros realizados por la prestación del servicio; a disponer lo necesario para que los inmuebles, edificaciones o servicios incluyan las especificaciones que permitan la accesibilidad a toda persona de cualquier condición; a prestar sus servicios en español como primera lengua, si bien podrán prestarlos en otros idiomas o lenguas (art. 58).
- Queda prohibido cualquier acto discriminatorio en contra de persona alguna, de conformidad con el orden jurídico nacional (art. 59).
- Cualquier incumplimiento de los servicios ofrecidos por el prestador del servicio turístico le supondrá la obligación de rembolsar, bonificar o compensar la suma correspondiente por el pago del servicio no cumplido, o bien la de prestar otro servicio de las mismas características o equivalencia al que hubiere incumplido a elección del turista (art. 60).
- Por su parte, los turistas tendrán, además de los derechos que les asisten como consumidores, los siguientes: recibir información útil, precisa, veraz y detallada, antes de contratar los servicios, sobre todas y cada una de las condiciones de los mismos; recibir los documentos que acrediten los términos de los contratos respectivos y, en todo caso, las facturas o comprobantes fiscales que satisfagan las disposiciones respectivas; recibir los servicios con la calidad, naturaleza y calidad de la categoría que ostente el establecimiento elegido; disponer de condiciones de higiene y seguridad en sus personas y bienes, con arreglo a los términos establecidos en las leyes respectivas (art. 61).
- Pero también se prescriben, como deberes del turista: observar las normas sociales de convivencia en los establecimientos turísticos; respetar el entorno natural y el patrimonio cultural de los sitios en los que se realice la actividad turística; acatar las prescripciones particulares de los establecimientos mercantiles y empresas de cuyos servicios turísticos disfruten o contraten y, particularmente, las normas y

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

reglamentos establecidos; pagar el precio de los servicios en el momento de la presentación de la factura o del documento que ampare el plazo pactado (art. 62).
- Por último, corresponde a la ST verificar el cumplimiento de la propia Ley, su Reglamento y las Normas Oficiales Mexicanas en materia de turismo (art. 66).

A su vez, la *Ley de Navegación y Comercio Marítimos* (*LNCM*, *DOF* 1 de junio de 2006) consigna el régimen legal de las materias administrativa y comercial de la navegación marítima.

Una ley más, la *LVGC,* contiene disposiciones aplicables a todo tipo de transporte de personas y de carga, pero cabe advertir que algunas de las respectivas disposiciones han quedado derogadas por leyes que, ulteriormente, han venido a regular las diversas manifestaciones del transporte, como la *Ley de Caminos, Puentes y Autotransporte Federal*, la *Ley Reglamentaria del Servicio Ferroviario*, el *Reglamento del Servicio Ferroviario*, así como por la ya citada *LNCM*; y aunque nada dice en cuanto a la naturaleza civil o mercantil de estas operaciones —tema que abordaré más adelante—, un claro indicio de su proclividad lo suministra el hecho de que en su art. 4o. prescribe que las controversias que se susciten sobre interpretación de las concesiones y de los contratos respectivos deben decidirse, a falta de disposiciones de ella, "por los preceptos del *Código de Comercio*" y, en un siguiente rango de inferioridad supletorio, coloca al *C.Civ.*

En cuanto al transporte aéreo, la *Ley de Aviación Civil* (*LAC, DOF* 12 may. 1995) regula sus manifestaciones contractuales.

Por último, importantes disposiciones sobre las diversas formas del transporte puramente turístico se ubican en la ya mencionada *Ley General de Turismo*.[4] Así, por ejemplo, a los transportistas terrestres, marítimos, aéreos, lacustres y fluviales se les aplica este cuerpo legislativo, y por tal motivo quedan sujetos, en lo conducente, a la *LFPC*, sin excluir, por lo demás, la aplicación de las leyes antes mencionadas.

Por supuesto, sería una necedad el mencionar aquí la decisiva función que el automóvil desempeñó desde sus primeros tiempos, en el transporte terrestre doméstico e internacional, así como en el efectuado con fines comerciales. Por ello, a continuación se hará una sumaria aunque merecida remembranza de los orígenes del automóvil.

"Construiré un coche de motor para las multitudes, —dijo Henry Ford una vez— lo construiré con los mejores materiales, con los mejores hombres que pueda contratar, según los diseños más sencillos que pueda trazar la ingeniería moderna, pero será tan bajo de precio que podrá poseer uno todo el que tenga un buen salario". De esta suerte, en 1908 apareció el primer modelo "T" de la fábrica Ford de Detroit; en los dos decenios siguientes Ford produciría unos quince millones de automóviles casi idénticos al modelo "T" por medio del sistema en cadena. Esos coches sencillos, esquemáticos, baratos, habrían de revolucionar la vida estadounidense. Entre otras prácticas, influyeron en la decisión de fijar la jornada

continúa

[4] *DOF* 17 junio 2009.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

continuación

laboral en ocho horas a cinco dólares, para sus empleados, con lo que se inauguró una era de relaciones entre obreros y empresarios. En 1923, Ford produciría más de dos millones de modelos "T" anuales, con lo que, verdaderamente, pudo decirse que había puesto a los Estados Unidos de América sobre ruedas.[5]

Con referencia al transporte por ferrocarril, no está por demás evocar, también aquí, algunos interesantes aspectos históricos.

En 1837 se otorgó la primera concesión del Gobierno Federal para construir un camino ferroviario del puerto de Veracruz a la Capital nacional, pero el inversionista favorecido no aprovechó la concesión. Sin embargo, en 1850 se puso en servicio el primer ferrocarril, que cubría poco menos de 14 km de Veracruz a El Molino. Más adelante, Benito Juárez y Sebastián Lerdo de Tejada otorgaron concesiones ferroviarias; a este último le correspondió, como Presidente de la República, inaugurar el servicio ferrocarrilero entre la Ciudad de México y el Puerto de Veracruz, en 1873.

En el *DOF* del 4 de junio de 2001 se publicó la extinción de la empresa Ferrocarriles Nacionales de México, que, como antes se dijo, se había creado en 1908.[6]

18.4 Concepto y mercantilidad

Varios conceptos de transporte consigna la legislación mexicana, bien que, como era de suponerse, todos ellos coinciden en lo sustancial; he aquí el contenido en el *C.Civ.* (art. 2646): "El contrato por el cual alguno se obliga a transportar bajo su inmediata dirección o la de sus dependientes por tierra, por agua o por aire a personas, animales, mercaderías o cualquiera [*sic*] otros objetos...". Literalmente entendido, tal texto configuraría el contrato como unilateral, pues nada dice de la obligación que reporta el viajero o el cargador de pagar una contraprestación —el *pasaje*, porte o flete—, que sólo de modo incidental se menciona entre las indicaciones que debe contener la *carta de porte* (art. 2656).

Por su parte, la *LNCM*, con referencia al transporte marítimo de mercancías, se expresa así: "En virtud del contrato de transporte marítimo de mercancías, el naviero o el operador se obligan ante el embarcador o cargador mediante el pago de un flete, a trasladar la mercancía de un punto a otro y entregarla a su destinatario o consignatario" (art. 128). En cambio, cuando de personas se trata: "En virtud del contrato de transporte marítimo de pasajeros, el naviero o el operador se obliga a transportar en un trayecto previamente definido, a un pasajero, previo pago de un pasaje. Este contrato debe constar en un boleto, mismo que será al portador o nominativo" (art. 139).

A su vez, la *Ley de Aviación Civil* define el contrato de transporte de personas como "... el acuerdo entre un concesionario o permisionario y un pasajero, por el cual el

[5] Datos tomados de *Historia universal III*, Aguilar, S.A. de Ediciones, Madrid, pág. 172.

[6] Información tomada del libro *Caminos de hierro*, 1a. ed., Ferrocarriles Nacionales de México, México, 1996, págs. 32 y 33.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

primero se obliga a trasladar al segundo de un punto de origen a uno de destino, contra el pago de un precio" (art. 49); el mismo concepto, referido a las mercaderías, se vierte en el art. 55.

A mi modo de ver, pues, los únicos elementos que deben concurrir al concepto de nuestro contrato son:

a) La obligación, por parte *del porteador*, de transportar una persona o cosa.
b) La obligación *de la contraparte* de pagar el precio del transporte.

Opinan que el contrato es consensual, que el precio es elemento esencial y que la entrega de la mercancía por parte del cargador no es un elemento constitutivo del contrato —con todo lo cual coincido—, **Garrigues, Cervantes Ahumada** y **Ghersi**.[7]

Por cuanto a la mercantilidad del contrato, como corolario de lo dicho, hay que convenir en la práctica inexistencia actual de contratos civiles de transporte: cuéntense los transportes por tierra, agua o aire, de personas o de cosas, en los que el porteador no sea un empresario —persona física o moral— y las cosas transportadas no sean mercaderías o efectos de comercio (art. 576, *C.Com.*). Añádase a lo anterior el carácter comercial de "las empresas de transportes de personas o cosas, por tierra o por agua..." (art. 75-VIII, que por la obvia razón de la época de su expedición, no incluye los transportes por aire).

18.5 Noticia sobre algunas disposiciones en materia de transporte

Antes de entrar en el examen de ciertas notas características de los principales contratos de transporte, conviene pasar una somera revista de las leyes y los reglamentos que de algún modo guardan relación con el régimen jurídico de nuestro contrato. Debe advertirse que la gran mayoría de tales regulaciones forman parte de cuerpos legales de derecho público, no sólo por su forma y contenido, cuanto porque la autoridad se reserva el derecho de vigilar su cumplimiento y de aplicar sanciones por su inobservancia, incluso la cancelación del permiso otorgado a los porteadores para operar. Todo lo cual es una muestra, entre tantas otras, de la *publicización* del derecho privado:

a) El *transporte terrestre* de personas y de carga encuentra su principal regulación en la ya citada *LVGC* (1940), así como en la *Ley de Caminos, Puentes y Autotransporte Federal* (*DOF* 22 dic. 1993), en el *Reglamento de Autotransporte Federal y Servicios Auxiliares* (*DOF* 22 nov. 1994), reformado según decreto publicado en el *DOF* 28 nov. 2000) y en el *Reglamento para el Transporte Terrestre de Materiales y Residuos Peligrosos* (*DOF* 7 abr. 1993), sin olvidar las disposiciones que, de modo supletorio, se contienen en el *C.Com.*

[7] **Joaquín Garrigues**, *Curso de...*, *cit.*, t. II, pág. 203; **Raúl Cervantes Ahumada**, *Derecho mercantil*, 4a. ed., Editorial Herrero, México, 1982, pág. 556; **Carlos Alberto Ghersi**, *Contratos civiles* y *comerciales*, t. 2, 2a. ed., Astrea, Buenos Aires, 1992, pág. 235.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

En cuanto a la normatividad del contrato, no debe pasarse por alto la NOM-125-SCFI-1998, Prácticas comerciales—Requisitos mínimos de información para la prestación de servicios de autotransporte de carga, publicada en el *DOF* 23 oct. 1998.

b) El *transporte por agua*, de personas y de carga, está previsto por la *LNCM* (*DOF* 1 jun. 2006), por su previo Reglamento (*DOF* 16 nov. 1998) en tanto se emite el previsto por el artículo cuarto transitorio, así como por el *C.Com.*, en lo no previsto o que no se oponga a la primera.

- Específicas disposiciones para el transporte de mercancías peligrosas se contienen en la NOM-012-SCT4-1994, Lineamientos para la elaboración del plan de contingencias para embarcaciones que transportan mercancías peligrosas, publicada en el *DOF* 29 may. 1998.
- Según Decreto publicado en el *DOF* 25 ago. 1994, nuestro país se adhirió al Convenio Internacional para la Unificación de Ciertas Reglas en Materia de Conocimiento de Embarque, comúnmente conocido como *Reglas de Bruselas*, según textos modificados conforme a los Protocolos del 23 de febrero de 1968 y 21 de diciembre de 1979.
- También suscribió nuestro país, aunque no lo ha ratificado, el Convenio Sobre el Transporte Marítimo de Mercancías, otorgado en Hamburgo el 31 de marzo de 1978 —*Reglas de Hamburgo*—, con el que los países signatarios se proponen sustituir las Reglas de Bruselas, pues su denuncia de las mismas deberá surtir efectos en la fecha en que para cada uno de ellos entre en vigor el de Hamburgo. En tal Convenio, que se aplicará "... a todos los contratos de transporte marítimo entre dos estados diferentes..." (art. 21), se regulan la responsabilidad del porteador, la del cargador, el conocimiento de embarque, las reclamaciones y las acciones contra el porteador.

c) El *transporte aéreo* de personas y de cosas reconoce, como principales fuentes legislativas, la *Ley de Aviación Civil* (*DOF* 12 may. 1995, con reformas publicadas el 22 dic. 1995 y el 28 de dic. de 2001) y su Reglamento (*DOF* 7 dic. 1998 modificado, según decreto publicado en el *DOF* 5 oct. 2000), mas, dada la importancia de los tratados y las convenciones internacionales, debe atribuírseles el mismo rango y, en su caso, carácter derogatorio de la leyes domésticas; cabe mencionar, entre ellos, el Convenio para la Unificación de Ciertas Reglas para el Transporte Aéreo Internacional, más conocido como *Convenio de Montreal,* por haberse suscrito en dicha ciudad el 28 de mayo de 1999, ratificado por nuestro país según publicación en el *DOF* 8 ene. 2001.

- Por otra parte, en fechas difíciles de predecir, entrarán en vigor sendas normas oficiales mexicanas, con pretensiones de vigencia nacional e internacional, que regularán, respectivamente, la prestación del servicio de transporte aéreo no regular y las condiciones de prestación del servicio entre el transportista y el usuario. La primera es, en la actualidad, el proyecto de NOM-075-SCT3-2000, mientras que la segunda es el también proyecto de NOM-077-SCT3-2000, ambos publicados en el *DOF* 3 oct. 2000.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

18.6 Disposiciones legales aplicables a toda clase de transporte

A reserva de referirme a la posición jurídica de porteadores específicos, cúmpleme informar, primeramente, conforme a la LVGC, de las obligaciones comunes a todos, siempre con referencia al régimen federal y, por tanto, reserva hecha de las disposiciones consignadas en leyes o reglamentos estatales o municipales:

a) Todo transportista debe "... proteger a los viajeros y sus pertenencias, de los riesgos que pueden sufrir con motivo de la prestación del servicio... La protección de referencia podrán efectuarla... por medio de un contrato de seguro o mediante la constitución de un fondo de garantía... La indemnización por la pérdida de la vida del pasajero será por una cantidad equivalente a mil quinientas veces el salario mínimo diario vigente en... el Distrito Federal... La Secretaría de Comunicaciones y Transportes fijará dentro de los primeros quince días del mes de enero, la cantidad por la que debe protegerse al usuario de la vía o al viajero...".
b) En caso de que el porteador no contrate el seguro ni constituya el fondo de garantía antes mencionados, reportará la obligación directa de hacer frente a su responsabilidad objetiva.
c) Todo pasajero que tenga derecho a viajar gratuitamente debe pagar en efectivo el importe de la prima del seguro o de la suma que corresponda para la constitución del fondo de garantía, como requisito para gozar de los beneficios antes mencionados (art. 127, *LVGC*).
d) Ningún porteador puede rehusarse a prestar el servicio, salvo disposición en contrario de la SCT (art. 62).
e) Todo transporte amerita la expedición, por parte del transportista, de un documento que consigne las condiciones en que se prestará el servicio (carta de porte, conocimiento de embarque, boleto, etc.) (art. 66).

Por otra parte, en el *DOF* del 22 de abril de 2010 se dio a conocer el **Estatuto Orgánico del Consejo de Promoción Turística de México, S.A. de C.V.**, cuyo objeto social es el siguiente:

> ***Artículo 5.*** *El Consejo tiene por objeto planear, diseñar y coordinar en coadyuvancia con la Secretaría, las políticas y estrategias de promoción turística a nivel nacional e internacional. Asimismo, el Consejo ejecutará sus programas con base en acciones y procesos de mejora continua, de manera planificada y organizada, en apego a los principios de cooperación, promoción, eficacia, economía, transparencia, honradez, legalidad, publicidad, buena fe e imparcialidad.*

Posteriormente, el 1 de septiembre de 2010, en la misma publicación oficial, se reformaron, adicionaron y derogaron diversas disposiciones del *Reglamento del Servicio de Medicina Preventiva en el Transporte*, cuyo art. 1 se transcribe a continuación:

> ***Artículo 1o.*** *El presente ordenamiento es de interés público, de observancia obligatoria y tiene por objeto regular el servicio de medicina preventiva en el transporte, a través de la práctica de los exámenes psicofísico integral, médico en operación y toxicológico,*

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

para la expedición de los dictámenes y constancias correspondientes al personal de nacionalidad mexicana o extranjera que en las vías generales de comunicación intervenga en la operación y/o conducción y/o auxilio de los diversos modos de transporte federal y sus servicios auxiliares.

18.7 Otros derechos, responsabilidades y obligaciones: en el transporte terrestre

Ahora con específica referencia al transporte terrestre, destacan por su importancia las siguientes previsiones legales:

a) Por lo que hace al transporte de carga, la responsabilidad de los permisionarios por las pérdidas y los daños que sufran los objetos transportados, desde el momento en que reciban la carga hasta que la entreguen a su destinatario, salvo en los siguientes casos: vicios propios de la carga o embalaje inadecuado; deterioro o daño parcial o total de la carga, por razón de su propia naturaleza; transporte de la carga, a petición escrita del remitente, en vehículos descubiertos, a pesar de que, por su naturaleza, debería transportarse en vehículos cerrados o cubiertos; falsas declaraciones o instrucciones del cargador, consignatario o destinatario, o del titular de la carta de porte; no declaración del valor de la mercancía, en cuyo caso la responsabilidad quedará limitada al equivalente a quince días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal, por tonelada, o la parte proporcional cuando se trate de embarques de menor peso (art. 66, *LCPAF*); es posible, sin embargo, que el porteador asuma la responsabilidad de pérdidas o daños derivados de caso fortuito o fuerza mayor, para lo cual el usuario deberá declarar el valor respectivo y cubrir un cargo adicional (art. 67, *LCPAF*).
b) En el transporte de personas, los siguientes derechos del pasajero: conservar en su poder ciertos bultos que no ocasionen molestias a los demás pasajeros ni pongan en riesgo la seguridad del transporte; que se le admita, en concepto de equipaje y libre de porte, un máximo de 25 kilogramos; obtener el rembolso del importe de su boleto en caso de que la partida del medio de transporte se retrase más de dos horas (art. 29, *RAFSA*).
c) Ningún porteador de carga puede limitar sus responsabilidades como tal, sino en los siguientes casos:

1. Cuando esté autorizado a cobrar una tarifa más baja que la ordinaria, y siempre que el usuario del servicio pueda optar libremente por una u otra (art. 69, *LVGC*).
2. Cuando las condiciones convenidas para el transporte, la naturaleza de la mercancía o los descuidos u omisiones del cargador o del consignatario permitan considerar que el transporte se realiza en condiciones que se apartan de las normales (art. 71).
3. En caso de que el remitente declare una mercancía que cause un flete inferior a la realmente embarcada, o bien una mercancía diferente y de valor superior a la entregada (art. 72).

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

No cabe duda —según criterio jurisprudencial de la Tercera Sala de la SCJN— de que los autobuses destinados al servicio de transporte de pasajeros son instrumentos peligrosos por la velocidad que desarrollan; por tanto, el daño que lleguen a causar, y la consiguiente responsabilidad, no pueden tener por base el contrato de transporte, sino lo dispuesto por el art. 127 de la *LVGC* y los arts. 1913, 1915 y sigs. del *C.Civ.*

Con referencia concreta a los daños a pasajeros, el propio órgano jurisdiccional dejó sentado, también con carácter jurisprudencial, que tales daños no pueden reclamarse mediante la acción derivada de incumplimiento del contrato de transporte, sino en ejercicio de la acción extracontractual de responsabilidad objetiva.

Finalmente, la misma autoridad ha establecido que a la empresa porteadora de carga le corresponde justificar en juicio que los daños o pérdidas de la mercancía transportada se debieron a caso fortuito o a fuerza mayor, sin que baste demostrar la ocurrencia de un accidente al vehículo que la transportaba.[8]

Obviamente, los mismos criterios y principios deben aplicarse al transporte aéreo y al marítimo, pues operan las mismas razones.

Importa mencionar aquí, por su importancia, las disposiciones administrativas que, en orden cronológico de aparición, son las siguientes:

a) Un acuerdo de la Secretaría de Comunicaciones y Transportes (*DOF* 27 abr. 1998) en el que se fijaron el importe que, en caso de cubrir su responsabilidad civil con un seguro, deben contratar como suma asegurada los autotransportistas federales de pasajeros y de carga, así como el que deben constituir como fondo de garantía en caso de que no opten por contratar el aludido seguro. La suma asegurada debe ser, en el primer caso, por el equivalente de diecinueve mil días de salario mínimo vigente en el Distrito Federal, que, al escribirse estas líneas (primavera de 2008), es de $52.59 (aproximadamente U.S. $4.86) diarios; en el segundo caso, el fondo de garantía debe constituirse, sobre una base principal, con una aportación de 38 días del aludido salario por cada vehículo en explotación.

b) La norma oficial mexicana NOM-125-SCFI-1998, expedida por la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial (*DOF* 23 oct. 1998), con la que se implantaron los requisitos mínimos de información a los usuarios del autotransporte de carga, de entre los cuales hay que destacar la obligación del transportista de entregar al cargador un ejemplar del contrato de adhesión o carta de porte, así como la de informarle por escrito, antes de la celebración del contrato, el tipo de vehículo que se empleará, la duración del transporte, el precio total del servicio y algunas otras circunstancias; por último, la obligación de registrar en la Procuraduría Federal del Consumidor el texto del indicado contrato de adhesión.

c) El acuerdo de la SCT (*DOF* 9 feb. 1999) en el que se fijaron las modalidades con arreglo a las cuales deberán constituir el fondo de garantía los transportistas que opten por no contratar el seguro sobre su responsabilidad civil.

d) En el *DOF* de 26 de enero de 1994 se publicó el *Reglamento sobre el Peso, Dimensiones y Capacidad de los Vehículos de Autransporte que Transitan en los Caminos y Puentes de Jurisdicción Federal.*

---

[8] *Apéndice de jurisprudencia de 1917 a 1965 del Semanario Judicial de la Federación*, Tercera Sala, Cuarta parte, México, págs. 976, 977 y 1160.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

A principios de la era moderna, pero todavía durante el Imperio Romano, los camellos y los dromedarios eran el medio óptimo para viajar por las áridas rutas de caravanas del Medio Oriente. Cada animal puede cargar más de doscientos kilos, recorrer unos treinta kilómetros diarios y permanecer más de dos semanas sin beber.

En cuanto a las mercancías del mundo antiguo, el trigo era la que más abultaba; era, según atendibles referencias históricas, lo que el petróleo es a los navieros de hoy.

Levante, según las mismas referencias históricas, no tenía mucho que vender: Siria producía una excelente cristalería, el famoso bálsamo de Judea tenía gran demanda y Líbano exportaba maderas de cedro. Se transcribe, a continuación, una breve referencia a los objetos con los que se comerciaba principalmente en la misma época:

- Gramíneas, sobre todo cebada y trigo, en especial de Egipto y del resto de África del Norte.
- Vino, que exportaba Italia en abundancia, pero también comerciaban en vino Galia, España, Grecia, Asia Menor, Siria y Palestina.
- Aceite de oliva, que se producía en Italia, España, Galia, África del Norte, Asia Menor, Grecia y Palestina.
- Alimentos de lujo como alcachofas y pescado en salmuera, procedentes de España; jamón y carne adobada de Galia; zanahorias de Germania. En cambio a Roma se enviaban gansos de Bélgica, pues el hígado de estas aves se consideraba un manjar.
- Bálsamo, perfumes y especias de Arabia y Somalia.
- Papiro, que se hacía con la planta acuática del mismo nombre y que era monopolio egipcio.
- Telas, principalmente lino de Egipto, lana de Palestina, algodón de la India y seda de China.
- Púrpura, que se producía en la costa de Levante.
- Betún que, en forma de alquitrán de petróleo, se exportaba de Mesopotamia.
- Vidrio, procedente de Egipto, Siria e Italia.
- Metales, principalmente oro, plata, cobre, plomo, fierro y estaño procedentes de minas en Gran Bretaña, España, el Valle del Danubio, Italia, Asia menor y África.
- Madera, sobre todo procedente de Asia Menor, Macedonia y Mauritania.
- Marfil, que se exportaba de África y de la India.[9]

Para una interesante cuanto melancólica referencia a la arriería, como transporte comercial terrestre por excelencia durante la etapa Colonial mexicana y aun bien entrado el siglo XX, es por demás recomendable la lectura del libro *Arrieros somos,*

continúa

[9] Datos tomados del libro *Jesús y su tiempo*, Reader's Digest México, México, 1989, págs. 170 y 172.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

continuación

de **Carlos Bravo Marentes**, Secretaría de Educación Pública, Dirección General de Culturas Populares, segunda edición, México, 1988, de cuya introducción entresaco las siguientes expresiones:

"La arriería, oficio de los mestizos pobres, se convirtió en la actividad económica por excelencia que no sólo brindaba beneficios económicos, sino gran prestigio social. El sistema de arriería tenía dos modalidades: las grandes caravanas, con rutas y pedidos establecidos previamente, y el de arrieros libres, que cubrían distancias menores… Estas grandes rutas eran cubiertas por empresas comerciales que controlaban grandes atajos de mulas y que tenían su sede en los centros económicos de la Bocasierra… En síntesis, la arriería conformó una extensa red social y de parentesco a través de alianzas matrimoniales y de compadrazgo en muchos puntos de la sierra,… Esta extensa red social, al irse concretando, cristalizó en grupos de poder económico, político… Estos grupos de poder mantuvieron el control de la región hasta 1960 aproximadamente, cuando comenzó el período de penetración del capital a través del estado, mediante la construcción de las carreteras".

No por reprobable y negativa la delincuencia que en todos los órdenes ha venido imperando en México, debe omitirse aquí una referencia a sus efectos en el transporte, particularmente en el terrestre.

Así, a fines de junio de 2011 la prensa nacional dio cuenta con lo declarado por la Asociación Nacional del Transporte Privado, en el sentido de que los transportistas terrestres vienen siendo víctimas del terror de asaltos y robos, tanto en carreteras como en las ciudades, de mercancías y de las unidades mismas, incluso respecto de unidades que transportan petróleo, gasolina y diesel. Ello, como es fácil de suponer, ha traído consigo un encarecimiento de los indicados productos, puesto que, por una parte, se han incrementado las primas de los seguros de robo y de responsabilidad civil y, por la otra, ha sido necesaria la contratación de seguridad privada, así como en la adquisición de la tecnología relacionada con la de-tección y seguimiento de las unidades y productos por las carreteras y destinos del país.

Importa tener muy presente, respecto de los servicios de estas empresas de mensajería, el texto del *Reglamento de Paquetería y Mensajería* expedido por el Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, y publicado en el *DOF* del 29 de marzo de 2011, algunos de cuyos preceptos se transcribirán a continuación:

> ***Artículo 1.*** *El presente Reglamento tiene por objeto establecer las condiciones que regulan el servicio de paquetería y mensajería que se presta a terceros en caminos y puentes de jurisdicción federal.*
>
> ***Artículo 2.*** *El servicio de paquetería y mensajería es el porte de paquetes debidamente envueltos y rotulados o con embalaje que permita su traslado y que se presta a ter-*

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

ceros en caminos de jurisdicción federal. El servicio comprenderá la recolección, traslado, rastreo, reparto, seguimiento y entrega en tiempos predeterminados, de paquetes, de manera expedita.

Artículo 3. *Para los efectos del presente Reglamento, además de los términos señalados en la Ley, se entenderá por:*

I. ***Carta de porte o guía****. Es el título legal del contrato entre el Remitente y el Permisionario y por su contenido se decidirán las cuestiones que se susciten con motivo del transporte de los paquetes; contendrá las menciones que exige el Código de la materia y surtirá los efectos que en él se determinen;*
II. ***Destinatario****. Persona a la que van dirigidos los paquetes cuyo nombre y domicilio aparece en la Carta de Porte o Guía;*
III. ***Ley****. La Ley de Caminos, Puentes y Autotransporte Federal;*
IV. ***Manifiesto****. Documento que contiene la relación de las cartas de porte o guías de los paquetes transportados en el vehículo, el que contendrá como mínimo: el Número de Guía, fecha de expedición, Remitente, Destinatario, peso, origen y destino del Paquete;*
V. ***Número de guía****. Folio que se encuentra impreso en forma consecutiva en la Carta de Porte o Guía;*
VI. ***Paquete.*** *Objeto, cuyo peso no podrá ser superior a 31.5 kilogramos, debidamente envuelto y rotulado o con embalaje que permita su manejo, reparto y entrega a cargo del Permisionario, desde su origen hasta su destino final, y que no esté contemplado de forma exclusiva en otros ordenamientos legales;*
VII. ***Permisionario****. La persona física o moral que cuenta con permiso por parte de la Secretaría de Comunicaciones y Transportes para prestar el servicio de paquetería y mensajería a terceros en caminos y puentes de jurisdicción federal;*
VIII. ***Remitente****. La persona que contrata con el Permisionario el servicio de paquetería y mensajería, cuyo nombre y domicilio aparece en la Carta de Porte o Guía, y*
IX. ***Tercero autorizado****. Es aquella persona física diferente al Destinatario que se encuentra en el domicilio designado por el Remitente, que recibe el Paquete o que cuenta con la autorización del Destinatario para recoger el o los paquetes objeto del servicio de paquetería y mensajería que fue brindado en los términos señalados en el presente Reglamento.*

Artículo 4. *Sin perjuicio de la competencia de otras autoridades corresponde a la Secretaría la interpretación y aplicación de este Reglamento para efectos administrativos, así como vigilar su observancia en los términos del artículo 28 de este Reglamento.*

A falta de disposición expresa en este Reglamento, además de lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley, se estará a lo señalado en la Ley de Inversión Extranjera, así como en el Reglamento de Autotransporte Federal y Servicios Auxiliares y demás disposiciones aplicables.

Artículo 5. *La Secretaría otorgará permiso para la prestación del servicio de paquetería y mensajería en los caminos y puentes de jurisdicción federal del territorio nacional, a personas físicas o sociedades constituidas conforme a las leyes mexicanas que cumplan con lo establecido en la Ley, este Reglamento y demás ordenamientos jurídicos aplicables.*

Los permisos a que se refiere este Capítulo, se otorgarán por el Director General del Centro SCT en que se ubique el domicilio del solicitante o por la Dirección General de Autotransporte Federal, ya sea a través de su Titular, o del Director del Centro Metropolitano.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

Artículo 9. *Las modificaciones a la escritura constitutiva de las Personas Morales Permisionarias respecto a la denominación, objeto social y domicilio, así como integración del órgano de administración, deberán registrarse ante la Secretaría dentro de los siguientes quince días hábiles a que ocurra dicha modificación.*

Artículo 14. *Los permisionarios de autotransporte federal de pasajeros no requieren de permiso para prestar el servicio de paquetería y mensajería en las unidades autorizadas en sus permisos, siempre que los paquetes se transporten en las cajuelas o compartimentos respectivos. En estos casos los permisionarios de autotransporte federal de pasajeros quedarán sujetos a las disposiciones previstas en el presente Reglamento, con la condición de que dicho servicio se preste en las rutas y unidades autorizadas.*

Los permisionarios del servicio de autotransporte federal de carga, con quienes se contrate el porte de paquetes podrán realizarlo con las unidades autorizadas en sus permisos de carga. Dichas unidades deberán ostentar con caracteres legibles, que se encuentran brindando el servicio de carga y deberán cumplir con las disposiciones previstas en el Reglamento de Autotransporte Federal y Servicios Auxiliares.

Artículo 16. *La operación y explotación del servicio de paquetería y mensajería se sujetará a las disposiciones de la Ley, los tratados internacionales, el Código de Comercio, este Reglamento y las normas que emita la Secretaría.*

Artículo 20. *Por cada Paquete el Permisionario deberá expedir una Carta de Porte o Guía, que deberá contener lo siguiente:*

I. Número de Carta de Porte o Guía;
II. Nombre o razón social y domicilio del Remitente;
III. Nombre o razón social y domicilio del Permisionario;
IV. Nombre o razón social y domicilio del Destinatario o lugar de entrega;
V. Fecha en que se hace la expedición;
VI. Precio del servicio;
VII. Declaración del contenido y peso;
VIII. En su caso, condiciones especiales del manejo;
IX. Seguros ofrecidos y/o valor declarado, y
X. Condiciones en las que los plazos y garantía al Remitente se aplicarán en caso de retraso en la entrega del Paquete, si sobre este punto mediare alguna condición o pacto.

De no contemplarse en la Carta de Porte o Guía, el domicilio del Permisionario y el precio del servicio se deberán indicar en el recibo, factura o documento similar, el cual formará parte de la misma y servirá de comprobante de la relación jurídica entre el Remitente y el Permisionario.

Artículo 21. *La Carta de Porte o Guía será expedida en original y dos copias, el original para ser adherido al Paquete, una copia al Remitente y la otra para el Permisionario, misma que deberá conservar en sus archivos por tres meses para efectos de la verificación por parte de la Secretaría.*

No obstante lo anterior, para el caso de las copias de la Carta de Porte o Guía, los permisionarios tendrán la opción de usar medios electrónicos en lugar de documento impreso. En este supuesto, el documento electrónico deberá contener los datos que establece el artículo 20 de este Reglamento y los permisionarios serán responsables de contar con los medios necesarios que permitan su verificación por parte de la Secretaría.

Para el traslado de paquetes el Permisionario deberá elaborar el Manifiesto, mismo que se deberá portar en el vehículo correspondiente.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

Artículo 22. *El Permisionario que incumpla con las condiciones pactadas en la Carta de Porte o Guía con el Remitente, deberá indemnizar a este último en los términos del presente Reglamento o en lo establecido en la propia Carta de Porte o Guía.*

Artículo 24. *El Permisionario será responsable por el retraso, pérdida, robo, extravío, daños, faltantes, destrucción de los paquetes o por cualquier otro daño o perjuicio que pueda originarse con motivo de la prestación del servicio de paquetería y mensajería, excepto en casos fortuitos o de fuerza mayor en términos de la legislación aplicable y en lo particular, de acuerdo con los términos establecidos en la propia Carta de Porte o Guía.*

Artículo 26. *El Permisionario podrá ofrecer al Remitente un seguro opcional de una compañía aseguradora legalmente autorizada, o bien una constancia de garantía emitida por el propio Permisionario con base en el valor declarado del Paquete objeto del contrato, medios por los que el Permisionario garantizará el pago respectivo en caso de pérdida o destrucción de los bienes cuyo valor fue declarado. En este supuesto el Remitente debe pagar al Permisionario los cargos adicionales, correspondientes a la prima del referido seguro opcional o constancia de garantía.*

En el caso de que el Remitente adquiera el seguro opcional distinto al que le ofrece el Permisionario, éste no será responsable del cumplimiento de la póliza de seguro respectiva.

Artículo 27. *El Permisionario no tendrá responsabilidad en la prestación del servicio de paquetería y mensajería, en los siguientes casos:*

I. Cuando se haya entregado el Paquete en los términos pactados en el domicilio del Destinatario;
II. Por haber transcurrido un año a partir de la fecha en que el Permisionario recibió el Paquete, sin que se haya podido hacer entrega del mismo y no se haya presentado reclamación por parte del Remitente;
III. Por pérdida o daño del Paquete por caso fortuito o fuerza mayor;
IV. Por paquetes decomisados por autoridad competente;
V. Por paquetes dañados por empaque inadecuado que no haya sido realizado por el Permisionario;
VI. Por el daño que sufra el bien contenido en el Paquete, cuando dicho bien, por su propia naturaleza o por mal embalaje se hubiera deteriorado parcial o totalmente, siempre que el servicio se preste en las condiciones pactadas por el Permisionario con el Remitente, y
VII. Por retraso, pérdida o daño que sufran los paquetes cuando el Remitente hubiese proporcionado información incorrecta o incompleta en la Carta de Porte o Guía y ello hubiese sido la causa del retraso en la entrega, pérdida o daño del Paquete.

Artículo 34. *Contra las resoluciones dictadas con fundamento en la Ley y este Reglamento, procederá el recurso de revisión conforme a lo dispuesto en la Ley Federal de Procedimiento Administrativo.*

Por supuesto, todo lo anterior es aplicable también al contrato de transporte que se celebra con las llamadas *empresas de mensajería*, sin que importe el empleo que con frecuencia hacen las mismas, del transporte aéreo, pues ello en modo alguno desvirtúa la aplicabilidad de la ya citada NOM 125, de 1998, máxime si se toma en consideración que, atento lo dispuesto por el punto 6 de la misma, la vigilancia de su aplicación queda a cargo de la PROFECO, no así de las autoridades en materia de transporte.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

18.8 *Idem*: en el transporte aéreo

Daré cuenta, en el orden acostumbrado, de los principales derechos y obligaciones de las partes, con referencia sólo al transporte nacional, y con arreglo a lo dispuesto por la *LAC*.

a) Transporte *de personas:*

1. El transportista está obligado a entregar al viajero un boleto o billete, que hará las veces de contrato de transporte (art. 49). Empero, resulta necesario dejar constancia de que este documento está cayendo en desuso, de cara al cada vez más frecuente empleo de la internet para efectuar las reservaciones, lo que conduce a la inobservancia del referido precepto legal, pues, como es sabido, el viajero sólo hace valer, al presentarse en el mostrador de la respectiva línea aérea, un número clave que al efecto se le suministró electrónicamente, lo cual basta para que se le entregue el llamado *pase de abordar*. Ello, sin embargo, además de la inobservancia del precepto legal, acarrea serias dificultades prácticas, incluso de orden fiscal, que, ciertamente, nuestras autoridades de tal naturaleza, así como la PROFECO, están tratando de resolver, según se supo con arreglo a informes periodísticos.

   También es ilustrativo dejar constancia aquí de que el mecanismo de que se trata fue, además, impuesto por la Asociación Internacional del Transporte Aéreo, más conocida por su acrónimo IATA, a las líneas aéreas afiliadas a la misma, mediante una serie de lineamientos, con el manifiesto propósito de eliminar totalmente el empleo de papel a fines de mayo de 2008. Es de desearse que las autoridades competentes adopten medidas del todo satisfactorias desde los puntos de vista jurídico, fiscal y contable.
2. El porteador es responsable de la muerte o las lesiones causadas al pasajero, así como de pérdidas o averías de su equipaje de mano (art. 61).
3. La responsabilidad por daños a los pasajeros se rige, en cuanto a montos de indemnización y derecho a percibirla, por lo dispuesto en los arts. 1915 del *C.Civ.*, triplicados los importantes resultantes del mismo, así como 501 y 502 de la *LFT* (art. 62).
4. La responsabilidad por destrucción o averías del equipaje de mano se limitará al importe de 40 días de salario mínimo en el Distrito Federal; si se trata de equipaje facturado, de 75 días de tal salario (art. 62, *LAC*), salvo que se demuestre el dolo o mala fe del porteador o de sus empleados (art. 64).

   El pago de todas las sobredichas responsabilidades deberá garantizarse mediante seguro (art. 74).
5. Importa dejar sentado que en ninguno de los referidos supuestos cabrá responsabilidad alguna del porteador si demuestra que los daños se debieron a culpa o negligencia inexcusable de la víctima, vicios o defectos ocultos de los bienes, embalajes inadecuados, transporte no idóneo por culpa del cargador o falsas declaraciones o instrucciones del cargador en cuanto al manejo de la carga (art. 67).
6. Finalmente, en caso de que el transportista haya vendido boletos en exceso de la capacidad disponible de la aeronave, o de que se cancele el vuelo por causas

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

imputables al propio transportista, deberá reintegrarse al pasajero el precio del boleto o billete de pasaje, o la proporción que corresponda a la parte no realizada del viaje, pero además, habrá de ofrecérsele transporte en el primer vuelo posterior disponible, así como, con carácter gratuito, servicios de comunicación telefónica o cablegráfica, alimentos durante el tiempo de espera, alojamiento en hotel del aeropuerto o de la ciudad respectiva y, en tal caso, transporte terrestre desde y hacia el aeropuerto, pero si el pasajero así lo decide, deberá transportársele, en fecha posterior, a su destino original; en todo caso, además, deberá pagarse al pasajero una indemnización no inferior al 25% del precio del boleto o billete o de la parte no realizada del viaje (art. 52).

b) Transporte *de cosas*:

1. El porteador responde por la pérdida o avería de la carga, hasta 10 veces el salario mínimo por kilogramo de peso bruto.
2. Si el usuario declara el valor de la carga y cubre un cargo adicional, el porteador responderá por el precio total (*sic*), incluso de daños derivados de caso fortuito o de fuerza mayor (art. 65).

Finalmente, importa mencionar que las acciones para exigir responsabilidades en el transporte aéreo prescriben en un año, contado desde la fecha de ocurrencia de los hechos (art. 73).

18.9 *Idem*: en el transporte marítimo

Como quedó apuntado, la *LNCM* está formada por disposiciones de orden administrativo —derecho público— y por normas de derecho privado, reguladoras de contratos propios del ejercicio de la navegación, entre las cuales aparecen las siguientes, que separaré en igual forma que en los casos anteriores:

a) Transporte *de personas:*

1. El contrato respectivo "... debe constar en un boleto, mismo que será al portador o nominativo"; a falta de competencia efectiva en la prestación del servicio la Secretaría de Comunicaciones y Transportes establecerá las bases tarifarias correspondientes (arts. 139-140).
2. Si la prestación del servicio es causa de muerte o lesiones de los viajeros, incumbe al transportista la responsabilidad de ello, a menos que demuestre que el accidente no le es imputable (art. 142).
3. También responde el transportista de daños o averías al equipaje registrado, así como a los efectos personales y equipaje de cabina, pero en este caso deberá demostrarse que la pérdida o avería se debe a falta del mismo o de sus empleados (art. 142).
4. En garantía de las aludidas responsabilidades, el transportista debe contratar un seguro con la cobertura suficiente, en los términos del reglamento respectivo (art. 143); el que, a su vez, se limita a prescribir que "El seguro... deberá tener

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

una cobertura suficiente para amparar a los usuarios desde que aborden hasta que desciendan de la embarcación" (art. 84 del *Reglamento de la LNCM*).
5. Por su parte, y como garantía de pago de los conceptos a su favor, el transportista tiene el privilegio y el derecho de retención sobre el equipaje (art. 145).
6. Las acciones derivadas del contrato que nos ocupa prescriben en un año, contado a partir de la fecha de desembarque en el puerto de destino y, si la embarcación no llegare a zarpar, a partir de la fecha en que se informe al pasajero de ello (art. 147).

b) Transporte *de cosas:*

1. En manifestación del contrato respectivo, la empresa naviera o el operador debe expedir un conocimiento de embarque (art. 129).
2. Cuando se trate de navegación de altura, las tarifas y los recargos deberán ajustarse a lo previsto en la Convención sobre un Código de Conducta de las Conferencias Marítimas. En cuanto a los fletes por otros servicios, se pactarán libremente (art. 130).
3. Tanto el naviero como en su caso, el operador, son responsables de conformidad con lo dispuesto por los tratados internacionales sobre la materia, incluso en lo que se refiere al periodo y a la limitación cuantitativa de tal responsabilidad (art. 134).
4. En cambio, no habrá responsabilidad del porteador ni del buque por pérdidas o daños que provengan de la falta de condiciones del buque para navegar, a menos que ello sea imputable a falta de la debida diligencia por parte del porteador para poner el buque en buen estado, por actos, negligencia o falta del capitán, marinero, piloto o del personal destinado por el porteador a la navegación o a la administración del buque; tampoco, cuando la pérdida o daño provenga de la amplia serie de circunstancias previstas, como las anteriores, por el art. 4o de las mencionadas Reglas de Bruselas que, en su carácter de tratado internacional, deben prevalecer sobre las disposiciones de la *LNCM*.
5. El transportista está facultado para desembarcar, destruir o transformar en inofensivas, sin indemnización alguna, mercancías de naturaleza inflamable, explosiva o peligrosa, no declaradas así; además, el cargador será responsable de los daños y perjuicios que se causen (art. 132).
6. Las acciones derivadas del contrato que se examina prescribirán en 12 meses, contados desde la fecha en que la mercancía haya sido puesta a disposición del destinatario o de que la embarcación llegó a destino sin la mercancía (art. 137).

Dentro del mismo orden de ideas, resulta por demás interesante el conocer los puntos de vista de la Unión Europea sobre el particular, materializados en el artículo 1 de la Directiva 2009/16/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, sobre el control de los buques por el Estado rector del puerto:

Objeto

La presente Directiva tiene por objeto contribuir a reducir de forma drástica el número de buques deficientes en las aguas bajo la jurisdicción de los Estados miembros, mediante:

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

a) Un mejor cumplimiento de la legislación internacional y comunitaria sobre seguridad marítima, protección marítima, protección del medio ambiente marino y condiciones de vida y de trabajo a bordo de los buques de cualquier pabellón;
b) El establecimiento de criterios comunes para el control de los buques por parte del Estado rector del puerto y la armonización de los procedimientos de inspección e inmovilización aprovechando los conocimientos especializados y la experiencia adquiridos en el marco del Memorando de acuerdo de París;
c) La aplicación en la Comunidad del sistema de control del Estado rector del puerto basado en las inspecciones realizadas en la Comunidad y en la región del Memorando de acuerdo de París con el fin de que todos los buques sean inspeccionados con una frecuencia acorde con su perfil de riesgo, quedando sujetos los buques que representen un mayor riesgo a inspecciones más detalladas y realizadas a intervalos más frecuentes.

18.10 *Idem*: la fortuna de mar

Mencionada o no en los conocimientos de embarque, la fortuna de mar es una vieja institución del derecho marítimo, reconocida todavía en algunas legislaciones; en el curso de los siglos ha llegado a denotar dos cosas íntimamente unidas:

1. El carácter del buque y sus accesorios como universalidad de derecho.
2. La consecuente limitación de responsabilidad del naviero a tal fortuna de mar.

Aunque el nuevo derecho marítimo mexicano no la admite, me parece necesario consignar aquí unas breves notas sobre ella por razón de que, como quedó dicho, aún tiene su lugar en ciertas legislaciones.

Mucha tinta ha corrido en torno a esta institución: se ha dicho que es de sabia justicia, por las cuantiosas responsabilidades del naviero, eventualmente derivables de un solo viaje y que, de hacerse efectivas en su totalidad, darían al traste con la empresa naviera; por contra, se ha aducido que no es más que el resultado de una hábil treta de los navieros, quienes han venido haciendo creer a los legisladores que en el derecho del mar no pueden regir las disposiciones del derecho terrestre sobre responsabilidad por actos ilícitos ni sobre responsabilidad objetiva, y con ello han obtenido un indebido privilegio frente a los empresarios terrestres y aéreos.[10]

18.11 Limitación de la responsabilidad del porteador marítimo

Es importante mencionar que todo transportista marítimo de personas y de carga tiene derecho de limitar sus responsabilidades en la forma y los términos previstos por el Convenio sobre Limitación de la Responsabilidad Nacida de Reclamaciones de Derecho Marítimo (Londres, 19 de noviembre de 1976), así como por otros tratados internacionales, ya que así lo disponen los arts. 55 y 304 de la *LNCM*.

---

[10] **Manuel Broseta Pont**, *Manual de derecho mercantil*, 9a. ed., Editorial Tecnos, Madrid, 1991, págs. 761-764.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

Limitación tal está cuantificada en Derechos Especiales de Giro, como se definen por el Fondo Monetario Internacional, o bien, para los países cuyas leyes no permitan adoptar tal mecanismo, en miligramos de oro de 900 milésimas, todo ello con arreglo al arqueo del buque respectivo.

18.12 Documentos de embarque

Como quedó dicho, todo porteador de carga debe expedir al remitente una carta de porte o conocimiento. Ahora bien, tal documento debe extenderse de conformidad con lo dispuesto por la *LVGC* (art. 66). Así, por lo que hace al transporte terrestre, el *RAFSA* (art. 74) dispone que la carta de porte, además de los requisitos fiscales y de otras menciones exigidas por el propio Reglamento, debe consignar: el nombre y domicilio del transportista y del expedidor; el nombre y domicilio del destinatario; la descripción de la mercancía, con expresión de calidades, peso, marcas o signos exteriores de los bultos y, en su caso, el valor declarado; el precio del transporte y de otros cobros derivados del mismo; la fecha de expedición, así como el lugar y fecha o plazo en que debe hacerse la entrega al destinatario. La ya citada NOM-125-SCFI-1998 exige que se mencionen también los datos del seguro de responsabilidad civil contratado por el transportista o de las garantías ofrecidas por el mismo.

En lo que al transporte marítimo concierne, la *LNCM* (arts. 129 y 131-II) prescribe la obligación del naviero de expedir, directamente o por conducto del capitán del buque, un conocimiento de embarque, que puede ser nominativo o al portador, si bien equivocadamente el respectivo texto legal indica que el conocimiento de embarque debe ser nominativo o a la orden, a pesar de que nuestro legislador omitió, en la *LGTOC*, prever la existencia de los títulos a la orden.

Finalmente, la *LAC* (art. 55) prescribe que la carta de porte o *guía aérea* se ajustará al formato que indique la respectiva Norma Oficial Mexicana (NOM) que, al escribirse estas notas (primavera de 2008) no se ha expedido en lo que se refiere al transporte regular, aunque sí respecto del transporte no regular, a propósito del cual se dio a conocer, en el *DOF* 3 oct. 2000, el proyecto de NOM-075-SCT3-2000.

18.13 Carácter jurídico del documento de embarque

Ante todo, quizá no sea ocioso recordar que la expedición de la *carta de porte*, *conocimiento de embarque* o *guía aérea* no es requisito para la existencia del contrato de transporte, que, como también se dijo, es consensual; configura, pues, un documento *ad probationem* del contrato cuya celebración, a falta de tal título, puede probarse por cualquier otro medio legal.

Mas como el uso nacional e internacional ha consagrado el solo empleo de tal documento, sin el otorgamiento de contrato propiamente dicho; como, por hipótesis, el conocimiento de embarque (por razones de brevedad, con tal expresión me referiré, en lo sucesivo, a cualquier documento que todo porteador —terrestre, marítimo o aéreo— debe expedir como constancia de recibo de la mercancía para su transporte) es un documento sólo utilizable *distantia loci,* esto es, en lugar diverso del de su expe-

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

dición, y por cuanto, en razón de lo anterior, se ha erigido en título único para reclamar la mercancía y, como consecuencia, para transmitir el derecho de reclamarla al porteador, algunas leyes y numerosos tratadistas le atribuyen el carácter de título de crédito, naturalmente dentro de la categoría de los títulos representativos de mercancías; así, el *Código de la Navegación* italiano, cuando afirma que el conocimiento —*polizza di carico*— "... atribuye al poseedor, legitimado conforme al art. 467, el derecho a la entrega de las mercancías que en ella se especifican, la posesión de las mismas y el derecho de disponer de ellas mediante disposición del título" a su vez, el *C.Civ.* italiano proclama la existencia de títulos de crédito representativos de mercancías (art. 1996), sin mencionar expresamente el conocimiento.

Tampoco en España suscita dudas el punto, pues el art. 708 del *Código de Comercio* encuadra el conocimiento marítimo en la misma forma, esto es, como título representativo.

Leyes hay, como el *C.Com.* colombiano, que sin ambages declaran que "la carta de porte y el conocimiento de embarque tendrán el carácter de títulos representativos de las mercancías objeto del transporte" (art. 767, colocado en el Título III, *De los títulos-valores*).

¿*Quid iuris* en derecho mexicano?

La conceptuación del conocimiento marítimo como título de crédito no ofrece mayor dificultad, pues, por una parte, puede expedirse en forma nominativa o al portador —a la orden, según erróneamente reza el precepto— (art. 131-II, *LNCM)* y, por otra, es representativo de las mercancías (art. 129); características, todas ellas, de los títulos de crédito (arts. 5o., 17, 18, 19, 20 y 21, *LGTOC*).

Diverso tratamiento dispensa la legislación mexicana a la carta de porte, habida cuenta de que es en la *LCPAF* donde se consignan las únicas expresiones sobre la naturaleza jurídica de dicho documento; así, se afirma —art. 2o.-II—que la carta de porte "es el título legal del contrato entre el remitente y la empresa y por su contenido se decidirán las cuestiones que se susciten con motivo del transporte de las cosas..."; pero la pauta sobre la verdadera naturaleza jurídica de la carta de porte la suministra, a mi juicio, el art. 584 del *C.Com.*: "Cuando se extraviaren las cartas de porte, las cuestiones que surjan se decidirán por las pruebas que rindan los interesados, incumbiendo siempre al cargador la relativa a la entrega de la carga."

Ha de concluirse, pues, que, carente de representatividad, así como de las notas de incorporación y de legitimación, la carta de porte terrestre no es, en México, título de crédito.

Y lo propio debe afirmarse de la carta de porte o guía aérea que, como se vio, no encuentra todavía regulación específica en nuestras leyes.

18.14 Competencia judicial

Aunque el art. 5o. de la *LVGC,* confiere sólo a los tribunales federales competencia para dirimir las contiendas de orden civil en que sea parte una empresa de vías generales de comunicación, la Tercera Sala de la SCJN ha sostenido que también son competentes, a elección del actor, los jueces y tribunales del orden común, por así establecerlo el art. 104 de la *CPEUM,* para los casos en que hayan de aplicarse leyes federales y sólo

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

se afecten intereses particulares. (*Competencia civil 9/80*, suscitada entre el Juez del Distrito del Estado de Durango y el Segundo del Ramo Civil de la ciudad de Durango, resuelta el 8 de agosto de 1980.)

18.15 El transporte internacional de personas y mercaderías

Las crecientes frecuencia e importancia de las transacciones internacionales sobre bienes corporales han abierto paso a la necesidad de unificar el tratamiento legal de nuestro contrato. Los intentos no han sido pocos y, como es de suponerse, apuntan al transporte aéreo, terrestre —por carretera y por ferrocarril—, marítimo y fluvial; he aquí algunos de los que juzgo más importantes:[11]

a) Las ya citadas Reglas de Bruselas sobre Conocimiento de Embarque, del 25 de agosto de 1924, y sus diversos protocolos modificatorios, que, como también se dijo (*supra* núm. 18.5), forman parte de nuestro derecho positivo.
b) El igualmente mencionado Convenio de Hamburgo de 1978, sobre transporte marítimo, no ratificado aún por nuestro país.
c) El Convenio de Montreal sobre Transporte Aéreo, vigente en nuestro país, según publicación en elzz*F* 8 ene. 2001.

Y precisamente por razón de su vigencia en los vuelos internacionales desde o hacia nuestro país, conviene dar cuenta de algunas de sus principales disposiciones:

- Como es obvio, se aplica sólo al transporte internacional de personas, equipaje o carga, efectuado en forma onerosa o incluso gratuita. Por transporte internacional debe entenderse el que, conforme a lo estipulado por las partes, el punto de partida y el de destino, haya o no escalas intermedias, estén situados en el territorio de dos Estados partes, o bien en el territorio de uno solo de ellos, si se ha previsto una escala en el de cualquier otro Estado, aunque no sea parte del Convenio (art. 1).
- Cuando se trate de transporte de pasajeros, deberá expedirse un documento de transporte en el que se indicarán los puntos de partida y de destino, si bien es admisible el empleo de otro medio en el que conste la información antes mencionada, en lugar del documento antes referido; sin embargo, el transportista deberá informar al pasajero sobre su derecho de expedirle una declaración escrita de la información antes referida. También debe entregarse al pasajero un

continúa

[11] Por la amplitud y densidad en el estudio de los temas conectados con este punto, así como por el poco usual acopio de información, es ampliamente recomendable la consulta de **Juan Gómez Calero**, *El transporte internacional de mercancías*, Civitas Ediciones, Madrid, 1984.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

continuación

talón de identificación por cada bulto de equipaje facturado, e igualmente un aviso escrito en el que se mencione que, cuando sea aplicable el Convenio, la responsabilidad del transportista por muerte o lesiones y por destrucción, pérdida o avería del equipaje y por retraso en vuelo, se regirá por el propio Convenio (art. 3).

- Cuando el transporte sea de carga, habrá de expedirse una carta de porte aéreo o documento que haga sus veces, en el que deberán consignarse las menciones exigidas por el Convenio (arts. 4 a 8).
- El expedidor es responsable de la exactitud de las indicaciones y declaraciones relativas a la carga, inscritas por él o en su nombre, puesto que los documentos de que se trata constituyen presunción, salvo prueba en contrario, de la celebración del contrato, de la aceptación de la carga y demás particularidades de la misma y del transporte respectivo (art. 11).
- El transportista es responsable de la muerte o lesiones corporales del pasajero, siempre que el accidente que cause la muerte o la lesión se hayan producido a bordo de la aeronave o durante cualquiera de las operaciones de embarque o desembarque. También responde el transportista de los daños que se causen al equipaje facturado, así como de la destrucción o pérdida del mismo, siempre que ello ocurra a bordo de la aeronave o mientras dicho equipaje se halle bajo la custodia de él, el que, sin embargo, no será responsable cuando el daño se deba a la naturaleza, daño o vicio propio del equipaje. Por lo que se refiere al equipaje no facturado, incluidos los objetos personales, el transportista es responsable si el daño se causa por su culpa o la de sus dependientes o agentes (art. 17).

No carece de interés el dar cuenta aquí del criterio sustentado por la Suprema Corte de Justicia (House of Lords) del Reino Unido, el 12 de agosto de 2005, en el sentido de que la trombosis sufrida en vuelo por un pasajero no supone un accidente como causal de indemnización a cargo de la línea aérea, pues, conforme al art. 17 de la hoy declinante pero todavía vigente en algunos países, Convención de Varsovia: "El porteador es responsable del daño ocasionado, en caso de muerte, herida o cualquier otra lesión corporal sufrida por cualquier viajero, cuando el accidente que ha causado el daño se haya producido a bordo de la aeronave o en el curso de todas las operaciones de embarque y desembarque", pues en la especie la trombosis no fue consecuencia de accidente alguno.

Semejante criterio, además, previamente se ha sustentado por jueces y cortes del propio Reino Unido y de los Estados Unidos de América.[12]

continúa

[12] **Malcolm Clarke**, "Deep Vein Thrombosis (DVT): a Misfortune but not an accident – End of the runway in England.- A note on the decision of the House of Lords, 12 August 2005 Re Deep Vein Thrombosis and Air Travel Group Litigation", en *RDU*, vol. XI, 2006-1, págs. 187 y siguientes.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

continuación

Recuérdese, empero, que dicha Convención de Varsovia, en muchos países como México, ha venido a ser sustituida por el Convenio de Montreal, antes mencionado en este libro: 18.5.

- Igualmente es responsable el transportista de daños, destrucción o pérdida o avería de la carga, cuando ello ocurra durante el transporte aéreo; empero, no cabrá tal responsabilidad cuando la destrucción, pérdida o avería se deba a la naturaleza, defecto o vicio propio de la carga, a embalaje defectuoso de la misma, realizado por personal ajeno al transportista, a acto de guerra o conflicto armado o, por último, a acto de autoridad pública, relacionado con la entrada, salida o tránsito de la carga (art. 18).
- También responde el transportista por daños ocasionados en retrasos de viajes de pasajeros o carga, y sólo quedará relevado de tal responsabilidad si demuestra que él y sus dependientes o agentes adoptaron todas las medidas razonablemente necesarias para evitar el daño o que les fue imposible adoptar dichas medidas (art. 19).
- Por muerte o lesiones corporales del pasajero, si el daño no excede de cien mil Derechos Especiales de Giro (DEG) por pasajero, el transportista no podrá excluir o limitar su responsabilidad; en cambio no será responsable cuando los daños excedan de 100 000 DEG por pasajero, si demuestra que no operó negligencia u otra acción u omisión indebida de su parte o de sus dependientes o agentes, o bien que se debió únicamente a negligencia, acción u omisión indebida de un tercero (art. 21).
- En caso de daño causado por retraso, la responsabilidad del transportista se limita a 4 150 DEG por pasajero; en el de destrucción, pérdida o avería en el retraso de equipaje, la responsabilidad se limita a 1 000 DEG por pasajero, salvo que este último haya hecho al transportista, en el momento de entregar el equipaje facturado, una declaración especial en cuanto al valor del mismo en el lugar de destino y haya pagado una cantidad suplementaria, si hay lugar a ello, en cuyo caso el transportista quedará obligado a pagar una suma que no exceda del importe de la declarada, a menos que pruebe que dicho importe es superior al valor real en el lugar de destino del pasajero. Por lo que se refiere al transporte de carga, la responsabilidad del transportista se limita a 17 DEG por kilogramo, a menos que el expedidor, al entregar el bulto, haya hecho una declaración especial del valor de la carga en el lugar de destino y haya pagado una suma complementaria, si hay lugar a ello, pues en tal supuesto el transportista deberá cubrir la suma declarada, a menos que demuestre que la misma es superior al valor real de la carga en el lugar de destino (art. 22, párrafos 1 a 4).

Como se sabe, el Derecho Especial de Giro es, simplemente, una moneda de cuenta con la que opera el Fondo Monetario Internacional con los países miembros del mismo, y que constituye "… un activo… que los países miembros añaden a las tenencias de divisas y oro que mantienen en depósito en el Banco

continúa

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

continuación

Central. Al DEG se le asigna un valor artificial, basado en el valor medio de las cinco monedas principales del mundo… En consecuencia, el DEG es un activo de reserva internacional creado por el Fondo para complementar los activos de reserva existentes. Asimismo cumple la función de unidad de cuenta dentro y fuera del Fondo… Por ende, obran como simples partidas contables de una cuenta especial llevada por el Fondo, que se asigna a cada país afiliado, en proporción a su cuota en el Fondo".[13]

- Empero, las limitaciones de responsabilidad respecto de retrasos y daños al equipaje no operarán si se prueba que el daño resultó de una acción u omisión del transportista o de sus dependientes o agentes, con intención de causar daño o con temeridad, a sabiendas de que probablemente se causaría el daño. Pero además, los referidos límites no impedirán que el juzgador acuerde, con arreglo a su propia ley, el pago de accesorios derivados de las costas y gastos de litigio, incluidos los intereses sobre la suma principal (art. 22, párrafos 5 y 6).
- En lo que concierne a la competencia para conocer de las acciones de indemnización, corresponderá, a elección del demandante, a los jueces o tribunales del Estado parte del domicilio del transportista o de su oficina principal o del lugar en el que tenga una oficina por cuyo conducto se haya celebrado el contrato, o ante el tribunal del lugar de destino. Si se trata de daños resultantes de la muerte o lesiones del pasajero, la acción podrá intentarse ante cualquiera de los tribunales antes mencionados o en el territorio de un Estado parte en que el pasajero haya tenido o tenga su residencia principal y permanente y hacia o desde el cual el transportista opera con aeronaves propias o de otro transportista con arreglo a un acuerdo comercial. En todo caso, el procedimiento se ajustará a las leyes del tribunal que conozca el caso (art. 33).
- Lo anterior, sin embargo, no impide que las partes puedan otorgar, en el contrato de transporte de carga, una cláusula compromisoria de índole arbitral (art. 34).
- El derecho a cualquier indemnización prescribirá en dos años, contados a partir de la fecha de llegada o del día en que la aeronave debería haber llegado o, por último, del día en que se haya interrumpido el transporte; la forma de calcular ese plazo se ajustará a lo dispuesto por la ley del juez o tribunal que conozca del caso (art. 35).

d) La Convención de las Naciones Unidas sobre el Transporte Multimodal, suscrita en Ginebra el 24 de mayo de 1980 y ratificada por México según decreto publicado en el *DOF* 20 ene. 1982 y texto aparecido en el número del mismo *DOF* 24 abr. del propio año, así como el *Reglamento para el Transporte Multimodal Internacional*, dado a conocer en el *DOF* 7 jul. 1989. Es necesario, empero, tener presente que estos dos instrumentos no han entrado en vigor, ante la falta de las ratificaciones necesarias para ello.

[13] **Felix Laviña**, *Organización del comercio internacional*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1993, pág. 40.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

e) El Convenio sobre Limitación de la Responsabilidad Nacida de Reclamaciones de Derecho Marítimo, 1976, aprobado por la Cámara de Senadores el 13 de diciembre de 1993, y publicado en el *DOF* 9 ago. 1994.

f) Aunque sólo rijan en el Continente europeo, por su gran importancia no puedo dejar de mencionar la Convención relativa al Contrato de Transporte Internacional de Mercaderías por Carretera, más conocida por las siglas CMR, suscrita en Ginebra el 19 mayo 1956,[14] y la Convención sobre la Responsabilidad Civil por los Daños Causados Durante el Transporte de Mercancías Peligrosas por Carretera, Ferrocarril y Buques de Navegación Interior (CRTD), igualmente suscrita en Ginebra el 10 de octubre de 1989.

g) La todavía no ratificada por nuestro país Convención Interamericana sobre el Contrato de Transporte Internacional de Mercaderías por Carretera, suscrita en Montevideo el 15 de julio de 1989, y que además no ha cobrado vigencia por no contar todavía con el mínimo de ratificaciones requerido para ello.

h) La Directiva 2009/16/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009 sobre el control de los buques por el Estado rector del puerto, que contiene disposiciones sobre el control del cumplimiento por los buques de las normas internacionales sobre seguridad, prevención de la contaminación y mejora de las condiciones de vida y de trabajo, que corresponde sobre todo al Estado de abanderamiento. En cambio, corresponde a la compañía del buque la responsabilidad de mantener la condición del buque y del equipo del mismo tras la inspección en cumplimiento de los requisitos de los Convenios aplicables al buque.

La misma Directiva apunta que se ha observado una falta grave de aplicación y observancia de las normas internacionales por parte de algunos de dichos Estados, por lo que en lo sucesivo, como segundo nivel de defensa frente a los buques deficientes, conviene que los Estados rectores de los buques de puertos garanticen también el control de cumplimiento de las normas internacionales sobre seguridad, prevención de la contaminación y condiciones de vida y de trabajo a bordo, reconociendo que la inspección de control del Estado del puerto no es un reconocimiento y que los correspondientes documentos de inspección no son certificados de navegabilidad.

Mas aquí también el terrorismo se ha dejado sentir y, al reconocerlo así la Directiva, se pronuncia sobre la necesidad de aplicar en forma efectiva medidas de protección del transporte, y que los Estados miembros vigilen sin desmayo el cumplimiento de las normas de protección procediendo a los correspondientes controles.

Paréceme aconsejable dar cuenta de dos regulaciones que, por una u otra razón, revisten importancia en cuanto representativas de diversas tendencias acerca de la responsabilidad civil del porteador aéreo. Son ellas:

1. El Reglamento 2027/97, del Consejo de la Unión Europea, sobre la responsabilidad del porteador aéreo en caso de accidentes, vigente en los países de la Unión Europea a partir de octubre de 1998.
2. El antes mencionado Convenio de Montreal (28 mar. 1999) cobró vigencia por haberlo suscrito 30 países, que además depositaron los respectivos instrumentos de

[14] Un amplio estudio sobre la importancia de esta Convención, vigente en casi todos los países europeos y elaborada sobre la base de un proyecto de UNIDROIT, en **Roland Loewe**, "La CMR a 40 años", en *Uniform Law Review*, vol. I, 1996-3, UNIDROIT, Roma, págs. 429-441.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

ratificación. Nuestro país lo suscribió y, ulteriormente, el 30 de marzo de 2000 fue aprobado por la Cámara de Senadores, según decreto publicado en el *DOF* el 9 de agosto del mismo año. La ratificación y el texto, según arriba quedó apuntado, se publicaron en el *DOF* 8 ene. 2001. Conviene apuntar que su entrada en vigor supondrá un muy considerable alejamiento de la ya tambaleante Convención de Varsovia.

Resulta lamentable el dejar constancia de que, a pesar de que el citado Convenio de Montreal cobró vigencia en nuestro país durante 2001, a la fecha de escribirse estas notas, primavera de 2010, los boletos y billetes de viajes internacionales que expiden las líneas aéreas mexicanas siguen haciendo referencia a las disposiciones del Convenio de Varsovia, lo cual es no sólo anacrónico, sino engañoso para los viajeros, muchos de los cuales, desconocedores de la regulación de Montreal, más rigurosa que la de Varsovia en cuanto a deberes, obligaciones y responsabilidades de los transportistas aéreos, estiman que todavía se ajustan a lo previsto por esta última.

En consecuencia, cabe preguntarse por la razón de la complacencia que vienen observando las autoridades aeronáuticas mexicanas, pues la razón que invocan las líneas aéreas resulta por demás mezquina: que en su momento, todavía bajo la vigencia de la Convención de 1929, procedieron a imprimir una gran cantidad de boletos que a estas alturas no se han agotado.

Por lo demás, quizá un lenitivo de lo anterior esté constituido por la circunstancia de que cada vez es menos frecuente la expedición de boletos o billetes documentados en papel, modernamente desmaterializados mediante la simple expedición de una clave cuya sola mención, acompañada de la correspondiente identificación del viajero, bastan para que se le extienda el pase de abordar.

Finalmente, parece necesario dejar constancia en el sentido de que la CNUDMI se ha venido ocupando, desde 1996, en la tarea de elaborar una regulación de diversos aspectos del transporte marítimo internacional, entre ellos la contratación electrónica, las funciones, responsabilidades, derechos y obligaciones de las partes, todo ello a través del Grupo de Trabajo sobre Derecho del Transporte, inclusive ante la posibilidad de regular también el transporte "de puerta a puerta".

18.16 Características

Aunque a lo largo de las notas que anteceden se han expuesto los puntos que caracterizan nuestro contrato, es oportuno resumirlos así:

- típico
- nominado
- consensual
- bilateral
- oneroso
- conmutativo
- de tracto sucesivo.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

CAPÍTULO 19

La comisión mercantil

19.1 Generalidades y concepto

El mundo jurídico actual, de modo especial el de los negocios, se desenvuelve entre *representantes*: las personas jurídicas, atenta su imposibilidad física; las personas físicas, en algunos casos por la misma razón, en otros por conveniencia o por necesidad, actúan mediante apoderados o representantes legales. Por todo ello, nunca como ahora la máxima latina *alteri stipulare nemo potest* se ha visto tan arrojada al olvido; se vive, pues, en el apogeo de los *representantes*, frecuentemente con el atuendo de mandatarios.

El derecho mexicano regula varias formas de mandato, entendido como forma voluntaria de representación:

- El *mandato* conferido mediante contrato, a que alude el *C.Civ.* (arts. 2546-2604).
- La *representación* para otorgar o suscribir títulos de crédito, prevista por la *LGTOC* (art. 9o.).
- El *endoso en procuración* o *al cobro*, que con los efectos de un mandato se regula en la propia *LGTOC* (art. 35).
- La *comisión mercantil*, que como contrato se consigna en el *C.Com.* (arts. 273-308).

Una somera lectura de los preceptos legales respectivos muestra cierta falta de uniformidad terminológica; así, con referencia al contrato de mandato, el *C.Civ.*

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

emplea los términos *mandante* y *mandatario*, pero también *poder* y *apoderado*, así como *mandato judicial* y, en tal caso, al apoderado lo denomina *procurador*, circunstancia esta última que podría dar lugar a que se considere que son figuras diferentes el poder para pleitos y cobranzas y el mandato judicial; como se sabe, en la práctica del Distrito Federal se emplea la primera de tales expresiones para referirse al mandato que faculta al apoderado para acudir ante toda clase de autoridades, particularmente judiciales, en representación del poderdante. A su vez, el art. 9o. de la *LGTOC*, echa mano del vocablo *representación*, mientras que el art. 85 reputa *autorizados* para suscribir letras de cambio a los administradores o gerentes de sociedades y negociaciones mercantiles. Para un examen de las notas diferenciadoras entre poder, representación y mandato, *véanse* **Sánchez Medal**,[1] **Luis E. Negri Pisano**[2] y **Bernardo Pérez Fernández del Castillo**.[3]

En realidad, los tres poderes generales previstos por el *C.Civ.* (art. 2554) facultan al apoderado para realizar en representación del poderdante, con una salvedad, todos los actos jurídicos imaginables que de cualquier modo repercutan en el patrimonio de este último; actos que, como es sabido, nuestro sistema jurídico clasifica en tres grupos: pleitos y cobranzas, administración y dominio. Por supuesto, el poderdante es libre de conferir uno de ellos o más, así como de otorgarlo con limitaciones, y en tal caso el poder es especial.

La salvedad dentro de dichos poderes generales está constituida por la suscripción de títulos de crédito. En efecto, las circunstancias de que sea en una ley mercantil en la que se menciona la forma en que ha de conferirse la representación para otorgar tales títulos, y de que el art. 85 de la *LGTOC* disponga que "La facultad de obrar a nombre y por cuenta de otro no comprende la de obligarlo cambiariamente...", se han venido interpretando como exigencia de un poder *específico* para ello, de tal manera que, a los efectos de una válida suscripción representativa, no basta el ya referido poder para actos de administración, y ni siquiera el que faculta para realizar actos de dominio.

Por ello, resulta hasta cierto punto paradójico que, en cambio, nuestras leyes proclamen la existencia de un mandato *tácito* para suscribir títulos de crédito: el que se reconoce a "... los administradores o gerentes de sociedades o negociaciones mercantiles..." para suscribir letras de cambio, cheques y pagarés, por el solo hecho de su nombramiento (arts. 85 y, por reenvío, 174 y 196, *LGTOC*).

Ahora bien, el mandato —define el art. 2546 del *C.Civ.*— "... es un contrato por el que el mandatario se obliga a ejecutar por cuenta del mandante los actos jurídicos que éste le encarga", concepto que merece dos comentarios:

1. El mandatario no está obligado a actuar *en nombre* del mandante y, en tal caso, se configura el mandato *sin representación*, que da lugar a la inexistencia de relaciones jurídicas entre el mandante y el tercero con quien contrate el mandatario en esa forma (art. 2561, *C.Civ.*).
2. La expresión final plantea la duda sobre las facultades del mandatario para ejecutar actos que el mandante *no le encargue*: ¿tiene tales facultades?; por el contrario,

---

[1] *De los contratos civiles*, 17a. ed., Editorial Porrúa, México, 1999, págs. 297-300.
[2] *La representación voluntaria. El poder y el mandato,* Abeledo-Perrot**,** Buenos Aires, 1985, págs. 43-62.
[3] *Representación, poder y mandato*, Editorial Porrúa, México, 1991, págs. 17 y 18.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

¿carece de ellas y por ende no obligan al mandante los actos que *no encargue* al mandatario?

La respuesta afirmativa a esta última pregunta acarrearía muy serias dificultades prácticas, pues exigiría la prueba por parte del mandatario, en cada caso, de que el mandante *le ha encargado* la ejecución del acto; mas como ello desvirtuaría el propósito fundamental de esta institución, debe concluirse que existe una presunción legal, *iuris et de iure*, de que los actos que realice el mandatario en uso de sus facultades le han sido *encargados* por el mandante.

No encuentro que nuestros tratadistas aborden este tema, sin duda porque dan por supuesta la anterior conclusión que, sin embargo, no me parece de ociosa referencia, pues el concepto que de mandato se contiene en leyes extranjeras no incluye la comentada coletilla, que sólo se explica como una extralógica supervivencia del concepto que suministraba el *C.Civ.* de 1884, en el cual sí se justificaba, por cuanto el mandato no era tenido como un contrato, sino sólo como un *acto*, que suponía, precisamente, el *encargo* al mandatario de la ejecución del negocio o negocios jurídicos.

No existe, en cambio, un concepto legal autónomo de comisión mercantil; el precepto respectivo acoge el concepto civil de mandato y se limita a precisar que cuando tal mandato se refiera "... a actos concretos de comercio se reputa comisión mercantil" (art. 273, *C.Com.*).

19.2 Mandato civil y comisión mercantil; estudio comparativo

De la transcrita noción legal se infiere que la comisión es un mandato, con dos notas diferenciadoras: *a*) sólo puede conferirse para *actos concretos*, y *b*) tales actos deben ser *de comercio*. Con tales premisas, es posible sentar las diferencias entre mandato civil y comisión, a reserva de analizar más adelante el contenido del sobredicho precepto:

a) Como se ha visto, el mandato —en obsequio de la brevedad suprimiré el calificativo *civil*— puede abarcar todo tipo de actos jurídicos, salvo, naturalmente, aquellos en los que la ley exige "... la intervención personal del interesado" (art. 2548, *C.Civ.*), en tanto que la comisión sólo puede conferirse para realizar una categoría de tales actos: los de comercio.
b) El mandato puede conferirse con poderes generales, al paso que la comisión ha de recaer sobre actos concretos, esto es, no sería comisión aquella que se otorgara para realizar *toda clase de actos de comercio*.
c) El comisionista tiene el derecho de retención de los bienes que se le hayan entregado para el desempeño de su cometido, en garantía de "... pago de los derechos de comisión, anticipaciones y gastos..." (art. 306, *C.Com.*), mientras que el *C.Civ.* no confiere tal derecho al mandatario.[4]

[4] La figura jurídica de la *retención* se examina en el núm. 15.3 de esta obra.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

d) Según su amplitud o el interés del negocio para el que se confiere, el mandato puede otorgarse verbalmente, en escrito privado o en documento público (arts. 2555 y 2556, *C.Civ.*); la comisión, en cambio, puede otorgarse verbalmente en todo caso, si bien, como ocurre con el mandato verbal, debe ratificarse por escrito antes de que concluya el negocio (arts. 2552, *C.Civ.* y 274, *C.Com.*).

De lo anterior se obtienen interesantes conclusiones:

1. La comisión es siempre un contrato. Conviene tenerlo así muy presente por las consecuencias que ello acarrea en los casos, tan frecuentes en la práctica mexicana, en que con la sola firma en un documento, o su comparecencia ante fedatario público, el comitente manifiesta el otorgamiento de representación a un comisionista que no concurre al acto y, por tanto, no está en aptitud de expresar su aceptación. Si, como se sabe, la comisión es un mandato, el que a su vez sólo se perfecciona por la aceptación expresa o tácita del mandatario (art. 2547, *C.Civ.*), la misma regla debe aplicarse a dicha comisión; por tanto, la sola declaración del comitente no configura una comisión vinculatoria sino una vez que el comisionista la acepte, de modo expreso o mediante algún acto de ejecución (arts. 276 y 277, *C.Com.*).
2. Cuando el mandato se celebra con poder general para administrar bienes o para ejercer actos de dominio, incluye, aunque no se mencione, la facultad de realizar actos de comercio de toda índole, con la obvia salvedad de que tales actos han de mantenerse, en el primer caso, como de mera administración; queda excluida también, en los casos y por las razones apuntadas, la representación para suscribir títulos de crédito.
3. La comisión no puede conferirse para comparecer en juicio ni para realizar negocios de gestión ante autoridades, pues en ninguno de tales casos los actos son de comercio.

   Sustancialmente en el mismo sentido de ambas conclusiones, se pronuncia **Barrera Graf**.[5]
4. Un mandato conferido exclusivamente con poder para realizar *ciertos actos de comercio* es, en realidad, una comisión, y debe regirse por la ley mercantil, aunque no se hayan empleado los términos *comisión mercantil*.
5. Por no involucrar un poder general, la comisión no precisa, para surtir efectos frente a terceros, de su inscripción en registro público alguno (arts. 21-VII y 22, *C.Com.*).

No ha sido firme el criterio de la SCJN en punto a la necesidad de inscribir ciertos poderes en los respectivos registros públicos, ni en cuanto al alcance de la expresión *poder general*, y tampoco en lo que se refiere a las consecuencias de la falta de inscripción, según es de verse en **Mantilla Molina**.[6]

Sin embargo, en los últimos años ha venido imperando el parecer en el sentido de que, por cuanto hace a:

---

[5] *La representación voluntaria en derecho privado. Representación de sociedades*, México, 1967, pág. 110.
[6] *Derecho mercantil*, 22a. ed., Editorial Porrúa, México, 1982, pág. 132.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

> Los *poderes generales para pleitos y cobranzas* otorgados por una sociedad mercantil no necesitan ser inscritos en el Registro Público de la Propiedad y de Comercio para que tengan eficacia plena, en virtud de que sólo facultan al apoderado para promover y gestionar asuntos judiciales y administrativos, mas no para representar a la sociedad en la realización de actos de comercio... (ya que) los poderes para pleitos y cobranzas no se rigen por las disposiciones del *C.Com.* sino por las del *C.Civ.*, que no establece para la eficacia de tales mandatos el requisito del registro...[7]

19.3 Análisis de la noción legal

Mas, ¿cuál es el alcance de la expresión legal *actos concretos*?; ¿debe seguirse de ella que la comisión sólo es válida si se precisan por su número, o de cualquiera otra forma, los actos para los que se confiere?; ¿acaso, como lo ha sostenido la SCJN en alguna ejecutoria, la comisión sólo es otorgable para realizar *un* acto?

A mi juicio, con la expresión de que se trata el legislador sólo quiso proscribir la existencia de un *poder general para actos de comercio*, que únicamente es admisible respecto del factor (art. 309, *C.Com.*); en ese orden de ideas, es necesario distinguir dicho comisionista: *a*) del factor, por la diversa amplitud de sus facultades, y *b*) del dependiente, por la habitualidad en el desempeño. De ello se sigue que todo comerciante puede tener tres tipos de apoderados, en lo que se refiere a las actividades propias de su giro: los generales o factores; los especiales de actuación interna, subordinada y constante o dependientes, y los especiales de actuación externa, no subordinada e inconstante o comisionistas.

Sentado lo anterior, es posible captar en su cabal significado la expresión *actos concretos de comercio* que, creo yo, permite cualquier fórmula de mandato que mencione una o varias clases de actos, a condición de que no las abarque todas, pues con ello, como antes se dijo, cambiaría la situación jurídica del apoderado, que se transformaría en factor. De esta suerte, juzgo válidas las comisiones que un comerciante otorgue: para *vender* toda la mercancía que el comitente entregue para ello al comisionista, aunque no se especifique el número de unidades; para *comprar* todo tipo de mercancía; para *obtener créditos o préstamos* de naturaleza mercantil, aunque no se precise su número y cuantía. Ello, por estimar que dentro de una empresa el hecho de vender, comprar o tomar dinero configuran, aisladamente, actos concretos de comercio.

Empero, las notas de subordinación y permanencia en la actuación del comisionista podrían acercar el contrato al de trabajo, según lo ha resuelto el Primer Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo de Primer Circuito:

> Para distinguir la relación laboral de otra de naturaleza mercantil como lo es la comisión, debe atenderse primordialmente a los términos reales en que se lleva a cabo la prestación del servicio y al carácter permanente o temporal del vínculo existente entre las partes. Por lo mismo, la circunstancia de que en el documento en que consta el contrato respectivo

---

[7] *Amparo en Revisión 400/79*, Eduardo Bustillos Romero, Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, Tribunales Colegiados de Circuito, Tercera parte, 29 de agosto de 1979. *Informe rendido a la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, México, 1979, pág. 164.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

se le haya denominado "contrato de comisión mercantil", no debe impedir a la Junta que conoce del caso analizar la esencia de la relación entre las partes, para determinar cuál fue su verdadera naturaleza, independientemente de la denominación que le hayan dado.[8]

19.4 Comisión verbal no ratificada

Líneas arriba se dijo que la comisión puede ser verbal o escrita, pero que en el primer caso debe ratificarse por escrito antes de que concluya el negocio. Cabe ahora preguntar cuáles serían las consecuencias de que, conferida verbalmente una comisión, no se ratifique por escrito, pues nada dice sobre ello el *C.Com.* A mi parecer son diversas las respuestas, según el estado de la gestión encargada: si no se ha realizado, puede el comisionista exigir la ratificación desde ese momento y, de no obtenerla, rehusar la comisión, caso en el cual "... lo avisará así inmediatamente o por el correo más próximo al día en que recibió la comisión, si el comitente no residiere en el mismo lugar" (art. 275, *C.Com.*); si la gestión ya se hubiere realizado y el comitente se negare a estar y pasar por la actuación del comisionista, incumbe a éste la total responsabilidad frente al tercero, pero puede repetir en contra del comitente, a las resultas de los medios probatorios que al efecto tenga a su alcance, para demostrar el otorgamiento y los términos de la comisión.

19.5 Derechos y obligaciones del comitente

Examinemos ahora la posición jurídica del comitente, supuesta una comisión perfeccionada por la aceptación del comisionista:

a) *Debe proveer de los fondos* necesarios al comisionista con la debida oportunidad, a menos que otra cosa se haya estipulado (arts. 281 y 282).
b) Podrá *ratificar* o *no* las gestiones realizadas por el comisionista en exceso o con violación de las instrucciones conferidas (art. 289).
c) Ha de *pagar al comisionista por sus servicios*, a menos que se hubiere convenido en el carácter gratuito de los mismos, y también debe rembolsarle los gastos realizados, en unión de los intereses convenidos o, en defecto de convenio, los legales (arts. 304 y 305).[9]

La circunstancia de que, mediante estipulación o sin ella, el comisionista efectúe desembolsos por cuenta del comitente, supone la celebración de un contrato adicional, de apertura de crédito, que, en la práctica, con frecuencia se opera en cuenta corriente; esta consideración es la que me permite afirmar que pueden las partes convenir libremente una tasa de interés sobre las sumas que haya de erogar el comisionista, pese a que el *C.Com.* sólo menciona dicho interés legal.

---

[8] *Amparo Directo 1334/79*, José de los Ángeles Guzmán, Tercera parte, 16 de enero de 1980, *Informe rendido a la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, México, 1980, pág. 198.
[9] Respecto de estos intereses legales, *véase* mi opinión en el núm. 4.12 de esta obra.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

d) Es libre de *revocar la comisión* en cualquier momento, pero tal revocación sólo surte efectos frente a terceros una vez que les sea notificada; mientras ello no ocurra, es responsable de la actuación del comisionista (art. 307).
e) Su *fallecimiento* o *inhabilitación* no influye en la vigencia de la comisión, pero sus herederos o representantes pueden revocarla en cualquier momento (art. 308).

19.6 Derechos y obligaciones del comisionista

Por demás amplio es el elenco legal de atributos y deberes del comisionista; entre ellos tengo por más importantes los que siguen:

a) Aunque rehúse el encargo, debe realizar todos los actos conservatorios de los bienes que se le hubieren remitido, mientras el comitente no hace designación de nuevo comisionista (art. 277).
b) La sola realización por su parte de cualquier acto que pueda entenderse como desempeño de la comisión, lo obliga a cumplirla en sus términos (art. 276).
c) Está facultado para proceder a la venta de los efectos que se le hayan consignado, siempre que lo haga por medio de dos corredores o comerciantes, que previamente certifiquen el monto, calidad y precio de tales efectos, cuando el valor presunto de los mismos no alcance a cubrir los gastos que deba desembolsar por su transporte y recibo, o bien, cuando haya informado al comitente que rehúsa la comisión y este último no designe un nuevo encargado de los efectos. Ahora bien, el producto de la venta deberá depositarse en una institución de crédito a disposición del comitente (art. 279). Sobre el particular, el Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito resolvió que el implícito derecho de retención concedido en el citado precepto legal:

> ... Sólo puede ser ejercitado por el comisionista respecto a las mercancías que estén real o virtualmente en su poder, pero no con relación al producto de su venta, porque independientemente de la forma como doctrinariamente pueda ser comentado el artículo 306 del *Código de Comercio*, lo cierto es que la redacción actual de tal precepto no autoriza al comisionista a retener, en su beneficio, las cantidades que por el precio de la venta de los efectos de comercio se encuentren en su poder, menos si se tiene en cuenta lo que determina el artículo 279 del citado ordenamiento, en el sentido de que el dinero producto de la venta de los efectos de comercio debe ser depositado a disposición del comitente en una institución de crédito,...
>
> *(Amparo en revisión 161/82. BELBEC, S.A. 4 de agosto de 1982. Unanimidad de votos).*

d) Si nada se estipula sobre el particular, puede actuar en nombre del comitente o en nombre propio; en este último caso, a él corresponderán los derechos y las obligaciones frente a los terceros (arts. 283 y 284).
e) Debe ajustarse a las instrucciones recibidas y, a falta de ellas, consultar al comitente, salvo que se le hubiera autorizado para actuar conforme a su criterio (arts. 286 y 287).

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

Se presenta aquí otra laguna legal, por cuanto no se apunta solución alguna al caso de una actuación del comisionista en exceso del encargo verbalmente conferido (*ultra vires*); a mi juicio, tal supuesto debe tratarse con el criterio que apunté para la comisión no ratificada por escrito (*supra* núm. 19.4), con una variante, por lo demás lógica: si el comisionista se excedió o desvió sus facultades, responde en lo personal, tanto frente al tercero como ante el comitente (art. 289); si no le fue posible consultar, o estaba facultado para actuar conforme a su criterio, su actuación deberá juzgarse conforme a las circunstancias, según los dictados de la prudencia, y como si hubiera procedido en negocio propio (art. 287).

f) Es responsable de la observancia de leyes y reglamentos que se refieran a su actuación: "Si los contraviniera en virtud de órdenes expresas del comitente, las responsabilidades a que haya lugar pesarán sobre ambos" (art. 291).

Aunque no lo dice el precepto, creo que es válido sostener que el comisionista no está obligado a acatar instrucciones del comitente que sean contrarias a leyes o reglamentos, de manera que es justa la condena legal en caso de que las acate, pues de ese modo se configura una complicidad en la infracción.

En breve comentario del mismo precepto, **Barrera Graf**[10] lo califica de disparatado, pues considera comisionista al representante de una negociación; encuentro inmerecido tal reproche, pues el precepto emplea el vocablo *negociación* como sinónimo de *negocio, asunto* o *encargo,* y no para referirse al conjunto de bienes o derechos afectos por un comerciante a su actividad; con el mismo significado se emplea en el art. 312, al condicionar la posibilidad de que los factores trafiquen o se interesen "... en negociaciones del mismo género *de las que hicieron* en nombre de sus principales".

g) Concluido su encargo, debe rendir cuenta detallada al comitente (art. 298).

h) Salvo autorización expresa del comitente, no puede contratar consigo mismo (art. 299).

i) El comisionista no puede alterar las marcas de los efectos que haya comprado o vendido por cuenta ajena y tampoco tener efectos de una misma especie pertenecientes a distintos dueños, bajo una misma marca, sin distinguirlos con una contramarca que precise la propiedad respectiva de cada comitente (art. 300).

j) Tampoco puede el comisionista, sin autorización del comitente, prestar o vender fiado o a plazos, en cuyo caso el comitente podrá exigirle el pago al contado, si bien quedará a favor del comisionista cualquier interés o utilidad que resulte del crédito a plazo (art. 301).

k) En caso de que el comisionista, previa autorización del comitente, vendiere a plazo, deberá informarlo a dicho comitente con información de los nombres de los compradores, pues de no hacerlo, el comitente podrá entender que las ventas fueron al contado (art. 302).

l) Debe actuar con la mayor diligencia en los cobros, por todos los medios legales, *so pena* de constituirse responsable de los perjuicios que por su inactividad se causen (art. 303).

[10] *La representación..., cit.*, pág. 112, nota 277.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

19.7 Características

Como habrá podido apreciarse, nuestro contrato no ofrece una caracterización única, puesto que algunos de sus atributos pueden adoptar una u otra forma; helos aquí, de modo resumido:

- *Consensual*: si bien requiere la ratificación escrita antes de que concluya el negocio.
- *Típico y nominado*: ya que bajo el nombre con el que se le conoce queda regulado en la ley mercantil.
- *Bilateral*: por cuanto hace surgir obligaciones y derechos de ambas partes.
- *Oneroso* o *gratuito*: posibilidad esta última que requiere pacto expreso.
- *Conmutativo* o *aleatorio*: en razón de que no siempre es posible prever los resultados económicos para los otorgantes.
- De *tracto sucesivo* o *instantáneo*: lo que depende del número y la naturaleza de las operaciones para las que se confiera.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

CAPÍTULO 20

Agencia, correduría privada y mediación *stricto sensu*

20.1 Generalidades

He de referirme ahora a una serie de contratos cuyo contorno es a tal grado impreciso, que ni siquiera es fácil aprehender su carácter civil, mercantil o laboral, por manera que en ocasiones se antojan fantasmagorías jurídicas, pues son reclamados por doctrinarios de una u otra de las tres corrientes.

Al afirmar que la figura del agente de comercio no ha sido captada con precisión por la legislación ni por la jurisprudencia mexicanas, **Mantilla Molina**[1] reconoce que con la indicada expresión se denota "... una variedad tal de situaciones y de actividades que hacen de la figura en cuestión algo proteico y escurridizo".

En su avasallador empuje, el derecho mercantil pareció llegar a adueñarse de estas figuras, pero no cabe duda que ha perdido terreno frente a otro derecho, el laboral, que sin detenerse en sutilezas, incursiona ya en relaciones jurídicas hasta hace poco reservadas al derecho civil o, cuando más, al mercantil; la agencia es buen ejemplo de ello.

A reserva de examinar más de cerca el contenido de estos contratos, conviene evocar aquí las circunstancias en que llegó a considerárselos mercantiles y que, en verdad, todavía configuran fuertes puntales de quienes siguen ubicándolos dentro del ámbito comercial. Tres de ellas cobran especial relieve:

[1] *Derecho mercantil*, 22a. ed., Editorial Porrúa, México, 1982, pág. 155.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

1. La postura de *igualdad jurídica* que asumen las partes, que en la generalidad de los casos permite al agente, corredor, representante o distribuidor imponer ciertas condiciones a sus servicios, primordialmente la no supeditación a horarios, lugares u órdenes técnicas o administrativas.
2. La *inexistencia de una remuneración fija* o al menos relacionada con el tiempo destinado a los servicios.
3. La *no exclusividad* de los servicios del prestador, lo que le coloca en la posibilidad, y de hecho así ocurre con gran frecuencia, de prestar los mismos u otros servicios a otras personas.

Muchas veces se ha criticado al derecho privado su secular indiferencia ante ciertos contratos que, por los sujetos y contenido, le correspondía regular, como el de trabajo permanente, el de trabajo ocasional, el de sindicalización y otros semejantes; imperdonable es también, se ha dicho, que haya permanecido sordo al clamor suscitado por las diferencias económicas, sordera que aún ahora lo obliga a ser el continente de disposiciones que suponen igualdad entre las partes, que mal ocultan su prurito protector de la propiedad y que, por tanto, parecen dirigidas sólo a propietarios y rentistas, según palabras de **Wolfgang Friedman**[2] y de **Ripert**, citado por **Eduardo Novoa Monreal**;[3] de ese modo, afirma este último, el escenario estaba listo para que, concluida la Primera Guerra Mundial, surgieran, primeramente, el derecho del trabajo y, poco después, el derecho económico, que **Gustavo Radbruch** ha calificado de fuerzas motrices de la nueva manifestación del derecho, el social, que ya no es público ni privado, pues el económico "... se propone coartar la prepotencia social de ciertas fuerzas de la economía, por ejemplo mediante las leyes sobre los consorcios industriales y comerciales, mientras que el derecho del trabajo aspira a proteger la impotencia social".[4]

20.2 La agencia

20.2.1 Régimen legal y características

Pero no cabe duda sobre la existencia, al lado del agente *independiente*, de otro ligado al empresario por vínculos más firmes, que suelen ser de orden económico —sueldo y comisión, gratificación anual, etc.—, pero también técnico —instrucciones sobre *modus operandi*, producción o ventas mínimas como requisito para la subsistencia del contrato, delimitación de la zona de servicios y otros—; en todo caso, tanto el *C.Civ.* como el *C.Com.* guardan absoluto silencio sobre uno y otro agentes, si bien el estatuto mercantil parece referirse a ellos al reputar comerciales "las empresas de comisiones, de agencias..." (art. 75-X), así como "las operaciones de mediación en negocios mercantiles" (art. 75-XIII) y al recordar que los "... dependientes viajantes autorizados... para gestionar negocios o hacer operaciones de tráfico, obligarán a su principal dentro de las atribuciones expresadas en los documentos que los autoricen" (art. 323).

[2] *El derecho en una sociedad en transformación*, México, 1966, pág. 372.
[3] *El derecho como obstáculo al cambio social*, 5a. ed., Siglo XXI, México, 1981, pág. 151.
[4] *Introducción a la filosofía del derecho*, Fondo de Cultura Económica, México, 1951, pág. 163.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

Es la *LFT* (art. 285) la que sin embozo se refiere a ellos: "Los agentes de comercio, de seguros, los vendedores viajantes, propagandistas o impulsores de ventas y otros semejantes, son trabajadores de la empresa o empresas a las que presten sus servicios, cuando su actividad sea permanente, salvo que no ejecuten personalmente el trabajo o que únicamente intervengan en operaciones aisladas"; mas antes de comentar tal precepto, necesario es recordar que la relación o el contrato entre el prestador y el prestatario de un servicio es de trabajo cuando dicho servicio es personal, subordinado y sujeto al pago de un salario (art. 20), y que este último "... puede fijarse por unidad de tiempo, por unidad de obra, por comisión, a precio alzado o de cualquier otra manera" (art. 83).

Pero ¿cuáles son las características del contrato de agencia?; ¿en qué consisten realmente los servicios del agente?; ¿sobre qué bases se determinan sus percepciones? Las respuestas a tales preguntas son las que, a mi juicio, debieran conformar el único criterio válido para juzgar sobre el carácter laboral, mercantil o acaso civil del contrato.

Infortunadamente, no existe *un* contrato de agencia, sino una multitud de ellos, pues no de otro modo debe calificarse la diversidad de estipulaciones sobre obligaciones y derechos de las partes, que varían según la naturaleza de la actividad comercial del empresario, las facultades del agente, la mayor o menor vinculación económica y jurídica entre ambos, y en razón de otras circunstancias, a tal punto que se antoja que la única nota común a todos los agentes es su misión de fomentar la venta de los productos o los servicios del principal.

Así se expresa la doctrina: para la mexicana, **Mantilla Molina**[5] afirma que "agente de comercio es la persona, física o moral, que de modo independiente, se encarga de fomentar los negocios de uno o varios comerciantes"; **Giuseppe Giordano**[6] afirma que "... en sustancia su función consiste en acercar el principal a los clientes, en cuidar que la clientela no se desvíe a otras casas, y por tanto en visitarla con frecuencia, en someterle los nuevos muestrarios y en invitarla a efectuar otras adquisiciones"; **Dietrich Maskow**[7] opina que es "... *agente comercial* el que negocia las operaciones por el representado o celebra los contratos en nombre y por cuenta del mismo".

Y aun dentro de tal supuesto, cabe hacer ciertas distinciones por cuanto, como es bien sabido, agentes hay que no promueven, a lo menos de modo directo, venta alguna, pues, por su experiencia y conocimientos en ventas, su cometido es el de *instruir* a los que sí las promueven directamente.

Pero entonces, frente a la imposibilidad de responder en términos de uniformidad a las formuladas preguntas, cualquier concepto unitario está condenado al fracaso, así sea doctrinal o legal, y por loable que sea, como en el caso de la *LFT*, su intención tutelar.

Y la prueba del fracaso legal está a la vista: vigentes los transcritos preceptos desde 1970, pocos, muy pocos son los contratos de agencia que de hecho están sujetos a las normas laborales: en otro plano se ha obtenido, y ello más como resultado de la presión oficiosa de las autoridades que de las peticiones que podrían esperarse de los propios agentes, la afiliación de algunos al régimen de la seguridad social.

Arce Gargollo[8] apunta la existencia de una agencia representativa, en cuyo caso el agente actúa en nombre y por cuenta del mandante, pero a ello cabe observar que

---

[5] *Derecho...*, *cit*., págs. 155 y 156.

[6] *Il contratto di agenzia,* Leonardo da Vinci Editrice, Bari, 1959, pág. 7.

[7] "Les relations internes entre représenté et intermédiarie en matiére de vente internationale de marchandises", en *Revue de droit uniforme*, 1989-I, UNIDROIT, Roma, pág. 66.

[8] *Contratos mercantiles atípicos*, 10a. ed., Editorial Porrúa, México, 2004, pág. 313.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

tal agente sería, en realidad, un comisionista, esto es, un mandatario, en los términos del art. 273 del *C.Com.*, según se vio en el capítulo 19 de este libro, y no un verdadero agente.

20.2.2 Agencia mercantil, civil y laboral

De lo expuesto resulta mi opinión en el sentido de que el contrato de agencia puede suponer una clara relación de trabajo, pero en muchos casos será puramente mercantil, y en algunos será forzoso calificarlo como contrato civil de prestación de servicios (arts. 2606 y sigs., *C.Civ.*).

En cuanto a la agencia laboral, los ya conocidos textos legales son suficientemente vagos como para no permitir una clara demarcación de los campos: ¿cuándo debe considerarse *permanente* la actividad del prestador?; ¿cuándo deberá catalogarse tal actividad como subordinada?

He aquí, expuestas de modo resumido, las actuales posturas doctrinales mexicanas sobre el tema:

En forma ardorosa y tono triunfal, **Mario de la Cueva**[9] refiere *las escaramuzas* que constituyeron la "batalla por los agentes de comercio" en el seno de la Comisión redactora de la *LFT* que finalmente elaboró el texto antes transcrito del art. 285, y, sin ambages ni distingos, proclama el carácter de trabajadores por parte de los que llama *agentes de comercio*, de quienes afirma que "... son las personas que de manera permanente y actuando de conformidad con las instrucciones y lineamientos que les imponen las empresas, se dedican a ofrecer al público mercancías, valores o pólizas de seguros, por cuyo trabajo perciben una prima calculada sobre el ingreso de las operaciones en que intervienen, a la que se da el nombre de *salario a comisión*".

No menos ufano del referido texto legal se muestra **José Dávalos**:[10]

> La regulación laboral de los agentes de comercio es una victoria contundente. Sería importante inquirir si la protección legal de estos trabajadores ha pasado del papel en que se halla inscrita, al mundo de la realidad. Lamentablemente, consideramos que no se ha logrado la aplicación cabal de la norma; hasta hoy se continúa escatimando su cumplimiento. La explicación parece encontrarse en lo difícil que resulta definir el perfil de este tipo de trabajadores...

Alfredo Sánchez Alvarado[11] parece compartir tal postura, al expresar que el género *trabajador* comprende, entre otras especies, la del agente de ventas; sin embargo, un poco más adelante, al detenerse en cada una de las *especies*, no menciona a dicho agente.

Por su parte, **Rodríguez Rodríguez**[12] distingue los dependientes viajeros que, en unión de los dependientes fijos, son trabajadores, de los agentes de comercio, que,

---

[9] *El nuevo derecho mexicano del trabajo*, t. I, 8a. ed., Editorial Porrúa, México, 1982, págs. 524 y siguientes.

[10] "Luz y sombra. Los agentes de comercio", en *Excélsior,* México, 29 de enero de 1991.

[11] *Instituciones de derecho mexicano del trabajo*, vol. I, t. 1, Editorial Porrúa, México, 1967, págs. 249 y siguientes.

[12] *Curso de derecho mercantil*, 4a. ed., Editorial Porrúa, México, 1960, págs. 225-229.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

en su concepto, son "comerciantes encargados permanentemente de preparar o realizar contratos en nombre y por cuenta de otros comerciantes" y, por tanto, no son trabajadores.

A su vez, **Mantilla Molina**[13] también distingue entre agentes que, por regla general, son verdaderos trabajadores, como los de ventas y los viajeros, y aquellos que, por actuar en forma independiente, parece que no pueden configurar una categoría laboral.

En nota al pie de página, el propio autor informa que **De la Cueva**, en la tercera edición de su *Derecho mexicano del trabajo*, admite la existencia de ambas categorías de agentes; empero, repárese en que este último ya no reconoce tal distinción en su posterior libro, *El nuevo derecho…*, al que me he referido líneas antes.

Santiago Barajas Montes de Oca,[14] después de comentar con amplitud algunas ejecutorias de la SCJN, formula una serie de conclusiones, dos de las cuales, por lo menos, no sólo resultan inexactas, sino, inclusive, contradictorias de lo informado en páginas anteriores de su trabajo, pues sostiene que "examinada la doctrina, la legislación y la jurisprudencia, se encuentra que los elementos atribuidos a la figura jurídica agente de comercio: la subordinación, la permanencia y el servicio personal que se presta… Tanto mercantilistas como laboralistas aceptan estos elementos aunque desde ángulos distintos"; como podrá verificarse con la lectura de su ensayo, así como de lo antes dicho y de lo que más adelante se expresará en este libro, en modo alguno es cierto que mercantilistas y laboralistas estén de acuerdo en los indicados atributos como propios del agente de comercio. Un poco más adelante el mismo autor expresa que "con base en el contenido de la función desempeñada por el agente de comercio y los elementos que lo integran puede afirmarse que si en el comienzo de su reglamentación aquélla se encontró regida por el derecho mercantil y fueron los códigos de comercio los que impusieron derechos y obligaciones a las partes que intervenían, con el transcurso del tiempo y al aparecer nuevas ramas jurídicas, ha sido el derecho del trabajo quien ha tomado para sí la relación que se establece…"; como ha podido verse, aquí también se desliza una afirmación muy parcialmente verdadera, pues en demostración de lo contrario arriba se informó sobre textos legales que, en el derecho mercantil comparado, regulan nuestro contrato (*véanse* 19.2.1 y 19.2.5). Y todo ello sin pasar por alto la inconfesada vaguedad en las expresiones que emplea el ya citado art. 285 de la *LFT,* buena prueba de lo cual está en los titubeos e inauditos esfuerzos de nuestro máximo tribunal por desentrañar su verdadero significado, no menores que los empleados por los tratadistas mexicanos.

Parece, pues, que la *victoriosa batalla* a que se refieren estos autores fue sólo en el papel, lo cual es una clara evidencia de que se legisló de modo inconsulto y con el iluso propósito de modificar una situación que en la realidad es muy otra de la que pretendieron implantar sus autores; **Dávalos** llega, incluso, a afirmar que "un número importante de legislaciones extranjeras ha recogido el fenómeno, estableciendo que cuando se reúnen los caracteres de la relación de trabajo, los agentes de comercio deben ser considerados trabajadores", pero no menciona una sola de tales legislaciones extranjeras, lo que, en cambio, sí hace **Barajas Montes de Oca**, frente a cuya

---

[13] *Derecho…*, *cit*., págs. 166-168.

[14] "Naturaleza jurídica del contrato de los agentes de comercio", en *Estudios jurídicos en memoria de Roberto L. Mantilla Molina*, Editorial Porrúa, México, 1984, págs. 152 y 153.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

información se alzan los textos legales mercantiles de los que antes di cuenta, amén de otros que más adelante se mencionarán.

Por demás oportuno me parece invocar aquí la opinión del ya citado **Giordano**,[15] quien al rechazar todo intento encasillador de las manifestaciones prácticas del contrato de agencia, por ser "... inconciliable con el fenómeno de continua vitalidad que caracteriza su maravilloso y progresivo desarrollo", llega a la conclusión de que "La ley no puede prever algunas categorías, pero la imposibilidad de una previa subdivisión legislativa no impedirá al juez aplicar igualmente la voluntad del legislador, penetrando en la norma y extrayendo su espíritu...".

Por supuesto, muchas otras opiniones podrían traerse a cuento, pero especialmente ilustrativo me parece también la de una tratadista argentina, **Ana María Molas**:[16]

> El agente desarrolla sus actividades con autonomía e independencia con relación a la empresa proponente, y si bien hace al contrato que esta última tenga facultades de impartirle directivas, siempre existe un margen de libertad para el agente en virtud de sus aptitudes y profesionalidad, por lo que no se configura una relación de dependencia técnica o jurídica, lo que excluye totalmente la relación laboral; entre ambos hay una situación de igualdad... De nuestra jurisprudencia reseñamos una breve síntesis: El contrato de agencia no es un contrato de trabajo —no existe subordinación laboral—, sino un vínculo de colaboración comercial en que el agente es un elemento externo de la empresa concedente de la agencia... Las instrucciones que suele recibir el agente comercial, no obstan a su calidad de auxiliar autónomo, que trabaja por su cuenta y riesgo y que por su explotación habitual y profesional adquiere calidad de comerciante...

20.2.3 Tipos de agencia en el derecho mexicano

Nuestras leyes reconocen varios tipos de agente:

a) El *agente de seguros*, que ya se examinó en este libro (15.6.1), se menciona en la *LGISMS*, pero cuya actividad se regula en el *Reglamento de Agentes de Seguros y de Fianzas* (*DOF* 18 may. 2001).

Se trata, sin duda, de la figura más explorada, doctrinal y jurisprudencialmente, sin contar con que es de las pocas que han merecido una reglamentación especial; en cuanto al carácter jurídico del contrato, tal vez el estudio más acucioso sea el de **Mantilla Molina**.[17]

Agentes de esta clase son "... las personas físicas o morales que intervengan en la contratación de seguros mediante el intercambio de propuestas y aceptaciones y en el asesoramiento para celebrarlos, para conservarlos o modificarlos..." (art. 23, *LGISMS*).

b) El *agente de fianzas*, previsto por el art. 87 de la *LFIF,* y regulado por el mencionado *Reglamento de Agentes de Seguros y de Fianzas.*

---

[15] *Op. cit*., pág. 396.

[16] *Contratos comerciales atípicos*, Dibisa, Buenos Aires, 1983, págs. 14 y 15.

[17] "Carácter jurídico de las relaciones entre el agente de seguros y la institución aseguradora", en *El Foro*, Barra Mexicana, Colegio de Abogados, mar. 1948, México, págs. 62 y siguientes.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

c) El *intermediario del mercado de valores*, que sólo puede ser una sociedad anónima, cuya actuación es, precisamente, la de intermediación con valores inscritos en el Registro Nacional de Valores, en la inteligencia de que tal calidad tienen las casas de bolsa, las instituciones de crédito, las sociedades operadoras de sociedades de inversión y las administradoras de fondos para el retiro, así como las sociedades distribuidoras de acciones de sociedades de inversión y entidades financieras autorizadas para actuar con el referido carácter de distribuidoras (arts. 2o.-XV y 113, *LMV*).

d) El *agente naviero,* que puede revestir el carácter de agente general, en cuyo caso se le reputa mandatario mercantil o comisionista, o bien actuar exclusivamente como consignatario de buques o agente especializado del naviero en servicios conexos con la navegación y el comercio marítimo; en todo caso, puede ser una persona física o moral (arts. 22-24, *LNCM*).

e) *Agencia* (pues las disposiciones legales respectivas no emplean el vocablo *agente*) *de viajes*, que es "... la empresa que contrata y/o actúa como intermediario en beneficio de un usuario-turista respecto de los servicios a que se refiere el art. 4o. de la ley, así como cualquier otro relacionado con el turismo" (párrafo 3.6.2 de la NOM-010-TUR-1999, De los requisitos que deben contener los contratos que celebren los prestadores de servicios turísticos con los usuarios-turistas, publicada en el *DOF* 27 jul. 1999).

f) El *agente aduanal* "... es la persona física autorizada por la Secretaría (de Hacienda y Crédito Público), mediante una patente, para promover por cuenta ajena el despacho de las mercancías, en los diferentes regímenes aduaneros previstos en esta Ley" (art. 159 de la *Ley Aduanera*).

g) *Agencias* (pues así les denomina el Reglamento de Agencias de Colocación de Trabajadores, publicado en el *DOF* 03 marzo 2006), que son las personas físicas o morales de derecho privado o en calidad de dependencias u organismos oficiales, dedicadas a prestar el servicio de colocación de trabajadores, las primeras mediante una retribución económica, y las segundas sin derecho a percibirla.

Leyes de menor importancia jurídica, por cuanto reguladoras de sectoriales manifestaciones de la vida económica del país, como las relativas a los organismos descentralizados Lotería Nacional y Pronósticos Deportivos, prevén la realización de sus actividades a través de agencias y de otras formas de venta de billetes y recaudación de apuestas, respectivamente; me limito a apuntar que los nexos entre tales agencias y sus principales bordean los ámbitos propios del mandato, la comisión mercantil y la asociación en participación, sin perder de vista la representación y la concesión mercantil, figuras aún más difusas que la que ahora se examina, de las que algo se dirá un poco más adelante.

20.2.4 Contenido del contrato

De la variedad de actividades que abarca nuestro contrato, algunas de las cuales fueron mencionadas en el apartado que antecede, fácil es inferir la dificultad que ofrece cualquier pretensión de reclamar para él un régimen jurídico unitario y, en última instancia, la falta de buen sentido por parte de toda teoría o disposición legal que intente atribuirle una filiación exclusiva dentro del campo del derecho.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

Y más hay que decir: tan abismales son las diferencias entre unos y otros contratos de agencia, que no parece desatino afirmar que lo único que en común tienen es el nombre.

En corroboración de lo anterior, y sin la pretensión —necia, entre otras razones, porque con ello se rebasarían los propósitos de este libro— de hacer un estudio comparativo siquiera de los contratos de agencia legalmente previstos, examínense los siguientes contrastes:

a) Es frecuente, en algunos contratos de agencia de seguros, la cláusula sobre absoluta libertad del agente en cuanto a horarios, producción y desarrollo de otras actividades; en cambio, ciertos agentes demostradores de medicinas están sujetos a exclusividad, riguroso itinerario local, regional o nacional, precisas instrucciones sobre su desempeño, etcétera.
b) El intermediario de valores y su cliente disfrutan, hasta ahora, y salvo por lo que se refiere a operaciones a futuro de valores, respecto de las cuales sí existe un forzoso modelo de contrato de comisión mercantil (*DOF* 31 de jul. 1986), de libertad para convenir la forma y los términos en que el primero debe actuar por cuenta del segundo en la compra o venta de que se trate, y de hecho es frecuente que ni siquiera se suscriba contrato alguno; además, según práctica bursátil, el intermediario no llega a mencionar, en ningún momento, el nombre de su cliente, por lo que, frente al tercero, actúa en nombre propio y responde personalmente de la compra o venta. Inconcebible es que semejante anonimato pudiera darse en la actuación de un agente de seguros, el cual, además, está ligado a la empresa aseguradora por un contrato de trabajo o por un contrato mercantil, según dispone el citado *Reglamento de Agentes de Seguros y de Fianzas* el cual, obviamente expedido por el Presidente de la República como secuela del art. 23 de la *LGISMS,* configura, por sí solo, un rotundo rechazo a la pretensión unicista del contrato de agencia, a lo menos en lo que se refiere a los agentes de seguros, pues dispone que tales agentes se vinculen a las instituciones de seguros por una relación de trabajo o con base en contratos mercantiles (art. 1o.) y que, en este último caso, los agentes pueden ser personas físicas o personas morales (arts. 7o. y 9o.).

Mas fuerza es dar cuenta aquí de las estipulaciones propias de un contrato *mercantil* de agencia, si bien, en un intento de no incurrir en el pecado de soberbia jurídica, tengo por prudentes dos acotaciones previas:

a) No pretendo agotar el elenco de posibilidades contractuales de la agencia mercantil, vista la impresionante diversidad de supuestos que ofrece la práctica de tal figura.
b) Una sola cláusula laboral puede destruir el efecto de varias cláusulas *mercantiles,* y por ello no es posible determinar, *a priori,* el carácter laboral o mercantil y —aun civil, como arriba apunté— del contrato de agencia; ante la falta de regulación mercantil y civil, tal caracterización ha de resultar, necesariamente, de la no inclusión de cláusula alguna de contenido laboral.

1. Frente a terceros, el agente puede obligar o no al principal, esto es, según sus facultades le será dado actuar en nombre y por cuenta del mismo o no.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

2. El agente no está obligado a desempeñarse con apego a cierto horario y, además, libremente puede fijar los lapsos de sus servicios, así como la intensidad.
3. No se estipula percepción fija a favor del agente, cuyos emolumentos, generalmente determinados en forma de *comisiones,* se ajustan al número y valor de las operaciones que se celebren con su intervención.
4. En el desempeño de sus servicios, el agente es libre de emplear recursos técnicos, retóricos y económicos propios, así como la colaboración de personal a sus órdenes y retribuido por él. No empece la independencia de este agente la circunstancia, por lo demás frecuente, de que actúe conforme a ciertas indicaciones o instrucciones, reflejo, usualmente, de políticas comerciales del principal o de códigos de ética empresarial.[18]
5. El agente despliega su actividad en locales separados de los del principal, en los que, además, es libre de desarrollar otras actividades remuneradas.
6. Las erogaciones impuestas por sus servicios son por cuenta del agente y no del principal.

Por la trascendencia doctrinal y legislativa de su opinión, importa recordar que, con referencia a los agentes de seguros, **Cesare Vivante**[19] los distingue por el contenido jurídico o material de su actividad:

> Para determinar la fisonomía jurídica de los agentes se debe atender no a su título sino a sus poderes. Se debe distinguir los que tienen el *poder de celebrar contratos*, de los que tienen solamente *misión de provocar las ofertas del público:* la actividad de los primeros tiene un objeto esencialmente jurídico, la de los segundos un objeto esencialmente material, salvo las funciones accesorias de carácter jurídico, como el cobro de las primas.

Por su parte, **Giordano**[20] encuentra que el agente de seguros es el típico agente; para ello, recuérdese que el *C.Civ.* italiano (art. 1742) dispone que "Por el contrato de agencia una parte asume permanentemente el encargo de promover, por cuenta de la otra, contra una retribución, la celebración de contratos en una zona determinada."

El *C.Com.* colombiano (art. 1317) impone al agente el carácter de comerciante, y precisa su carácter independiente y estable, todo lo cual permite a **Ramón E. Madriñán de la Torre**[21] afirmar, con referencia a tales agentes, así como a los comisionistas y corredores, parecidamente conceptuados por su estatuto mercantil, que:

> … sobre estos comerciantes, llamados frecuentemente *auxiliares del comercio*, es pertinente poner de relieve la exigencia legal de su profesionalidad, que excluye la realización de actos ocasionales de comisión, agencia o corretaje... Por otra parte, resalta su independencia del comerciante principal... Finalmente, cabe señalar que todos ellos realizan una empresa, utilizando un establecimiento adecuado a ella, que es de su propiedad y distinto al del comerciante por cuya cuenta actúan o facilitan su actuación.

---

[18] Tal opina **José V. Soria Ferrando**, *El agente de comercio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, págs. 62-63, estudio en el que se examinan a fondo las cláusulas de estilo en este contrato, así como la Directiva europea 86/653, relativa a la coordinación de los derechos de los Estados miembros en lo referente a los agentes comerciales independientes, y de su incorporación en España mediante la *Ley* 12/1992, del 27 de mayo, sobre el contrato de agencia comercial.

[19] *Traité de droit commercial,* M. Giard & E. Brière, Paris, 1912, pág. 515.

[20] *Op. cit.*, pág. 413.

[21] *Principios de derecho comercial,* 7a. ed., Editorial Temis, Santa Fe de Bogotá, 1997, pág. 90.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

20.2.5 La agencia en el derecho internacional privado

Como lógica consecuencia de la intensificación de las relaciones internacionales de tipo comercial, particularmente la compraventa, nuestro contrato ha merecido la atención de diversos organismos internacionales:

a) Auspiciada por las Naciones Unidas, el 17 de febrero de 1983 se adoptó, en Ginebra, la Convención sobre la Representación en Materia de Compraventa Internacional de Mercaderías,[22] elaborada sobre la base de un proyecto redactado en el seno del UNIDROIT, que nuestro país suscribió; el decreto de promulgación y el texto respectivo se publicaron en el *DOF* 22 feb. 1988, que a la fecha de escribirse estas líneas (primavera de 2008) no ha cobrado vigencia.
b) Posteriormente, el 18 de diciembre de 1986, el Consejo de la Comunidad Económica Europea adoptó la directriz 86/653, con fines de coordinación en los derechos de los Estados miembros, en relación con los agentes comerciales independientes.
c) Otro más en la ya larga lista de los opimos frutos rendidos por el UNIDROIT en su septuagenaria existencia, es el anteproyecto, concluido en 1989, de una Convención sobre los Contratos de Agencia Comercial en Materia de Compraventa Internacional de Mercaderías.[23]

20.2.6 Resumen y características

Como conclusión de lo expuesto, es válido afirmar que el contrato mercantil de agencia muestra vigorosos atributos (*supra* núm. 20.2.4) que permiten diferenciarlo de la agencia laboral; mas como tales atributos son, en México, una mera manifestación práctica, que hasta ahora sólo ha encontrado eco en lucubraciones doctrinales, y por cuanto la penuria legislativa ha propiciado una desquiciante incursión de otras leyes en la mercantil, es preciso que esta última, al igual que ha ocurrido en otros países de similar filiación juridicoeconómica, vindique una figura que, por lo demás, nunca ha dejado de serle propia.[24]

Con referencia al derecho francés, léase a **Georges Ripert**,[25] quien rotundamente expresa que "Los que tienen por profesión el gestionar a nombre de otro son llamados *agentes comerciales*, cuando gestionan negocios comerciales; son comerciantes si no están ligados a su mandante por un contrato de trabajo...", e informa que un decreto de 23 de diciembre de 1958 precisa los principales aspectos de su estatuto, así como que también "El derecho alemán distingue los agentes de negocios (*Handlungsagenten*) que actúan por otro con plena independencia, de los simples comisionistas (*Handlungsgehilten*)."

---

[22] Si bien hay que hacer notar que el nombre de dicha Convención hace referencia, en idioma inglés, no a la *representación* sino a la agencia (*agency*).
[23] Cuyo texto completo es de verse en *Revue de droit uniforme*, UNIDROIT, 1989-I, Roma, págs. 108-183.
[24] Además del ya citado *C.Com.* colombiano, *véanse* el *C.Com.* de la República de El Salvador, arts. 1083 y sigs.; el *C.Com.* de Guatemala, arts. 280 y sigs.; el *C.Com.* de Honduras, arts. 372 y siguientes.
[25] *Traité élémentaire de droit commercial*, 7a. ed., Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1972, págs. 101 y siguientes.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

En otro franco mentís a los laboralistas mexicanos, en cuanto a su afirmación sobre el supuesto universalismo legislativo laboral de la agencia, el *C.Com.* español (art. 88) proclama que "Estarán sujetos a las leyes mercantiles como agentes mediadores del Comercio: Los Agentes de Cambio y Bolsa —Los Corredores de Comercio—. Los corredores Intérpretes de buques"; a su vez, la ley española sobre el Contrato de Agencia proclama que:

> No se considerarán agentes los representantes y viajantes de comercio dependientes ni, en general, las personas que se encuentren vinculadas, por una relación laboral... con el empresario... se presumirá que existe dependencia cuando quien se dedique a promover actos u operaciones de comercio por cuenta ajena... no pueda organizar su actividad profesional ni el tiempo dedicado a la misma conforme a sus propios criterios (art. 2o.).

Por su parte, el ya citado anteproyecto de convención elaborado por el UNIDROIT reza como sigue (art. 2o., apartado 3):

> Para los efectos de la presente Convención, un contrato de agencia comercial es el contrato en virtud del cual una parte, el agente comercial, se obliga, en forma duradera, a negociar la venta o compra de mercaderías para la otra parte, el comitente, o bien a negociar y celebrar dichas operaciones en nombre y por cuenta de dicho comitente, y el comitente se obliga a remunerar los servicios del agente comercial mediante pago de una comisión o a remunerarlo de cualquier otra manera.

He aquí, pues, un ensayo de caracterización de nuestro contrato a la luz del derecho mexicano:

- *Atípico,* por cuanto ninguna ley lo regula como tal.
- *Innominado,* pues, según se expuso líneas antes, nuestro derecho positivo sólo habla de agentes, de agencias y de intermediarios, no así del contrato de agencia.
- *Consensual en ocasiones*, pues así lo demuestra cierta práctica comercial, pero *formal en otras*, de modo especial como consecuencia de disposiciones legales que así lo exigen.
- *De adhesión* en algunos casos, particularmente en los que la autoridad impone modelos.
- *Bilateral,* ante la existencia de la obligación, por parte del agente, de representar al principal en la promoción y celebración de operaciones, y la de dicho principal de cubrirle la comisión o participación convenida.
- *De tracto sucesivo,* pues propia de la agencia es la representación para actuar en un número indeterminado de operaciones y en un lapso igualmente imprevisto.

20.3 La correduría privada, mediación *stricto sensu* o corretaje

20.3.1 Falta de régimen legal; mercantilidad

Otra forma de mediación, la correduría, se mantiene en el más completo olvido legislativo, y en este caso también doctrinal; me refiero, por supuesto, a la actividad de las

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

personas físicas o morales que, mediante remuneración, se dedican a poner en contacto a demandantes y oferentes de bienes o servicios, con dos diferencias principales respecto de los agentes, las cuales son:

1. Esta intermediación se realiza en actos esporádicos y determinados.
2. El corredor privado agota su actuación cuando las partes entran en contacto jurídico, sin representar a una u otra en la operación por él propiciada.

La única huella legal de esta forma de contratar está dada por la ya conocida calificación de comercial a las operaciones de *mediación* en negocios mercantiles (art. 75-XIII, *C.Com.*). El uso del vocablo *mediación*, combinado con la hoy derogada prohibición de emplear la palabra *corredor* por quienes no estuvieran habilitados como tales, son, indudablemente, las razones por las que **Mantilla Molina**[26] prefiere llamar *intermediarios libres* a la amplia laya de mediadores en operaciones mercantiles —pero también civiles— a quienes, por irrebatible derecho de antigüedad, corresponde el nombre de *corredores*, que ya les daban las *Ordenanzas de Bilbao*, las que exigían de ellos las siguientes dotes: "... hombres de buena opinión y fama, prudentes, secretos, hábiles e inteligentes en todo género de comercio de mercaderías, cambios, seguros y fletamentos... tendrán obligación de poner en los negocios y proponerlos con discreción y modestia, sin exagerar las partes y calidades de los unos negociantes, ni vituperar las de los otros..." (cap. 15, 2 y 3).

Antes de seguir adelante, paréceme pertinente aclarar que al referirme, en este capítulo, al corredor y a la correduría, obviamente hago alusión al ejercicio privado de la mediación mercantil, en un intento por reivindicar, para actividad de tan rancia tradición comercial, las aludidas expresiones. Por lo demás, recuérdese que la única diferencia entre el corredor *público* y el privado o libre es la *habilitación* otorgada al primero por la Secretaría de Economía, la que, además, lo faculta para actuar como fedatario de actos mercantiles (arts. 3o.-III, 6o.-V y VI, y 7o., *LFCP*); ambos, empero, son agentes auxiliares del comercio, pues sus facultades para intervenir como mediadores en la propuesta y ajuste de actos, contratos y demás operaciones de comercio no son exclusivas de los corredores públicos y así, de modo expreso, lo dispone el art. 6o., último párrafo, de la *LFCP*: "Las anteriores funciones se entenderán sin perjuicio de lo dispuesto en otras leyes y no se consideran exclusivas de los corredores públicos."

En el derecho español la distinción apareció, por primera vez, en el *C.Com.* de 1829, que configuró al agente mediador como funcionario y, en su art. 63, precisaba que tal oficio es viril, público, y "... los que lo ejercen y no otros podrán intervenir legalmente"; por supuesto, tal es el origen de la unilateral regulación contenida en nuestra legislación, que en ésta, como en tantas otras materias, clama por una actualización, para reconocer y regular también a los corredores libres. El *proy. C.Com.* (arts. 362 y sigs.) reconocía la existencia de ambos tipos de corredores.

También la SCJN, a través de su antigua Tercera Sala, ha dejado establecida claramente la distinción actual, y reconocido la evaluación legal de las atribuciones del corredor, al afirmar que: "En nuestro sistema, originariamente el corredor sólo tenía facultades de mediador, pero después le fueron otorgadas funciones de perito mercantil y

---

[26] *Derecho...*, *cit.*, pág. 154.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

fedatario; por tanto, existen corredores privados o simples mediadores, y corredores públicos, en la inteligencia de que: los primeros pueden sin traba alguna, desempeñar las funciones de mediación...".[27]

En cuanto a la mercantilidad del contrato de corretaje, en ocasiones conocido en la práctica como *contrato de mediación*, parece necesario referirla a dos circunstancias:

1. Cuando se celebre con motivo de *negocios mercantiles*, según reza el precepto legal antes transcrito. En tal virtud, mercantil es cualquier mediación, aun aislada u ocasional y prestada por un no comerciante, si la operación concertada a través de ella tiene carácter comercial.
2. Si la correduría constituye la actividad *profesional* de un individuo o el fin de una sociedad mercantil, aunque se despliegue en negocios civiles, pues de ese modo se configura una empresa que, sin duda, realiza actos "de naturaleza análoga" a las comisiones y agencias (art. 75-X y XXV, *C.Com.*).

20.3.2 Manifestaciones prácticas

Si no se olvida que la correduría difiere de la agencia mercantil en las funciones que desempeña el mediador en cada caso, el agente como representante, y el corredor como mero intermediario sin representación alguna, fácil es llegar a la conclusión de que en la práctica se confunden ambas figuras, y que verdaderos contratos de corretaje se presentan como supuestas agencias; tal es el caso de la actividad que desarrollan las llamadas *agencias de colocaciones,* antes mencionadas, cuyo cometido se limita a poner en contacto a ambos solicitantes, el de empleo y el de empleado, a cambio de una suma alzada o bien proporcionada al sueldo que se pagará al empleado.

También de corretaje ha de ser el contrato en el que se estipula que el futuro inquilino pagará, al mediador que localice un inmueble que se ajuste a los requerimientos del primero, una suma como pago por tal labor de localización.

Este sustantivo *corretaje* merece una aclaración terminológica, en razón de que con él se denota, en el vocabulario comercial, así el contrato como el desempeño del corredor e igualmente su remuneración, de tal manera que, con todo y ser cacofónicamente repetitivo, resulta correcta la siguiente expresión: *en razón de su hábil labor de corretaje con motivo del contrato de corretaje, el corredor devengó ampliamente su corretaje.*

Pero, sin duda, la más notable manifestación actual de la correduría es la especializada en la compraventa de bienes raíces, que funciona con un mecanismo similar al antes expuesto: el interesado en comprar o vender un bien raíz acude al corredor para que localice vendedor o comprador, en el precio y las condiciones propuestos por el interesado, los que en definitiva serán fijados, naturalmente, entre el vendedor y el comprador. Aunque es usual que la remuneración del corredor sea pagada por el solicitante de sus servicios, es posible que una parte se convenga a cargo del otro contratante en la operación concertada.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

[27] *Amparo Directo 3803/78*, Rafael Riebeling Ochoa y otros, 30 de julio de 1980.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

20.3.3 Formalidades y características

La consensualidad ha venido siendo una de las características de este contrato; la circunstancia de que los corredores de ciertas especialidades, como los de bienes raíces, exijan la suscripción de un documento, no es óbice a la anterior afirmación, pues fácil es advertir que los efectos de tal documento son puramente probatorios, por cuanto nada impide que por otros medios pudiera probarse el nexo contractual entre el corredor y el *cliente:* testigos —entre ellos la eventualmente futura contraparte del cliente—, documentos no contractuales —como notas de gastos aceptadas, recibos pagados—, etcétera.

Finalmente, debe decirse que las antes expuestas circunstancias en que se desenvuelve este contrato dificultan su caracterización, por manera que sólo es posible predicar, además de su ya expuesta consensualidad, el hecho de que es innominado, atípico, unilateral en ocasiones y bilateral en otras, y aleatorio —por lo que se refiere a la remuneración que eventualmente se cubrirá al corredor.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

CAPÍTULO 21

El arbitraje o compromiso mercantil

El autor de este libro agradece a Cecilia Azar Manzur el haber aceptado, tan gentil como desinteresadamente, redactar el presente capítulo.

21.1 Introducción: el conflicto y sus mecanismos de solución

La solución de controversias es un tema que siempre ha ocupado al derecho y a otras disciplinas encargadas de estudiar el comportamiento humano. El desarrollo del hombre supone también una evolución de los sistemas de convivencia social dentro de los que se han creado mecanismos para la solución de conflictos. Así, hemos pasado, entonces, desde la justicia privada o autotutela hasta el proceso jurisdiccional, calificado por **Fernando Flores García** como la "fórmula mejor y más utilizada" de resolución de conflictos.[1] En un sistema donde impera el estado de derecho, el juicio ante tribunales estatales surge como solución a la prohibición constitucional de la justicia por propia mano. Así, la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* señala en su art. 17 que:

> *Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho. [...]*

[1] **Fernando Flores García**, "Arbitraje, Conciliación, Amigable Composición" *en Revista de la Facultad de Derecho de México*, t. XL, México, 1995, págs. 201-202.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

Esta disposición prohíbe a todo gobernado hacer uso de la fuerza para resolver un conflicto. A dicha prohibición, naturalmente, procede una alternativa que se traduce en una garantía individual. La Constitución, al impedir que los particulares se hagan justicia por su propia mano, ofrece una vía para someter las controversias a la solución de un órgano supremo conformado por el Estado: el Poder Judicial. Por ello, el segundo párrafo del mismo precepto constitucional complementa:

> *Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales.*
>
> *El Congreso de la Unión expedirá las leyes que regulen las acciones colectivas. Tales leyes determinarán las materias de aplicación, los procedimientos judiciales y los mecanismos de reparación del daño. Los jueces federales conocerán de forma exclusiva sobre estos procedimientos y mecanismos.*

La garantía reflejada en estos párrafos del precepto constitucional comentado significa que cuando los particulares decidan ejercer el derecho de acción que la ley les concede, los Tribunales del Estado deberán impartir justicia de la manera que la propia ley establece. Es decir, los tribunales resuelven un conflicto únicamente cuando el particular así se lo solicita, y en ese caso, deben hacerlo de manera gratuita, pronta y expedita.

Consecuentemente, la disposición constitucional no significa que la vía judicial sea la única opción para resolver conflictos; el art. 17 constitucional, como todos los correspondientes a las garantías individuales, representa un derecho del gobernado frente a la autoridad, no una obligación. Si los particulares acuden al proceso jurisdiccional, éste deberá desarrollarse con base en los principios y frente a las autoridades señalados por la Constitución y las leyes secundarias. De ahí la creación del derecho procesal y de la teoría general del proceso.

Sin embargo, el gobernado tiene otras alternativas para la solución de sus conflictos, como son: negociar, mediar o someter a un arbitraje la cuestión. Cada una de estas alternativas con resultados legales como son la celebración de un convenio o transacción o el dictado de un laudo. Incluso, debemos mencionar que a mediados de 2008, se llevó a cabo una reforma importante al art. 17 constitucional en la cual se añadió la siguiente frase:

> *Las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias. En la materia penal regularán su aplicación, asegurarán la reparación del daño y establecerán los casos en los que se requerirá supervisión judicial.*

No podemos negar que el crecimiento de las relaciones comerciales internacionales a partir de la segunda mitad del siglo XX y la globalización de los mercados representan razones de peso para el desarrollo de estos sistemas alternativos. En ellas, la mediación y el arbitraje encuentran un campo fértil de aplicación ya que ambos ofrecen el beneficio de la neutralidad, la flexibilidad, el reconocimiento extranjero y la especialización. Sin embargo, en las últimas décadas, los mecanismos alternativos han ganado un lugar importante también en el arreglo de conflictos de carácter nacional ya que aumentan las posibilidades de arreglo y la preservación de las relaciones. Así

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

hemos visto consolidarse procesos como la negociación, la mediación y el arbitraje.[2] Más interesante resulta cuando vemos además al Estado mismo sometiéndose a estos sistemas con todos los retos y transformaciones que ello implica.

21.2 Terminología y clasificaciones

Es importante revisar la pluralidad de términos que el fortalecimiento de estos mecanismos ha generado en México y que en diversos escenarios legislativos y prácticos se traducen con gran confusión.

21.2.1 Autocomposición y heterocomposición

En regímenes jurídicos de tradición civilista, una clasificación de naturaleza procesal señala que hay vías autocompositivas y vías heterocompositivas de resolución de conflictos.

Las primeras suponen que la solución del conflicto está a cargo de las partes involucradas en él. La autocomposición, afirma **Carnelutti**:

> … es la composición del litigio que efectúen las partes",[3] unilateral o bilateralmente, y que pueden surgir durante el desarrollo de un juicio o fuera de él. La mediación y la conciliación son entonces caminos bilaterales que idealmente desembocan en alguna de estas figuras. Esto es, un proceso de mediación o conciliación no sólo tiene como resultado la redacción de un acuerdo transaccional sino que puede también generar un desistimiento (dentro del proceso), una renuncia (fuera del proceso) o bien un allanamiento (dentro del proceso) o un reconocimiento (fuera del proceso). La intervención del mediador o del conciliador no modifica la naturaleza autocompositiva de estas figuras ya que los terceros no tienen facultad de imponer una decisión; su función se limita a ayudar a las partes en su esfuerzo.

Ante la imposibilidad de llegar al arreglo del problema por sí mismas, las partes pueden acudir a la intervención imparcial y vinculatoria de un tercero que puede ser el juez o un árbitro. Es decir, la heterocomposición se caracteriza por el sometimiento de las partes a la decisión de un tercero ajeno a ellas que pone fin a la controversia. La heterocomposición consiste pues en la intervención de un tercero al cual se somete una controversia que impone una solución después de un proceso donde las partes han podido exponer sus pretensiones y hacer valer sus derechos.

Cabe mencionar que existen opiniones distintas con relación a esta clasificación; se trata de consideraciones que califican de formas heterocompositivas a la mediación y a la conciliación por la mera presencia del tercero,[4] es decir, quien sostiene esta

---

[2] En Estados Unidos, se han desarrollado un número mayor de figuras alternativas que hace más complejo el panorama: podemos mencionar por ejemplo el oyente neutral, evaluación neutral, renta de un juez, mini-juicio, entre otros.

[3] Citado por **Cipriano Gómez Lara** en *Teoría general del proceso*, 8a. ed., Harla, México, 1990, pág. 26.

[4] *Véase* por ejemplo, **Miguel Sarre**, *Perspectivas de los mecanismos alternativos de solución de conflictos con contenido patrimonial en México*, Centro de Estudios de Derecho Público, ITAM, México 2001, pág. 9.

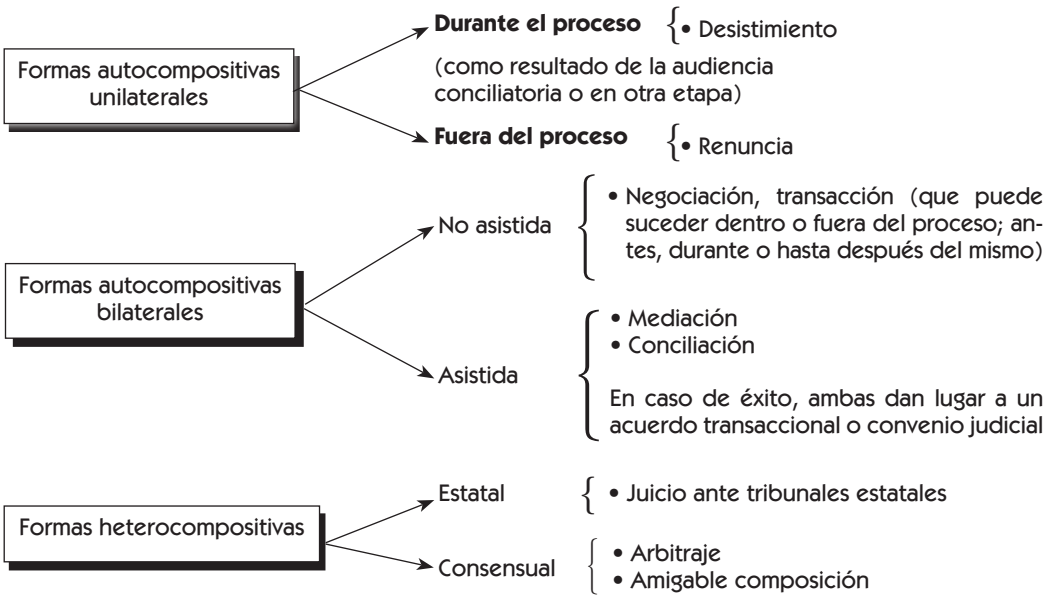
Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

postura argumenta que la sola intervención del tercero determina el carácter heterocompositivo del mecanismo en cuestión no la naturaleza de su intervención.

La mediación y la conciliación suponen, sí, la intervención de un tercero, pero que únicamente facilita el diálogo, la comunicación y el entendimiento entre las partes. Existen diversas tendencias en torno al papel activo o pasivo del mediador o conciliador, sin embargo, lo cierto es que en ninguno de estos casos se impone una solución. A pesar de la presencia del tercero neutral, las partes siguen conservando el control en la resolución del asunto. Por ello, desde mi punto de vista, la mediación y la conciliación son mecanismos autocompositivos.

La siguiente tabla resume nuestra postura respecto a la clasificación de mecanismos de solución de conflictos:



21.2.2 Los equivalentes jurisdiccionales

El origen de la expresión "equivalentes jurisdiccionales" o "equivalentes procesales" se atribuye al procesalista **Francesco Carnelutti** y abarca un número mayor de figuras relacionadas con la solución de conflictos tales como el proceso extranjero, el proceso eclesiástico, el reconocimiento de un laudo en países distintos a aquél donde fue dictado, la transacción, la renuncia, la composición procesal, los compromisos, entre otros.[5] Algunos autores, como **Alcalá Zamora**, difieren de esta amplia clasificación argumentando que los dos primeros no son equivalentes jurisdiccionales sino jurisdicciones de otro nivel o estado y que los procesos autocompositivos más que ser llamados

[5] Citado por **F. Flores García**, **Francesco Carnelutti**, *Sistema di Diritto Procesale Civile*, Antonio Milani Padova, Cedam-Casa Editrice Dott, t. I, pág. 40.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

equivalentes de la jurisdicción deben ser considerados "excluyentes" de la misma.[6] Sin embargo, los autores que tratan este tema coinciden en decir que la característica esencial de lo que podemos llamar "equivalentes jurisdiccionales" es justamente que no hay ejercicio de la actividad jurisdiccional que, según nuestra Constitución, es propia de los órganos del Estado mexicano e indelegable.

21.2.3 Los mecanismos alternativos de solución de controversias

Las expresiones MASC (Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias), SAC (Solución Alternativa de Controversias), RAC (Resolución Alternativa de Controversias) o Justicia Alternativa son traducciones o adaptaciones del término utilizado sobre todo en los Estados Unidos de América: "ADR" o *Alternative Dispute Resolution*. Esta corriente calificó de *alternativo* todo medio permitido por la ley distinto al juicio ante Tribunales Judiciales, es decir, son medios alternativos al proceso jurisdiccional. Esta expresión engloba tanto sistemas autocompositivos como heterocompositivos, siempre y cuando sean distintos al garantizado por el Poder Judicial. Una característica adicional de las figuras que conforman la solución alternativa de controversias es que requieren de la expresión de la voluntad de todas las partes involucradas; son consensuales, su fundamento descansa en la autonomía de la voluntad.

Desde la perspectiva que plantea esta corriente, considero que es recomendable evitar en la medida de lo posible el uso de terminología propia del Poder Judicial. Así, los asuntos se desahogan en procesos y no en juicios; se resuelven conflictos, no se imparte justicia; se trata de sistemas de solución de controversias no del ejercicio de una actividad jurisdiccional, etcétera.[7]

Entre estas vías alternas podemos distinguir tres clases:

- *Mecanismos bilaterales*, en los que sólo las partes o sus representantes buscan resolver el conflicto (*v.gr.* negociación);
- *Mecanismos trilaterales*, en los que el tercero facilita la comunicación entre las partes, pero ellas son las que toman la decisión acerca de su conflicto (*v.gr.* mediación y conciliación); y
- *Mecanismos trilaterales vinculatorios*, en los que el tercero impone la solución, de manera similar al juez, pero con ciertas limitantes en su ejecución (*v.gr.* arbitraje y amigable composición).

---

[6] Citado por **Cipriano Gómez Lara** en *Teoría general..., cit.*, pág. 16.

[7] En este tenor, me parece inadecuado (aunque es cada vez más frecuente) el uso de la expresión "Justicia Alternativa" como referencia a los sistemas distintos al jurisdiccional que hoy algunos poderes judiciales locales de la República Mexicana están difundiendo con gran entusiasmo. Reconozco que puede generar una mayor y más fácil recepción del movimiento por la sociedad, pero a la larga puede crear grandes confusiones y discusiones dogmáticas. Justicia hay una sola, y su ejercicio no es una facultad delegable por el Estado. La actividad jurisdiccional es propia del Estado y la práctica de los mediadores, los árbitros y los conciliadores generalmente es una actividad profesional de carácter privado con todas las características de una prestación de servicios profesionales.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

21.2.4 Conceptos

De lo comentado hasta ahora, se desprenden los siguientes conceptos:

Negociación

La negociación es un sistema utilizado por las partes de una controversia y/o en ocasiones por sus representantes legales para solucionar conflictos presentes y evitar futuros. Es un medio autocompositivo bilateral no asisitido; es decir no implica la intervención de ningún tercero neutral.

Mediación y conciliación

En la mediación y en la conciliación, las partes son asistidas por un tercero que facilita la comunicación entre ellas y las apoya en la construcción de un arreglo. Existe numerosa doctrina con relación a ambas figuras y grandes discursos en torno a la diferencia entre una y la otra.[8]

Por ejemplo, una tendencia muy fuerte es considerar que la labor del mediador es sólo facilitar la comunicación entre las partes, hacer que lo que hasta entonces no era posible lo sea, esto es, dialogar. El mediador permite que las partes encuentren un punto de comunicación, las asiste escuchándolas, refraseando sus planteamientos, validando la expresión de sentimientos y ayudándolas a llegar a un acuerdo. Esta tendencia prohíbe rotundamente al mediador proponer soluciones que él considere aplicables ni dar puntos de vista personales de cómo alcanzar el arreglo. Para ello, existe el conciliador, opinan quienes defienden esta postura. El conciliador sí puede asumir un papel más activo y hacer propuestas concretas a las partes.

Aunque existen estilos distintos de diferenciar estas dos figuras, la tendencia comentada en el párrafo anterior es la más comúnmente aceptada.

Más que centrar la distinción en la labor del tercero, considero que la diferencia corresponde a los siguientes criterios:

Tradición jurídica. *Conciliación* es un término más cercano a la tradición civilista. En regímenes jurídicos civilistas, comúnmente se habla de conciliación, como un sistema para avenir a las partes de un conflicto. Así, nuestras leyes sustantivas y procesales, tradicionalmente se han referido a audiencias conciliatorias, a juntas de avenencia, no a mediaciones. La mediación había sido hasta ahora, según el *Código de Comercio* (art. 75, frac. XIII), un acto de comercio en el que una parte realiza labores de intermediación mercantil, en ningún momento encaminadas a avenir ni resolver conflictos. *Mediación*, como sistema de solución de conflictos, es un término más utilizado en

[8] Para mayor detalle acerca del uso de la terminología "conciliación" y "mediación", *véase* **J. C. Dupuis**, *Mediación y conciliación*, Abeledo-Perrot, Argentina, 1997; **F. Estavillo Castro,** *Medios alternativos de solución de controversias*, Jurídica Anuario de Derecho de la Universidad Iberoamericana, núm. 26, México, 1996; **B., Martínez de Murguía,** *Mediación y resolución de conflictos*, Editorial Paidés, 1999; *Diccionario jurídico mexicano*, UNAM, México, 1994; **C. Rodríguez González Valadez,** *México ante el arbitraje comercial internacional*, Editorial Porrúa, 1999; **R. Calcaterra,** *Mediación estratégica*, Edit. Gedisa, Barcelona, 2002; **C. Gómez Lara**, *Derecho procesal civil*, Harla, México, 1991.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

países de derecho anglosajón y particularmente en Estados Unidos; su desarrollo ha sido tanto a nivel privado como público (programas multi-puertas en tribunales judiciales) y su difusión ha rebasado las fronteras norteamericanas, por ello en las últimas décadas hemos escuchado más frecuentemente el uso de este término.

Foro de utilización. Con el fortalecimiento en México de la mediación en el contexto privado y más recientemente en los programas anexos a tribunales (leyes de justicia alternativa), nos encontramos frente a la interacción de ambos términos. Constantemente hablamos o escuchamos hablar de conciliación y de mediación en diferentes escenarios, privados y públicos, ambos como caminos de solución de controversias que implican la asistencia de un tercero. Aparentemente la tendencia es identificar a la conciliación como una etapa del juicio o de un procedimiento administrativo encaminada a intentar avenir a las partes que se lleva a cabo ante el juez o ante un funcionario de la comisión administrativa en cuestión, mientras que la mediación comienza a ser identificada como un procedimiento independiente que, por lo general, se inicia ante un mediador privado o ante uno asignado o reconocido por el tribunal si se trata de un programa anexo al Poder Judicial.

La *Ley Modelo sobre Conciliación Comercial Internacional* de la UNCITRAL (siglas en inglés de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional): en junio de 2002, durante su 35a. sesión en la ciudad de Nueva York, la Comisión aprobó el texto final de esta Ley Modelo, la cual aporta claras ideas respecto a los dos términos comentados en este apartado.

Desde 1980, UNCITRAL contaba con un Reglamento de Conciliación. Los reglamentos, a diferencia de las leyes modelo, son generalmente referidos en los contratos privados como conjunto de reglas procesales que determinarán de qué manera se conducirá un procedimiento de conciliación o de arbitraje. En estos casos, UNCITRAL no actúa como centro administrador del proceso pero puede ser nombrada como autoridad encargada de designar al conciliador o al árbitro.

Frente a la importancia que las instancias de solución amigable de conflictos han adquirido, UNCITRAL consideró necesario proveer a la comunidad internacional de un documento que fungiera como modelo para legislar en materia de conciliación. El grupo de trabajo encargado de esta labor, consciente de la discusión en torno a la conveniencia o inconveniencia de regular esta materia, decidió construir un cuerpo normativo breve, conciso y general que no incluyera disposiciones rígidas sobre el procedimiento de conciliación sino principios fundamentales encaminados a resguardar los derechos de las partes y la flexibilidad del mecanismo utilizado.

Desde mi punto de vista, una de las aportaciones más importante de este modelo de ley fue proponer la uniformidad de los términos que se emplean en el mundo para designar este tipo de mecanismo de solución de conflictos. El tercer párrafo del art. 1o. de la Ley señala:

> *A los efectos de la presente Ley, se entenderá por "conciliación" todo procedimiento, designado por términos como los de conciliación, mediación o algún otro de sentido equivalente, en el que las partes soliciten a un tercero o terceros ("el conciliador"), que les preste asistencia en su intento por llegar a un arreglo amistoso de una controversia que se derive de una relación contractual u otro tipo de relación jurídica o esté vinculada a ellas. El conciliador no estará facultado para imponer a las partes una solución de la controversia.*

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

Consecuentemente, la Ley establece como características principales de este mecanismo, por una parte, la asistencia del tercero a las partes en su intento por llegar a un arreglo amistoso y por la otra, la imposibilidad de imponer una solución. Sin duda considero muy recomendable optar por la uniformidad que la Ley propone de todos los términos que se utilizan con relación a este mecanismo autocompositivo.

Arbitraje y amigable composición

Finalmente, los mecanismos alternativos trilaterales en los que el tercero tiene poder de vincular a las partes con una decisión definitiva son el arbitraje y la amigable composición. Se trata de un procedimiento de solución de conflictos en los que las partes, por medio de un acuerdo de voluntades, expresan su deseo de someter una controversia presente, u otras que puedan surgir, a la decisión de un tercero llamado *árbitro*. Este no tiene la tarea de avenir a las partes, ni de proponer soluciones; al igual que un juez, debe valorar el caso, conocer los hechos y argumentos y decidir el fondo del asunto emitiendo un laudo definitivo. Todo ello en estricto apego a los acuerdos de las partes relacionados con el procedimiento y a lo dispuesto por las normas imperativas arbitrales del lugar del arbitraje.

La diferencia entre el árbitro y el amigable componedor estriba en que el primero decide la controversia conforme a disposiciones jurídicas determinadas por las partes (derecho mexicano, derecho neoyorquino, leyes aplicables en Francia, lo dispuesto en determinada convención internacional, etc.); mientras que el segundo tiene la facultad conferida expresamente por las partes de desprenderse de las leyes y decidir conforme a equidad y principios de buena fe. El resultado de un arbitraje de derecho y el resultado de una amigable composición tienen el mismo efecto jurídico: es un laudo definitivo con fuerza vinculatoria para las partes. A pesar de su expresión, el amigable componedor no tiene la función de avenir a las partes; su tarea es decidir e imponer una solución según su criterio de equidad y buena fe. Tampoco debemos pensar que la amigable composición es un arbitraje menos formal desde el punto de vista procesal;[9] las reglas aplicables en un arbitraje de derecho y en una amigable composición pueden ser las mismas, lo único que cambia es el fundamento que el árbitro tendrá para decidir la controversia: en el primero, leyes sustantivas; en el segundo, criterios de equidad.

En la primera parte de este trabajo, presentaré un panorama general del arbitraje comercial y de su desarrollo en México, revisando sus elementos esenciales (tribunal arbitral, partes, procedimiento, laudo), sus fuentes y sus modalidades. Más adelante, se expondrán temas relativos al procedimiento arbitral y al laudo.

---

[9] Como equivocadamente se maneja en leyes como la *Ley de Protección al Consumidor*, cuyo art. 119 establece: "En la amigable composición se fijarán las cuestiones que deberán ser objeto del arbitraje y el árbitro tendrá libertad para resolver en conciencia y a buena fe guardada, sin sujeción a reglas legales, pero observando las formalidades esenciales del procedimiento. El árbitro tendrá la facultad de allegarse todos los elementos que juzgue necesarios para resolver las cuestiones que se le hayan planteado. No habrá términos ni incidentes."

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

21.3 Concepto y elementos

21.3.1 Naturaleza jurídica

De los mecanismos comentados anteriormente, el arbitraje es el medio que ha dado lugar a un mayor número de corrientes en torno a su naturaleza jurídica. Su estudio ha transcurrido el extremo de considerarlo un proceso de carácter jurisdiccional debido a la similitud que existe entre la actividad del árbitro y la del juez, hasta el extremo opuesto de calificarlo como un contrato.

21.3.1.1 Corriente jurisdiccionalista

Si consideramos que **Carnelutti** introdujo el tema de los equivalentes jurisdiccionales y entre ellos incluyó al arbitraje, podemos afirmar que él fue uno de los precursores de esta postura. **Tito Carnacci**, por su parte, sigue esta idea al definir al arbitraje como "instituto en que se concede al particular, (...), que contribuya con su obra al ejercicio de aquella función que, en atención al fin que persigue y al resultado a que lleva, no puede menos de llamarse jurisdiccional".[10] Los autores que defienden esta postura comentan que en el arbitraje la facultad del Estado es delegada a los árbitros quienes actúan como sustitutos del juez por virtud de la facultad que la ley, al regular el arbitraje, les concede. Otros autores, como **Umberto Rocco**, igualmente consideran que "las partes no confieren a los árbitros un poder jurisdiccional que ellas mismas no tienen y que, por lo tanto, no podrían en ningún caso trasmitir a otros."[11]

Desde este punto de vista, la voluntad de las partes representa únicamente el medio para el nombramiento del tercero que actuará como árbitro pero no el fundamento del arbitraje. Si bastara con el nombramiento de las partes, opinan estos autores, los terceros sólo podrían actuar como mediadores; es la autorización legal la que les permite fungir como árbitros y por lo tanto dictar una resolución con fuerza similar a la de la sentencia.[12]

21.3.1.2 Corriente contractualista

En oposición a la corriente anterior, autores como **José Chiovenda**[13] defienden el papel de la expresión de la voluntad de las partes como piedra angular y fundamental del arbitraje. Sin voluntad de las partes involucradas no hay arbitraje. La facultad del árbitro emana de la voluntad de las partes; él actúa con fundamento en el acuerdo de los contratantes manifestados a través de una cláusula o en un compromiso arbitral. La emisión de su laudo es también un acto de carácter privado.

---

[10] Citado por **F. Flores García: Tito Carnacci**, *Arbitraje*, trad. de **Santiago Sentis Melendo**, Buenos Aires, EJEA, 1961, pág. 34.

[11] Citado por **F. Flores García, Umberto Rocco**, *Derecho procesal civil*, trad. de **Felipe de J. Tena**, México, Editorial Porrúa, 1944, pág. 83.

[12] Como representantes mexicanos de la posición jurisdiccionalista podemos mencionar a **Niceto Alcalá Zamora**, **Rafael de Pina**, **Eduardo Pallares**, **Toral Moreno**, entre otros.

[13] **José Chiovenda**, *Principios de derecho procesal civil*, trad. de **José Casais Santaló**, t. I, Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1980.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

Aquí, el árbitro no realiza una actividad jurisdiccional, si entendemos ésta como el conjunto de las facultades de conocer del caso (*notio*), de juzgar el asunto (*juditio*) y de hacer cumplir una determinada decisión al respecto (*imperium*). Claramente el árbitro carece de la última, el árbitro no cuenta con el poder para ejecutar sus decisiones como lo hace el juez. Su decisión es final en cuanto a su fondo y tiene coercitividad en potencia, es por ello necesaria la intervención judicial, a falta de cumplimiento voluntario de las partes, para ordenar su ejecución.

Couture, por ejemplo, explica que "el arbitraje es una forma jurídica de contener la acción directa de las partes y el ejercicio de sus poderes de coacción propia, declinándolas en órganos de decisión presumiblemente idóneas para resolver el conflicto en vista de la justicia de las respectivas pretensiones".[14]

El árbitro no es, según esta corriente, un funcionario del Estado, no tiene jurisdicción ni propia ni delegada, sus facultades derivan de la voluntad de las partes que sí, en efecto, debe estar expresada según lo dispuesto en la ley. El papel de la ley aquí no es como fuente que fundamenta el arbitraje sino como marco jurídico dentro del cual la voluntad de las partes y la actuación del árbitro deben circunscribirse.

Esto significa que el arbitraje es un procedimiento de solución de controversias de carácter privado contemplado en la ley. Es decir, en el arbitraje hay libertad mas no libertinaje. Las partes pueden acordarlo, diseñarlo, modificarlo en cierto momento, pero siempre con sujeción a lo dispuesto por la propia ley y dentro de sus límites. Por ello, el laudo únicamente afecta a las partes involucradas, no a terceros, no crea precedentes obligatorios, porque sólo ellas han manifestado su deseo de someter determinadas controversias a dicho mecanismo.

21.3.1.3 Comentario

Claro es que de estas posturas han surgido otras de naturaleza ecléctica que reconocen tanto el origen contractual del arbitraje como la similitud que guarda con un juicio tradicional. No negamos, como señala el Ministro **Carlos de Silva Nava**, que si bien el arbitraje surge de un acuerdo de voluntades, "su naturaleza no puede limitarse a un contrato ya que no se agota con el pacto en sí ni se perfecciona en un momento determinado, sino que supone un procedimiento, a pesar de su origen estrictamente consensual". [15] En efecto, sus efectos rebasan los de un contrato y eso es precisamente lo que genera mayor discusión.

Sin embargo, considero que la polémica de la naturaleza jurídica del arbitraje debe hacerse a la luz no sólo de reflexiones doctrinales sino de criterios legales y jurisprudenciales. La legislación vigente en México en materia de arbitraje es una copia muy afortunada de la *Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional* de la UNCITRAL, contenida en el Título IV del Libro Quinto del *Código de Comercio*, aplicable tanto a arbitrajes nacionales como a internacionales, siempre y cuando se conduzcan en territorio nacional. La tendencia de esta legislación es privatista, digamos de corte más

---

[14] **Eduardo Couture**, *Estudios de derecho procesal civil*, t. III, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1989.

[15] **Carlos de Silva**, "El arbitraje: consideraciones constitucionales", trascripción de conferencia impartida en el Seminario de Arbitraje Comercial, ITAM/CAM, 1998, Biblioteca privada del Centro de Arbitraje de México (CAM).

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

bien contractualista, si queremos verlo en términos de la discusión doctrinal comentada anteriormente. El arbitraje en México se ejerce hoy como un alcance de la autonomía de la voluntad de las partes no como un equivalente jurisdiccional y considero que ello, en gran medida, ayudó a superar la polémica en torno a su constitucionalidad que en años pasados surgió.

La posición contractualista resuelve y evita muchas interrogantes que surgen cuando se habla de la constitucionalidad del arbitraje y sobre todo, nos permite ubicarnos en una plataforma uniforme y adaptada a la tendencia internacional.[16] En la medida en que asemejemos más al arbitraje a un acto de particulares, esas preguntas se verán disipadas. Un contrato, como acto de carácter privado, no tiene por qué analizarse con lupa constitucional, no es materia de regulación por la Constitución, excepto en lo que se refiere a su ejecución ante la autoridad judicial o a su normatividad en las leyes secundarias. Una ley que regula determinado contrato o su ejecución pueden ser inconstitucionales pero no el contrato *per se*. La prohibición del art. 17 constitucional citada anteriormente prohíbe la autotutela, mas no los convenios, mediaciones, conciliaciones o cualquier otro medio tendiente a resolver conflictos.

21.3.2 Características

El arbitraje es entonces un mecanismo heterocompositivo de solución de controversias, que únicamente procede por acuerdo de las partes, y por el cual uno o más especialistas designados por ellas resuelven un conflicto de manera definitiva, aplicando reglas *ad hoc*, o haciendo referencia a un reglamento redactado por una institución.

En el arbitraje, uno o más terceros denominados *árbitros* y facultados por las propias partes, resuelven de manera obligatoria y definitiva una controversia con sujeción al marco legal aplicable. Los árbitros pueden resolver.

La figura del arbitraje se ha distinguido por contar con características que muchos exponen como "ventajas del arbitraje" pero que lo son únicamente si su uso es adecuado"

Flexibilidad del proceso

El procedimiento arbitral, ya sea el diseñado directamente por las partes o el redactado por una institución presupone ser flexible, es decir, que mientras exista acuerdo de todas las partes involucradas en el procedimiento, se pueden adoptar cambios en los plazos, las etapas procesales, las pruebas a entregar, etc. Si bien en la mayoría de los casos, esta característica se presenta como una ventaja, en algunos otros su mal uso se ha criticado debido a que alarga el procedimiento y, si el árbitro no conserva un

[16] En estos comentarios únicamente nos referimos al arbitraje comercial entre particulares. El análisis de este tema en relación a paneles binacionales y arbitrajes o procedimientos alternativos de carácter administrativo adquieren un tenor distinto. Sobre este tema *véase*: "El arbitraje como medio de controversias en materia de inversiones en el TLC," de **Víctor Carlos García Moreno**; "Mecanismos de solución de controversias del Tratado de Libre Comercio de América del Norte", de **Francisco González de Cossío**; "Disposiciones institucionales y procedimientos para la solución de controversias en el TLC", de **José Luis Siqueiros**, publicado en Panorama Jurídico del Tratado de Libre Comercio II, Universidad Iberoamericana, México, 1993.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

adecuado control del mismo, el arbitraje puede complicarse y perder su propósito: alcanzar una solución legal y en poco tiempo.

Celeridad

Por su flexibilidad y ausencia de formalismos, generalmente, los arbitrajes suelen ser más rápidos que un juicio. Los reglamentos institucionales prevén plazos razonables en etapas ágiles que buscan centrar la discusión en aspectos de fondo y superar rápidamente diferencias en torno a la formalidad del proceso. Sin embargo, en ocasiones las partes tienden a abusar de la flexibilidad solicitando demasiadas prórrogas, modificando las fechas de las audiencias constantemente, etc. Por ello, en gran medida, la rapidez y eficacia de un procedimiento arbitral dependerá de un buen conjunto de reglas y de un árbitro diligente que mantenga control del caso. Por otra parte, la definitividad del laudo (las partes renuncian al recurso de apelación) y la improcedencia del juicio de amparo contra los actos arbitrales favorece también la duración del proceso.

Elección de los árbitros

La injerencia de las partes en el diseño del procedimiento arbitral incluye también la posibilidad de designar al o a los árbitros que decidirán la cuestión. Estudios han demostrado que esta participación de los involucrados favorece en gran medida el cumplimiento voluntario no sólo del laudo, sino de las actuaciones arbitrales en general. El reconocimiento de las partes de que se encuentran ventilando su caso ante especialistas de la materia, profesionales, independientes e imparciales (considerando que esas son las características que una parte debe tomar en cuenta al nombrar a un árbitro) genera mayor creencia en la calidad del laudo y, por lo tanto, mejora las tasas de cumplimiento espontáneo.

Confidencialidad

La privacidad del arbitraje es, en ocasiones, una de las razones de mayor peso para elegir este mecanismo de solución de conflictos. Para determinadas empresas o en determinado tipo de conflictos mantener el asunto en el conocimiento sólo de las partes y de los árbitros representa un valor aún mayor al monto reclamado. En ese entendido, sólo las partes involucradas en una controversia pueden tener acceso a los documentos generados en el proceso, participar en las audiencias y conocer el laudo que resuelva su controversia. Sin embargo, cabe aclarar que se trata de una característica propia de la doctrina y la práctica profesional; la ley en México y las convenciones internacionales no establecen una obligación de confidencialidad, vis a vis las partes y los árbitros. Son generalmente los reglamentos institucionales los que establecen dicha obligación hacia su personal administrativo y en ocasiones hacia el árbitro. Si las partes desean asegurar el uso confidencial de su caso, deben celebrar un compromiso de confidencialidad entre ellas con relación a su asunto.

Costo

Si bien el arbitraje implica el pago de los honorarios de los árbitros y en su caso, los de una institución arbitral, lo cierto es que si las partes y el árbitro trabajan conjunta-

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

mente a favor de una solución pronta, el costo será razonable y en una relación costo-beneficio, las partes habrán ganado.

Eficacia del laudo

La Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales Extranjeros de 1958 (en adelante, la Convención de Nueva York) y otros instrumentos convencionales[17] reconocen plena eficacia al laudo, lo que permite a la parte favorecida poder solicitar su ejecución en cualquier país en el que su deudor tenga activos. Estos documentos han tenido como consecuencia principal que, en la actualidad, sea más sencillo solicitar la ejecución extraterritorial de un laudo que la de una sentencia judicial.

Cabe insistir que estas características pueden reflejarse en beneficios para las partes sólo si se trata de un procedimiento arbitral que cuente con elementos como: buena fe y participación de las partes, control y correcta conducción del proceso por el árbitro y buena elección de reglas arbitrales.

21.3.3 Arbitrabilidad

El concepto de *arbitrabilidad* representa uno de los temas de mayor relevancia en derecho arbitral ya que determina el alcance de la materia y marca la tendencia del foro, es decir su inclinación a favor o en contra de la solución de controversias por métodos no judiciales.

Arbitrabilidad de la materia: significa que ésta sea susceptible de someterse a arbitraje. Por supuesto, se trata de un tema íntimamente relacionado con el orden público. El concepto de arbitrabilidad se amplía según se restringe el de orden público. En la medida en que más materias sean consideradas de *orden público* menos controversias podrán ser sometidas al arbitraje. Por ello, me adelanto a concluir que la arbitrabilidad de las controversias es una cuestión legal y de política legislativa nacional, ya que si bien existen varios criterios que nos ayudan a determinar qué es arbitrable, en realidad es un tema de derecho positivo, es decir: es arbitrable lo que la ley diga que así es.

Estamos entonces frente a un tema de derecho positivo, es decir, la ley nacional debe determinar los límites del ámbito arbitral, en oposición a aquél de los tribunales judiciales. Como afirman **Redfern & Hunter**: "Cada Estado decide qué temas pueden o no pueden resolverse por arbitraje según su propia estrategia política, social y económica."[18] Para ello, es necesario establecer un equilibrio entre la importancia interna de reservar ciertos temas de interés público al Poder Judicial y la voluntad de promover el comercio y el arreglo de controversias. No cabe duda que el interés de ciertos países de promover sus relaciones internacionales en materia comercial ha sido determinante en la decisión de qué materias deben reservarse al conocimiento del Estado y qué otras pueden resolverse por vías alternativas. Es por ello que, frecuentemente, el desarrollo del arbitraje y de los medios alternos de solución de controversias en general, coincide con la apertura comercial del país en cuestión y el aumento de sus

[17] *v.gr.* Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional de Panamá (1975).

[18] **Alan Redfer & Martin Hunter**, Law and Practice of International Commercial Arbitration, Sweet and Maxwell, Londres, 1999, pág. 148.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

relaciones internacionales. Por ello decíamos en la introducción de esta sección que la arbitrabilidad es un tema de orden público. Sin embargo este concepto no es estático, varía de país a país, y de tiempo en tiempo. Tiene un ámbito territorial y temporal. Es por esto que estamos frente a un tema movedizo, inquieto, que varía según las decisiones que el Estado tome al respecto. De ahí la importancia de estudiarlo y revisarlo cotidianamente.

En este apartado se buscará resaltar los aspectos más interesantes de este concepto y la manera en que en México se ha asimilado ya que, como he dicho, su tratamiento refleja la percepción legislativa y la tendencia que se tiene de los mecanismos alternativos de solución de controversias. Para ello, se revisará su concepto y regulación vigente, mencionando algunas experiencias prácticas y criterios de derecho comparado (1) y posteriormente se expondrá el caso de México y algunos comentarios recientes que se han suscitado en torno al tema, particularmente cuando existe la participación de un organismo público como parte del acuerdo arbitral (2).

21.3.3.1 Demarcación del tema y regulación vigente internacional

a) *Clases*. En un arbitraje podemos enfrentarnos a dos tipos de arbitrabilidad: aquélla que es determinada por las partes mismas en su acuerdo arbitral, conocida como *arbitrabilidad privada* y la determinada por la ley aplicable y que está vinculada al orden público (que personalmente llamaría *arbitrabilidad legal*), misma que puede analizarse desde dos perspectivas distintas, la subjetiva y la objetiva. En esta nota nos referiremos únicamente a la arbitrabilidad legal en sus dos perspectivas.

b) *Perspectivas de su estudio*. Siguiendo la propuesta didáctica de **Francisco González de Cossío**, la arbitrabilidad puede ser estudiada desde dos perspectivas:

- Arbitrabilidad subjetiva, y
- Arbitrabilidad objetiva

1. *Arbitrabilidad subjetiva*. Se refiere a la capacidad de las partes para someter determinada(s) controversia(s) a arbitraje, es decir, que las partes cuenten con la legitimidad, la autorización o la facultad de ventilar sus controversias en arbitraje. Un tema por demás interesante relacionado con este punto es la posibilidad de que los organismos públicos celebren pactos arbitrales. Al respecto, existen diversas tendencias que por supuesto también son reflejo de la política del país en materia de mecanismos alternativos:

- Prohibición absoluta de pactar arbitraje;[19]
- Permisión de pactar arbitraje irrestricta;[20]

---

[19] Caso de Francia (art. 2060 del *Código Civil* francés) y Bélgica antes de la reforma de sus respectivas *Lex arbitri*. En ambos era necesario notificar al Ministerio Público cuando un organismo público sometía una controversia a arbitraje.

[20] Caso de países como Suiza, Inglaterra, Italia y Alemania.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

- Posibilidad de pactar arbitraje sujeta a determinados requisitos establecidos en ley,[21] o
- Posibilidad de pactar arbitraje sujeta a autorización.[22]

A la arbitrabilidad subjetiva le interesa principalmente la persona que celebra el contrato. Personalmente, al tratar este tema yo me referiría a capacidad en el arbitraje, no necesariamente a arbitrabilidad, aunque en la doctrina es común encontrar esta referencia.

2. *Arbitrabilidad objetiva*. Se refiere estrictamente a la materia que puede ser sometida a arbitraje, sin dar importancia a quién lo acuerde sino sobre qué se acuerde.

Es difícil separar estas nociones la una de la otra ya que generalmente las limitaciones al sujeto de la relación jurídica están íntimamente ligadas con su actividad. Por ejemplo, si consideramos que PEMEX es un sujeto regulado por criterios de arbitrabilidad subjetiva, ello se debe a la actividad que realiza y a la regulación de ésta, por lo que en realidad en ese caso tendríamos que referirnos a ambas perspectivas de la arbitrabilidad. En otros casos como en el derecho penal, la división es más clara ya que el estudio se centra en la materia y no en los sujetos.

Aún así, por razones didácticas y metodológicas, es importante mencionar ambas visiones del concepto materia de esta sección.

c) *El acuerdo arbitral desde la teoría del acto jurídico*. Analizar al acuerdo arbitral desde el punto de vista de la teoría del acto jurídico,[23] nos permite determinar sus elementos de existencia y validez, a saber:

- Arbitrabilidad subjetiva, y
- Consentimiento de las partes que deciden someter sus controversias a arbitraje exento de vicios;
- Un objeto lícito, y
- Cumplir con las formalidades establecidas en el art. 1423 del *Código de Comercio* mexicano.

---

[21] Aunque el caso de México se tratará con más detalle, en este momento podemos afirmar que en nuestro país los organismos públicos pueden celebrar acuerdos arbitrables cuando su legislación así lo prevé (*véase* por ejemplo, *Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados*, art. 15 o Cap. XI del Tratado de Libre Comercio).

[22] Caso de Irán, cuya Constitución establece que dicho sometimiento por organismos públicos está sujeto a la aprobación del Parlamento.

[23] Cabe señalar que en las decisiones judiciales relacionadas con la ejecución de acuerdos y de laudos arbitrales en México, existe una fuerte tendencia a resolver el asunto desde la perspectiva del acto jurídico, lo cual hace que los jueces mexicanos dejen de lado la regulación arbitral contenida en el *Código de Comercio* mexicano, la cual debe ser considerada como la *Lex Arbitri* mexicana para cualquier sentido y estudio que se haga del tema. Es decir, si bien el *Código Civil* establece los principios de la teoría del acto jurídico, en casos de arbitraje la validez del acuerdo debe estudiarse con fundamento en el Título Cuarto del Libro Quinto del *Código de Comercio*. Así por ejemplo, el art. 1423 del Código comercial establece la forma del acuerdo arbitral, por lo que su validez debe ser estudiada bajo esta perspectiva y no por la legislación civil. Asimismo, el consentimiento y el objeto están contemplados en el art. 1416 del mismo Código. En ocasiones, resulta poco alentador leer sentencias judiciales en materia arbitral, sobre asuntos comerciales además, que no hacen ni la más mínima referencia a la *Lex Arbitri* mexicana.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

La licitud del objeto consiste en que la materia de la controversia sea susceptible de ser resuelta por arbitraje, de lo contrario, el acuerdo arbitral será inválido.

La Convención de Nueva York regula no sólo la validez de los laudos sino además la de la cláusula arbitral. En su art. II.1 por ejemplo, establece:

> *Cada uno de los Estados contratantes reconocerá el acuerdo por escrito conforme al cual las partes se obliguen a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje.*

Por otra parte, el art. V de la Convención, al enumerar las causales por las cuales se puede denegar el reconocimiento y la ejecución de un laudo arbitral, incluye la inarbitrabilidad como uno de los exámenes que, de oficio, el juez que conoce de la ejecución puede realizar aunque no sea un aspecto aludido por las partes.

d) *Derecho aplicable a la arbitrabilidad*. En un caso de derecho interno o comúnmente llamado *doméstico*, en el que todos los elementos recaen en un mismo régimen jurídico, incluso la ejecución de laudo, la arbitrabilidad se determinará indudablemente según ese derecho.

Ahora, si nos enfrentamos a un caso en el que convergen distintas jurisdicciones, por la nacionalidad de las partes, el lugar de celebración o de ejecución del contrato, etc., y en el que por lo tanto es posible enfrentarse a una interacción de legislaciones nacionales, la problemática es distinta. En ese supuesto, será necesario determinar cuál de esas leyes será aplicable para resolver la arbitrabilidad de la materia. Habrá que tomar en cuenta tal vez, la legislación de una de las partes o el derecho aplicable al acuerdo arbitral o el derecho arbitral (*lex arbitri*) del lugar del arbitraje o la ley del lugar de ejecución.

Existen diferentes tendencias al respecto. Sin embargo, cualquier análisis del tema debe primeramente responder a la pregunta: ¿quién debe decidir si cierta controversia es o no arbitrable? Es decir, ¿ante quién se está discutiendo la arbitrabilidad?

Si el arbitraje ha iniciado y es el árbitro quien conoce de la impugnación que una de las partes realiza de la cláusula arbitral argumentando que ésta no es válida debido a que la materia que se pretende ventilar en el arbitraje es inarbitrable y que, por lo tanto, el árbitro no es competente, éste deberá resolver la cuestión utilizando una de las siguientes alternativas:

Definir la arbitrabilidad de la materia según:

- el derecho arbitral del lugar del arbitraje (*lex fori*);
- el derecho que rige a la cláusula arbitral, si éste fue pactado por las partes expresamente;
- el derecho aplicable al fondo de la controversia;
- criterios internacionales de orden público y arbitrabilidad generalmente aceptados excusándose en que el árbitro no está sujeto a foro alguno (afirmación que no comparto).

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

Ahora, si la pretensión de la parte interesada en que la materia ventilada sea considerada inarbitrable no prospera, o simplemente no es un tema discutido en el arbitraje, pero surge al momento de impugnar el laudo, el juez que conoce de dicha impugnación se enfrentará a dos escenarios:

1. Si la causal invocada por la parte interesada en impugnar el laudo consiste en que el acuerdo arbitral sea declarado nulo por referirse a una materia no arbitrable, el análisis, según el art. V(1)(a) de La Convención de Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras (la Convención de Nueva York)[24] deberá hacerse de conformidad con la ley aplicable al acuerdo arbitral o en ausencia de determinación de las partes al respecto, con la ley del lugar en que se dictó el laudo.
2. Si la parte interesada en impugnar el laudo invoca una causal que nada tiene que ver con la arbitrabilidad, el juez siempre cuenta con la facultad de hacer dicho análisis *de oficio* con base en el art. V(2)(a) de la Convención, pero en este caso, podrá resolver la cuestión aplicando su ley, es decir, la *lex fori*. La razón de esto es que justamente se pretende que en ese lugar el laudo tenga efectos y para ello, éste debe versar sobre una materia que en dicho foro sea susceptible de resolverse por vía arbitral.

e) *Reglas y criterios para determinar la arbitrabilidad*. Se dice comúnmente que *todo lo transigible es arbitrable*. Sin embargo, este principio nos regresa al problema de determinar qué es transigible.

Otros criterios más claros y completos indican que las controversias que versen sobre materia de interés público (casos en los que generalmente es necesaria la intervención de una autoridad judicial o administrativa para la solución de la controversia),[25] que perjudiquen derechos de terceros (consumidor, casos de competencia económica, derecho societario, derecho familiar) o que por otra razón estén expresamente excluidas por ley (estado civil de las personas, derecho a recibir alimentos, controversias surgidas de un acto de autoridad): no son arbitrables. En general, las controversias que involucren derechos pecuniarios son arbitrables. También se afirma que las controversias que se relacionen con los derechos de los que las partes puedan disponer libremente son arbitrables.[26]

Todo ello parece tener cierta lógica, sin embargo a pesar de su claridad, existen temas en que la determinación no es tan sencilla o en los que la regla se rompe casi totalmente.

---

[24] Convención celebrada en 1958 en la Ciudad de Nueva York y ratificada por México en 1970, considerada la convención más importante en materia arbitral por el número de países que la han ratificado y por su aportación: la posibilidad de que el acreedor de un laudo arbitral pueda solicitar su ejecución en cualquier país en que el deudor tenga activos.

[25] Es importante mencionar que la recurrente disposición de las leyes mexicanas en el sentido de que determinada ley "es de interés público" no quiere decir que todos los asuntos regulados por ésta deban considerarse competencia exclusiva del Estado. En muchas de las leyes que inician con esta declaración se incluyen aspectos que pueden ser pactados y resueltos por las partes, de conformidad con el principio de autonomía de la voluntad de las partes.

[26] **Claus von Wobeser**, "La arbitrabilidad en México", en *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado*, México, abril, 2004.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

21.3.3.2 Arbitrabilidad en México: regulación y reacciones recientes

La *Lex Arbitri* mexicana

La *Ley Arbitral Mexicana* es el Título Cuarto del Libro Quinto del *Código de Comercio*, la cual reúne fielmente las disposiciones propuestas por UNCITRAL en su *Ley Modelo para Arbitraje Comercial Internacional*. Es importante mencionar que dicho título es aplicable tanto a arbitrajes nacionales como internacionales cuando el lugar del arbitraje señalado por las partes (o por el árbitro o por la institución arbitral) sea territorio mexicano.

La arbitrabilidad no está expresamente regulada por esta ley, ya que intencionalmente UNCITRAL dejó el tema fuera de su ley modelo por considerar que no podía proponerse una norma uniforme al respecto y que sería un tema a determinar por el derecho nacional, sustantivo o adjetivo. Sin embargo, en algunos artículos del Título Cuarto podemos destacar su relevancia y los efectos que su inobservancia tendría:

1. Al obligar al juez que conozca de un asunto sometido a arbitraje a remitir a las partes al arbitraje, a menos que el acuerdo sea nulo. Una de las causas de nulidad es la inarbitrabilidad de la materia:

   Artículo 1424. *El juez al que se someta un litigio sobre un asunto que sea objeto de un acuerdo de arbitraje, remitirá a las partes al arbitraje en el momento en que lo solicite cualquiera de ellas, a menos que se compruebe que dicho acuerdo es* ***nulo****, ineficaz o de ejecución imposible.*

2. Al regular la nulidad del laudo ante tribunales mexicanos:

   Artículo 1457. *Los laudos arbitrales sólo podrán ser anulados por el juez competente cuando:*

   I. La parte que intente la acción pruebe que:

   a) Una de las partes en el acuerdo de arbitraje estaba afectada por alguna incapacidad, o que dicho acuerdo ***no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido****, o* ***si nada se hubiese indicado a ese respecto en virtud de la legislación mexicana****;*
   […]

   II. El juez compruebe que, según la legislación mexicana, el objeto de la controversia ***no es susceptible de arbitraje****, o que el laudo es contrario al orden público.*

3. Al regular el reconocimiento y la ejecución de un laudo extranjero en México:

   Artículo 1462. *Sólo se podrá denegar el reconocimiento o la ejecución de un laudo arbitral, cualquiera que sea el país en que se hubiere dictado, cuando:*

   I. La parte contra la cual de invoca el laudo, pruebe ante el juez competente del país en que se pide en reconocimiento o la ejecución que:

   a) Una de las partes en el acuerdo de arbitraje estaba afectada por alguna incapacidad, o que dicho acuerdo ***no es válido en virtud de la ley a que las partes lo***

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

han sometido, o si nada se hubiere iniciado a este respecto, en virtud de la ley del país en que se haya dictado el laudo*;*
[…]

II. *El juez compruebe que, según la legislación mexicana, el objeto de la controversia* ***no es susceptible de arbitraje****; o que el reconocimiento o la ejecución del laudo son contrarios al orden público.*

21.4 Fuentes del Derecho Arbitral

A. Sometimiento al arbitraje: el acuerdo arbitral

El acuerdo arbitral representa el fundamento del arbitraje. No hay procedimiento arbitral sin acuerdo de voluntades de las partes interesadas en someter sus controversias a un arbitraje; por lo tanto, es la fuente principal del derecho arbitral.

Sin embargo, esto no quiere decir que el acuerdo arbitral esté exento de un marco jurídico que determine su forma, su validez y sus elementos de existencia. Sólo celebrando un acuerdo arbitral legalmente válido podemos asegurar un laudo arbitral igualmente válido.

En gran medida, el éxito de un procedimiento arbitral (en términos de tiempo, eficiencia, ahorro y calidad) depende de un buen inicio, es decir, de un acuerdo arbitral sano. En este apartado revisaremos el tema del derecho aplicable en el arbitraje (1), cuáles son los elementos de existencia y requisitos de validez del pacto arbitral (2), la teoría que establece su autonomía (3) y los efectos que se generan al celebrarlo (4).

21.4.1 Derecho aplicable en el arbitraje

En el arbitraje convergen una serie de ordenamientos jurídicos, a saber:

- El derecho arbitral y el reglamento del procedimiento arbitral (*lex arbitri*);
- El derecho aplicable a la validez del acuerdo arbitral;
- El derecho aplicable a la capacidad para comprometer en árbitros;
- El derecho aplicable al fondo de la controversia, y
- El derecho aplicable al reconocimiento y la ejecución del laudo.

De los cinco regímenes jurídicos mencionados, los tres primeros se determinan, generalmente, por el lugar del arbitraje señalado en la cláusula arbitral; sin embargo, las partes pueden optar por elegir un derecho aplicable a la cláusula y a la capacidad de las partes distinto a la *lex arbitri*. El cuarto coincide con el derecho aplicable al contrato y el quinto es determinado por el lugar en el que se solicita la ejecución del laudo.

Consecuentemente, el acuerdo arbitral celebrado en un contrato determina los ordenamientos jurídicos aplicables a cada caso. Tomemos como ejemplo el siguiente pacto arbitral:

Todas las controversias derivadas del presente contrato se resolverán mediante un arbitraje conducido por tres árbitros conforme a las Reglas de Arbitraje del Centro de

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

Arbitraje de México (CAM). El arbitraje se sustanciará en París, Francia y el idioma será inglés. El derecho aplicable será el derecho de Nueva York.

En este caso, según voluntad de las partes, el derecho arbitral serán las normas francesas aplicables a la materia arbitral (o las de París, si la materia es de regulación local) y el reglamento institucional del Centro de Arbitraje de México. El derecho aplicable al fondo de la controversia será el neoyorkino. Debido a que las partes no señalaron un régimen jurídico distinto aplicable a la validez del acuerdo y a la capacidad de las partes, estos temas se determinarán también por el derecho arbitral francés.

21.4.2 Elementos de existencia y requisitos de validez del acuerdo arbitral

El estudio del acuerdo arbitral puede realizarse desde la perspectiva de acto jurídico y/o según derecho arbitral. El derecho arbitral no regula los elementos de existencia, por ello utilizaremos la teoría del acto jurídico para determinarlos; la *Lex Arbitri,* en cambio, nos permitirá revisar la forma en que el consentimiento debe manifestarse para ser considerado como un acuerdo arbitral válido.

a) Elementos de existencia:

- *Consentimiento*

Las partes que deseen someter sus o determinada controversia a un procedimiento arbitral deben manifestarlo en la forma que establece la ley arbitral aplicable, en el caso de México los arts. 1423 del *Código de Comercio* y II.2 de la Convención de Nueva York. Sin consentimiento no hay arbitraje.

De la forma de manifestar dicho consentimiento dependerá la validez del acuerdo y la efectividad del procedimiento arbitral. Lo que podemos afirmar este momento es que, según la legislación mexicana en materia de arbitraje, sólo existe acuerdo arbitral si es celebrado por escrito.

- *Objeto*

El objeto del acuerdo arbitral es la controversia que se somete a resolución; ésta debe ser determinada o determinable. Es decir, los contratantes no pueden acordar arbitraje en abstracto. Una persona física o moral no puede establecer que todas las controversias a las que se enfrente en sus relaciones jurídicas serán resueltas por arbitraje. El acuerdo arbitral debe pactarse en un marco contractual o extracontractual determinado, es decir, de manera concreta, con definición clara de las partes involucradas y de la relación jurídica que las vincula.

Lo anterior no quiere decir que sólo pueda pactarse arbitraje cuando la controversia haya surgido y se tenga conocimiento de ella. Las partes pueden celebrar el acuerdo arbitral al momento de firmar el contrato, para controversias futuras. Así, el texto común de las cláusulas arbitrales incluidas en contratos mercantiles señala:

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

Todas las controversias que surjan con motivo del cumplimiento y ejecución de este contrato o que guarden relación con él, serán resueltas mediante arbitraje de acuerdo con las reglas […].

b) Requisitos de validez: capacidad, forma y licitud en el acuerdo arbitral

Una vez comprobado que existe consentimiento y objeto, hay acuerdo arbitral, sin embargo para surtir plenos efectos, el pacto debe además ser válido. En ese orden de ideas, el consentimiento es válido si reviste la forma prevista por el derecho arbitral del lugar del arbitraje y el objeto si versa sobre una materia arbitrable.

- *Capacidad*

Para pactar arbitraje debe contarse como persona física con capacidad de ejercicio y como persona moral con representantes y apoderados que cuenten con poderes suficientes. La tendencia general es establecer como cláusula especial la facultad de comprometer en árbitros y de transigir.

- *Forma del acuerdo arbitral*

La forma del acuerdo arbitral está igualmente regulada por el derecho arbitral del lugar del arbitraje. Por ejemplo, si el lugar del arbitraje se encuentra en territorio mexicano, la legislación aplicable es el Título IV del Libro Quinto del *Código de Comercio*. El art. 1423 del Código, equivalente al art. 7 de la Ley Modelo de la UNCITRAL establece:

El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito, y consignarse en documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, télex, telegramas, facsímil u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo, o en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte, sin ser negada por la otra. La referencia hecha en un contrato a un documento que contenga una cláusula compromisoria, constituirá acuerdo de arbitraje siempre que dicho contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato.

Del precepto anterior se desprende lo siguiente:

1. El consentimiento debe manifestarse por escrito y
2. Se entiende por "escrito" las siguientes alternativas:

   — Documento firmado por las partes;
   — Intercambio de comunicaciones sin necesidad de firma autógrafa (cartas, télex, telegramas, facsímil, otro medio de comunicación) siempre y cuando el medio utilizado deje constancia del acuerdo;
   — Intercambio de escritos de demanda y contestación de los cuales se desprenda que hay acuerdo de las partes de someter su controversia al foro arbitral, o
   — Referencia a un documento que contenga el pacto arbitral siempre y cuando pueda desprenderse que dicho documento forma parte del contrato principal y éste se haya celebrado por escrito.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

Cualquiera de estas formalidades cumple con el requisito de validez establecido por el art. 1423 del *Código de Comercio*. Por supuesto, la alternativa que mayor certidumbre ofrece es un contrato celebrado por las partes que incluya una cláusula arbitral y que cumpla con las formalidades propias de dicho acto jurídico. Las alternativas restantes son las más controvertidas o las que mayor problemática presentan al momento de surgir la disputa. En esos casos, frecuentemente el primer asunto a resolver por el árbitro es justamente la validez del acuerdo arbitral y, por lo tanto, su competencia.

- *Licitud del objeto del acuerdo arbitral*

Por otra parte, el objeto debe ser lícito. En este caso, la licitud del objeto consiste en que el asunto que se desea someter a arbitraje verse sobre una materia arbitrable. El tema a discutir aquí es la arbitrabilidad de la materia.

21.4.3 Autonomía de la cláusula arbitral

El acuerdo arbitral es considerado por la mayoría de las leyes en materia de arbitraje,[27] los reglamentos institucionales y un alto número de decisiones judiciales de distintos países como un acuerdo autónomo del contrato en el cual está incluido: es decir que el acuerdo arbitral no sigue, necesariamente, la suerte del contrato principal.

La teoría de la autonomía de la cláusula arbitral se crea para evitar que la parte que desea evadir el compromiso arbitral asumido intente hacerlo simplemente argumentando que el contrato que lo contiene es nulo. Si se tomara ello por cierto en todos los casos, bastaría con presentar ese argumento para evadir la obligación adquirida y terminar ventilando la controversia en otro foro: seguramente el judicial.

Sobra decir que lo anterior no debe interpretarse en el sentido que todo acuerdo arbitral es válido. Lo que intenta establecer esta teoría es que si bien puede existir algún vicio en el contrato principal, ello no acarrea la invalidez de la cláusula arbitral y debe constituirse un tribunal arbitral que, dentro de los aspectos que decidirá, tenga que pronunciarse sobre la validez del contrato y, en todo caso, la de la cláusula arbitral.

Los efectos de la autonomía de la cláusula arbitral son:

- La invalidez o nulidad del contrato no acarrea por ese solo hecho la nulidad de la cláusula arbitral;
- El árbitro es competente para decidir sobre su propia competencia y sobre la posible nulidad de la cláusula arbitral;
- La cláusula arbitral puede someterse a un derecho aplicable distinto a aquél que rige el contrato principal que la contiene.

Según la legislación mexicana, el árbitro es libre de decidir los aspectos relativos a la validez de la cláusula en un laudo interlocutorio al inicio de la instrucción o bien al final del proceso en la decisión sobre el fondo. Los criterios para tomar una u otra postura varían según el caso, la situación litigiosa entre las partes, la fuerza o debilidad del argumento sobre la invalidez, entre otros.

---

[27] Principalmente las que siguen el diseño de la *Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial* de la UNCITRAL: tal es el caso de la ley arbitral mexicana, como lo demuestra el art. 1432 del *Código de Comercio*.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

21.4.4 Efectos del acuerdo arbitral

La celebración de un acuerdo arbitral genera, principalmente, los siguientes efectos:

- Las partes están obligadas a acudir a dicho mecanismo de solución de controversias; es decir que una vez celebrado y por su carácter heterocompositivo, las partes no podrán renunciar a él unilateralmente. La parte que sea notificada de acuerdo a lo establecido en el reglamento arbitral aplicable o en la *lex arbitri* del lugar del arbitraje y no comparezca, será considerada rebelde y el procedimiento seguirá en rebeldía hasta la posible rendición del laudo.[28]
- El juez que conozca de un caso cuyo contrato base de la acción, según es demostrado por una de las partes, contiene una cláusula de arbitraje, debe remitir a las partes al arbitraje, es decir, declarar que la vía judicial no es procedente en dicho caso. Es común que el asunto llegue a manos del juez justamente porque una de las partes argumenta que el acuerdo arbitral invocado por la otra es nulo, y por lo tanto que el competente para conocer de la controversia es el juez. La legislación no es clara respecto a quién debe decidir sobre la validez del acuerdo, si el juez o el árbitro[29] y por lo tanto, dicha aclaración se ha dejado en manos de la jurisprudencia.

La gran mayoría de la doctrina arbitral establece que el juez debe dar —en palabras de **Gerold Herrmann**— el derecho al *primer disparo* al árbitro, justamente en respeto a la teoría de la autonomía de la cláusula arbitral. Sin embargo, hasta ahora en México se ha determinado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación que el juez es quien debe pronunciarse primeramente sobre la validez de la cláusula y en caso de decidir que la cláusula es válida, entonces remitir el asunto a arbitraje.[30]

B. La Convención de Nueva York

La regulación arbitral que prevalece actualmente tiene su origen en la Convención de Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, celebrada en Nueva York en 1958 y por ello mejor conocida como la Convención de Nueva York (expresión con la cual nos referiremos a ella en adelante).

C. El derecho nacional y la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de la UNCITRAL

1. Redacción de la Ley Modelo de la UNCITRAL

En respuesta a la buena recepción de la Convención de Nueva York, la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (conocida por sus siglas en inglés UNCITRAL) decidió en 1975 establecer un Grupo de Trabajo encaminado a re-

[28] Distinto sucede con la mediación y la conciliación: en esos casos basta con la voluntad de una parte de no continuar con el procedimiento para que éste deje de existir.
[29] *Véase* redacción de arts. 1424 y 1432 del *Código de Comercio*.
[30] *Véase* resolución de la Contradicción de Tesis 51/2005-Ps. entre los Criterios Sustentados por el Sexto y Décimo Tribunales Colegiados en Materia Civil del Primer Circuito.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

dactar una *Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional* que la Comisión pudiera ofrecer a la comunidad internacional para reformar su legislación interna en materia de arbitraje y asegurar mayor uniformidad en el ejercicio de esta materia.

La Ley Modelo propone una regulación moderna sobre la totalidad de los temas relacionados con el arbitraje: la cláusula, el procedimiento y el laudo arbitrales. Su redacción permite ser adoptada por países con regímenes jurídicos y económicos distintos, prueba de ello es que ha sido adoptada tanto por países del mundo occidental (*v.gr.* México, Nicaragua) como del oriental (*v.gr.* Egipto, Turquía).[31]

2. Naturaleza de la Ley Modelo

Es de gran importancia distinguir la naturaleza de los documentos que Naciones Unidas emite a través de sus Comisiones, ya que de ello depende una clara comprensión de las fuentes del derecho arbitral y de los sistemas de interpretación jurídica.

Las leyes modelo no son convenciones, ni tratados, ni convenios internacionales. Las leyes modelo no se ratifican, ni se celebran. Las leyes modelo son documentos que, en el seno de la comisión de Naciones Unidas relativa al tema, se redactan con el fin de ofrecer a los países un texto legal que contenga el consenso general sobre la regulación de dicho tema. El texto de las leyes modelo se encuentra en las bibliotecas virtuales o tradicionales de Naciones Unidas, y sin previa notificación ni formalidades, el país interesado en él puede consultarlo, estudiarlo y, en su caso, adoptarlo a través de sus órganos legislativos internos.

Consiguientemente, la *Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional* no representa *per se* el fundamento legal del arbitraje ni forma parte del derecho nacional o internacional del país que la adopta. La Ley es utilizada para ser incorporada al derecho interno o como modelo para reformas internas. Por ejemplo, en México, se reformó el *Código de Comercio* en 1993 incorporando la Ley Modelo al Título IV del Libro Quinto, por lo tanto el fundamento legal del arbitraje en México no es la Ley Modelo de la UNCITRAL, es el Título IV del Libro Quinto del *Código de Comercio*.

3. Otros documentos de la UNCITRAL en materia de arbitraje

Además de contar con la Ley Modelo que hemos comentado, UNCITRAL también se dio a la tarea de redactar dos documentos adicionales sobre la materia: el Reglamento Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1976 (*a*) y las Notas sobre la Organización de Procedimientos Arbitrales redactadas en 1996 (*b*). Es importante distinguir cada uno de éstos con la Ley Modelo.

a) El *Reglamento Modelo*

Mientras que la Ley Modelo es un documento que se ofrece a los países para ser utilizado como base o como ejemplo para reformas de derecho nacional, el *Reglamento Modelo* es un instrumento dirigido a los particulares para ser utilizado en sus contrataciones privadas.

---

[31] Detalles sobre la Ley Modelo, *véase* http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration.html

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

Cuando en un contrato mercantil las partes deciden someter las controversias que surjan de él a un procedimiento arbitral, cuentan con la alternativa de hacer referencia a este grupo de reglas procesales según las cuales se conducirá su procedimiento. No estamos aquí en presencia de un arbitraje institucional, ya que UNCITRAL no presta los servicios de administración de procedimientos arbitrales como lo hace la Cámara de Comercio Internacional (*CCI*) o el Centro de Arbitraje de México (CAM). UNCITRAL únicamente redactó este reglamento para ofrecer a los particulares un modelo de reglas aplicables a un procedimiento arbitral, pero si una vez surgido el conflicto una de ellas envía su demanda a las oficinas de la UNCITRAL esperando que ésta realice las labores de notificación, recibirá por el contrario una carta explicando que haber hecho referencia al *Reglamento Modelo* de la UNCITRAL en su contrato no convierte su arbitraje en un procedimiento institucional y que las encargadas de administrar y conducir el asunto serán las propias partes y el tribunal arbitral (arbitraje *ad hoc*).

Consecuentemente, el *Reglamento Modelo* de la UNCITRAL únicamente ofrece a las partes un grupo de reglas que han sido estudiadas y probadas a nivel internacional, mas no una asistencia administrativa.

b) Notas sobre la Organización de Procedimientos Arbitrales

Siguiendo su sistema de trabajo, para la elaboración de este documento, además de convocar a su grupo de 36 Estados Miembros, la UNCITRAL consultó a distintos expertos de varios sistemas legales, a instituciones arbitrales y a asociaciones profesionales de juristas.

El objetivo de estas notas es apoyar a los profesionistas del arbitraje en la organización y sustanciación de procedimientos arbitrales. Su texto contiene recomendaciones que pueden ser aplicables tanto en arbitrajes institucionales como en arbitrajes *ad hoc*. Algunos aspectos considerados por estas notas son:

- Elección por las partes del reglamento procesal;
- Elección del lugar del arbitraje;
- Manejo de la información confidencial relativa al arbitraje;
- Ofrecimiento y desahogo de pruebas;
- Testigos;
- Audiencias, y
- Arbitrajes multi-partes.

Es importante resaltar que estas notas no suelen ser utilizadas como reglamento procesal, ni se recomienda obligar a las partes ni al árbitro a utilizarlas. Son sólo lineamientos que la UNCITRAL ofrece para servir de guía a las partes y a los árbitros en la conducción del procedimiento arbitral.

D. Los usos y costumbres comerciales

Los usos y costumbres comerciales ocupan un lugar importante en el arbitraje, tanto desde el punto de vista procesal como sustantivo. Las regulaciones procesales fueron creadas en gran medida recogiendo los usos comerciales. Así también, cámaras de comercio y gremiales suelen contar con reglamentos arbitrales que contemplan los

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

requerimientos de determinado sector o industria. Igualmente, en su análisis del fondo del asunto, el árbitro debe tomar en cuenta los usos y costumbres aunque se trate de un arbitraje de estricto derecho. Ello está claramente señalado en el art. 1445 del *Código de Comercio*.

21.5 El Tribunal Arbitral

Se conoce como Tribunal Arbitral al cuerpo unitario (un árbitro) o colegiado (tres árbitros) que conoce de la controversia, conduce el procedimiento y emite un laudo definitivo. Como uno de los principales beneficios del arbitraje, las partes cuentan con la prerrogativa de elegir al o a los integrantes del Tribunal Arbitral o bien, determinar el procedimiento que se seguirá para su nombramiento. Se ha comprobado que la participación de las partes en la elección del árbitro aumenta la tasa de cumplimiento voluntario de sus decisiones. Es decir, en la medida en que las partes tienen la percepción de ser diseñadoras de su proceso, incluido en ello la selección del tercero que resolverá el conflicto, su disponibilidad para participar en el arbitraje y para acatar las resoluciones del árbitro incrementa considerablemente.

A. La designación del árbitro

La calidad del arbitraje depende, en gran medida, del árbitro. Por ello su nombramiento debe ser tan cuidado. Las partes son libres de designar al árbitro o árbitros que resolverán su controversia o bien, de elegir el procedimiento mediante el cual se realizará la designación.

Frecuentemente, el nombramiento del árbitro es un paso en el que la organización del procedimiento se ve truncada ya que la parte, una vez en controversia, suele rechazar cualquier propuesta de la otra, sobre todo en el caso de árbitro único. En ese entendido, resulta de gran utilidad la asistencia de una institución administradora que pueda hacer la designación cuando se ha vencido sin éxito el plazo de las partes para realizarla.

En los arbitrajes con una parte estatal, es decir, en los que el Estado participa como parte del arbitraje, la designación del árbitro es particularmente delicada ya que en ocasiones su nombre debe estar integrado a una lista formal o bien sus honorarios estar sujetos a determinadas reglas.

B. Funciones, facultades y obligaciones del árbitro

El árbitro es tal para el caso concreto. Es decir, el arbitraje no es una profesión ni una especialidad. El profesionista es nombrado árbitro porque destaca en el desempeño de su disciplina; por ejemplo, un abogado especialista en derecho financiero destacado puede ser nombrado árbitro en un caso concreto porque las partes reconocen su experiencia y por ello lo eligen para desempeñar tal función. Lo mismo sucedería con un ingeniero, un contador o un economista si la materia en controversia versara sobre ese tipo de asuntos.

Consecuentemente, la función del árbitro inicia con el nombramiento de las partes o termina al rendir su laudo. Su deber se centra en conocer del caso y rendir un laudo que ponga fin al conflicto.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

Sus facultades son:

- Aceptar o rechazar su nombramiento.

En caso de aceptación:

- Conocer del asunto;
- Conducir el procedimiento arbitral, y
- Dictar el laudo.

Sus obligaciones se centran, principalmente, en:

- Revelar las circunstancias que pongan en duda su independencia e imparcialidad;
- Dar plena libertad a las partes de hacer valer sus derechos y tratarlas con igualdad;
- Conducir el procedimiento según el acuerdo de las partes y la *lex arbitri*, y
- Rendir uno o varios laudos y las resoluciones necesarias para conducir el caso y resolver el fondo del asunto.

C. La relación entre el árbitro y las partes

i. Naturaleza jurídica de la relación árbitro–partes

La relación entre el o los miembros del Tribunal Arbitral y las partes es peculiar porque se trata de la prestación de un servicio profesional remunerado cuyo objeto consiste en la conducción de un procedimiento arbitral y la rendición de un documento que ponga fin a la controversia. Consecuentemente, la naturaleza del servicio que presta el árbitro engloba una serie muy amplia de información, datos e intereses poco común en el ámbito del servicio profesional. El árbitro conoce aspectos confidenciales de las partes, maneja información de las partes, decide sobre derechos y obligaciones de las partes, conduce un procedimiento a través de una serie de actos concatenados; por ello su función resulta un tanto polémica, al grado de generar discusión acerca de su semejanza con la función de un juez y, por lo tanto, la procedencia o improcedencia del amparo en contra de sus actos, duda que no existiría en el caso de un servicio profesional tradicional.

ii. Independencia e imparcialidad

El árbitro no es representante legal de la parte que lo nombra. Es un tercero neutral que conduce el procedimiento arbitral y toma decisiones acerca de la controversia que se le ha sometido. El árbitro debe revelar antes de su nombramiento, todas las circunstancias que puedan poner en duda su independencia e imparcialidad a fin de dar a las partes la libertad de opinar acerca de esas circunstancias y, eventualmente, confirmar o no su nombramiento.

Aunque actualmente estos términos tienen un tratamiento muy similar, la doctrina los ha distinguido señalando que la independencia se refiere a la ausencia de lazos (familiares, profesionales, de amistad) entre el árbitro y las partes o la ausencia de interés especial por el caso, mientras que la imparcialidad es una calidad que se refiere a que el árbitro no haya expresado abiertamente una postura respecto a la

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

controversia en la cual está siendo nombrado (publicación de un artículo, exposición pública de ideas al respecto…).

Es importante comprender que la obligación del árbitro consiste en revelar las circunstancias que puedan poner en entredicho su independencia e imparcialidad, es decir, la recomendación es no adelantarse a lo que las partes puedan pensar, excepto si se trata de una circunstancia muy clara, sino declarar lo procedente y esperar la opinión de las partes al respecto. Ante la duda de qué puede entenderse como una circunstancia suficiente para declinar el nombramiento, la *International Bar Association* redactó en 2004 los Lineamientos sobre Conflictos de Interés en Arbitraje Internacional (*Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration*).[32] El documento aporta criterios aplicables a la revelación que deben hacer los árbitros de las circunstancias que pueden poner en duda su independencia e imparcialidad, y así ayudarlos a determinar cuándo están ante una situación que definitivamente impide su nombramiento, cuándo se trata de una circunstancia que basta con ser revelada pero que no necesariamente debe implicar un rechazo automático del nombramiento y cuándo es un aspecto que ni siquiera necesita declararse.

Si bien estos lineamientos únicamente son una guía que refleja recomendaciones de la comunidad internacional, son muy útiles para asegurar un procedimiento de designación de árbitros más transparente.

Definitivamente, el tema de la obligación de independencia e imparcialidad de los árbitros adquiere un matiz especial en arbitrajes en los que una de las partes es el Estado ya que, frecuentemente, es difícil encontrar árbitros que en materias muy especializadas no hayan tenido alguna relación con la parte del Estado involucrada en el arbitraje. Tal es el caso de los asuntos relacionados con Derecho Energético en México, en los que los abogados conocedores del tema han tenido comúnmente alguna relación con las paraestatales encargadas del tema (PEMEX, CFE…).

La obligación de independencia e imparcialidad de los árbitros debe asumirse al aceptar el nombramiento, cumplirse durante todo el procedimiento arbitral y reflejarse en el sentido del laudo.

Ser independiente e imparcial incluye:

- Comportarse y mantener una actitud independiente e imparcial durante (y algunos autores dicen que posteriormente) el procedimiento arbitral;
- No sostener ni recibir comunicaciones ex parte, y
- Respetar la confidencialidad del asunto.

D. Recusación, remoción y renuncia de los árbitros

La función del árbitro puede terminar por recusación de una de las partes (por motivos por ejemplo de parcialidad, dependencia o falta de neutralidad o diligencia) o bien por remoción de ambas.

Cuando el árbitro desea terminar con el cargo por razones que tendrá que exponer a las partes, al resto del tribunal y a la institución administradora estaríamos frente a una renuncia. El *Código de Comercio* y los reglamentos institucionales prevén los procedimientos a seguir para estos casos y la sustitución del árbitro en cuestión.

---

[32] *Véase* http://www.ibanet.org/legalpractice/Arbitration.cfm#Guides

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

21.6 El procedimiento arbitral

Después de un acuerdo arbitral celebrado conforme a las disposiciones legales comentadas anteriormente, el segundo elemento necesario para asegurar un laudo válido es un procedimiento arbitral conducido de conformidad con lo establecido por el acuerdo de las partes y con las disposiciones imperativas que *lex arbitri* contenga al respecto. Distintos aspectos del procedimiento arbitral merecen estudio: el marco legal aplicable (*A*), sus principios rectores (*B*), su organización (*C*) y la sustanciación de las actuaciones arbitrales (*D*).

A. Marco legal del procedimiento arbitral

Equivocado es pensar que el arbitraje obedece a la regulación adjetiva aplicable a los juicios ante autoridades judiciales. El ejercicio del arbitraje exige aceptar y comprender que su regulación es distinta y que los ordenamientos a consultar no son los códigos de procedimientos civiles.[33] El arbitraje es regulado por el acuerdo de las partes (1) y por la *lex arbitri* del lugar del arbitraje (2).

1. Acuerdo de las partes y reglamento procesal

Al elegir arbitraje, las partes son responsables de determinar qué reglas deberán regir su procedimiento. Para ello, cuentan con la opción de diseñar un reglamento, es decir optar por un arbitraje *ad hoc* diseñado por ellas mismas (*a*) o bien hacer referencia a un reglamento previamente diseñado que puede ser un arbitraje *ad hoc* con reglamento modelo (*b*) o un arbitraje institucional (*c*). En ocasiones, cuando una de las partes o ambas enfrentan límites legales en la elección del procedimiento (*v.gr.* por pertenecer a la administración pública o a cualquier otro poder estatal o por tratarse de un arbitraje especialmente regulado), deberán aplicarse reglas arbitrales específicamente redactadas para esos casos (*d*).

a) Arbitraje *ad hoc* diseñado por las partes

Una de las opciones que tienen las partes de un contrato que deciden elegir arbitraje como mecanismo de solución de controversias es diseñar su procedimiento desde la presentación de la demanda hasta el dictamen del laudo. Dentro de la misma cláusula compromisoria o bien en un anexo del contrato (que debe estar claramente referido para entenderse como parte del acuerdo arbitral) los contratantes redactan una serie de reglas según las cuales se sustanciará su procedimiento arbitral. Es difícil confeccionar un reglamento *ad hoc* que contemple los posibles escenarios y cumpla con las exigencias de un arbitraje, por esta razón y otras surgieron las instituciones administradoras de arbitrajes. Sin embargo, si las partes o sus representantes legales consideran a toda costa que su mejor opción es diseñar un reglamento aplicable a su caso concreto, los temas que deberán contemplar, entre otros, son:

[33] Aunque en algunos países la ley arbitral está dentro de códigos procesales (*v.gr.* Francia), lo que queremos decir aquí es que son las normas aplicables a los procesos judiciales, no las que rigen el arbitraje.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

- Alcance del acuerdo arbitral;
- Constitución del Tribunal Arbitral;
- Poderes del Tribunal Arbitral;
- Elección del lugar del arbitraje;
- Elección del idioma del arbitraje;
- Determinación del derecho aplicable al fondo del asunto;
- Reglas aplicables a la administración del asunto;
- Reglas aplicables a escritos y comunicaciones;
- Reglas aplicables a audiencias;
- Reglas aplicables a presentación y desahogo de pruebas;
- Cierre de la instrucción, y
- Reglas aplicables al dictamen del laudo.

En los arbitrajes *ad hoc*, puramente hablando, todo depende del árbitro y de las partes; es decir, el diseño, la administración y la organización del procedimiento están a cargo de ellos, lo cual exige un alto conocimiento de la materia arbitral por parte de los árbitros y de los representantes de las partes, y alta disposición de los contratantes de participar y colaborar con el desarrollo del proceso.

b) Arbitraje *ad hoc* con reglamento modelo

Ante la complicación que implica el diseño de un arbitraje *ad hoc*, las partes cuentan hoy con la posibilidad de hacer referencia a un reglamento arbitral modelo que ha sido redactado por la propia UNCITRAL en el que se ofrecen una serie de reglas que reflejan la experiencia internacional pero que no incluyen la intervención de una institución.

Es común confundir el *Reglamento de Arbitraje* con la *Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional*, ambos de UNCITRAL. Debe precisarse, el primero es una propuesta de la Comisión para los particulares interesados en un arbitraje *ad hoc*, pero que en lugar de enfrentar la ardua tarea de redactar un reglamento, prefieren hacer referencia a este modelo. La segunda, en cambio, es la propuesta de la Comisión a los Estados interesados en legislar en materia de arbitraje.

Las partes que opten por hacer referencia a este modelo de reglamento deben saber que la UNCITRAL no tendrá funciones administrativas en su procedimiento ni necesitan notificarla del inicio del arbitraje.

c) Arbitraje institucional o administrado

Un escalón más en el desarrollo del arbitraje ha representado el desarrollo del arbitraje institucional, hoy por hoy protagonista de los asuntos más complejos y relevantes pero también de propuestas aplicables a casos de cuantía menor.

En este caso, las partes hacen referencia a un reglamento previamente redactado por una institución que además ofrece el servicio de administración del procedimiento arbitral, y así lo indica el propio texto de su reglamento. Nos referimos a ejemplos como la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), la *American Arbitration Association* (AAA), la *London Court of International Arbitration* (*LCIA*), la Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México (CANACO), el Centro de Arbitraje de México (CAM), entre muchas otras.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

La institución, en una actuación totalmente neutral (no es representante de ninguna parte ni de los árbitros), ofrece el servicio de administración del procedimiento arbitral, actividad que entre otras cosas incluye:

- Redacción de una cláusula modelo;
- Fijación de un arancel para gastos del procedimiento;
- Notificación de la demanda arbitral;
- Apoyo en la constitución del Tribunal Arbitral;
- Análisis *prima facie* del acuerdo arbitral;
- Solicitud y administración de los depósitos de las partes que aseguran los honorarios del Tribunal Arbitral y la Tasa Administrativa de la institución;
- Apoyo en el desarrollo del procedimiento y cómputo de plazos;
- Vigilancia de la diligencia y celeridad de la labor del árbitro, y
- En su caso, revisión del laudo antes de ser notificado a las partes.

La diferencia entre cada una de las instituciones depende del tipo de reglamento que propongan, del arancel fijado y del grado de intervención que tengan en el procedimiento.

d) Arbitraje regulado o administrativo

En ciertas materias y/o por la intervención de entidades involucradas con el Estado, si bien se permite pactar arbitraje, las partes en ocasiones deben respetar ciertas reglas aplicables a su procedimiento arbitral porque han sido previamente pactadas (en tratados internacionales por ejemplo, *v.gr.* arbitraje en materia de inversión) o porque la ley así lo indica (*v.gr.* en México, arbitrajes ante Comisiones Administrativas como la CONDUSEF, la PROFECO, entre otras, o el arbitraje en materia de obra pública).

En estos casos, el acuerdo de las partes enfrenta límites que dan lugar a lo que personalmente llamaría *arbitrajes híbridos*, ya que no son ni privados ni públicos y escapan a la esfera del arbitraje comercial; sin embargo, son arbitrajes porque emanan de un acuerdo arbitral (aunque limitado) y desencadenan en un laudo.

2. *Lex arbitri*

Tanto el acuerdo arbitral como el reglamento al que éste haga referencia deben *existir* dentro de un marco legal. El acuerdo debe cumplir con ciertos requisitos de validez y el reglamento debe respetar principios rectores del procedimiento arbitral. Estas disposiciones imperativas que rigen el arbitraje, y otros aspectos aplicables a falta de acuerdo entre las partes, se encuentran tanto en leyes nacionales como en convenciones internacionales que juntas conforman la *lex arbitri*.

La gran mayoría de los países que favorecen la práctica del arbitraje contienen una legislación arbitral adaptada a los principios propuestos por la UNCITRAL en su Ley Modelo. En casos como México, de hecho, la tendencia fue integrar prácticamente sin cambios el texto completo de dicha ley.

En legislación internacional, las convenciones más relevantes por su propuesta, alcance y antigüedad son:

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

- La Convención de Naciones Unidas para el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958);
- La Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional (Panamá, 1975), y
- El gran número de Acuerdos de Promoción y Protección Recíprocas en materia de Inversión (APPRI o BIT, el Capítulo XI del TLCAN) que se ha celebrado en los que el Estado receptor de la inversión se compromete a someterse a un arbitraje internacional en los que su contraparte es el inversionista.

Con algunas excepciones que comentaremos más adelante, el lugar del arbitraje elegido por las partes o determinado por el árbitro o la institución determina la *lex arbitri* aplicable (*véase*, por ejemplo, el art. 1415 del *Código de Comercio* mexicano).

B. Principios rectores del procedimiento arbitral

El arbitraje es una figura que encuentra su fundamento en la voluntad de las partes, pero además que está claramente regulada según lo demuestra el derecho comparado y las convenciones internacionales celebradas sobre la materia. Los países que han incorporado, en parte o en su totalidad, el contenido de la Ley Modelo a su derecho interno cuentan con un marco legal aplicable a arbitrajes nacionales e internacionales a *prueba de balas.*

La regla de oro en materia de procedimiento arbitral es que las partes tienen libertad de elegir (reglamento prediseñado *ad hoc* o institucional) o diseñar (reglamento redactado para el caso concreto y que no presupone la intervención de una institución administradora) el proceso según el cual se sustanciará su arbitraje y que tanto ellas como el tribunal arbitral deberán respetar. Sin embargo, ello no implica que las partes puedan elegir o diseñar un procedimiento fuera del marco legal, ni que el árbitro, en ausencia del acuerdo entre las partes, conduzca el procedimiento inobservando lo dispuesto en el marco legal. La libertad de las partes en la elección o diseño del procedimiento y la libertad del árbitro en la conducción del mismo están restringidas por ciertos principios que buscan garantizar la legalidad del proceso y, consecuentemente, la validez del laudo también conocidos con la expresión *formalidades esenciales del procedimiento arbitral*.

Existen dos perspectivas distintas, pero complementarias, de analizar las normas contenidas en las leyes que siguen el modelo de UNCITRAL, que están encaminadas a garantizar la legalidad de un procedimiento arbitral: *i*) identificar los preceptos relativos al procedimiento arbitral que contienen disposiciones imperativas, i.e., no sujetas a acuerdo en contrario de las partes ni a renuncia y *ii*) exponer a *contrario sensu* las disposiciones que se desprenden de las posibles causales de nulidad que un interesado en anular el laudo puede invocar. Por ambos caminos conseguimos una lista clara de cuál es el marco legal uniforme que debe respetar un procedimiento arbitral.

Disposiciones imperativas relativas al procedimiento arbitral

Según la propuesta de UNCITRAL, un procedimiento arbitral debe garantizar *a*) el trato igual entre las partes y *b*) que cada una goce de plena oportunidad para hacer valer sus derechos. El art. 18 de la Ley Modelo de UNCITRAL establece (art. 1434, *C.Com.*):

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

Artículo 18. *Trato equitativo de las partes.*
Deberá tratarse a las partes con igualdad y darse a cada una de ellas plena oportunidad de hacer valer sus derechos.

Juntos, estos requerimientos legales aplicables al arbitraje se traducen en el principio de debido proceso o equivalente a la garantía de audiencia.

Es interesante señalar que UNCITRAL, intencionalmente, buscó utilizar expresiones distintas a las empleadas en el lenguaje judicial universal, como son *garantía de audiencia*, *debido proceso* y *principio de contradicción*. Ello con la intención justamente de distinguir entre la conducción de un procedimiento arbitral y un juicio ante autoridades judiciales. Los árbitros que gozan del carácter de particular[34] no están obligados a respetar ni hacer respetar garantías individuales procesales, están obligados a cumplir la ley relativa al arbitraje y la voluntad de las partes. Esto no quiere decir que el arbitraje presuponga un procedimiento exento de legalidad, sino que la lupa con la cual debe revisarse es la ley arbitral aplicable no en la Constitución Política ni en los Códigos procesales. De ahí que, generalmente, la doctrina comparada haga mención a Principios Rectores del Procedimiento Arbitral conocidos en los Trabajos Preparatorios de UNCITRAL como la Carta Magna del arbitraje comercial.

A continuación, comentaremos brevemente estos principios y qué debe entenderse por cada uno de ellos.

a) Trato igual

El reglamento elegido o diseñado por las partes y la conducción del árbitro del procedimiento debe en todo momento respetar el trato igual a las partes. Cualquier disposición o decisión del árbitro que violente este principio, aunque las partes la hayan aparentemente acordado, pone en riesgo la validez del laudo que de ese procedimiento emane.

El principio de trato igual debe permear en todas y cada una de las etapas procesales del arbitraje. Sus principales manifestaciones son las siguientes:

- Igualdad en la constitución del Tribunal Arbitral

Como se mencionó anteriormente, la participación de las partes en el nombramiento de los integrantes del Tribunal Arbitral o en la selección de la institución encargada de hacer la designación representa una gran ventaja ya que aumenta el nivel de confianza de las partes en el proceso arbitral. A mayor participación en el diseño del arbitraje, mayor cumplimiento voluntario del resultado (laudo).

Así, el respeto al principio de igualdad en la selección de árbitros es de vital importancia ya que ello garantiza la tranquilidad de las partes de haber contado con la oportunidad de elegir al tercero que resolverá la controversia o de participar en la elección del mecanismo para nombrarlo. Todas las partes involucradas por el acuerdo arbitral deben gozar de la misma oportunidad para intervenir en la constitución del Tribunal Arbitral. De hecho, la Convención de Nueva York en su art. V, frac. I, inc. *d*

[34] Distinto es el caso de los jueces de las Juntas de Conciliación y Arbitraje, cuya actuación sí está revestida del carácter de autoridad.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

señala que cualquier violación a la voluntad de las partes en lo que respecta al mecanismo de constitución del Tribunal Arbitral, podrá representar razón suficiente para negar la ejecución del laudo.

- Igualdad en los términos procesales

Gozar de plena oportunidad para presentar su caso también implica que las partes cuenten con un procedimiento arbitral que contenga plazos establecidos de manera equitativa. Los reglamentos procesales, por ejemplo, contemplan plazos calculados y establecidos de manera tal que aseguren la igualdad entre las partes. Asimismo, el árbitro al conducir el procedimiento debe tener muy en cuenta el principio de igualdad al momento de fijar términos y de otorgar prórrogas.

- Igualdad en las decisiones relativas a la organización del procedimiento

Los aspectos de organización del procedimiento son a grandes rasgos, el lugar del arbitraje, el derecho aplicable al fondo, el idioma del arbitraje y el diseño general del procedimiento arbitral.

Cuando las partes no han hecho las elecciones relativas a estos elementos, le corresponde al árbitro o a la institución administradora hacerlos. Aunque a falta de acuerdo por las partes, el árbitro y la institución gozan de libertad para conducir el procedimiento, facultad que incluye decisiones relativas a estos elementos. A pesar de dicha libertad, es importante considerar que tanto el árbitro como la institución deben en todo momento considerar el principio de igualdad para garantizar una conducción adecuada del procedimiento que a su vez dé lugar a un laudo ejecutable.

Por ejemplo, es común que una de las partes solicite al Tribunal Arbitral cierta ampliación de determinado plazo. Antes de otorgarla, es común y recomendable solicitar el acuerdo de la contraparte y/o compensar dicha ampliación otorgándola también a esta última.

- Igualdad en las formalidades aplicables a escritos y comunicaciones

Hemos comentado constantemente que una de las ventajas del arbitraje es la flexibilidad y la ausencia de formalismos. Sin embargo, el principio de igualdad representa un límite a dicha libertad. Cuando el árbitro o las partes (o el reglamento aplicable) determinen de qué manera se presentarán escritos, las formalidades deberán aplicarse a todos y cada uno de los escritos de las partes y del Tribunal Arbitral. Así, por ejemplo, si las partes acordaron intercambiar todos los comunicados vía correo electrónico con confirmación vía facsímil, dicho acuerdo debe aplicarse a todos los comunicados del proceso arbitral.

- Igualdad en las formalidades aplicables a presentación y desahogo de pruebas y audiencias

La etapa procesal en el arbitraje también se beneficia de la falta de formalismos y de la flexibilidad de este mecanismo de solución de controversias. Sin embargo, muchas

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

veces es aquí cuando surgen las principales quejas de las partes que pueden dar lugar a intentos de nulidad de laudos ante la autoridad judicial. El desarrollo de las audiencias programadas para desahogar pruebas (periciales, testimoniales) debe representar una preocupación importante para el árbitro, ya que en ellas pueden surgir momentos delicados en los que las partes sientan que no son tratadas con igualdad, tales como: la fijación de la fecha en la cual se desarrollará la audiencia, la determinación del lugar en el que se llevará a cabo,[35] los tiempos que cada parte tendrá para presentar sus argumentos, el tiempo que tendrán las partes para preparar la audiencia, la posibilidad de presentar pruebas y testigos, etc.... De hecho es muy común que justamente al terminar la audiencia, el Tribunal Arbitral pregunte a las partes si creen y sienten que sus derechos procesales (trato basado en la igualdad y plena oportunidad de hacer valer sus derechos) han sido en todo momento respetados. La respuesta de las partes se plasma generalmente en el acta de la audiencia o en el registro audiovisual (grabación) o escrito (reproducción estenográfica) que de ella se levante.

- Igualdad en el comportamiento general del árbitro – ética del árbitro

La forma en que el árbitro se conduzca en el procedimiento es delicada justamente porque las partes pueden utilizar cualquier comportamiento del mismo como una manifestación de parcialidad o falta de independencia.

La imparcialidad e independencia del árbitro es un requisito del arbitraje justamente diseñado para garantizar que las partes recibirán un trato igual. Por ello, su confirmación por la institución administradora representa una de las principales aportaciones del arbitraje administrado. El comportamiento imparcial del árbitro desde su nombramiento hasta el dictamen del laudo (o incluso después de dictarlo, según algunos tratadistas), salvaguarda el trato igual de las partes. Un árbitro que se comporta de manera parcial favoreciendo los intereses de una de las partes pone en riesgo, por supuesto, la validez y ejecutabilidad del laudo ya que su actuación se traducirá en la violación del principio de igualdad o de la oportunidad de dicha parte de presentar su caso.

Como podemos notar, cada actuación del árbitro en el procedimiento arbitral y cada norma aplicable al mismo deben respetar el principio de igualdad. En el arbitraje, el trato igual es una norma de orden público, por lo tanto irrenunciable. Sin embargo, el respeto al trato igual no debe arriesgar la celeridad, flexibilidad y ausencia de formalismos excesivos que caracteriza al arbitraje y que aparentemente son razones que llevan a las partes a elegir este mecanismo de solución de conflictos para su contrato. Es decir, el trato igual debe coexistir con la flexibilidad y la eficiencia procesal y no representar un arma utilizada por las partes para dilatar el procedimiento y atar de manos al árbitro que busca conducir el arbitraje de forma sencilla, rápida y eficaz. Por ello, es importante contar con la base de criterios arbitrales y judiciales que den luz respecto a la extensión de este principio.

[35] Aunque el lugar del árbitro sea por ejemplo la ciudad de México, con el acuerdo de las partes, el Tribunal Arbitral puede decidir sustanciar audiencias y otras actuaciones en un lugar distinto a razón de ubicación de pruebas, conveniencia de árbitros, ahorro de recursos, etcétera.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

b) Plena oportunidad de hacer valer sus derechos

De la mano del principio de igualdad, la ley establece el derecho que tienen las partes de contar con plena oportunidad de presentar su caso. En terminología constitucional–judicial usaríamos en este caso el vocablo *garantía de audiencia*. Como hemos dicho, inteligentemente UNCITRAL evitó emplear expresiones propias del derecho procesal judicial para referirse al derecho de las partes de ser oídas en juicio justamente con la intención de evitar equiparaciones poco convenientes para el desarrollo de los mecanismos alternativos de solución de controversias. A aquellas personas preocupadas por el hecho de que el arbitraje no garantiza los derechos procesales salvaguardados por la mayoría de las Constituciones Políticas, habrá que explicarles que primero, el arbitraje no es una figura que deba estar regulada por la Constitución ya que se trata de una institución jurídica que pertenece al derecho privado, materia de otras legislaciones y segundo, que no se trata de un procedimiento exento de formalidades, sino que sus formalidades están contempladas en la ley que lo regula, no en la Constitución. Las formalidades aplicables al proceso arbitral son entonces el trato igual y la plena oportunidad de hacer valer sus derechos, binomio indisoluble en materia procesal arbitral.

Cuando una parte ha solicitado prórrogas excesivas de un plazo, y en la cuarta o quinta solicitud no destaca una razón justificada negar la prórroga no necesariamente representa una violación a la plena oportunidad de presentar su caso.

Las etapas del procedimiento arbitral dependen del reglamento elegido por las partes, pero generalmente son:

1. Presentación de la demanda.
2. Contestación a la demanda y, en su caso, reconvención.
3. Integración del expediente y constitución del tribunal arbitral.
4. Redacción y firma del acta de misión y calendario procesal, en caso de que el reglamento lo contemple.
5. Etapa probatoria y, en su caso, audiencias.
6. Cierre de la instrucción y entrega del laudo.

C. El Laudo

El laudo es el resultado final del arbitraje. Se trata de un documento redactado por el Tribunal Arbitral resolviendo la cuestión, atribuyendo derechos y obligaciones a las partes sometidas al arbitraje. El laudo es un título ejecutivo y en contra de su ejecución únicamente proceden ciertas causales que la parte desfavorecida por el laudo deberá probar, de lo contrario, el laudo es válido y debe cumplirse.

El Tribunal Arbitral como hemos dicho carece de imperio, por lo que a falta de cumplimiento voluntario, la parte interesada en hacer cumplir el laudo deberá solicitar ante el juez su reconocimiento y ejecución.

La regulación del *Código de Comercio* al respecto fue recientemente reformada (enero de 2011). Actualmente la sustanciación de estos procedimientos (nulidad y reconocimiento y ejecución) es más clara y, por lo tanto, más ágil.

Resumidamente, las causales que pueden invocarse para anular un laudo o bien para oponerse a su reconocimiento son las siguientes:

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

a) Que el acuerdo arbitral sea inválido y/o las partes carezcan de capacidad para comprometer en árbitros

Si la validez de la cláusula arbitral está garantizada, podemos asegurar al menos un buen inicio del arbitraje y reducir las posibilidades de intentos de nulidad. Gran parte de las demandas de nulidad en contra de un laudo se basan en la supuesta invalidez del acuerdo arbitral. Por ello es importante poner especial atención en la celebración del pacto arbitral y minimizar al máximo las posibilidades de vicios o de violaciones a los requisitos de validez formal.

b) Violaciones a los principios rectores del arbitraje, como son trato igual y plena oportunidad de presentar su caso

Estos principios fueron recientemente comentados en este capítulo. Vale la pena insistir en que las actuaciones del árbitro y el reglamento procesal elegido deben respetar estrictamente el requisito de trato igual a las partes y garantizar que éstas tengan plena oportunidad de presentar su caso.

c) Violaciones al acuerdo de las partes en materia de nombramiento de árbitros y reglas procesales aplicables

Si las partes han elegido determinado sistema para constituir al Tribunal Arbitral que conocerá de su caso y un reglamento procesal en particular, ambas decisiones deben respetarse a toda costa. Cualquier propuesta de cambio, por así convenir al asunto, debe ser acordada por todas las partes involucradas para no ser considerada una violación a esta causal. Por ejemplo, si la cláusula arbitral indica que tres árbitros constituirán el Tribunal Arbitral, y por alguna razón se nombra a uno sólo sin el acuerdo de todas las partes, dicha decisión podrá poner en riesgo la validez del arbitraje en virtud de esta causal. Asimismo, si las partes eligieron las Reglas de Arbitraje del Centro de Arbitraje de México (CAM) como el cuerpo normativo que regirá su arbitraje y por considerarlo más adecuado, el árbitro decide aplicar las de la *American Arbitration Association*, dicha decisión pondrá igualmente en riesgo la validez del laudo por no respetar el acuerdo de las partes.

Los ejemplos de esta causal pueden ser más sutiles que los comentados en el párrafo anterior, como puede ser el caso del cambio de un plazo procesal sin consulta a todas las partes, la eliminación de una etapa procesal considerada en el reglamento o en la cláusula arbitral sin acuerdo de las partes, etc… Debemos recordar que si bien el arbitraje es considerado un mecanismo dotado de flexibilidad en beneficio de las partes, ello no quiere decir que las decisiones de éstas deban modificarse sin la formalidad consistente en obtener el consentimiento de cada una de ellas al respecto. Flexibilidad no es violación a la autonomía de la voluntad de las partes.

d) Decisiones del Tribunal Arbitral fuera del ámbito del acuerdo arbitral celebrado por las partes, *extra* o *ultra petita*

Como todo acto jurídico, el acuerdo arbitral tiene un determinado ámbito de aplicación que determina su alcance. Aquí vale recordar que el árbitro, en cada una de sus

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

actuaciones y decisiones, debe en todo momento circunscribirse a dicho ámbito de aplicación. Es decir, si las partes han decidido restringir el recurso al arbitraje a las controversias de carácter técnico que emanen de su contrato, el árbitro no podrá decidir aspecto de otro tipo o materia. Lo mismo, si la controversia planteada al árbitro supera en algunos aspectos el ámbito de aplicación del contrato que contiene la cláusula arbitral, el árbitro debe cuidar que exista una relación clara que permita enmarcar dicha controversia con el acuerdo arbitral que le dio vida a su función.

Un laudo *extra petita* o *ultra petita* puede dar lugar a la procedencia de esta causal de nulidad, con la posibilidad de que únicamente la sección del laudo que excede el alcance de la cláusula sea anulada y el resto sea considerado válido. Sin embargo, en ocasiones no es sencillo validar ciertas decisiones del árbitro y anular otras sin afectar la totalidad de la decisión ni sacrificar la calidad de la misma.

Existe una expresión utilizada por algunos doctrinarios, *arbitrabilidad privada*, que está más relacionada con este tema (alcance del acuerdo arbitral) que con el tema de la arbitrabilidad como término para referirnos a las materias que la ley considera susceptibles de resolverse por arbitraje. La expresión *arbitrabilidad privada* es utilizada en ocasiones respecto al conjunto de materias que las partes han decidido someter a arbitraje, versus otras que prefieren reservar para otros foros (mediación, negociación o tribunales judiciales). Personalmente prefiero utilizar la expresión *alcance del acuerdo arbitral* para tratar este tema que la de *arbitrabilidad privada*, ya que puede generar confusión con la *arbitrabilidad legal*.

e) Arbitrabilidad de la materia objeto de la controversia y el orden público

Independiente de las causales que la parte interesada en anular el laudo o bien en oponerse a su ejecución deba probar, existe una revisión por parte del juez, que podemos decir realiza de *oficio*, sobre dos aspectos esenciales: la arbitrabilidad de la materia y el orden público.

Violar el orden público en el arbitraje genera un laudo nulo, consecuencia por demás obvia. En cualquier acto jurídico, las normas de orden público deben ser respetadas. El problema está en definir el concepto y alcance del orden público, y en actos internacionales, determinar además qué orden público es el que debe respetarse y bajo qué ley.

Puede ser interminable escribir acerca de un concepto cuyo origen data de la época romana; su historia y evolución es reflejo de las tendencias y principios del estado de derecho. Su objetivo es limitar el alcance del actuar particular, es decir, regular hasta qué punto los individuos pueden realizar actos con consecuencias jurídicas (son las normas del *Ius Publicum vs.* el Derecho Privado),[36] es decir, los límites a la autonomía de la voluntad. Consecuentemente, el concepto de orden público no es uno ni es inamovible, lejos de ello, su alcance depende de los principios que rigen la vida social, jurídica, económica y política del Estado; por lo tanto, puede variar según las prioridades y tendencias del mismo en un momento apropiado. Es importante asentar que en materia de arbitraje, el concepto de orden público debe entenderse dentro de un marco definido

[36] **A. Andere Mendiolea**, "El orden público nacional y el orden público internacional en México, una consideración y necesidad evolutiva para el derecho internacional privado", *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado*, 1a. ed., Atril, México, 2003, pág. 99.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

por el ejercicio del arbitraje y de las materias arbitrables. En este sentido, estaríamos en presencia de violaciones a principios como la moral, la justicia y la seguridad pública de una nación. Laudos violatorios del orden público: son laudos que obligan a las partes a hacer o dejar de hacer acciones que contravengan la moral, la seguridad pública o los principios de justicia en general, en los que se ven involucrados intereses públicos y no particulares. Laudos que contengan disposiciones que afecten a la comunidad, y no sólo a las partes que firmaron el acuerdo arbitral, contravienen el orden público por afectar intereses de personas no involucradas con el arbitraje.

El riesgo de este tema para el arbitraje se centra en la posible ampliación del significado de la expresión *orden público* a otras materias, que no deben ser calificadas dentro del concepto y considerar que cualquier actuación del árbitro o cualquier norma de derecho están controladas por el orden público. Es importante identificar la tendencia que en el foro arbitral se sigue en materia de orden público para, en la medida de lo posible, anticipar posibles anulaciones de laudos utilizando esta causal.

21.7 Conclusión

Como podemos observar, el arbitraje es un tema amplio, interesante y que requiere de mucho estudio. Su uso en México es cada vez más frecuente por lo que, como profesionales del derecho, debemos adentrarnos en su análisis y conocer sus beneficios y debilidades a fin de asesorar de la mejor manera a nuestro cliente.

Hoy en México contamos con un marco legal adecuado, convenciones internacionales ratificadas por un número muy grande de países, instituciones administradoras sólidas nacionales y extranjeras y un foro judicial que ha emitido criterios favorables al arbitraje.

Nota aclaratoria. El mecanismo llamado *Rent a Judge* fue implementado primeramente en California y permite a las partes contratar a un juez privado, usualmente un juez retirado o magistrado, para escuchar y decidir la disputa. El juez tiene completa autoridad y competencia al igual que una corte judicial para rendir una sentencia al caso y las partes tienen la opción de apelar la sentencia, como cualquier sentencia de una corte judicial.

Lo dicho por **Cecilia Azar Manzur**, en el capítulo que antecede, guarda una interesante relación directa con lo expresado por el Presidente del Tribunal Superior de Justicia del D.F., en ocasión de la XXII Convención de Aseguradores de México, a fines de mayo de 2012:

- El Tribunal Superior de Justicia del D.F. recibe más de 320,000 asuntos al año, que derivan en demandas por la falta de cultura de mediación, pues el Estado no ha sabido generar tal cultura y la de arbitraje.
- El citado Tribunal intenta ser un mediador y una alternativa real entre demandantes y demandados, principalmente entre aseguradoras y asegurados.

continúa

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

continuación

- La mediación es un camino a tomar siempre con seguridad y respeto. No parece haber otra salida para hacer frente a dicha situación.
- Al Tribunal le conviene que ingresen menos asuntos, para poder ofrecer una mejor calidad de justicia.
- Particularmente en materia de seguros, las entidades aseguradoras deben promover el empleo de los servicios de mediación.
- Una de las ventajas de la mediación es la de que con ella "se ahorra toda la locura de un procedimiento normal, todos los tiempos y todos los costos".
- La mediación supone la erradicación de chicanas y recursos tan dilatorios como costosos e inútiles pues supone el dictado de una sentencia no emitida por un juez, sino por las mismas partes que llegan a un acuerdo.
- Se han impulsado y certificado mediadores en todos los renglones: en las Juntas de Conciliación y Arbitraje, así como en los bancos. En las delegaciones políticas se han firmado convenios con todos los delegados, e incluso con la PGR del D.F.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

CAPÍTULO 22

Los contratos de obra

22.1 Régimen legal

Tradicionalmente este contrato ha formado parte de la legislación civil, no sólo por una arraigada práctica, sino quizá también porque las legislaciones mercantiles no hacen referencia alguna al mismo.

Sin embargo, no puede caber duda sobre que con frecuencia participa de naturaleza mercantil, en razón de que los propietarios de inmuebles, cuando se trate de construcciones sobre terrenos, pero también quienes encargan la elaboración de mobiliario o de trabajos materiales, intelectuales o artísticos en sus muy diversas expresiones, acuden a empresas mercantiles, pero también a operarios o artesanos, con lo cual los contratos adoptan la naturaleza de actos de comercio, atento lo dispuesto por el art. 75-VI del *C.Com.*, que confiere la indicada calidad mercantil a los actos de empresas de construcciones y trabajos públicos y privados, expresiones tales sin duda un tanto vagas, pero que traslucen el claro propósito del legislador mercantil, máxime si se atiende que un gran número de dichas empresas están constituidas como sociedades mercantiles y, por tanto, legalmente son comerciantes, por así estimarlo el art. 3o.-II de la indicada legislación mercantil.

Mas como según antes se dijo, ninguna de nuestras leyes mercantiles hace referencia a los contratos de obra, necesario es aplicar a estos contratos de empresa, supletoriamente, lo dispuesto por los arts. 2606 a 2645 del *C.Civ.*, lo que conviene

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

dejar precisado, por cuanto el art. 2o. del *C.Com.* diluye cualquier posibilidad de que se apliquen las legislaciones civiles de las entidades federativas.

Empero, también importa, y mucho, dejar consignada la aplicabilidad de la *LFPC*, incluso por encima de la referida legislación civil, cuando el contrato se otorgue entre un proveedor definido por dicho ordenamiento legal como "… la persona física o moral que habitual o periódicamente ofrece, distribuye, vende, arrienda o concede el uso o disfrute de bienes, productos y servicios" (art. 2o.-II), y un consumidor, conceptuado como "… la persona física o moral que adquiere, realiza o disfruta como destinatario final, bienes, productos o servicios", pero también cuando "… adquiera, almacene, utilice o consuma bienes o servicios con objeto de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación de servicios a terceros,…" (art. 2o.-I).

De todo ello resulta, con meridiana claridad, que la inmensa mayoría de los diversos contratos de obra inmobiliaria, mencionados en el Derecho Internacional Privado como *contratos de ingeniería*, asumen carácter mercantil, y también un gran número de ellos, cuando recaen sobre la confección de bienes muebles; todos ellos, en cambio, suponen la necesaria aplicación de la *LFPC*, sin olvidar que también aquí las diversas fases de estos contratos pueden ajustarse a las disposiciones, que, como el comercio electrónico, consignan los arts. 89 a 114 del *C.Com.*, igualmente referidos en el capítulo 4 de este libro. Pero además a las escasas disposiciones que, en materia contractual, consigna el *C.Com.*, examinadas en el capítulo 1 de este libro.

Mas como antes se dijo, la legislación mercantil es prácticamente omisa en la regulación de estos contratos, por lo que resulta obvia la supletoria aplicación de la antes mencionada preceptiva del *C.Civ.* Y, por encima de ella, los arts. 2o. y 5o., éste a *contrario sensu*, de la *LFPC*.

También como consecuencia de lo expuesto, el calificado por el *C.Civ.* (arts. 2616-2645), como contrato de obra a precio alzado, se examinará aquí en su atuendo mercantil, así como el relativamente moderno contrato de *llave en mano*, por lo demás frecuente en la actualidad.

22.2 Las partes, sus derechos y obligaciones

Ante todo, es aconsejable dejar precisado que no se hará referencia aquí al contrato de servicio doméstico, por jornal, de operario que sólo pone su trabajo y el de aprendizaje, regidos por la *LFT*, atento lo dispuesto por el art. 123 de la *CPEUM*, pero sí a los contratos de obra a precio alzado, cuando el prestador, como es frecuente, sea titular de una empresa de construcción o de trabajos públicos y privados, o bien dedicada a las manufacturas (art. 75-VI y VII, *C.Com.*).

De esta suerte, tanto el prestador como el prestatario del servicio pueden asumir la calidad de personas físicas o morales, de modo especial si se tiene presente el carácter objetivo de nuestra legislación mercantil, tomado, como es bien sabido, de la legislación napoleónica francesa.

Ahora bien, cuando el prestatario es el Estado, en cualquiera de sus manifestaciones: federal, estatal o municipal, se dice que el contrato asume carácter administrativo, lo que resulta extraño y difícilmente comprensible, pues de ese modo se pretende la

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

existencia de una tercera categoría contractual, desde luego constitucionalmente inadmisible, máxime que de ese modo el prestatario de los servicios se erige como autoridad, incluso con el derecho de acogerse a una amplia serie de leyes, reglamentos y disposiciones de índole administrativa, de donde resulta que con ello se rompe el principio de igualdad contractual en perjuicio del prestador.

La explicación de todo ello no puede ser otra que la del propósito monetario perseguido por el prestador, de manera especial si, además, no se olvida que estos contratos deben ser objeto de licitación o concurso y que la entidad licitante decide sobre cuál de las empresas debe considerarse como merecedora de celebrar el contrato, en razón de que las tres entidades de naturaleza estatal habrán de cubrir el costo de los servicios con los recursos fiscales respectivos.

También debe tenerse presente que estos contratos asumen, con frecuencia, carácter internacional, por razón de que ambas partes tienen su centro de operaciones en países diferentes. A ellos se hará una breve referencia un poco más adelante.

22.3 Modalidades

Aunque en la práctica se conocen y celebran estos contratos de obra mediante empleo de una amplísima gama de variantes, resulta aconsejable adoptar una clasificación, que es dable configurar con empleo de los rubros que a su vez consigna el *C.Civ.*: *a*) Prestación de servicios profesionales y *b*) De obras a precio alzado; en cuanto rúbricas de los capítulos II y III del Título Décimo, Libro Cuarto, del propio cuerpo legal.

No escapa al autor de estas notas el reparo que, a la naturaleza mercantil del contrato de servicios profesionales, podría formularse en razón de que los profesionistas son personas físicas que desempeñan su actividad sin propósito de especulación comercial, pero a ello pronta surge la respuesta: la frecuencia con la que profesionistas de toda índole se agrupan en torno de sociedades mercantiles para ofrecer sus servicios, tal como ocurre con las empresas hospitalarias de todo tipo, constructoras, artesanales, de consultoría, de contabilidad, etc., con lo cual, por una parte, adoptan el atuendo comercial previsto por el art. 3o.-II del *C.Com.* y, además, invisten de mercantilidad a los actos que realizan, por así disponerlo el art. 75-V, VI, VII y IX del mismo ordenamiento mercantil.

Ello, además, es una nueva demostración del poderoso empuje del derecho mercantil, al que antes se ha hecho mención en este libro, que ha incursionado, a tambor batiente, en actos y contratos secularmente considerados como de naturaleza puramente civil.

Si bien la práctica, así doméstica como internacional, adopta otras expresiones, la mayoría tomadas de terminologías extranjeras, principalmente la inglesa, para ciertos contratos de los que aquí se examinan, no por ello debe considerarse que configuran categorías aparte de las antes mencionadas. Así, los designados como contratos de ingeniería, de obra inmueble y de llave en mano, a los que también se pasará revista un poco más adelante.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

22.4 El contrato de servicios profesionales

No sin razón, podría y debe afirmarse que los servicios prestados por los profesionistas son de índole puramente civil e incluso en ocasiones laboral, mas con no menos fundamento puede afirmarse que la gran mayoría de los servicios profesionales se prestan a través de empresas constituidas como sociedades mercantiles, con las que los interesados celebran los contratos respectivos, de tal manera que las prestadoras, merced a su personalidad y a su atuendo mercantil, son las obligadas a prestar los servicios, por regla general sin mencionar el nombre de los profesionistas que, en realidad, serán los que desempeñen su personal actividad, tras el velo de la personalidad social, en este caso comerciante, en atención a lo dispuesto por los tantas veces mencionados preceptos mercantiles: arts. 3o.-II, 75-VI, XI y XXI del *C.Com.*, así como 1o. y 4o. de la *LGSM*.

La resistencia a aceptar la mercantilidad de estos contratos es ya de viejo cuño, a pesar de que, en su momento, **Alfredo Rocco**[1] puso de manifiesto la existencia de actos mercantiles que lo son porque realizan o facilitan la interposición en el cambio de bienes o de servicios, cual es el caso de toda la indicada amplia gama de empresas constituidas como mercantiles, que prestan los servicios de sus socios o empleados, que en rigor, ciertamente son civiles, pero que, prestados a través de un ente mercantil, asumen esta última naturaleza, a condición de que se tenga muy presente que la obligación contractual es asumida por la empresa, quien actúa en nombre y por cuenta propios, pero merced a los contratos internamente celebrados con sus socios o empleados, a los que remunera en la forma y términos internamente convenidos; asume, por tanto, todos los derechos y las obligaciones inherentes a los servicios que en verdad son civiles, pero que frente a los usuarios asumen la calidad mercantil de la empresa, en cuanto se obliga a prestarlos de manera reiterada, habitual y con propósito confesadamente lucrativo, por tanto mercantil, y de todo ello deriva el mismo carácter de mercantilidad que ya le atribuía el citado **Rocco**, implícito también en la ya citada preceptiva del *Código de Comercio*.

Ello no obstante, autorizadas voces, como la del tratadista colombiano **Jorge Oviedo Albán**,[2] se niegan a admitir la naturaleza mercantil de estos contratos, a pesar de que en un gran número de países, como Colombia y México, han pasado a formar parte del amplio elenco de contratos regulados por las leyes protectoras del consumidor, a las que poco o nada interesa el carácter civil o mercantil de dichos contratos, según se comprobará un poco más adelante.

Es, por todo ello, explicable que el legislador mercantil no haya considerado necesario regular estos contratos, que por lo demás habrán de ajustarse a las disposiciones civiles, en mérito del tantas veces mencionado art. 2o. del *C.Com.*, en cuyos términos deberá de estarse, principalmente, a la preceptiva del *C.Civ.*, arts. 2606 a 2615. Empero, es de vital importancia dejar precisado que en el mismo supuesto, el prestador de los servicios es un proveedor, en los términos de la *LFPC*, y el prestatario asume el carácter de consumidor, de donde resulta la aplicabilidad a estas operaciones, y con el carácter de

---

[1] *Principios de derecho mercantil,* Editora Nacional, México, 1960, págs. 51 y siguientes.

[2] "Los Principios de UNIDROIT para los Contratos Comerciales Internacionales", en *Vniversitas*, *Revista de Derecho*, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, núm. 100, diciembre de 2000, Bogotá, págs. 133 y siguientes.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

orden público, vale decir, por encima de la regulación civil, de las disposiciones generales sobre protección del consumidor, enunciadas en el capítulo 6 de este libro.

Por tal razón, acto seguido se hará una sumaria mención de las principales disposiciones en materia de protección de los prestatarios de estos servicios profesionales, habida cuenta de que se trata de una amplísima gama de servicios, a los que día con día se acude en todo el mundo: construcciones, edificaciones, manufacturas, artesanías, reparaciones, servicios jurídicos, médicos y profesionales de todo tipo, etcétera.

- En el establecimiento de prestación de los servicios debe exhibirse, a la vista del público, la tarifa de los principales, con caracteres claramente legibles y, además, dichas tarifas deben estar disponibles al público (art. 57, *LFPC*).
- El proveedor no podrá negarse a prestarlos, por razones de género, nacionalidad, raza, preferencias sexuales, religiosas o por cualquiera otra particularidad (art. 58).
- Antes de la prestación del servicio, el proveedor debe presentar un presupuesto por escrito, con indicación de su vigencia (art. 59).
- Cuando se trate de reparaciones de toda clase de productos, deben emplearse partes y refacciones nuevas y apropiadas, salvo que el solicitante del servicio autorice expresamente que se utilicen otras (art. 60).
- Los prestadores de servicios de mantenimiento o reparación deben bonificar al consumidor cuando por deficiencia del servicio el bien se pierde o sufre deterioro de tal grado que devenga parcial o totalmente inapropiado para el uso que le es propio (art. 61).
- Los prestadores de servicios deben expedir factura o comprobante de los trabajos efectuados, con especificación de los materiales empleados, el precio de los mismos y de la mano de obra, la garantía que se otorgue y los demás requisitos legalmente exigidos (art. 62).

Examínense, a continuación, las disposiciones del *C.Civ.* aplicables a los contratos mercantiles de servicios profesionales, esto es, sólo a los que se mencionan en estas notas, atento su carácter mercantil:

- El pago de los honorarios y de las expensas, cuando las haya, deberán hacerse en el lugar de residencia del prestador, inmediatamente después de que se preste cada servicio, o bien cuando se hayan prestado todos, una vez que el profesionista concluya su actuación (art. 2610).
- Si fueren varias personas las prestatarias de los servicios, todas ellas serán solidariamente responsables de los honorarios y de los anticipos (art. 2611).
- Salvo convenio en contrario, cuando fueren varios los profesionistas prestadores de los servicios, cada uno de ellos podrá cobrar individualmente los servicios que le correspondan (art. 2611).
- Salvo convenio en contrario, el profesionista tiene derecho de exigir sus honorarios, cualquiera que sea el éxito del negocio o trabajo que se le encomiende (art. 2613).
- Cuando el proveedor de los servicios no pueda llevar adelante su actividad, deberá avisar oportunamente al prestatario; de no hacerlo así, responderá de los daños y perjuicios que se causen. Cuando los servicios sean de abogacía, el prestador no puede proporcionarlos a la parte que tenga intereses contrarios al del cliente (arts. 2589 y 2614).

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

- El prestador de estos servicios es responsable, frente al prestatario, cuando actúe con negligencia, impericia o dolo, independientemente de las penas que le correspondan en caso de delito (art. 2615).

Cuando se trate de contratos de obra a precio alzado, la misma legislación civil establece lo siguiente:

- Todo el riesgo de la obra correrá a cargo del empresario hasta el acto de la entrega, a no ser que hubiere morosidad de parte del dueño de la obra en recibirla, o convenio expreso en contrario (art. 2617).
- Cuando surgieren dificultades entre el empresario y el dueño de la obra, las mismas se resolverán con arreglo a la naturaleza de los trabajos, el precio de los mismos y la costumbre del lugar mediante el dictamen de peritos (art. 2619).
- Si la obra no se ejecuta por causa del dueño, el perito que haya elaborado el plano, diseño o presupuesto podrá cobrarlo, salvo que otra cosa se hubiere estipulado (art. 2620).
- Cuando se hubiere invitado a varios peritos para realizar los planos, diseños o presupuestos para escoger el que parezca mejor, y los peritos hayan tenido conocimiento de tal circunstancia, ninguno podrá cobrar honorarios, salvo convenio expreso en otro sentido (art. 2621).
- El precio de la obra se cubrirá al entregarse la misma, salvo convenio en contrario (art. 2625).
- Cuando se hubiere estipulado un precio determinado, el prestador no podrá exigir después aumento alguno, aunque lo haya tenido el precio de los materiales o el de los jornales (art. 2626).
- Una vez pagado o recibido el precio, ninguna de las partes podrá efectuar reclamación alguna, a menos que se hayan reservado expresamente el derecho de reclamar (art. 2628).
- Cuando la obligación consista en hacer una obra por piezas o por medida, el prestador puede exigir que el dueño la reciba en partes y se la pague en proporción de las que reciba (art. 2630).
- El empresario no puede hacer ejecutar la obra por otro, salvo que se haya pactado lo contrario o el dueño lo consienta, pero siempre bajo la responsabilidad del empresario (art. 2633).
- Recibida y aprobada la obra, el prestador es responsable de los defectos que después aparezcan y que procedan de vicios en su construcción y hechura, mala calidad de los materiales empleados o vicios del suelo en que se fabricó, salvo que el prestatario haya consentido, de manera expresa, en el empleo de materiales defectuosos, después de que el empresario le haya dado a conocer tales defectos, o que la obra se haya edificado en terreno inapropiado elegido por el dueño, a pesar de las observaciones del empresario (art. 2634).
- El dueño de la obra ajustada por precio fijo podrá desistir de su realización, siempre que indemnice al empresario de todos los gastos y trabajos realizados, así como de la utilidad que pudo haber obtenido de la obra (art. 2635).
- Una vez indemnizado el empresario de lo que corresponda por desistimiento anticipado del dueño de la obra, este último queda en libertad de continuarla con otros prestadores, aunque se emplee el mismo plano, diseño o presupuesto (art. 2637).

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

- Si el empresario falleciere antes de terminar la obra, el dueño podrá rescindir el contrato, pero deberá cubrir a los herederos del primero por los trabajos efectuados y los gastos erogados, así como cuando el empresario no pueda concluir la obra por razones ajenas a su voluntad (arts. 2638 y 2639).
- El empresario es responsable de los trabajos realizados por las personas que ocupe en la obra (art. 2642).
- El constructor de obra mueble tiene derecho de retenerla mientras no se le pague en la forma convenida; además, su crédito deberá pagarse preferentemente con el precio de la obra (art. 2644).
- Todo empresario constructor es responsable por la inobservancia de las disposiciones municipales y de policía, y por los daños que se causen a los vecinos (art. 2645).

22.5 Los contratos de obra en el derecho internacional. El contrato de llave en mano

La unánimemente admitida globalización del comercio ha traído consigo la de numerosos contratos internacionales, entre ellos los de ingeniería, así calificados, como tantos otros, en los países del *common law*, que abarcan todos los aspectos relacionados con la proyección, diseño, mecánica de suelos, estudios técnicos de la futura actividad, aspectos financieros, aprovechamiento de patentes y otros.

De ello resulta que las fórmulas contractuales son de una variedad y complejidad extremas, que en el curso de los años condujeron a la constitución de la Federación Internacional de Ingenieros Consultores (FIDIC), en 1995, misma que ha propiciado la redacción de contratos-tipo para todos los indicados aspectos, principalmente los relacionados con el diseño y la construcción, que en algunos países, como el Reino Unido y Alemania, son ya de uso generalizado, con arreglo a tres categorías: *a*) ingeniería de consulta, *b*) ingeniería comercial y *c*) ingeniería de llave en mano.[3]

a) *Los contratos de ingeniería de consulta* se caracterizan por la prevalencia de prestaciones intelectuales, conocidas como ingeniería pura, pues se trata de meros proyectos por demás complejos, imposibles de elaborar por un solo profesionista, ya que comprenden los medios, las estructuras, los conocimientos de procedimientos y técnicas, la cooperación de técnicos de los más variados campos, incluidos los estudios de impacto ambiental, hidrogeológicos y otros.

b) En cambio, los *contratos de ingeniería comercial* se caracterizan por la asistencia en la realización del proyecto, que puede ser propio o ajeno, pero con especial referencia a los aspectos técnicos de la futura operación y administrativos, inherentes a la realización de los trabajos. Por ello, es frecuente que en esta etapa sean varias las empresas participantes, cada una de las cuales aportará su experiencia y conocimientos en el sector operativo que le corresponda.

---

[3] **Luisa Vigone**, *Contratti atipici. Nuovi strumenti commercali e finanziari*, Cosa & Come, Milano, 1993, págs. 211 y siguientes.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

c) Por último, los *contratos de ingeniería de llave en mano* son los más completos, pues abarcan los dos segmentos anteriores y, además, las necesarias adaptaciones, incluso de equipo y mobiliario que requerirá la operación de la planeada empresa industrial o comercial de cualquiera índole.

Por lo mismo, a este contrato suelen acudir las grandes empresas tecnológicas e industriales, pues resulta obvia la conveniencia para ellas de encomendar a terceros absolutamente todos los aspectos que conduzcan a la puesta en marcha de la empresa; de ahí el nombre asignado a este contrato, que permite al empresario, simplemente, tomar posesión del local con todas las construcciones necesarias, los implementos y la maquinaria necesarios para iniciar desde luego las operaciones. Obviamente, este contrato abarca también la realización de ensayos operativos como única forma de demostrar que el propietario podrá, con la llave de entrada, poner en marcha su empresa. Por lo mismo, al tratarse de un contrato-paquete, el precio de la obra abarca absolutamente todos los aspectos técnicos e incluso comerciales, pues al productor asiste también el compromiso de adquirir la materia prima, los equipos, la maquinaria e incluso, cuando sea el caso, la mercancía que habrá de expenderse.

Obviamente, el constructor asume todos los riesgos propios de su actividad y, por lo mismo, le asiste toda la responsabilidad derivada de sus actividades, por lo que apenas si hace falta precisar que en los contratos respectivos suele pactarse la obligación a su cargo de contratar un seguro que abarque todas sus posibles responsabilidades civiles.

Según fidedigna información recabada, las dos más grandes empresas industriales mexicanas, Petróleos Mexicanos y la Comisión Federal de Electricidad, han acudido a contratos de este tipo, con las siguientes características:

- El dueño de la obra no participa de ninguna manera en el proyecto, salvo para definir los criterios de funcionamiento del mismo y, en su momento, para recibir las instalaciones terminadas e iniciar la producción.
- Por supuesto, semejante mecanismo suele resultar un tanto oneroso, y por ello es frecuente que el dueño de la obra acuda a financiamientos externos para sufragar el costo, de modo principal bancarios y a menudo de procedencia extranjera.
- También es frecuente que el contratista acuda a la colaboración de una amplísima gama de terceros especializados en cada uno de los aspectos de la obra, y por ello conjuntamente actúen bajo un contrato *joint venture*, también conocido como de *alianza estratégica*.
- También suele incluirse la cláusula de variación en los costos para el constructor, por fenómenos económicos como la inflación, ante los cuales también suele estipularse el proporcional incremento del precio mediante mecanismos de ajuste cuidadosamente redactados.
- Como forma de estimular al contratista, en ocasiones se estipulan cláusulas de pagos especiales en caso de anticipada entrega de los trabajos.[4]

[4] Como forma de profundizar en el estudio de estos contratos, es por demás recomendable la lectura del artículo "El contrato llave en mano", de los autores **Christopher Smeall**, **Emmanuel Lulin**

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

Por lo demás, no es extraño que algunos de estos contratos sean internacionales, tanto por la necesidad de acudir a tecnologías extranjeras, como por las tal vez explicables exigencias de los proveedores en cuanto a la procedencia de los financiamientos, igualmente de entidades financieras extranjeras e incluso internacionales.

Por lo mismo, la cláusula de competencia legal y jurisdiccional en caso de conflictos, asume trascendental importancia, y por ello suele acudirse a procedimientos arbitrales también de corte internacional y por aplicación también de regulaciones usualmente empleadas para la solución de conflictos de esta naturaleza en la esfera internacional.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

y **Mary Abraham**, publicado en *Pemex Lex*, *Revista Jurídica Petróleos Mexicanos*, marzo de 1998, págs. 91-114.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

CAPÍTULO 23

Los servicios varios o de mediación, *lato sensu* (asistencia)

23.1 Generalidades

Por muy diversas razones, no siempre fáciles de ubicar, el moderno mundo del comercio y de la industria acude a los servicios de terceros, a los que encomienda la realización de todas o una parte de las actividades propias de su giro, en formas incesantemente novedosas y cambiantes. Entre tales razones figuran las siguientes:

a) *Operativas*. Las empresas disponen de los servicios de terceros mediante contratos civiles o mercantiles, y con ello se liberan del manejo interno administrativo que supone la contratación de personal subordinado. En otras palabras: de los servicios que aquí se examinarán se encarga la llamada *área comercial* de las empresas, y no el área de *recursos humanos.*
b) *Laborales*. Mediante la contratación de personas físicas o morales que, como proveedores, prestarán a terceros los servicios respectivos, las empresas buscan liberarse de la pesada carga laboral que conllevaría el acceso de los terceros a la nómina de trabajadores, y de ese modo quedan fuera de las obligaciones legales en cuanto a sueldos, prestaciones, vacaciones, antigüedades, etc., pues el compromiso único a cargo de las propias empresas es el de pagar a los terceros sólo por cada servicio que presten.
c) *Eficiencia*. El mecanismo de prestación de servicios no laborales permite a las empresas contratar un gran número de prestadores a todo lo largo y ancho del

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

territorio nacional, con lo cual se facilita a la clientela el ágil y pronto acceso a los servicios, además con economía de costo, pues las empresas suelen ofrecer también el servicio de información telefónica gratuita, directa e incesante (*call center*) a sus clientes.

d) *Economía de tiempo y de trámites*. En el caso de la prestación de servicios administrativos, por demás frecuente, las empresas encomiendan a terceros la contratación del personal adecuado para los servicios que se prestarán, la adquisición o tal vez arrendamiento de los locales y del equipo necesarios, etc., a tal punto que existen empresas que se desempeñan sin operar, a lo menos de modo directo, nóminas de personal, registros, documentos, contabilidades, etc., y se limitan a cubrir, por lo general mensualmente, los honorarios por tales servicios de administración.

Por supuesto, no se pretende examinar aquí la amplia gama de servicios que se prestan en esta forma, de modo especial mediante contratos mercantiles, sino sólo algunos de ellos, que la práctica viene mostrando como más frecuentes: asistencia automovilística, servicios médicos, hospitalarios y funerarios, asistencia jurídica, asistencia en el hogar, comodato de equipos para la venta de refrescos y golosinas, la garantía extendida, etcétera.

Tampoco se hace referencia aquí a los llamados contratos de maquila o de administración de empresas, que suponen, sin ambages, verdaderos contratos de colaboración empresarial, pues mediante ellos la entidad prestadora de los servicios realiza una parte, más o menos importante, de las actividades propias de la otra.

En otras palabras, los contratos que serán aquí objeto de examen son los que suponen servicios que directamente, como valor añadido, ofrecen al público ciertas empresas, como las aseguradoras, bancarias, telefónicas y algunas otras, de modo general mediante el cobro de una cuota periódica y predeterminada, de tal manera que ambas partes contratan sobre la base de eventualidades dañinas; esto es, de cara a la posibilidad de que ocurran o no los acontecimientos previstos, que ameriten la actualización de los servicios.

Como fácilmente puede apreciarse, tal forma de operar presenta las mismas características del contrato de seguro, mismo que, según se expresó con anterioridad (15.4), es apto para resarcir un daño o pagar una suma de dinero al verificarse la eventualidad prevista por ambas partes.

Indudablemente a ello obedece que la generalidad de las legislaciones, la nuestra entre ellas, incluya como seguro el contrato por virtud del cual, "… en caso de que se presente un acontecimiento futuro e incierto, previsto por las partes, una persona, contra el pago de una cantidad de dinero, se obliga a resarcir a otra un daño, de manera directa o indirecta o a pagar una suma de dinero" (art. 3o.-I, segundo párrafo, *LGISMS*).

Sin embargo, también de modo general se considera que no queda configurado el contrato de seguro cuando el cumplimiento de la eventual obligación futura se lleve a efecto "… con recursos e instalaciones propias de quien ofrece el bien o el servicio y sin que se comprometa a resarcir algún daño o a pagar una prestación en dinero" (art. 3o.-I, tercer párrafo, *LGISMS*). Por supuesto, cuando la operación constituya un seguro, le será aplicable lo expresado en el capítulo 15 de este libro.

De aquí en adelante se harán consideraciones sobre los contratos por virtud de los cuales la empresa oferente acude a los servicios de terceros para cumplir los compro-

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

misos asumidos en forma directa ante sus clientes, mecanismo al que en la práctica se menciona con el vocablo inglés *outsourcing*.

23.2 Régimen legal

Es necesario, ante todo, precisar que, aunque se trata, según quedó dicho, de la prestación de meros servicios, estos contratos son de naturaleza mercantil por razón de que, según igualmente se ha expresado, invariablemente son empresas de índole mercantil las que contratan los servicios en calidad de complementarios de su actividad principal (seguros, actividades bancarias, servicios telefónicos, compraventa de bienes muebles de toda especie, etc.); por tanto, se surte el supuesto de la accesoriedad y, en consecuencia, deben asumir el mismo carácter de los contratos principales, sin contar con que, además, es también frecuente que las entidades subcontratadas al efecto, que serán las directamente prestadoras de los servicios, asumen también carácter mercantil, aspecto este último secundario, pues la conclusión de mercantilidad será la misma aunque estas últimas empresas operen bajo alguna forma civil e incluso cooperativa, pues, como tantas veces se ha expresado, los contratos que aquí se examinarán son de naturaleza análoga a los expresados en el art. 75 del *C.Com.*, cuya frac. XXV así lo establece.

Ayunos de regulación durante muchos años, estos llamados *contratos de asistencia* finalmente han venido a ser objeto de regulación por parte de una fuente inesperada, cuyas facultades para ello son por lo menos dudosas, la SHCP, mediante Acuerdo que se publicó en el *DOF* 13 abril 2007, cuyo contenido se resume a continuación:

- En el considerando se expresa que, aunque en principio los servicios previstos como eventuales, mediante una cuota fija y predeterminada, deben considerarse como seguros, su operación con recursos e instalaciones propios de quien ofrece el servicio y sin que se comprometa a resarcir algún daño o a pagar alguna prestación en dinero, no asume tal figura jurídica; además que a nivel internacional, estos servicios de asistencia adoptan diversas modalidades, principalmente la de asistencia en viajes o traslados, la automovilística, la hogareña, la médica de emergencia, la funeraria, la legal y administrativa, así como otros de naturaleza similar.
- Se dispone, además, que el prestador de cualquiera de estos servicios debe contratar una póliza de seguro de rembolso o de exceso de pérdida para respaldar la suficiencia de los recursos que precise para el cumplimiento de sus obligaciones, entre las cuales se puede incluir la de brindar asistencia en dinero (criterio segundo-III, a).
- En los contratos deberá indicarse que los mismos no configuran un seguro, pues el prestador cuenta con alguna de las pólizas de seguro antes mencionadas; además, debe identificarse a los verdaderos prestadores de los servicios cuando sean distintos de la persona física o moral con la que se celebre el contrato; por último, también debe expresarse que los derechos del consumidor están protegidos por la *Ley Federal de Protección al Consumidor* (criterio segundo-III, c).

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

- La propia SHCP, previa opinión de la CNSF, deberá resolver las consultas que se le formulen con motivo de la aplicación de los aludidos Criterios, así como para determinar si otros servicios pueden considerarse como los antes mencionados.

Mas como era de esperarse, este mecanismo ha suscitado reparos e incluso dudas a propósito de su legalidad. Se apunta, en efecto, que minimiza gran parte de los derechos que legalmente asisten a los trabajadores, quienes formalmente están al servicio de las referidas empresas de asistencia, no así de las que realmente utilizan sus servicios, con lo que estas últimas ven reducidas sus responsabilidades laborales, y ello sin contar con que también es frecuente que de ese modo se vean afectados los derechos de tales trabajadores frente al Seguro Social, pues el citado mecanismo propicia una calificación de rango, en cuanto a riesgos, inferior al real.

Tampoco es raro el caso de que en esa forma los trabajadores vean apreciablemente reducido su derecho a la participación en las utilidades, puesto que las empresas que los contratan, prácticamente no perciben utilidades gravables, las que resultan, exclusivamente, de los honorarios que perciben por sus servicios de administración, habida cuenta, además, de que estas empresas *outsourcing* y *call center* son creadas por las propias entidades que utilizan sus servicios, a tal punto que las primeras resultan ser filiales de las segundas.

Mas, independientemente de todo lo anterior, también resulta aplicable a estos contratos lo dispuesto en la NOM-174-SCFI-2007 Prácticas comerciales-Elementos de información para la prestación de servicios en general, publicada en el *DOF* 01-nov.-2007, si bien resulta obligado precisar que este cuerpo legal, en algunos de sus aspectos, no será aplicable a los contratos que celebren las empresas oferentes de los servicios con las prestadoras directas, pues debe tenerse muy presente que los beneficiarios de los servicios son ajenos a dichos contratos, ya que se trata aquí del mecanismo generalmente conocido, como antes se dijo, con el vocablo inglés *outsourcing*, al que son totalmente ajenos los beneficiarios y la única relación directa entre estos últimos y los prestadores directos de los servicios es la prevista en los contratos principales, que únicamente suelen mencionar los números telefónicos de las empresas prestadoras directas, a tal grado que tales beneficiarios con frecuencia suponen que dichos números telefónicos son de las empresas oferentes de los servicios.

Tal explicación justifica, como antes se anunció, la no aplicabilidad de algunas de las disposiciones contenidas en la NOM-174, puesto que las únicas obligadas a prestar los servicios son las entidades que celebran los contratos con el público, sin que se establezca la relación directa prestador-beneficiario. Pero además, recuérdese que algunas de las empresas oferentes de los servicios son entidades sujetas al control y vigilancia de la SHCP, como las financieras de toda índole (bancos, aseguradoras, intermediarios financieros, etc.) y que, por lo mismo, escapan a la aplicabilidad de la *LFPC* y a la autoridad de la PFC (art. 5o., *LFPC*).

He aquí, pues, expresadas a grandes rasgos, las principales disposiciones de la referida NOM:

- Además de ser de obligatoria observancia general en la República Mexicana, son sujetos de la misma los proveedores de los siguientes servicios: tintorería, lavandería, planchaduría y similares, reparación y/o mantenimiento de vehículos, de aparatos electrodomésticos o a base de gas; embellecimiento físico, festejos socia-

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

les, arrendamiento de vehículos; fotográficos, de laboratorio fotográfico y grabación en video, remozamiento y mantenimiento de inmuebles que se encuentren dentro de ellos; paquetes de graduación, formación para el trabajo y capacitación técnica sin reconocimiento de validez oficial, así como consultoría en materia de calidad (2.1).

- En caso de servicios que hayan de prestarse en el lugar indicado por el consumidor, el proveedor advertirá las variaciones en su costo y sobre posibles circunstancias que puedan implicar un riesgo para la adecuada prestación del servicio (4.4).
- Deberá especificarse la forma y medio de pago de los servicios, con indicación del procedimiento con arreglo al cual, si procede, habrá de efectuarse el rembolso (4.5).
- La responsabilidad por la pérdida de objetos localizados dentro del bien sujeto a reparación, cuando los mismos se hayan notificado y puesto bajo resguardo al momento de la entrega del bien para su reparación o mantenimiento (4.6).
- Los modelos de contratos de adhesión que, en su caso, utilicen los proveedores de servicios, deberán registrarse ante la PFC, salvo en los casos siguientes, en los que el registro será voluntario: embellecimiento físico; fotográficos, de laboratorio fotográfico y de grabación en video; paquetes de graduación; formación para el trabajo y capacitación técnica sin reconocimiento de validez oficial; consultoría en materia de calidad (5).
- Los contratos de adhesión que, en su caso, utilicen los proveedores de algunos de tales servicios deberán celebrarse en moneda nacional, pero igualmente podrán otorgarse en moneda extranjera, conforme a la *LMEUM* (5.1 y 5.2).
- Cuando la naturaleza de la prestación del servicio no permita determinar el total del monto a pagar, deberá precisarse la manera de determinarlo (5.1.8).
- Sin perjuicio de lo establecido en la *LFPC*, deberán especificarse los mecanismos y plazos de los que dispone el consumidor para cancelar la operación o solicitar algún cambio en el lugar u horario originalmente pactados, sin pena alguna para él (5.1.12).
- Si existe, la mención de la póliza de seguro para cubrir la responsabilidad civil del proveedor (5.1.18).
- El consumidor puede exigir la llamada confidencialidad de los datos y documentos que suministre al proveedor (5.1.19.8).

Al entrar en vigor la citada NOM, lo que ocurrió sesenta días naturales después de su publicación, quedaron canceladas numerosas normas oficiales mexicanas, todas ellas relativas a los servicios previstos por la primera.

23.3 Clausulado general

Ahora bien, todos estos contratos suelen incluir una serie de cláusulas comunes a todos ellos, lo cual se explica por la razón antes apuntada: las empresas solicitantes de los servicios, por regla general, no acuden directamente a los prestadores o proveedores de los mismos, sino a las entidades mediadoras o gestoras, las que, como es de suponerse, disponen de textos contractuales preelaborados, en los cuales, como ya se apuntó, insertan cláusulas de uso común. He aquí las más generalizadas:

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

1. La obligación, por parte de la entidad gestora, de mediar en la prestación de los servicios requeridos por la solicitante en su calidad de aseguradora, vendedora de vehículos, vendedora de electrodomésticos, emisora de tarjetas de crédito, etcétera.
2. La especificación de los servicios que los proveedores directos prestarán por indicación de la mediadora, con indicación de la forma y términos en que los terceros beneficiarios deberán solicitarlos: número de la póliza de seguro, de la tarjeta de crédito, de la clave suministrada por la mediadora, etc., a cuyo efecto dichas mediadoras operan también como centros de captación telefónica, frecuentemente mencionados como *call centers*, de las solicitudes y de transmisoras de las órdenes de trabajo a los proveedores directos, en cuyo caso se les conoce como *outsourcing*.
3. Contraprestación en numerario, a cargo de la entidad solicitante de los servicios, que usualmente se estipula por cada persona física o moral beneficiaria directa de tales servicios, con indicación, también generalizada, de la cuota anual correspondiente; desde luego, también suele estipularse la forma y términos en los que se cubrirán las cuotas a la empresa mediadora o gestora: pagos directos, transferencias bancarias y otros.
4. Responsabilidades civiles de la mediadora por omisiones o defectos en la prestación de los servicios por parte de los proveedores directos.
5. Confidencialidad de los datos en informes que se intercambien las partes en estos contratos y limitaciones en cuanto al uso de la publicidad y de los elementos de la propiedad industrial, principalmente marcas y nombres comerciales.
6. Derecho de la entidad solicitante de los servicios de incluir y reportar a la mediadora nuevos beneficiarios en cualquier momento y de excluir los ya registrados. Duración del contrato, que puede ser indefinida, pero es frecuente estipularla por anualidades automáticamente renovables, salvo previo aviso en contrario de cualquiera de las partes.
7. Exclusividad en uno o en ambos sentidos, si bien esta cláusula bordea la ilegalidad, frente a ciertas disposiciones de la *Ley Federal de Competencia Económica*, en cuanto restringe o de plano prohíbe la adopción de cláusulas que obstruyan o impidan el libre acceso al mercado de bienes o de servicios, especialmente cuando una de las partes ocupe una posición relevante en dicho mercado.
8. Leyes aplicables en cuanto a lo no previsto en el contrato y para el caso de controversia, con indicación de los tribunales competentes por razón del territorio.
9. Exclusiones cuya ocurrencia justificaría la no prestación del servicio por circunstancias que se enumeran en estos contratos: imposibilidad de acceso por fenómenos meteorológicos, actos de autoridad, alborotos populares u otras circunstancias. Por supuesto, en cualquiera de los casos queda establecida la exclusión de responsabilidad por parte de las empresas mediadoras, puesto que, jurídicamente, todos los supuestos pueden calificarse como caso fortuito o fuerza mayor.

Es el momento de examinar, a continuación, el contenido específico de estos contratos, según el servicio en ellos consignado.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

23.4 Asistencia automovilística

Como es de suponerse, a este contrato acuden con frecuencia las empresas aseguradoras del ramo de automóviles, para las cuales resultaría materialmente imposible el adquirir, en propiedad o arrendamiento, la gran cantidad de locales, el contratar como empleados a los numerosos operarios que se requerirían para la prestación de los servicios de reparación de los vehículos asegurados, y también la adquisición del equipo necesario para ello.

Como antes se dijo, por obvias razones acuden a la contratación de los servicios, directamente con los talleres respectivos, o a través de las empresas mediadoras, con lo cual, en este último caso, el aspecto operativo se simplifica grandemente, pues mediante la celebración de un solo contrato se aseguran la prestación, en todo el territorio nacional, de los servicios automovilísticos a sus asegurados.

Pero también es usual que estos servicios sean contratados por las empresas armadoras y vendedoras de automóviles, que los ofrecen a los adquirentes de vehículos en el momento de celebrarse la compraventa de los mismos. Otro tanto ofrecen también las entidades, principalmente bancarias, emisoras de tarjetas de crédito, como un valor agregado a las mismas, y mediante el cargo de cuotas que suelen ser módicas.

Por supuesto, tal vez el más importante de los servicios es, en este caso el de arrastre o transporte de los vehículos involucrados en un accidente vial, al taller indicado por la empresa mediadora o al más próximo, según se estipule; mas también es frecuente que en este tipo de servicios se incluyan otros por demás convenientes para los beneficiarios, como el de traslado a centros de consulta médica de personas que hayan sufrido lesiones corporales, el de alojamiento hotelero cuando la reparación del vehículo no exceda de cierto número de días, contratado y pagado por la entidad mediadora, así como el importe del arrendamiento de otro vehículo, cuando la reparación tome un plazo superior al antes indicado, que ha de servir al beneficiario para trasladarse al lugar de destino originalmente planeado o a su domicilio permanente.

Igualmente es usual el compromiso de prestar ciertos servicios de emergencia, como cambio de llantas, suministro de combustible y algunos otros requeridos con carácter de urgentes.

23.5 Servicios médicos, hospitalarios y funerarios

Como lo indican tales expresiones, en estos casos la mediadora se compromete a gestionar la prestación de servicios de consultoría médica de emergencia, a domicilio, en consultorio médico o en hospital, así como en el transporte en ambulancia o en otro medio adecuado, que incluso puede ser aéreo, cuando las circunstancias así lo requieran, en el entendido de que la elección de los proveedores directos puede, según el caso, hacerse por la entidad solicitante de los servicios, o bien encomendarse a la empresa mediadora.

Aquí puede presentarse una gradación en la naturaleza de los servicios: es posible estipularlos como de mero traslado, pero también con inclusión de meras consultas de

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

emergencia, y aun incluir la atención médica completa, incluidas las intervenciones quirúrgicas.

Finalmente, es dable también, y por demás usual, la contratación de los servicios funerarios, con indicación, claro es, de las sumas asignadas para este y para los casos anteriores, con el pacto en el sentido de que si el costo real excede del convenido, a cargo del usuario será la diferencia. Es también frecuente la cláusula en cuyos términos la empresa mediadora se obligue a gestionar el traslado de los restos mortales de los beneficiarios al lugar convenido, incluso en el supuesto de que el fallecimiento ocurra en el extranjero.

23.6 Asistencia jurídica

Aquí la mediación se presta entre los solicitantes y los despachos jurídicos adecuados, que incluso pueden ser especializados, si bien, como es de suponerse, casi invariablemente se trata de asistencia con motivo de accidentes viales, en los que se requiere de abogados especializados en la atención y trámite de actuaciones ante jueces calificadores y agentes del Ministerio Público.

En consecuencia, este servicio suele acompañarse a las estipulaciones propias de los contratos de seguro del ramo automovilístico, pero es dable pensar que el mismo servicio se prevea para otros casos de accidentes o conflictos imprevistos, con motivo de los cuales también se requiera de asesoría ante las autoridades calificadoras o investigadoras.

Es frecuente también que, al igual que en los supuestos que anteceden, se limite el número de asistencias en razón de las cuotas estipuladas, y tal vez de la naturaleza de los servicios, que es posible concluyan en el momento en que los conflictos pasen al conocimiento de las autoridades judiciales.

Por último, igualmente suele formar parte de este tipo de asistencia el sufragio del costo de fianzas o garantías encaminadas a la liberación de los vehículos involucrados en el hecho, y de los beneficiarios como forma de obtener su libertad provisional.

23.7 Asistencia en el hogar

Aquí las empresas respectivas se comprometen a prestar servicios hogareños en dos formas diferentes:

a) En casos de emergencia, como fugas de agua, descomposturas eléctricas, ruptura de cerraduras en las puertas de acceso a la vía pública, rotura accidental de cristales instalados en puertas o ventanas hacia el exterior y algunos otros.
b) Abastecimiento de satisfactores alimenticios y similares; acarreo de ropa, de automóviles y de animales que requieran aseo u otro tratamiento; reparaciones eléctricas, de drenaje, carpintería, pintura y demás; mensajería personalizada, atenciones personales de carácter estético.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

Por lo demás, aunque se trata sin duda, como en los casos anteriores, de empresas mercantiles, por una parte no puede dudarse de la utilidad social que prestan, aunque se trate de atenciones menores, pero, por la otra, los servicios suelen prestarse sin el otorgamiento de documento contractual alguno, sin duda por razón de las normalmente reducidas remuneraciones, en razón de que, como se ha visto, en realidad son mediadoras en operaciones de compra o de servicios prestados por comerciantes y, en consecuencia, se ubican en el supuesto del art. 75-XIII del *C.Com.*, en cuanto mediadoras en negocios mercantiles. En palabras de **Alfredo Rocco**,[1] realizan la interposición en el cambio de servicios, y por ello es correcto colocar en el mismo supuesto a las agencias de colocación de trabajadores previstas por el Reglamento publicado en el *DOF* 3 marzo 2006, sin que para ello sea óbice la circunstancia de que algunas de ellas no tengan fines de lucro e incluso se les prohíba recabar prestación o remuneración alguna por parte de los trabajadores (arts. 2-II, 5 y 10), pues a tal prohibición no pueden atribuirse excesivos alcances y por ello concluir en que se trata puramente de empresas filantrópicas, pues en cambio no reportan la prohibición de recabar prestaciones o remuneraciones por parte de los patrones que contraten los servicios de los trabajadores propuestos por estas agencias.

Si bien es verdad que algunas de estas empresas suministran sus servicios mediante relación directa con los usuarios, como las de aseo y limpieza en hogares y oficinas, es necesario aclarar que en muchos casos ellas, a su vez, celebran contratos con las mediadoras que se examinan en este capítulo, frente a las cuales asumen la obligación de prestar sus servicios a las personas físicas o morales que les indiquen dichas mediadoras, las que, por tanto, asumen la obligación de cubrirles su remuneración.

23.8 Comodato de equipos para la venta de refrescos y golosinas

El escenario en el que despliegan sus actividades las empresas embotelladoras de refrescos, fabricantes de golosinas, galletas, café listo para su consumo y algunos otros satisfactores, es el consistente en la instalación de aparatos y equipos despachadores de la mercancía, mediante inserción de monedas de cuño corriente.

Se trata, a lo menos en un gran número de casos, de contratos de comodato en los que dichas empresas son las comodantes y otras de la más diversa índole, incluso oficinas gubernamentales son las comodatarias de los aparatos y equipos que en su interior contienen la mercancía respectiva.

Así las cosas, el mecanismo jurídico y operativo es por demás sencillo:

a) Las empresas comodantes instalan sus aparatos y equipos en el interior de los locales ocupados por las empresas u oficinas que deciden actuar en calidad de comodatarias, a fin de facilitar a sus empleados la adquisición directa, rápida y por lo general a razonable costo, de los refrescos, bebidas o golosinas de que se trate;
b) Aunque en los contratos respectivos la empresa comodante no se obliga a suministrar las mercancías en forma adecuada y oportuna, luego los comodatarios no

[1] *Principios de derecho mercantil*, Editora Nacional, México, 1960, págs. 200-204.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

podrían exigirle que mantenga surtidos los equipos y aparatos, en cambio sí suele prohibirse a dichos comodatarios el empleo de los equipos y aparatos con productos de otra procedencia. Claro es que las empresas que proporcionan los equipos y la mercancía, bien se cuidarán de mantener adecuadamente surtidos los equipos;

c) Por su parte, los comodatarios se obligan a mantener en buen estado los equipos y a darles el uso adecuado, pero en cambio les está prohibido decorarlos, pintarlos o repararlos, y mucho menos traspasarlos por cualquier título;

d) Los comodatarios se obligan a devolver los equipos cuando así lo soliciten las empresas comodantes, y responden del deterioro o embargo de los aparatos, así como de los daños que se causen, de su extravío o robo;

e) Otra obligación a cargo de los comodatarios es la consistente en no trasladar los equipos a un lugar distinto del convenido;

f) Finalmente, aunque sobre este punto los contratos suelen ser omisos, la energía eléctrica que requiere la operación de estos equipos queda a cargo de los comodatarios.

23.9 La garantía extendida

Como es bien sabido, por disposición legal todos los fabricantes, y con frecuencia los meros vendedores también, de aparatos mecánicos o eléctricos de todo tipo, desde las más complejas maquinarias que emplean las llamadas industrias pesadas, hasta los más simples juegos o juguetes, deben ser objeto de una garantía de su correcto funcionamiento, a lo menos durante cierto lapso, pues así lo disponen las leyes respectivas, en especial las protectoras de los derechos que asisten a los consumidores.

Pues bien, a partir de la segunda mitad del siglo XX los comerciantes distribuidores de toda esta amplia laya de productos discurrieron el ofrecer a los adquirentes las mismas garantías legal o contractualmente ofrecidas por ellos mismos o por los fabricantes, pero con vigencia posterior a la original, y de ahí surgió la expresión denotativa de este mecanismo: garantía extendida.

Como en casos anteriores, este servicio podría prestarse con el empleo de elementos humanos y materiales de los propios comerciantes, pero también aquí es frecuente acudir a las tantas veces pronunciadas empresas mediadoras, las que, como igualmente se ha expresado, tampoco disponen de elementos humanos y de instalaciones propias, que a su vez subcontratan.

En tales condiciones, aquí el servicio de garantía extendida ofrece cierta complicación contractual, en la medida en que los comerciantes vendedores celebran un primer contrato con las entidades mediadoras, las que, a su vez, tienen celebrados contratos con los diversos proveedores directos, que a la postre son los que acuden a prestar directamente los servicios implícitos en la garantía.

Todo ello, como es fácil entender, plantea una intrincada trama de responsabilidades: el comerciante vendedor del producto, que adicionalmente ofrece al comprador la garantía extendida, mediante el contrato respectivo, es por ello el directo responsable de los errores u omisiones en que se incurra frente a los consumidores; a su vez, la entidad mediadora asume también responsabilidad frente al comerciante, y así se estipula o debe resultar del contrato respectivo, puesto que la calidad de mediadora no la libera de

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

responsabilidad; por último, el proveedor directo de los servicios asume, sin duda, una doble responsabilidad: frente a la mediadora que le paga y que contrata sus servicios, y frente a los adquirentes de los bienes, por virtud de que son los directamente afectados como consecuencia de los errores u omisiones en que frente a ellos incurren.

Con el confesado propósito de aclarar tan complejo panorama, y especialmente el de evitar que estos servicios encubran un contrato de seguro, la SHCP dictó un Acuerdo mediante el cual se fijan los criterios de aplicación general respecto de la garantía extendida que aquí se examina, publicado en el *DOF* 20 julio 2006, cuyo contenido se analizará a continuación:

- En el considerando se precisa que tal servicio puede prestarse directamente por el fabricante, por el proveedor, por una institución aseguradora o por otro tipo de empresas, en la inteligencia de que no se considera como operación de seguro cuando se otorgue directamente por el fabricante o por empresas que operen con una póliza de seguro que le permita respaldar la suficiencia de sus recursos necesarios para el cumplimiento de sus obligaciones. Se aclara, por último, que el principal propósito del Acuerdo es el de perfilar un marco apropiado para estos servicios cuando se ofrecen por empresas no aseguradoras.
- En el mismo considerando se precisa que, cuando el prestador del servicio no sea una entidad aseguradora, deberá contratar una póliza de seguro de exceso de pérdida, con la que se cubrirán, íntegramente, los gastos que efectúe para el cumplimiento de sus obligaciones, en lo que excedan de la contraprestación, neta de costos administrativos, en el entendido de que la recuperación habrá de referirse a los pagos efectuados en períodos no mayores de tres meses.

  También se prevé, en defecto de la póliza antes mencionada, la contratación de un seguro de rembolso, con el cual la aseguradora cubrirá íntegramente los gastos que efectúe el prestador del servicio en cumplimiento de sus obligaciones relacionadas con la extensión de garantía.
- El punto segundo del Acuerdo evoca lo dispuesto por el art. 3o.-I, último párrafo, de la *LSCS*, en el sentido de que el servicio de que se trata no se considera operación activa de seguro cuando se satisfaga con recursos e instalaciones propios y sin que se asuma el compromiso de resarcir un daño o cubrir una prestación en dinero, o bien cuando contrate cualquiera de las pólizas antes mencionadas.
- También se dispone que en los contratos de extensión de garantía se incluya la aclaración de que no son contratos de seguro y que se cuenta con cualquiera de las pólizas antes referidas, así como la identificación del prestador directo del servicio, cuando no sea el prestador mismo; por último, que los derechos del consumidor están protegidos por la *LFPC*.
- Como corolario, las instituciones aseguradoras que expidan las pólizas tantas veces mencionadas, deberán registrarlas ante la CNSF como contratos de no adhesión.

23.10 Autoalmacenaje

El mecanismo del llamado autoalmacenaje, importado, como tantos otros, de la práctica estadounidense, supone el otorgamiento al usuario, por parte de una empresa propie-

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

taria de bodegas o almacenes, del derecho a disponer de dichos locales para la guarda de bienes muebles de la más diversa índole.

No es fácil augurar la suerte que esta operación corra en nuestro país, que en los Estados Unidos de América ha alcanzado un auge extraordinario, de modo especial referido a su empleo por parte de los inquilinos de departamentos empleados como casas-habitación, que suelen ser de reducidas dimensiones y sin el espacio suficiente para la guarda de enseres, mobiliario en desuso, herramienta y demás mobiliario de poco uso o de uso habitual pero sin lugar apropiado dentro de los locales destinados a casa-habitación.

Según información difundida a mediados de 2007, recientemente se asentaron en nuestro país una o dos empresas de capital extranjero, destinadas exclusivamente a operar este tipo de contratos.

23.11 Resumen y consideraciones generales

Como se ha visto, las empresas mediadoras en la prestación de servicios vienen desempeñando un cada vez más importante papel en todo tipo de actividades comerciales. Ahora bien, las consecuencias laborales de tal desempeño no han pasado inadvertidas para ciertos sectores vinculados a la economía laboral, en cuanto consideran que estos mecanismos vienen desplazando a una gran cantidad de empleados y trabajadores de las empresas, que encuentran preferible deshacerse de complicaciones laborales y económicas de la más diversa índole, pues de empleadoras laborales se han convertido en meras prestatarias de servicios ahora catalogados como mercantiles, y en algunos casos de índole civil, no así laboral, con todas sus consecuencias: reducción al mínimo de nóminas laborales, y con ello de compromisos en cuanto a sueldos, prestaciones, reconocimientos de antigüedad, permisos por razones de salud y derivados de derechos laborales, etc., sin descontar el fincamiento de serias responsabilidades civiles a las aquí examinadas empresas prestadoras de servicios.

No menor importancia revisten otros aspectos que suponen importantes renglones de economía para las empresas beneficiarias de estos servicios, como la reducción física de locales ante la ausencia de empleados, la reducción al mínimo de la contratación de equipos y mobiliario, de sistemas de comunicación y algunos otros.

Otro efecto de lo anterior, hasta ahora poco apreciable, pero que con seguridad repercutirá en el papel que están llamadas a desempeñar las organizaciones sindicales y las autoridades laborales, tendrá que ser el consistente en el debilitamiento de los sindicatos y, tal vez, el relativo a la necesidad de reestructurar el derecho laboral para vincular, de algún modo, los derechos de los empleados y trabajadores de las empresas aquí examinadas con la actividad de las entidades prestatarias de los servicios.

Sobre el mismo punto, así las autoridades fiscales como las de índole laboral han venido incursionando en las actividades de las empresas que, usualmente de manera sistemática, prestan servicios a otras, que en realidad correspondería realizar a estas últimas, de tal manera que a los contratos respectivos, por supuesto de prestación de servicios, se les viene calificando con el vocablo inglés *outsourcing*, lo que se viene con-

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

siderando como mecanismo para que las entidades beneficiarias de los servicios eludan el cumplimiento de obligaciones laborales, fiscales, no menos que de carácter socioeconómico, por estimar que las personas físicas directamente prestadoras de los servicios configuran, en el fondo, personal supeditado a las empresas que indirectamente aprovechan sus servicios, mediante el pago de sumas prefijadas que periódicamente, o en cada caso, se cubren a las entidades que tienen celebrados contratos laborales con las personas físicas prestadoras directas de los servicios.

Mecanismo tal, según cierta noticia periodística,[2] dio lugar, a principios de 2009, a omisiones fiscales por mil novecientos millones de pesos.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

[2] Periódico *Reforma*, 1 de abril de 2009.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

TÍTULO 6

Contratos asociativos o de colaboración

Capítulo 24
Los contratos publicitarios

Capítulo 25
La asociación en participación

Capítulo 26
El tiempo compartido

Capítulo 27
La concesión

Capítulo 28
La unión transitoria de empresas, alianza estratégica o *joint venture*

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

CAPÍTULO 24

Los contratos publicitarios

24.1 Generalidades

En otro lugar[1] he tenido oportunidad de afirmar que la humanidad vive fatalmente inmersa en la tecnología y que la muestra de ello está en la ropa que vestimos, los alimentos que consumimos, los aparatos con los que trabajamos, los medios de transporte que utilizamos y aun las modernas diversiones que son, casi en su totalidad, el resultado de procedimientos técnicos, en ocasiones de una increíble complejidad, si bien añadí que ese mundo técnico de la comodidad, de la rapidez y de la facilidad ha venido conformando, y con frecuencia deformando, la mentalidad de los hombres y con ello la conducta humana. En esta ocasión es oportuno expresar que la publicidad, en todas sus manifestaciones, echa mano de los más variados procedimientos técnicos, según se mostrará más adelante.

Parece, al autor de estas notas, que este es el lugar para volver sobre tales expresiones y añadir que también vivimos, todos los seres humanos, inmersos en la publicidad, tal vez fatalmente como víctimas indefensas de ella, pues no podemos, aunque quisiéramos, librarnos de su agobiante influencia, que nos persigue y acosa en todo

[1] *Contratos mercantiles*, 10a. ed., Iure Editores, México, 2010, pág. 508.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

momento y lugar, tal vez incluso en momentos generalmente calificados de íntimos. En palabras de **William Meyers**:[2]

> La presencia de la publicidad en la vida cotidiana en Occidente es un fenómeno de tal magnitud que un arqueólogo del futuro podría distinguir una nueva civilización a partir de la aparición de la misma. Está presente en la intimidad del hogar con la televisión y con publicaciones; ha cambiado no sólo el paisaje urbano, sino también el de las carreteras y autopistas, y ha penetrado incluso en el lenguaje del hombre de hoy.

El mismo autor[3] apunta la arrolladora influencia de la televisión, a la que acusa de ser:

> … la máxima responsable, por encima de cualquier otro factor, del aumento de la preeminencia de la industria publicitaria durante las últimas décadas.

De su parte, Danny Glober, actor y activista estadounidense, se ha expresado en la siguiente forma, según lo reporta cierta publicación periodística:

> La televisión se ha convertido en algo terrorífico, algo que irrumpe en la mente de nuestros hijos mucho antes de que sus sistemas de valores se hayan formado y sólo transmite una idea: consume, consume, consume.

Ahora bien, en este libro sólo me ocuparé de la publicidad comercial, esto es, de la apta para promover la venta o colocación lucrativa de bienes o servicios en general y sin las restricciones propias de las consideradas como promociones u ofertas, previstas por los arts. 46 a 50 de la *Ley Federal de Protección al Consumidor* (*LFPC*), que, con arreglo a su régimen legal, suponen prácticas comerciales sujetas a incentivos y, por lo mismo, obligatoriamente ajustadas a una publicidad específica, en la que deberán precisarse las condiciones, el plazo de duración o el volumen de los bienes o servicios ofrecidos. De esta suerte, se está aquí en un terreno de protección del consumidor más rigurosa que la referida a la publicidad en general, que será en estas notas objeto de consideración, pues en todos los casos se configura la institución jurídica conocida como *oferta* o *promesa de contrato* y también como *declaración unilateral de voluntad*, por cuanto se surte la definición que consignan los arts. 1860 y 1861 del *Código Civil Federal* (*CCF*):

> ***Artículo 1860.*** *El hecho de ofrecer al público objetos en determinado precio obliga al dueño a sostener su ofrecimiento.*
> ***Artículo 1861.*** *El que por anuncios u ofrecimientos hechos al público se comprometa a alguna prestación a favor de quien llene determinada condición o desempeñe cierto servicio, contrae la obligación de cumplir lo prometido.*

Claro es que tales promociones u ofertas pueden ser objeto de la publicidad comercial que aquí se examinará, pero sin abordar los aspectos tutelares y precontractuales que han quedado expuestos.

---

[2] *Los creadores de imagen*, Ariel Sociedad Económica, México, 1991, cuarta de forros.
[3] *Ibidem*,, pág. 14.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

Con toda la razón del mundo se ha afirmado que, desde sus orígenes hasta hoy, la publicidad ha demostrado ser un medio camaleónico, capaz de adaptarse a los mecanismos más complejos, de los que ha sacado siempre un considerable provecho. De todo ello podemos dar fe los habitantes del mundo actual.

Aspecto por demás diverso es el de las ventajas e inconvenientes, en ambos casos preñados de peligros, de la publicidad excesiva, engañosa, taimada, falaz, insinuante y subliminal, que aquí se examinarán con cierto detenimiento.

En efecto, breves comentarios sobre todo esto se formularán más adelante, si bien por ahora es necesario anticipar la inexistencia de una ley mexicana en la que, de modo general, se regule esta publicidad mercantil, como ya ocurre en otros países.

Efectivamente, disposiciones aisladas, generalmente restrictivas de algunas manifestaciones publicitarias, se encuentran en la *LFPC* (arts. 32 al 45), así como en la *Ley General de Salud* (arts. 300 al 312), por supuesto en la *Ley de la Propiedad Industrial*, así como en otras leyes y aun en el propio *Código de Comercio*, todas las cuales se examinarán más adelante.

No hay duda sobre que la publicidad, en todas sus formas y expresiones, es el principal medio al que desde siempre han acudido los comerciantes para informar sobre sus productos o servicios, abonar las cualidades de los mismos y con ello atraer a la clientela. Por tanto, especial interés ofrece la fijación de límites a la publicidad, pues el péndulo se mueve entre la absoluta libertad publicitaria y, en el otro extremo, las más o menos graves restricciones a la misma, ante la necesidad de evitar que se la emplee en forma exagerada o engañosa, con el consiguiente peligro y perjuicio para la salud, la vida, la estabilidad emocional de los consumidores e incluso simplemente su patrimonio.

24.2 Definición y modalidades

Puesto que, como es perfectamente sabido, la publicidad es el mecanismo por excelencia para atraer al comprador, resulta ilustrativo el recordar que, en los términos del art. 2-IX del *RLGSMP*:

> *Publicidad, a la actividad que comprende todo proceso de creación, planificación, ejecución y difusión de anuncios publicitarios en los medios de comunicación con el fin de promover la venta o consumo de productos o servicios…*

Frente a tal definición, parece aconsejable el transcribir la que propone **García Sais**:[4]

> … modo de promoción, a través de la cual el consumidor conoce, se motiva y decide sobre bienes y servicios existentes en el mercado. La publicidad alude, pues, a un modo de promoción, a través de la cual el proveedor-anunciante busca que el consumidor-destinatario de la misma conozca, se motive y decida sobre la adquisición o no de su oferta; en suma, sobre la consumición de sus bienes o servicios.

[4] *Derecho de los consumidores a la información. Una aproximación a la publicidad engañosa en México*, 1a. ed., Editorial Porrúa-Instituto Tecnológico Autónomo de México, México, 2007, págs. 15 y 16.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

Aquí me parece ilustrativo el dar cuenta de algunas expresiones definitorias de la publicidad, a efecto de estar en aptitud de establecer comparaciones entre ellas, pues algunas, como se verá, tienen jerarquía legal.

En nuestro país, el Consejo Nacional de la Publicidad aglutinó, en el año de 1988 a todas las asociaciones mexicanas que venían realizando tal actividad, principalmente con el propósito de elaborar el vigente *Código de Ética de la Publicidad*, que se suscribió el 27 de septiembre del mismo año con la firma, como testigo de honor, de Miguel de la Madrid Hurtado, a la sazón Presidente de los Estados Unidos Mexicanos. Pues bien, el art. 1 de dicho Código define la publicidad así:

> *La actividad que consiste en ofrecer bienes, servicios o ideas, dirigidas al público con el objeto de promover su aceptación a través de mensajes transmitidos por los diferentes medios de comunicación y de los avisos en envases y etiquetas.*

Y tal es la proyección del art. 2 de la *Ley General de Publicidad* española, inspirada, en gran parte, en la Directiva 84/450, sobre publicidad engañosa, aprobada por el Consejo de las Comunidades Europeas el 10 de septiembre de 1984 cuando, al definir la publicidad, expresa, sin ambages, que es

> *Toda forma de comunicación realizada por una persona física o jurídica, pública o privada, en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos u obligaciones.*

Y en concreto por lo que hace a la publicidad de las llamadas promociones y ofertas, la *Ley Federal de Protección al Consumidor*, art. 48-I, dispone que en la publicidad que se efectúe de dichas promociones y ofertas,

> *... deberán indicarse las condiciones, así como el plazo de duración o el volumen de los bienes o servicios ofrecidos; dicho volumen deberá acreditarse a solicitud de la autoridad. Si no se fija plazo ni volumen, se presume que son indefinidos hasta que se haga del conocimientos público la revocación de la promoción o de la oferta, de modo suficiente y por los mismos medios de difusión;...*

Ahora bien, las indicadas definiciones han dado lugar a que el tratadista español **José B. Acosta Estévez** [5] apunte las siguientes conclusiones:

1. Se trata de una forma de comunicación.
2. Realizada por una persona fisica o jurídica, pública o privada.
3. En el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o de profesión liberal.
4. Con el objetivo de promover el suministro de bienes, muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones.
5. A cambio de una determinada remuneración.

Por lo que hace a la definición de contrato de publicidad, igualmente parece acertada la que suministra tal regulación española:

---

[5] *Perfiles de la Ley General de Publicidad*, Promociones y Publicaciones Universitarias, 1a. ed., Barcelona, 1990, pág. 29.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

"Contrato de publicidad es aquél por el que un anunciante encarga a una agencia de publicidad, mediante una contraprestación, la ejecución de publicidad y la creación, preparación o programación de la misma.- Cuando la agencia realice creaciones publicitarias, se aplicarán también las normas del contrato de creación publicitaria" (art. 15, todo ello en la inteligencia de que estos contratos abarcan las antes mencionadas cuatro fases).

Sin pretensiones doctrinales o académicas, en el presente libro se abordan dichas cuatro fases de los contratos publicitarios.

Una vez más, es necesario lamentar la ausencia, en la legislación mexicana especializada, de regulación contractual publicitaria, por donde debe concluirse que a los contratos que a continuación se mencionarán son aplicables las disposiciones sobre los contratos en general, consignadas en el *C.Com.* y en el *C.Civ.*, este último en su calidad de regulación supletoria de la primera.

Ante tal penuria legislativa, paréceme aconsejable acudir a la tantas veces citada *Ley General de Publicidad* española, que define este contrato en la forma antes transcrita y plantea la existencia de por lo menos cuatro contratos que abarcan otras tantas fases que suelen preceder a la difusión comercial que supone la publicidad de que se trata: *a*) el contrato de publicidad propiamente dicho; *b*) el contrato de difusión publicitaria; *c*) el contrato de creación publicitaria; d) el contrato de patrocinio. Tal vez ello justifique el transcribir aquí las definiciones que aporta dicha regulación española:

a) Contrato de publicidad es aquel por el cual un anunciante encarga a una agencia de publicidad, mediante una contraprestación, la ejecución de publicidad y la creación, preparación o programación de la misma.- Cuando la agencia realice creaciones publicitarias se aplicarán también las normas del contrato de creación publicitaria (art. 15).

Respecto de este contrato, la legislación en cita dispone que el anunciante debe denunciar cualquier idea, información o material suministrado por la agencia, para fines distintos de los pactados y que la misma obligación reporta la agencia respecto de la información o material que el anunciante le haya facilitado con motivo del contrato (art. 16).

En caso de que la publicidad no se ajuste, en sus elementos esenciales, a los términos del contrato o a las instrucciones expresas del anunciante, este último podrá exigir una rebaja de la contraprestación estipulada o la repetición total o parcial de la publicidad para que se ajuste a los términos pactados, así como la indemnización en uno u otro caso, de los perjuicios que se le hayan irrogado (art. 17).

Cualquier incumplimiento injustificado por parte de la agencia hará surgir el derecho del anunciante de resolver el contrato, exigir la devolución de lo pagado y la devolución de los daños y perjuicios que se le causaren. Frente a ello, cualquier incumplimiento del anunciante cuando sea injustificado, hará surgir el derecho de la agencia a exigir la indemnización por los daños y perjuicios que se le causen. Cualquier extinción del contrato no afectará los derechos de la agencia respecto de la publicidad realizada antes del incumplimiento (art. 18).

b) Contrato de difusión publicitaria es aquel por el que, a cambio de una contraprestación fijada en tarifas preestablecidas, un medio se obliga a favor de un anunciante

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

o agencia a permitir la utilización publicitaria de unidades de espacio o de tiempo disponibles y a desarrollar la actividad técnica necesaria para lograr el resultado publicitario (art. 19).

Si el medio, por causas que le sean imputables, cumpliere una orden de modo alterado, defectuoso o con menoscabo de algunos de sus elementos esenciales, estará obligado a ejecutar de nuevo la publicidad en los términos pactados. Si ello no fuere posible, el anunciante o la agencia podrá exigir la reducción del precio y, en su caso, la indemnización de los perjuicios causados (art. 20).

Salvo caso de fuerza mayor, si el medio no difunde la publicidad, el anunciante o la agencia podrá optar entre exigir una difusión posterior en los términos pactados o denunciar el contrato con devolución de lo pagado por la publicidad no difundida. En ambos casos, el medio deberá indemnizar los daños y perjuicios ocasionados. Pero si la falta de difusión fuere imputable al anunciante o a la agencia, el responsable estará obligado a indemnizar al medio y a cubrirle íntegramente el precio, salvo que el medio haya ocupado total o parcialmente con otra publicidad las unidades de tiempo o de espacio contratadas (art. 21).

c) *Contrato de creación publicitaria es aquel por el que, a cambio de una contraprestación, una persona física o jurídica se obliga a favor de un anunciante o agencia a idear y elaborar un proyecto de campaña publicitaria, una parte de la misma o cualquier otro elemento publicitario (art. 22).*

Las creaciones publicitarias podrán disfrutar de los derechos de propiedad industrial o intelectual cuando reúnan los requisitos fijados por las leyes respectivas, en el caso mexicano por la *Ley de la Propiedad Industrial* y la *Ley Federal del Derecho de Autor*.

Sin perjuicio de lo antes dicho, los derechos de explotación de las creaciones publicitarias se presumirán, salvo pacto en contrario, cedidos en exclusiva al anunciante o empresa, en los términos del contrato de que se trata y para los fines previstos en el mismo (art. 23).

d) *El contrato de patrocinio publicitario es aquel por el que el patrocinado, a cambio de una ayuda económica para la realización de su actividad deportiva, benéfica, cultural, científica o de otra índole, se compromete a colaborar en la publicidad del patrocinador.- El contrato de patrocinio publicitario se regirá por las normas del contrato de difusión publicitaria en cuanto le sean aplicables (art. 24).*

Por supuesto, a todos estos contratos serán aplicables las restricciones, prohibiciones y, según los casos, las sanciones previstas por otras leyes reguladoras de la publicidad de actividades específicas, que se examinan en otro lugar de este libro.

24.3 Las empresas publicitarias y los medios de difusión

Como se sabe, mucho se ha escrito y se seguirá escribiendo sobre la importancia y efectos de la moderna publicidad comercial y, por supuesto, a propósito de las activi-

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

dades propias de las empresas publicitarias, e igualmente de los medios de difusión. Empero, pocas veces se encontrarán expresiones tan reprobatorias de la publicidad que aquí se examina, como las de **Marshall McLuhan**:[6]

> El hecho es que el mundo publicitario es una farsa gigantesca, tanto como el mundo de la moda, del arte, la política, o de los espectáculos. La desnudista finge ante su público quitándose la ropa, y el poeta engaña a sus lectores alterando o cambiando los ritmos y hábitos familiares de la expresión.- Y, ¿qué hay sobre el engaño del publicista? Este debe manejar más de un nivel para lograr la interacción que envuelve al público… El publicista nos muestra el mundo a través de la red o máscara de su producto, mientras que se adueña juguetonamente de nuestro crédito o dinero.

Por cierto, este personaje adquirió fama mediante la publicación de sus tres libros: *La aldea global* (1962), *La comprensión de los medios* (1964) y *el Medio es el mensaje* (1967). Como se sabe, este autor proclamó, como idea primordial, la de que las nuevas tecnologías surten efectos sobre nuestra cognición, lo que a su vez afecta la manera como nos organizamos socialmente.

> Entre esas tecnologías estuvieron previamente el alfabeto y la imprenta. Ahora están las electrónicas a través de las cuales los medios reestructuran nuestra convivencia social y vida cotidiana. Por lo tanto, para entender los cambios sociales y culturales de una era es indispensable entender dichas tecnologías y los ambientes que generan… La ropa es una extensión de nuestra piel así como las armas lo son de nuestros dientes y puños. Estas extensiones cambian la forma en que pensamos y actuamos… Anunció que los medios electrónicos desplazarían a la letra impresa y actualmente el periódico adelgaza mientras las noticias fluyen por sus sitios en internet, que sin embargo se mantienen como entornos de lectura.[7]

Naturalmente, **McLuhan** no llegó a conocer la *internet*, pero en cambio pudo adivinar por dónde iría el desarrollo de las computadoras, pues murió en 1980 y, como es sabido, sus polémicos trabajos a propósito de la influencia de los medios sobre los individuos y la sociedad lo hicieron famoso en el mundo.

A mediados de 2009 se dieron a conocer[8] ciertas variantes introducidas por importantes empresas anunciantes, como Coca-Cola, Procter & Gamble y algunos fabricantes de automóviles, que vienen exigiendo la inserción, en los contratos celebrados con sus agencias publicitarias, de una cláusula en la que se condicione el importe de la remuneración a favor de dichas agencias al monto de las ventas y no, como vino ocurriendo tradicionalmente, al tiempo empleado por las mismas, que fluctuará entre el 7 y el 9 por ciento del importe neto de las ventas.

A reserva de profundizar más adelante en este novedoso mecanismo, séame permitido expresar aquí mi opinión en el sentido de que en esta forma resulta sustancialmente modificada la naturaleza jurídica de los contratos respectivos, hasta ahora entendidos como de prestación de servicios, remunerados estos últimos con arreglo a

---

[6] Introducción al libro *Seducción subliminal* de **Wilson Bryan Key**, Editorial Diana, México, 1972, pág. 14.

[7] Tomado de un artículo elaborado por **Gonzalo Soltero** y publicado en "El Ángel", suplemento cultural de *Reforma*, 17 de julio de 2011.

[8] *The Economist*, 16 de mayo de 2009, pág. 72.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-03 09:17:55.

criterios del tiempo empleado por las empresas publicitarias, que ahora asumen el carácter de asociantes, y de asociados sus clientes anunciantes, puesto que ambas partes acuerdan participar en las utilidades resultantes de las ventas que efectúen dichas anunciantes. Aquí importa hacer un alto para dejar constancia de que algunas leyes sobre la materia, como la española (art. 14) citada con anterioridad, califican de ineficaces, entre otras, la cláusula por virtud de la cual, directa o indirectamente, se garantice el rendimiento económico o los resultados comerciales, y sin el propósito de profundizar sobre la naturaleza jurídica de estos contratos con arreglo al derecho y, en especial a la práctica estadounidense, me parece que el apuntado esquema contractual responde, punto por punto, a la definición que de nuestro contrato de asociación en participación suministra el art. 252 de la *Ley General de Sociedades Mercantiles* (*LGSM*):

> *La asociación en participación es un contrato por el cual una persona concede a otras que le aportan bienes o servicios, una participación en las utilidades y en las pérdidas de una negociación mercantil o de una o varias operaciones de comercio.*

En la inteligencia, además, de que dicha a. en p. carece de personalidad jurídica, así como de razón o denominación social (art. 254, *LGSM*).

Ahora bien, a reserva de examinar al detalle, más adelante, los actuales y proyectados cuerpos legales, en cuanto ordenadores y restrictivos de la publicidad exterior, parece ilustrativo dar cuenta de que, también a principios de julio de 2010, algunas importantes empresas publicitarias suscribieron, como forma de acatar la nueva *Ley de Publicidad Exterior*, recientemente aprobada por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, publicada en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 20 de agosto de 2010, el compromiso de retirar todas las estructuras publicitarias instaladas en inmuebles públicos y privados, por lo menos en la Delegación Miguel Hidalgo del propio Distrito Federal.

Durante junio de 2010 se difundió la noticia en el sentido de que la todavía reciente crisis financiera impactó negativamente a la industria de los periódicos, pues las empresas periodísticas enfrentaron caídas en sus ingresos por publicidad y en circulación, así como por la cancelación de algunos anuncios, información, por lo demás, dada a conocer nada menos que por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), la que difundió información en el sentido de que en México, país en el que se calcula un tiraje de 4.4 millones de ejemplares, los ingresos por publicidad cayeron un 5% entre 2007 y 2009, si bien otros países resintieron caídas de mayor importancia, principalmente los Estados Unidos de América, en que disminuyeron un 30%, mientras que en nuestro país la cifra descendió sólo del 36 al 34%.

24.4 Publicidades sujetas a autorización

Ante todo, es necesario tener muy presente que:

> *Las agencias de publicidad deberán apegarse a los términos de la autorización o del aviso, en su caso, para la elaboración de los materiales publicitarios.*

y que

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-04 15:17:33.

Los medios de difusión se asegurarán de que la publicidad que trasmitan cuente con el permiso correspondiente o se haya presentado aviso ante la Secretaría, conforme a lo establecido en este Reglamento.- Para efectos del párrafo anterior, el anunciante que pretenda publicitar un producto o servicio sujeto a control sanitario por parte de la Secretaría, deberá presentar al medio de difusión cuyos servicios utilice, ya sea por sí mismo o a través de una agencia de publicidad, copia certificada de la carátula del registro sanitario vigente, en caso de tratarse de un producto sujeto a esta autorización sanitaria y del permiso o aviso presentado ante la Secretaría.

Tal disponen los arts. 77 y 78, por supuesto con referencia exclusiva a avisos publicitarios relacionados con la salud humana.

Así pues, dentro de la referida especialidad publicitaria, a continuación daré cuenta de la preceptiva legal referida a la necesidad de autorización.

Artículo 79. *Requiere permiso de la Secretaría la publicidad relativa a:*

I. Prestación de servicios de salud, salvo cuando se trate de servicios otorgados en forma individual;
II. Suplementos alimenticios y productos biotecnológicos;
III. Bebidas alcohólicas y tabaco, incluida aquélla a que se refiere el artículo 31 de este Reglamento;
IV. Medicamentos y remedios herbolarios;
V. Equipos médicos, prótesis, órtesis, ayudas funcionales, agentes de diagnóstico, insumos de uso odontológico, materiales quirúrgico y de curación, y productos higiénicos;
VI. Servicios y procedimientos de embellecimiento;
VII. Plaguicidas, excepto cuando se trate de información técnica;
VIII. Nutrientes vegetales cuando, de conformidad con las normas oficiales mexicanas, tengan características tóxicas, y
IX. Sustancias tóxicas o peligrosas, cuando se trate de productos sujetos a control sanitario en términos del artículo 278 de la Ley.

En los casos contemplados en las fracciones IV, V y IX anteriores, sólo será aplicable este artículo, cuando la publicidad se dirija a la población en general.

No requerirá permiso la publicidad de los productos a que se refieren las fracciones VIII y IX de este artículo cuando sean utilizados como materias primas.

En el caso de los productos a que se refiere la fracción VII, su publicidad no requerirá permiso cuando éstos se utilicen como materias primas y su inclusión en el producto final no dé a este último propiedades de control de plagas y no se publicite con dichas características.

Artículo 80. *Para obtener el permiso de publicidad se deberá presentar solicitud en el formato oficial, con la información y documentación siguientes:*

I. El nombre del producto o servicio;
II. El número de registro sanitario del producto, en su caso;
III. El número de la licencia sanitaria o aviso de funcionamiento, en su caso;
IV. Las características de la difusión, que considere:

a) Medio publicitario que se utilizará,
b) Duración del anuncio publicitario,
c) Número de versiones del anuncio,

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-04 15:17:33.

d) Título del o los anuncios, y
e) Agencia de publicidad.

V. El proyecto de publicidad, en dos tantos;
VI. La documentación que dé sustento a las afirmaciones hechas en la publicidad, y
VII. La autorización sanitaria del producto y su marbete autorizado, en el caso de insumos para la salud.

La Secretaría tendrá cinco días para resolver la solicitud, en los casos en que se presente dictamen por parte de un tercero autorizado de que la publicidad cumple la legislación sanitaria, o se trate de interesados que hayan suscrito los códigos de ética y convenios a que se refieren los artículos 99 y 100 de este Reglamento, y veinte días en los demás casos.

Una vez transcurrido el plazo correspondiente, sin que la Secretaría emita una resolución, el permiso se tendrá por otorgado.

Artículo 81. *La Secretaría, cuando existan motivos para suponer la falsedad, la ambigüedad o la inducción a error de la información contenida en la solicitud de autorización, podrá requerir, en un tercio del plazo oficial de respuesta, a los solicitantes el material publicitario elaborado de que se trate, ya sea grabado, filmado o impreso para efectuar los cotejos correspondientes.*

Si una vez transcurrido un plazo de treinta días naturales el solicitante no presenta el material que la Secretaría le requirió, la solicitud se tendrá como no presentada.

Artículo 82. *Los permisos de publicidad se otorgarán por tiempo indeterminado, con las excepciones que al respecto establezca la Ley, y su vigencia se iniciará a partir de la fecha de su expedición.*

Artículo 83. *El titular del permiso no podrá introducir a la publicidad autorizada ninguna modificación que haga variar las características que sirvieron de base para el otorgamiento del permiso respectivo, excepto cuando tal modificación sea ordenada por otra autoridad en ejercicio de sus atribuciones, lo cual deberá ser hecho del conocimiento de la Secretaría, previamente a su difusión.*

Artículo 84. *Los permisos de publicidad se entenderán concedidos al titular de la autorización sanitaria o, en su caso, al distribuidor del producto, al anunciante, o al prestador del servicio.*

Artículo 85. *Cuando un permiso de publicidad sea revocado, la Secretaría notificará la resolución con las formalidades establecidas en la Ley:*

I. Al titular del permiso;
II. A los medios de comunicación en que se difunda el mensaje publicitario de que se trate;
III. A las demás dependencias competentes en materia de publicidad, y
IV. A las dependencias y entidades públicas que tengan atribuciones de orientación y protección al consumidor.

Artículo 86. *Requiere presentar aviso ante la Secretaría la publicidad relativa a:*

I. Actividades profesionales, técnicas, auxiliares y las especialidades a que se refiere el Capítulo I del Título Cuarto de la Ley;
II. Derogada.
III. Bebidas adicionadas con cafeína, a las que se refiere el Reglamento de Control Sanitario de Productos y Servicios;

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-04 15:17:33.

IV. Insumos para la salud, cuando se dirija a profesionales de la salud, y
V. Derogada.

Artículo 87. *El aviso a que se refiere el artículo anterior, con excepción de lo señalado en la fracción I y de lo previsto en el artículo siguiente, deberá presentarse por escrito en el formato oficial, dentro de los cinco días posteriores al inicio de la difusión publicitaria, y se acompañará con la información y documentación siguientes:*

I. El nombre del producto o servicio;
II. El número de registro sanitario, en su caso;
III. El número de la licencia sanitaria o aviso de funcionamiento, en su caso;
IV. Las características de la difusión que incluirán:

a) Medio publicitario que se utilizará,
b) Duración del anuncio publicitario,
c) Número de versiones del anuncio y
d) Título del o los anuncios.

V. El proyecto de publicidad, en dos tantos, y
VI. Los documentos que den sustento a las afirmaciones categóricas hechas en la publicidad.

El aviso de publicidad de las actividades profesionales, técnicas, auxiliares y las especialidades a que se refiere el Capítulo I del Título Cuarto de la Ley deberá presentarse dentro de los cinco días previos al inicio de la difusión, en los términos de este artículo.

Artículo 88. *La publicidad de insumos para la salud dirigida a profesionales de la salud deberá efectuarse mediante aviso presentado a la Secretaría en términos de lo dispuesto en el Reglamento de Insumos para la Salud.*

Artículo 108. *La Secretaría ordenará a los medios de difusión la suspensión de la publicidad de remedios herbolarios, suplementos alimenticios o productos cosméticos que se publiciten, promuevan o comercialicen como medicamentos o productos a los cuales se les hubieran atribuido cualidades o efectos terapéuticos para el tratamiento preventivo, rehabilitatorio o curativo de uno o varios padecimientos, así como de aquellos productos que no cumplan con lo establecido en el artículo 6 de este Reglamento.*

Para efectos del párrafo anterior, los medios de difusión suspenderán el anuncio publicitario de que se trate dentro de las veinticuatro horas siguientes al momento de la notificación de la orden que al efecto emita la Secretaría.

Artículo 108 bis. *En caso de que los fabricantes, distribuidores, comercializadores o comerciantes se resistan o impidan la ejecución de la acción de aseguramiento de los productos almacenados prevista en los artículos 414 y 414 bis de la Ley, la autoridad sanitaria solicitará el apoyo de la fuerza pública.*

Artículo 110. *Se sancionará con multa de dos mil hasta cuatro mil veces el salario mínimo general diario vigente en la zona económica de que se trate las violaciones a las disposiciones previstas en los artículos 21, 22 y 23 de este Reglamento.*

Artículo 111. *Se sancionará con multa de seis mil hasta ocho mil veces el salario mínimo general diario vigente en la zona económica de que se trate las violaciones a las disposiciones previstas en los artículos 7, 8, 10, 18, 32, 33, 34, 35, 44, 55, 56, 68, 69, 77, 78 y 83 de este Reglamento.*

Artículo 112. *Las violaciones no previstas en este Capítulo serán sancionadas con multa hasta por dieciséis mil veces el salario mínimo general diario vigente en la zona económica de que se trate.*

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-04 15:17:33.

24.5 Mercantilidad de las empresas y de los contratos publicitarios

No es difícil dejar sentada la mercantilidad de las empresas publicitarias, pues debe tenerse muy presente su calidad de comerciantes, atento lo dispuesto por la legislación aplicable. Así, puesto que se trata, por regla general, de personas morales que ejercen el comercio, de él hacen su ocupación ordinaria y son, sin excepción, sociedades constituidas con arreglo a las leyes mercantiles, por todo lo cual el art. 3o. del *C.Com.* determina su calidad de comerciantes.

Por lo que se refiere a los contratos publicitarios, tampoco ofrece duda su carácter comercial, con sólo invocar los conceptos que consigna el art. 75 del mismo *C.Com.*, pues nadie duda de que la publicidad es un mecanismo de mediación en negocios mercantiles, por cuanto, como es bien sabido, configura el medio más eficaz de acercar a los consumidores con las empresas proveedoras de todo tipo de bienes y servicios, luego se trata de las operaciones de mediación en negocios mercantiles previstas como actos de comercio por la fracc. XIII del referido precepto legal, máxime que la frac. XXV del mismo precepto proclama también el carácter de actos de comercio los de naturaleza análoga a los expresados por la misma legislación mercantil.

24.6 Publicidad de patrocinio

La llamada publicidad de patrocinio es la de más reciente aparición en el medio, y aquí se hará referencia, de modo exclusivo, a la de doble efecto, esto es, la que se emplea para anunciar una marca o un nombre comercial y, al mismo tiempo, para difundir las actividades del titular de dicha marca o nombre comercial. Primeramente se transcribirá la definición que de este contrato suministra la *Ley General de Publicidad* española:

> *"El contrato de patrocinio publicitario es aquel por el que el patrocinado, a cambio de una ayuda económica para la realización de su actividad deportiva, benéfica, cultural, científica o de otra índole, se compromete a colaborar en la publicidad del patrocinador…" (art. 24).*

En cambio, el mexicano *RLGSMP*, art. 2-VIII, proclama como patrocinio el

> *… respaldo económico otorgado para la promoción de una persona física o moral o para la realización de una actividad o evento.*

Importa, sin embargo, tener en cuenta que igualmente el propio Reglamento establece algunas taxativas para los casos de patrocinio de la publicidad de bebidas alcohólicas o de tabaco. He aquí las prohibiciones de que se trata:

> ***Artículo 31.*** *Cuando en el patrocinio se utilice la marca, logotipo o imagen de identificación de alguno de los productos a que se refiere este Título, se deberá cumplir con las disposiciones que para la publicidad de bebidas alcohólicas o tabaco, según sea el caso, se establecen en la Ley y en este Reglamento, y no se deberá incurrir en alguno de los siguientes supuestos:*

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-04 15:17:33.

I. Incluir en el mensaje imperativos, imágenes, sonidos, expresiones o lemas publicitarios que se asocien con la publicidad del producto;
II. Relacionar al producto con el deportista, artista o evento a patrocinar;
III. Promover el consumo del producto;
IV. Incluir imágenes de bebidas alcohólicas o tabaco o sus envases o empaques en los mensajes de los eventos a patrocinar;
V. Patrocinar eventos relacionados con actividades practicadas preponderantemente por menores, y
VI. Difundir testimonios o intervenciones relacionados con el consumo de los productos por parte de atletas, celebridades o figuras públicas de reconocido prestigio.

En el patrocinio a que se refiere el presente artículo se deberá incluir la frase: "Patrocinado por…" seguida de la marca, identificación corporativa o razón social del anunciante, excepto cuando aparezcan en las camisetas en los términos de la fracción X del artículo 34 de este Reglamento. En el caso de tabaco, se incluirá además el mensaje sanitario que determine la Secretaría en la autorización correspondiente.

Las empresas productoras o distribuidoras de bebidas de contenido alcohólico bajo podrán patrocinar actividades deportivas y eventos creativos, y las de bebidas de contenido alcohólico medio y alto, únicamente eventos creativos.

Cuando se patrocinen eventos deportivos, los anuncios respectivos podrán aparecer en revistas deportivas, siempre y cuando se cumpla con las disposiciones del presente artículo.

Empero, tal regulación es un tanto contradictoria de la campaña que, lógicamente, debe entenderse propiciada por la SS, en contra del alcoholismo y abuso en el consumo del tabaco, a la que más adelante se hará referencia, al permitir, como se dice en el penúltimo párrafo, que las empresas que produzcan o distribuyan estas bebidas, cuando sean de bajo contenido alcohólico, puedan patrocinar actividades deportivas y eventos creativos, si bien en el primer caso los anuncios podrán aparecer en revistas deportivas, no así en la parte frontal del vestuario de los deportistas, sino sólo en la parte correspondiente a la espalda y siempre que su tamaño no sea mayor a la sexta parte de la superficie posterior de las mismas (art. 34-X).

Por su parte el art. 32 se expresa así:

El uso de razones sociales, nombres comerciales, marcas, emblemas, rúbricas o cualquier tipo de señal visual o auditiva, que identifiquen a las bebidas alcohólicas y tabaco, se sujetará a lo dispuesto por la Ley, el presente Reglamento y demás normatividad aplicable.

Tal es el caso, por ejemplo, de la inserción de la marca o del nombre comercial en el atuendo de ciertas personas, a las que también aprovecha en sus actividades, generalmente ajenas al uso o consumo de los bienes o servicios comerciales distintivos de la marca o nombre comercial. Así el empleo, por parte de clubes deportivos, en el atuendo de los deportistas o en los implementos deportivos propios de la actividad de que se trate, de la marca o nombre comercial que se anuncia.

Entre tantos otros, surge aquí el ejemplo de las marcas Coca-Cola y Pepsi-Cola, que se emplean para publicitar, por una parte, las tan conocidas bebidas y, por la otra, la actividad de los deportistas que las ostentan en sus atuendos, incluso mediante su imagen, que se difunde como consumidores de las mencionadas bebidas.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-04 15:17:33.

No cabe duda sobre que la invitación es doble: *a*) A consumir los respectivos productos; *b*) A acudir a los espectáculos que protagonizan los deportistas, y por ello es dable afirmar la existencia, en estos casos, de un copatrocinio.

Además de los casos mencionados en otros lugares de este libro, considérese el siguiente: la empresa alemana titular de la famosa marca Adidas, empleada para distinguir vestuario y artículos deportivos, tenía celebrado, desde 2007, un contrato con la Federación Mexicana de Futbol, un contrato de patrocinio en la vestimenta de la Selección Nacional de dicho deporte, que vencería en 2011 y que, en su momento, significó un costo, para la referida empresa alemana, de ochenta y ocho millones de dólares. Pues bien, a principios de agosto de 2010 se otorgó un convenio sobre prórroga de la vigencia de tal compromiso, el que se extenderá a 2018, con la circunstancia de que Adidas desempeñará, además, un papel activo en el diseño de los uniformes deportivos que habrán de utilizar los deportistas cuando se desempeñen dentro de la Selección Nacional, sin olvidar que existen otros socios de Adidas que comercializan las camisetas respectivas para su venta a otros sectores interesados, todo lo cual ha conducido a que la marca Adidas sea la de más venta en el mundo, dentro del vestuario del sector deportivo.

Un ejemplo más. A principios de enero de 2011 se publicaron en varios periódicos nacionales, a plana entera, desplegados en el sentido de que la famosa marca Toyota se convirtió en patrocinador oficial del también famoso Club Deportivo Guadalajara. Por supuesto, no se omitió el empleo del escudo emblemático de dicho Club.

Por los mismos días, y también mediante desplegados periodísticos, se hizo saber a los lectores la existencia de contratos de patrocinio celebrados por diversos anunciantes con diferentes clubes periodísticos y, a guisa de ejemplo, se expresó que el ya citado Club Guadalajara viene percibiendo, de sus anunciantes, más de cinco millones de dólares. Además, se hizo saber que la playera del Club Atlante ostenta más de doce anuncios. Se informó también que los clubes más solicitados, en orden de importancia, son el Guadalajara, el América y el Monterrey.

Los mismos medios periodísticos habían hecho saber, a fines de 2010, que otro tanto ocurre con anunciantes de clubes deportivos de otras latitudes. Por ejemplo, se mencionó el del equipo inglés Manchester United, que tiene firmado un contrato de patrocinio con la empresa vinatera titular de la marca "Concha" y "Toro", que ya aparece en las playeras de los jugadores.

24.7 Medios de difusión de la publicidad

Ante todo, debe precisarse que en los términos del art. 2-VII del *RLGSMP*, medio de difusión es el

> *… que se utiliza para difundir los anuncios publicitarios a la población en general y que incluye a la televisión, cine, radio, espectacular, laterales de transporte, anuncios luminosos, carteles, prensa, revistas, correo directo, catálogos, folletos, volantes, material de punto de venta así como a cualquier otro medio de comunicación, sea impreso, electrónico, telefónico, informático, de telecomunicaciones o mediante otras tecnologías.*

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-04 15:17:33.

24.7.1 Papel de la radio

Por su parte, la *Ley Federal de Radio y Televisión* muestra un interés especial por los infantes, según resulta del texto respectivo (art. 59 *ter*), en cuyos términos la programación dirigida a la población infantil que transmitan las estaciones de radio y televisión deberá:

I. Propiciar el desarrollo armónico de la niñez;
II. Estimular la creatividad, la integración familiar y la solidaridad humana;
III. Procurar la comprensión de los valores nacionales y el conocimiento de la comunidad internacional;
IV. Promover el interés científico, artístico y social de los niños;
V. Proporcionar diversión y coadyuvar al proceso formativo en la infancia, y
VI. Los programas infantiles que se transmitan en vivo, las series radiofónicas, las telenovelas o teleteatros grabados, las películas o series para niños (sic) filmadas, los programas de caricaturas, producidos, grabados o filmados en el país o en el extranjero, deberán sujetarse a lo dispuesto en las fracciones anteriores.

La programación dirigida a los niños se difundirá en los horarios previstos en el Reglamento de esta Ley.

Con loable intención, que en la práctica no ha encontrado eco, de modo terminante dispone la misma Ley que están prohibidas las transmisiones que causen la corrupción del lenguaje y las contrarias a las buenas costumbres, mediante expresiones maliciosas, imágenes procaces, frases y escenas de doble sentido, apología de la violencia o del crimen, así como todos aquellos que sean denigrantes u ofensivos para el culto cívico de los héroes y para las creencias religiosas o discriminatorios de las razas, así como, por último, el empleo de recursos de baja comicidad y sonidos ofensivos (art. 63).

Dentro de la misma línea bien intencionada, pero hasta ahora de muy escasos resultados, se apunta que la publicidad de que se trata debe mantener un prudente equilibrio entre el anuncio comercial y el conjunto de la programación, en la inteligencia de que no debe hacerse publicidad a centros de vicio de cualquier naturaleza y tampoco a productos industriales, comerciales o de actividades que engañen al público o le causen algún perjuicio por la exageración o falsedad en la indicación de sus usos, aplicaciones o propiedades y tampoco a todo aquello que incite a la violencia, e igualmente la relativa a productos alimenticios que distorsionen los hábitos de la buena nutrición (art. 67).

Sin embargo, está permitida la publicidad de bebidas cuya graduación alcohólica exceda de veinte grados, pero en tal caso los medios de difusión deberán abstenerse de toda exageración y combinarla o alternarla con propaganda de educación higiénica y de mejoramiento de la nutrición popular, pero en la promoción de toda esta publicidad no deberán emplearse menores de edad y tampoco podrán ingerirse las bebidas o los alimentos real o aparentemente frente al público (art. 68).

Por lo que se refiere a la propaganda de instalaciones y aparatos terapéuticos, tratamientos y artículos de higiene, embellecimiento, prevención o curación de enfermedades, la misma deberá estar previamente autorizada por la Secretaría de Salud (art. 69).

La propaganda o anuncio de loterías, rifas y toda clase de sorteos sólo podrá efectuarse cuando los mismos hayan sido previamente autorizados por la Secretaría de

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-04 15:17:33.

Gobernación. En cuanto a la propaganda o anuncio de las instituciones de crédito y de las operaciones que las mismas realicen, deberá contar con la previa autorización de la Secretaría de Hacienda (art. 70).

Por último, independientemente de las demás disposiciones relativas, la transmisión de publicidad impropia para la niñez y la juventud deberá anunciarse con tal aclaración en el momento de iniciarse la transmisión respectiva (art. 72).

Dentro del mismo orden de ideas, resulta interesante el dar cuenta aquí de la experiencia publicitaria española. Según la asociación ICEA, que agrupa a casi la totalidad de las aseguradoras españolas, durante el año de 2010 la inversión publicitaria de dichas empresas en los medios convencionales de comunicación se incrementó un 12% respecto a 2009, lo que supone el 3% sobre el total invertido en España. Ahora bien, la publicidad en radio ocupa el segundo canal más utilizado, por encima de la prensa. Por lo que hace al tipo de producto, el seguro de automóviles representa más de la mitad.

24.7.2 Papel de la prensa

Otro más de los medios de difusión publicitaria es la prensa, en este caso, como en otros, tan difusa como recargada. Se trata de folletos que, única y exclusivamente, contienen anuncios de productos y servicios de toda índole, incluso con planos de localización de los establecimientos respectivos.

Un mecanismo en verdad interesante de publicidad por medio de la prensa es el que apareció a principios de abril de 2011[9] con el texto siguiente: "Muy pronto conocerás un banco para llevar", a continuación del cual aparecía una mano extendida y debajo de ella la palabra "espéralo".

Y lo interesante de tal publicidad es que, a lo menos de momento, no se hizo referencia a entidad alguna, pero sí configura en el lector un sedimento de curiosidad por saber a quién se refiere dicha publicidad, habida cuenta de que ocupó toda una página del referido periódico.

24.7.3 Papel de la televisión

En la actualidad no ofrece duda alguna la afirmación en el sentido de que la televisión es, con mucho, el medio predilecto de la publicidad, y así lo confirma cierta nota publicitaria,[10] según la cual, a pesar del torrente de dólares destinados a la publicidad en *internet* en los Estados Unidos de América, no es previsible que los anunciantes reduzcan su gasto en el mercado de la televisión de ese país, y buena prueba de ello es que inyectan cada vez más dinero en comerciales para la pantalla chica.

Pero además, los nuevos pronósticos calculan que el mercado estadounidense de la publicidad en la televisión alcanza, en la actualidad, la suma de dólares US 59 700 millones y que tal suma seguirá creciendo durante los próximos años, así como que

[9] *Excélsior*, Sección Dinero, sábado 2 de abril de 2011, pág. 21.
[10] *Reforma*, Sección Negocios, 17 de junio de 2011, pág. 8.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-04 15:17:33.

las empresas aumentarán su gasto en la publicidad televisiva, sólo por lo que se refiere al resto de 2011, un 3.03%.

Por todo ello, resulta interesante el dar cuenta aquí de que el primer anuncio comercial de la televisión de la historia fue transmitido en los Estados Unidos de América el 1 de julio de 1941; la empresa fabricante de relojes de la marca Bulova pagó cuatro dólares por un espacio en la estación VNC, antes de un partido de béisbol entre los "Dodgers" de Brooklyn y los "Phillies" de Filadelfia. El anuncio tuvo una duración de diez segundos y mostraba la imagen de un reloj en el mapa de dicho país, mientras se escuchaba una voz que decía: "*Estados Unidos corre en el tiempo de Bulova*".

Por lo que hace al Reino Unido, el primer anuncio televisado se presentó el 21 de septiembre de 1955, con la publicidad de una pasta de dientes.[11]

Ahora bien, en opinión de los publicistas William Franklin y Marshall Arens, los formatos básicos para anuncios en televisión son los siguientes:

1. *Anuncio directo*. Un anunciador, generalmente un *locutor*, comunica el mensaje en cámara o como voz en *off* (fuera de cámara), mientras en pantalla se proyectan imágenes fijas o en movimiento. Puede haber *fondo musical*.
2. *Presentador*. Un individuo o *personaje* muestra el producto. Algunas veces intervienen *celebridades*.
3. *Testimonial*. Un usuario satisfecho habla de la eficacia de un producto. Suelen ser más efectivos cuando el individuo no sabe que está siendo filmado. En estos casos siempre se debe contar con la autorización del individuo.
4. *Demostración*. El producto se demuestra en uso, en competencia, o bien, antes y después. Gracias a estas técnicas, los espectadores visualizan el rendimiento que obtendrán.
5. *Anuncios musicales*. En ellos todo el mensaje es transmitido a través de la *música*, e incluso algunas veces es cantado en su totalidad (como en algunos *jingles*). Bien realizados logran mucho mejores resultados que el anuncio promedio; mal realizados causan un terrible malestar a la *audiencia*.
6. *Solución de problemas en instantáneas de la vida*. Reflejan situaciones de la vida real por medio de *actores* que representan a personas comunes (*dramatizaciones*). En ellos casi siempre se propone una solución a un problema de carácter personal. Para ejecutarlos se requiere de talento profesional (buenos actores) para conseguir la credibilidad.
7. *Estilo de vida*. En ellos se presenta a un usuario y su modo de vida en vez del producto. Se pretende así lograr la identificación de la audiencia con el personaje del comercial o bien despertar la aspiración a ese estilo de vida.
8. *Animación*. Son muy eficaces para comunicar mensajes difíciles, además de que pueden llegar a mercados especializados como el de los niños.

Por su parte, **Robert L. Hilliard**, un legendario estudioso de la televisión estadounidense, clasifica los anuncios por televisión en las siguientes categorías:

1. *Comercial de venta directa*. Caracterizado por un discurso informativo en el cual un locutor, conductor o actor explica, expone y describe las características del pro-

[11] http://es.wikipedia.org/wiki/Comercial_de_televisi%C3%b3n

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-04 15:17:33.

ducto, sus ventajas, el tipo de promoción que ofrece en la temporada, la duración de esa promoción, los precios y una incitación a la compra inmediata.

2. *Comercial testimonial*. Se apela a la intervención de un cliente que atestigua la eficacia del producto. Se puede recurrir a usuarios del mismo que representan a clientes comunes y corrientes de la comunidad (un ama de casa, etc.) o a un usuario especializado (un experto en el área donde se aplica), el productor (un médico, un psicólogo, un abogado, un dentista) o a una celebridad del espectáculo o de los deportes que recomienda el uso del mismo.
3. *Comercial dramatizado*. En este tipo de comercial la actuación y la ficción se hacen presentes, a través de representaciones en situaciones dramatizadas, donde el producto se presenta cuando menos en tres tipos de eventos: en su uso asociado a una circunstancia, su uso asociado a una anécdota, su uso asociado con una pequeña historia en la que está presente un conflicto y una solución al mismo.
4. *Comercial humorístico*. En él se recurre al humor para asociar el producto con un momento de risa que puede ser utilizando dos tipos de comedia: la comedia de situación o la comedia física. El *gag* humorístico y el *sketch* pueden hacerse presentes para dar atractivo al anuncio.
5. *Comercial musicalizado*. Este tipo de comercial se realiza con una estructura en la que el producto se ve acompañado cuando menos por una de tres formas musicales: la coreografía o baile, los diálogos cantados y el uso del *jingle*.
6. *Comercial educativo*. Este último tipo de anuncio comercial ya no lo menciona Hilliard en la más reciente edición de su libro *Guionismo para Radio, Televisión y Nuevos Medios*, publicada en el año 2000; pero en la década de los sesentas, en su primera compilación sobre televisión y sus técnicas, lo definía como aquel tipo de comercial en el que se pretende dar una forma de enseñanza sobre el producto en relación a cómo se usa, cómo y de qué está fabricado, cómo funciona en su aplicación. Aunque Hilliard, repetimos, ya no lo incluye actualmente como un tipo de comercial, si nos damos cuenta, en gran parte de los infocomerciales la estructura del comercial educativo se hace presente, a través de conductores o expertos que nos muestran cómo funciona una aspiradora "super moderna", una escalera metálica "mil usos", un sofá-cama que puede tener variadas formas de aplicación, cómo usar un aparato de ejercicio calisténico, de qué están hechas o cómo desarrollan su eficacia ciertas píldoras que reducen la grasa en el abdomen... En suma, están tratando de educar al cliente sobre las características de identidad, construcción y aplicación del producto anunciado.

Cabe señalar que cualquiera de los tipos de comerciales antes mencionados implica diversos niveles de complejidad de producción, que los hacen más costosos en su realización a medida que requieren más elementos de producción, tanto de personal sobre la línea o personal bajo la línea.

Finalmente, Hilliard ofrece dos clasificaciones de tipo general para los anuncios televisivos, que incluye a los seis tipos antes mencionados, y las denomina:

1. *Anuncios promocionales*. Que son los propiamente utilizados para informar, recordar y persuadir respecto a un producto comercial para incrementar su venta o generar actitudes favorables del público para su adquisición.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-04 15:17:33.

2. *Anuncio de servicio público*. Que son aquellos que se producen por parte de instituciones públicas, en específico distintas instancias de gobierno, para cumplir una función social que mantenga informado al público sobre diversas acciones de beneficio en las comunidades, o estado de alerta en presencia de siniestros o problemas de epidemias, etcétera.

A principios de marzo de 2008 algún órgano periodístico impreso dio cuenta de que el mexicano promedio está expuesto a 47,450 anuncios comerciales de televisión al año, a pesar de que sólo dos de ellos alcanzan el resultado esperado en términos de visibilidad y asociación de marca. Se dijo también que, según encuestas seriamente realizadas a más de treinta mil personas en las principales ciudades del país, el mexicano común pasa frente a la televisión un promedio de 3.2 horas al día, lo que significa que recibe cuarenta comerciales cada sesenta minutos.

Ello confirma el que, como antes se dijo, en la actualidad no cabe duda alguna sobre que la televisión se ha entronizado como el mecanismo más importante en materia de publicidad, si bien conviene tener presente que la televisión se difunde actualmente en dos formas: la libre y la restringida, mencionada como televisión por cable, la que, en opinión del tantas veces citado tratadista **William Meyers**,[12] ofrece a los anunciantes una audiencia más activa y más responsable, en razón de que quienes pagan una cuota mensual por ciertas emisiones o servicios, aspiran a obtener por su dinero algo que vaga la pena y, por lo mismo, están en mejor disposición de apreciar los programas y los productos que se les presentan, a pesar de lo cual las agencias publicitarias siguen mostrando una aplastante preferencia por las cadenas de televisión libre, igualmente preferidas por la gran mayoría de los telespectadores, que vienen mostrando lo inapropiado que resulta la inclusión de publicidad en los programas de televisión pagada, pues afirman, y no sin razón a juicio del autor de este libro, que no es correcto obligar a los telespectadores a pagar por ver anuncios comerciales.

Mas aquí también la guerra publicitaria se muestra, pero en este caso, aunque parezca paradójico, de manera negativa. Durante los primeros meses de 2011 la Comisión Federal de Competencia inició la investigación de posibles prácticas monopólicas de ciertas empresas televisoras, acusadas por Telmex y Telcel de impedir la transmisión de su publicidad.

En efecto, empresas del llamado Grupo Carso acusaron a Televisa y a TV Azteca de negarles el acceso a la publicidad.

Y para volver al medio asegurador español, la ya citada fuente informativa ICEA, por lo demás merecedora de crédito, hace saber que la televisión es, aquí también, el medio más importante de publicidad, con un incremento de 8.7% respecto de 2009.

24.7.4 Publicidad electrónica

Así, era de esperarse que la publicidad invadiera también los mecanismos electrónicos, en este caso a través de la *internet*, conocida con el anglicismo *facebook*, pues según recientes publicaciones periodísticas,[13] este sitio publica más avisos comerciales

[12] *Los creadores… cit.*, págs. 223 y 239.

[13] *Reforma*, Sección Negocios, 14 de mayo de 2010, pág. 1.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-04 15:17:33.

ilustrados que cualquiera otro de *internet*, según cifras dadas a conocer por la empresa ComScore.

Considérense, sobre el particular, algunas expresiones del ya citado **William Meyers**:[14]

> La comunidad del *marketing* de los Estados Unidos bombardeó a los consumidores de aquel país con mensajes publicitarios por valor de unos 80 000 millones de dólares durante el año 1983, unos gastos de promoción que exceden a todo el producto nacional bruto de un país tan rico en petróleo como es la Arabia Saudí. Esa suma representa una cantidad superior a la que el gobierno de Estados Unidos dedicó a la salud o a los programas educativos del mismo año… Los consumidores de casi 84 millones de hogares, de costa a costa, suelen conectar su televisor siempre que no estén trabajando o durmiendo. Como resultado de ello, se pasan sentados frente a la caja mágica un promedio de siete horas al día. La audiencia televisiva ha demostrado que resulta irresistible para los ejecutivos de Madison Avenue que se gastaron, en el pasado año (1983), nada menos que 20 000 millones de dólares en comerciales para la televisión,… Un anuncio comercial de treinta segundos de duración en la mejor hora y en las cadenas más importantes de la televisión norteamericana en la actualidad cuesta aproximadamente cien mil dólares…, un precio exorbitante, pero que la mayoría de los anunciantes dice que no le importa pagar porque la publicidad televisada alcanza a millones de espectadores en todo el país y al mismo tiempo.

Una clara muestra de la importancia que han adquirido las empresas publicitarias es, entre otras muchas, el sistema electrónico desarrollado por cierta empresa (Latinmac) que, según se dice, permite centralizar y seleccionar la información de todas las áreas de una agencia de publicidad, estudio creativo, productora o empresa de servicios, así como que persigue, en calidad de objetivos principales, los de optimizar la gestión y brindar información a los directores sobre todo lo que está ocurriendo en sus empresas.

El programa, conocido como Adage, es el resultado, se afirma, de más de quince años de vinculación con empresas del sector publicitario y creativo de Latinoamérica, trabaja en redes compartidas por equipos Mac y Windows, con lo cual ninguna de dichas plataformas queda fuera del circuito, pues una de sus cualidades es que posee un módulo que permite archivar los originales y otros documentos vinculados a las órdenes de trabajo, así como centralizar y compartir la información completa, con la circunstancia de que permite acceder al manejo del sistema desde fuera de la empresa, a través de *internet*.

Muchas otras virtudes se predican de este sistema, que no se mencionarán aquí por razón de su prolijidad y del abuso en el empleo de tecnicismos propios de la especialidad, por lo que sólo me resta expresar que, según se afirma, opera con un módulo para mantener comunicación fluida con clientes, potenciales clientes, proveedores y para manejar otros temas de interés que requieran seguimiento, pues permite llevar un registro de la historia de cada caso y programar fechas para su posterior seguimiento.

Mas esta publicidad electrónica ha invadido también la vía pública mediante la instalación de pantallas para publicidad exterior, misma que, como era de esperarse,

---

[14] *Los creadores…*, *cit.*, págs. 14 y 15.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-04 15:17:33.

ha suscitado comentarios de la más diversa índole ya que, según se afirma, en cierto modo se contrapone a las nuevas disposiciones legales en materia de publicidad vial.

Y todavía sobre tal reciente publicidad electrónica, especial interés reviste el dar cuenta de la existencia de las llamadas tiendas virtuales, que ya operan en otras latitudes.

Se trata, como resulta de la indicada expresión, de entidades que solamente, o de manera principal, se proponen ofrecer y expender sus productos y servicios mediante el comercio electrónico —*e-commerce*, según la aborrecible expresión en inglés— el que, según se dice, encontrará muy favorable eco merced a la explosiva difusión de redes como *facebook* y *twitter*.

Resulta aconsejable, por tanto, en un trabajo como el presente, examinar, si bien de manera un tanto superficial, los pasos de tal moderno mecanismo de comercialización:

- El primer paso consiste en abrir una tienda *en línea*, como respecto de cualquier otro negocio.
- Los objetivos serán, obviamente, los de incrementar la clientela, aumentar la lealtad de los compradores, entrar en nuevos mercados y conseguir distribuidores dispuestos a operar tal mecanismo.
- Igualmente resulta necesario investigar qué ha hecho la competencia, si sus ofertas son similares, cuáles serían sus ventajas y, particularmente, las opciones tecnológicas para la creación de la tienda virtual.
- Determinar, hasta donde sea posible, cómo y quién recibirá los pedidos, la estrategia para la confirmación de las compras, los mecanismos de cobro y entrega del producto o servicio, así como las condiciones y el tiempo estimado del envío.
- Naturalmente, será necesario satisfacer los requisitos legales previstos, de modo especial, por la *Ley Federal de Protección al Consumidor* y por las disposiciones de ella emanadas.
- Por supuesto, el proveedor debe señalar su domicilio físico, números telefónicos y demás informes que permitan al consumidor conocer la ubicación a la que podrá presentarse para formular reclamaciones.

Mas la publicidad electrónica ha ido más lejos, de tal manera que en la misma aparecen ya mapas de calles y comercios, fotogalerías, medios de transporte, sitios turísticos, directorios de servicios, bienes raíces y algunos otros.

Se informó, por último, que este mecanismo de mercadeo está más desarrollado en otros países latinoamericanos, principalmente en Brasil, en donde durante 2009 supuso operaciones por ocho mil setecientos millones de dólares. Igualmente se aclaró que ya numerosas empresas mexicanas están autorizadas para expedir facturas electrónicas, de modo directo o mediante el servicio contratado con algún proveedor especializado.

Pero además, a principios de mayo de 2010 ciertas publicaciones difundieron información en el sentido de que la publicidad en línea, durante 2009, se había incrementado en un 24% respecto de la empleada en 2008, a juzgar por un reporte de la Interactive Advertising Bureau (IAB), oficina México; que durante el mismo año 2009, la industria publicitaria mexicana destinó dos mil trescientos cuarenta y cinco millones de pesos a campañas de mercadotecnia en línea. Se predijo, además, que en el mismo año de 2010 habría 30.4 millones de cibernautas, número que durante 2012 aumentará a 43 millones.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-04 15:17:33.

24.7.5 Publicidad ambulante

Llamo *publicidad ambulante* a la que, como apunta el diccionario académico, se mueve espacialmente, lo cual, como enseña la experiencia, puede ocurrir por los más diversos medios de locomoción, incluso el puramente humano, pues, en efecto, no es raro encontrarse con personajes provistos de carteles portadores de propaganda impresa en telas, cartulinas u otros materiales, en los que aparecen anuncios de productos o servicios.

Pero también es cada vez más frecuente el empleo de dichos carteles o simplemente de pinturas a los lados de medios de transporte masivos o incluso algunos de uso individual.

También puede considerarse ambulante la publicidad, que se menciona en otro lugar de este libro, impresa en el atuendo de los deportistas que a ello se prestan, bien voluntariamente, pero en ocasiones obligados por los compromisos que suscriben los clubes deportivos o empresas que los patrocinan. Pero en todos los casos, obviamente, los vehículos o personajes portadores de la publicidad se benefician económicamente y, en lo que se refiere al resto de las disposiciones legales y reglamentarias sobre la materia, son igualmente aplicables, con las obvias diferencias resultantes de la especial naturaleza de estos medios de difusión, mecánicos algunos y humanos otros, sin olvidar la que yo calificaría de publicidad ambulante aérea, generalmente materializada con el empleo de altavoces colocados en el exterior de aviones y avionetas.

24.8 La publicidad obsesiva, visual, auditiva y ambulante. Prohibiciones y restricciones

24.8.1 Anuncios en las vías públicas

Sin lugar a dudas, una de las ofensivas publicitarias más socorridas, a lo menos en nuestro país, es la consistente en el empleo de estructuras instaladas a lo largo de las carreteras, así como en las azoteas de casas y edificios en cantidad verdaderamente abrumadora, sin que las disposiciones legales y reglamentarias respectivas, así como las presiones de los organismos ambientales, hayan surtido efectos apreciables, si bien al escribirse estas líneas algunos medios publicitarios dan cuenta de que a lo largo de algunas carreteras se han suprimido numerosos de los llamados *espectaculares*.

De esta suerte, a últimas fechas han aparecido, a lo menos en la ciudad de México, vehículos que circulan muy lentamente y cuya única función es la de exhibir anuncios publicitarios, lo que, por una parte, contribuye a complicar el ya de por sí difícil tráfico, y al mismo tiempo, incrementar la contaminación visual y todo ello, según críticas que han surgido de varias partes, todo lo cual contribuye a agravar la contaminación visual a ciencia y paciencia de las autoridades competentes.

En efecto, alguna publicación diaria del Distrito Federal hizo notar a plana entera, el 7 de junio de 2010, que la publicidad exterior, por excesiva, resulta abrumadora para los capitalinos, pues, en efecto, sólo en cuatro calles de la ciudad existían 2411 anuncios publicitarios, consistentes en espectaculares, vallas, mantas envolventes, pantallas luminosas, carteleras en puestos de periódicos y parabuses, publicidad móvil y hasta

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-04 15:17:33.

en las estaciones del metrobús, a tal grado que, según se dijo, las autoridades locales presumen la existencia de alrededor de 15,000 anuncios exteriores, que significan un mercado de aproximadamente cinco mil millones de pesos al año, y todo ello sin contar con los anuncios en marquesinas, mantas y carteles que empresas de la más diversa índole colocan en las calles para atraer clientes, así como la publicidad adherida a postes y paredes.

24.8.2 Publicidades prohibidas y restringidas

Mas la contaminación publicitaria no termina ahí. Durante junio de 2010 se informó, además, que los árboles son también víctimas de los anuncios, pues para dar visibilidad a éstos, los árboles llegan a sufrir podas y mutilaciones, respecto de las cuales existían, por esas fechas, cuarenta denuncias ante la Fiscalía Especializada en Delitos Ambientales, que involucran a doce empresas, y otras treinta y dos denuncias ante la Procuraduría Ambiental y de Ordenamiento Territorial (PAOT), sin que hasta ese momento se haya dictado sanción alguna, a pesar de que, en contraste, una persona que dentro de su domicilio tale un árbol, puede ser acreedora a una sanción de hasta cinco años de cárcel.

Todo ello, según se expresó, sin que las autoridades competentes hayan emitido las disposiciones legales o reglamentarias apropiadas para poner coto a tales excesos, a cuyo efecto se informó que en la ciudad de Nueva York, por ejemplo, están prohibidas las vallas y mantas publicitarias en numerosas zonas reglamentariamente previstas, mientras que en São Paulo, Brasil, está prohibida la publicidad exterior desde 2007.

Y tan lamentable panorama, se concluyó, tiene como principal origen las enormes cantidades de dinero involucradas en dicha publicidad que, según antes se dijo, bordean los cinco mil millones de pesos anuales.

Por supuesto, igualmente han resultado inútiles las quejas, reclamaciones y denuncias hechas valer por diversas organizaciones sociales. Como razones en contra de estas incursiones publicitarias se aducen varias: la llamada contaminación visual con la consiguiente obstrucción del paisaje urbano y campestre; la peligrosa distracción de los conductores de vehículos, cuya vista resulta fatalmente atraída por los llamados espectaculares; el peligro, que frecuentemente se ha realizado, de que las estructuras no resistan el embate del viento, de la lluvia o del natural desgaste de los mecanismos que le sirven de sustento, y al caer causen daños a las personas o a los bienes, etcétera.

Ahora bien, parece éste el lugar indicado para dar cuenta de una amplia serie de restricciones legales a la publicidad, por ahora las previstas en el ya citado *RLGSMP*.

Destaca, por su contenido ético y humanitario, la prohibición que establece el art. 8:

> *No se podrá realizar publicidad que propicie atentar o poner en riesgo la seguridad o integridad física o mental o dignidad de las personas.*

No menos importantes son otras disposiciones del mismo Reglamento. Así los arts. 6, 7, 9, 14, 34 y 35:

> ***Artículo 6.*** *La publicidad será congruente con las características o especificaciones que establezcan las disposiciones aplicables para los productos o servicios objeto de la misma, para lo cual no deberá:*

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-04 15:17:33.

I. Atribuirles cualidades preventivas, terapéuticas, rehabilitatorias, nutritivas, estimulantes o de otra índole, que no correspondan a su función o uso, de conformidad con lo establecido en las disposiciones aplicables o en la autorización otorgada por la Secretaría;
II. Indicar o sugerir que el uso o consumo de un producto o la prestación de un servicio, es un factor determinante para modificar la conducta de las personas, o
III. Indicar o inducir a creer explícita o implícitamente que el producto cuenta con los ingredientes o las propiedades de los cuales carezca.

Artículo 7. *La publicidad será orientadora y educativa respecto del producto o servicio de que se trate, para lo cual deberá:*

I. Referirse a las características, propiedades y empleos reales o reconocidos por la Secretaría, de los productos, servicios y actividades, en idioma español, en términos claros y fácilmente comprensibles para el público a quien va dirigida;
II. Proporcionar información sanitaria sobre el uso de los productos y la prestación de los servicios, la cual deberá corresponder, en su caso, a las finalidades señaladas en la autorización respectiva, y
III. Señalar las precauciones necesarias cuando el uso, manejo, almacenamiento, tenencia o consumo de los productos o la prestación de los servicios pueda causar riesgo o daño a la salud de las personas, de conformidad con lo siguiente:

a) Contener información sobre las especificaciones para el uso adecuado del producto o servicio de que se trate, así como de los daños que pudieran ocasionar a la salud,
b) Incorporar la información a la que se refiere el inciso anterior a la imagen gráfica del producto para evitar un error del consumidor,
c) Estar impresas en colores contrastantes y en los tamaños señalados en el artículo 10 de este Reglamento,
d) Estar redactadas en formas literarias positivas, cuando se trate de dar instrucciones para el uso y
e) Estar redactadas en formas literarias negativas, cuando se trate de prevenir al consumidor sobre los riesgos que el producto pueda representar.

Artículo 9. *La publicidad no es comprobable o no corresponde a la calidad sanitaria, origen, pureza, conservación, propiedades nutritivas y beneficios de empleo de los productos o servicios, cuando:*

I. Induzca al error;
II. Oculte las contraindicaciones necesarias;
III. Exagere las características o propiedades de los productos o servicios;
IV. Indique o sugiera que el uso de un producto o la prestación de un servicio, son factor determinante de las características físicas, intelectuales o sexuales de los individuos, en general, o de los personajes reales o ficticios que se incluyen en el mensaje, siempre que no existan pruebas fehacientes que así lo demuestren, y
V. Establezca comparaciones entre productos cuyos ingredientes sean diferentes, cuando por ello se puedan generar riesgos o daños a la salud.

Artículo 14. *No se autorizará la publicidad o se suspenderá ésta, según sea el caso, cuando del análisis realizado por la Secretaría, se advierta que en ella se utilizan mensajes subliminales, entendidos éstos como los mensajes incorporados dentro de un*

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-04 15:17:33.

anuncio explícito que influyen en el receptor, sin que exista una percepción consciente de dichos mensajes.

Artículo 34. *No se autorizará la publicidad de bebidas alcohólicas cuando:*

I. Se dirija a menores de edad;
II. Promueva un consumo inmoderado o excesivo;
III. Se transmitan ideas o imágenes de éxito, prestigio, fama, esparcimiento, tranquilidad, alegría o euforia como consecuencia del consumo del producto o éste se presente como elemento desencadenante de las relaciones interpersonales;
IV. Atribuya al producto propiedades nutritivas, sedantes, estimulantes o desinhibidoras;
V. Asocie el consumo con actividades creativas, educativas, deportivas, del hogar o del trabajo;
VI. Asocie el consumo con celebraciones cívicas o religiosas;
VII. Haga exaltación del prestigio social, virilidad o femineidad del público a quien va dirigido;
VIII. Presente al producto como elemento que permita o facilite la ejecución de cualquier actividad creativa;
IX. Se utilice a deportistas reconocidos o a personas con equipos o vestuario deportivo;
X. Se incorporen en vestimentas deportivas símbolos, emblemas, logotipos, marcas o similares de los productos a que se refiere este capítulo, excepto cuando se trate de marcas de productos clasificados como de contenido alcohólico bajo, que aparezcan exclusivamente en la parte correspondiente a la espalda de las camisetas, y que su tamaño no sea mayor a la sexta parte de la superficie posterior de las mismas;
XI. Se asocie con actividades, conductas o caracteres propios de jóvenes menores de 25 años;
XII. Se consuman real o aparentemente en el mensaje los productos o se manipulen los recipientes que los contengan.

Únicamente podrán incluirse escenas en las que se sirva producto sin la presencia de ningún ser humano;

XIII. Emplee imperativos que induzcan directamente al consumo de los productos;
XIV. Promueva el producto a través de sorteos, concursos o coleccionables, dirigidos a menores de edad, y
XV. Se utilicen artículos promocionales dirigidos a menores de edad, relacionados con material escolar o artículos para fumador.

Artículo 35. *No se podrán publicitar anuncios que promuevan el consumo ilimitado de bebidas alcohólicas, mediante un pago fijo a los establecimientos que las expenden o suministran, conocido, entre otros, como barra libre.*

Por lo que se refiere a la publicidad prohibida, a principios de mayo de 2010 se informó que la PROFECO había sancionado a las entidades titulares de las marcas de lácteos Nutri Leche, Nido, Carnation Clavel, Great Value, Hershey's, Alpura, Lala y Kellogg's All Bran, por publicitar productos lácteos con afirmaciones engañosas o con alteraciones en su composición, así como a las de otras marcas, con multas por un total de 25.8 millones de pesos e inmovilizó cuatro millones de productos. En algunos casos se presentaban declaraciones prohibidas, como "ayuda al rendimiento", "nutrición avanzada", "protección avanzada", "protección cerebro y cuerpo" y otras más, que no se deben utilizar por tratarse de alimentos y no de medicamentos.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-04 15:17:33.

Se apuntó, además, que igualmente está prohibido el empleo de la expresión "bebida saludable".

Por su parte, la Comisión Federal para la Protección Contra Riesgos Sanitarios (COFEPRIS) hizo saber, a principios de 2011,[15] que en 2010 ordenó la suspensión de 307 anuncios publicitarios de diversos productos *milagro*, que se trasmitían por televisión, radio, medios impresos e *internet*, por carecer de permiso sanitario o presentar un riesgo para la salud.

Entre los productos que se vieron obligados a suspender su publicidad figuraron: Cápsulas de Bromelina, Charakani, Inhibek, Botox Lift Crema, Rejuvital, Ardinat, Diabetix Nax y Ginkonat.

Pero además, el titular de dicha Comisión informó que durante el mismo año se aseguraron 247,638 piezas presentadas en ampolletas, botellas, botes, cajas, litros, paquetes y sobres; se aplicaron multas por $3'049 844 a empresas que promocionaban productos *milagro*, pues en estos casos la publicidad no es comprobable y, además, se carecía del permiso por parte de la COFEPRIS.

El mismo comisionado hizo saber que, por una u otra razón, hay más de diez productos *milagro* cuya publicidad no se ha podido retirar de la televisión: Prostamax, Prostaliv, Malunggay, Chardon de Marie, Rejuvital, Cold Heat Extreme, Purifhígado, Moinsage, Skyny Shot, Puassanse, P-SO Exacto, Hongo Charakani y Pliz Hongo Michoacano.

24.8.3 Publicidad obsesiva. Formas y efectos

Ahora bien, un por demás claro ejemplo de publicidad en verdad obsesiva y que, en otro orden de ideas, bordea los límites de la ética y de la dignidad, es el configurado por la de índole erótico-sexual, pues en numerosas publicaciones impresas se insinúan, y en ocasiones se describen, los atributos femeninos e incluso masculinos, como forma de atraer clientela para las relaciones sexuales de toda índole y, según se afirma en numerosos de los anuncios, sin limitación alguna.

Pero además, según afirman algunos expertos consultados al efecto, la saturación publicitaria puede provocar también efectos mentales adversos y favorables, en ambos casos difíciles de prever.

He aquí los efectos adversos:

- Incrementos de situaciones mentales estresantes;
- Franco rechazo;
- Distracción;
- Propiciamiento de conductas ofensivas;
- Eventuales tendencias delictivas, y
- Sentimientos de indefensión.

En cambio, se proclaman como efectos favorables:

- Estados de recreación mental por su llamativa presentación;
- Estrés positivo;

[15] Periódico *Reforma*, Sección Negocios, 15 de febrero de 2011, pág. 7.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-04 15:17:33.

- Sentimientos de satisfacción;
- Accesibilidad relativamente fácil;
- Sentido de pertenencia y de preferencia, y
- Configuración de autoimagen positiva.

En otro orden de ideas, y ahora en un terreno con propósitos confesadamente sanitarios, a mediados de 2010 se anunció que, por virtud de ciertas disposiciones legales, indudablemente derivadas de la *Ley General de Salud*, el 25 de septiembre del mismo año sería la fecha límite para que la industria tabacalera diera un giro radical al diseño de las cajetillas de cigarrillos que se venden en México, así como a la publicidad, en los pocos casos que está permitida, a efecto de que se muestren leyendas e imágenes de advertencia que mencionen los efectos nocivos del tabaco, fotografías explícitas de daños como el cáncer de boca, insuficiencia respiratoria y abortos.

Se dijo, además, que tal medida no era nueva, pues ya en 2005 la Comisión Europea había aprobado cuarenta y dos imágenes impactantes: un tumor en carne viva en el cuello, un pulmón destrozado por el cáncer, una dentadura podrida, en suma, todo un catálogo de horrores y que su efectividad provocó que varios países obligaran a las tabacaleras a incluir tales imágenes en sus cajetillas, por lo que veintisiete naciones de la Unión Europea ya las utilizan.

Por último, se anunció que las nuevas leyendas e imágenes deberán ocupar el treinta por ciento del frente de las imágenes de las cajetillas, el cien por ciento de la imagen posterior y el cien por ciento de uno de sus lados.

Y bien, no obstante todo lo expuesto, a principios de septiembre de 2010 se publicó, en periódicos impresos de los Estados Unidos de América, una sorprendente nota en el sentido de que los ingresos por publicidad en los periódicos diarios disminuyeron considerablemente, en el segundo trimestre de 2010, un 5.5% y así lo hizo saber la Asociación Estadounidense de los Periódicos, así como que otro tanto ocurrió con los ingresos publicitarios en línea, que en el segundo trimestre del propio 2010 fueron por seis mil cuatrocientos cuarenta millones de dólares, contra seis mil ochocientos veinte millones durante el año anterior.

En la era de la publicidad y las compras por *internet*, se consume a toda hora y en todas partes: en el metro, los aeropuertos, la estación de autobuses o la de trenes. Todo el mundo quiere, por una parte, hacer gala de lujo, viajar y estar a la última moda. Por ello, la actual sociedad de hiperconsumo es muy difícil, porque los pobres o los que no tienen mucho dinero viven una frustración antes desconocida. Si bien hay en Lipovetsky una crítica a la sociedad de consumo, no la condena porque el "consumismo" es irreversible. El error está en dejar que el consumo se erija como nuestro dueño.

Por todo ello, rechaza la demonización de la sociedad de consumo, no sólo porque no se detendrá, sino porque también tiene cosas positivas: permite el crecimiento en el nivel de vida, supone una apertura del mundo a través de imágenes, información y viajes; permite que mejore la salud, que tengamos mejor calidad de vida y, al dar gran satisfacción en el ámbito privado, debe admitirse el peligro de llegar a lo excesivo en el consumo, pues si bien el riesgo no es el consumo en sí ni la superficialidad que pueda implicar, lo malo es el exceso. Es criticable que el consumo se haya convertido para mucha gente en objeto de su vida. De cara al consumismo, es necesario oponer otros valores, pues los seres humanos tienen necesidad de otras cosas y no sólo de adquirir marcas, de convertir todo en desechable. La vida tiene valor por la creación,

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-04 15:17:33.

la invención y el progreso de uno mismo. La felicidad de hacer las cosas por uno mismo, de educar y de dar servicio a la sociedad.

Así pues, las reglas de vida de antaño se esfumaron y sólo queda la publicidad. Se consume a toda hora y en todas partes, sin contar con el cibercomercio. Hoy los seres humanos no se contentan con lo necesario; la gente de los barrios bajos también quiere ropa fina, automóviles, cosas finas y cuando esto no se tiene la gente se frustra, viene la subestima y se vive mal, todo lo cual configura un sentimiento de rencor, de intolerancia, de envidia, de injusta crítica a la sociedad de consumo.

24.9 La PROFECO y sus facultades

Con frecuencia se viene proclamando la entronización del Derecho del Consumo en calidad de rango supremo en el ámbito de las relaciones patrimoniales entre proveedores y consumidores, incluso por encima de las disposiciones contenidas en los códigos civiles y en las leyes mercantiles, por las siguientes razones:

1a. La *Ley Federal de Protección al Consumidor* no hace ni presume distinción alguna entre empresas mercantiles y civiles, pues simplemente define al proveedor como "… persona física o moral que habitual o periódicamente ofrece, distribuye, vende, arrienda o concede el uso o disfrute de bienes, productos y servicios, sin atribuirle el carácter de comerciante".

2a. La primera de nuestras leyes tutelares del consumidor se publicó en diciembre de 1975, y fue abrogada por la vigente, publicada en el *DOF* del 24 de diciembre de 1992. En su art. 1o. proclama, sin ambages, que: "… es de orden público e interés social y de observancia en toda la República. Sus disposiciones son irrenunciables y contra su observancia no podrán alegarse costumbres, usos, prácticas, convenios o estipulaciones en contrario", lo que no deja lugar a duda alguna en cuanto a la supremacía de la misma sobre todos los demás ordenamientos en materia de relaciones contractuales entre proveedores y consumidores, sea cual fuere su naturaleza.

3a. En materia publicitaria proclama, como principio básico en las relaciones de consumo, "La información adecuada y clara sobre los diferentes productos y servicios,…", así como "La protección contra la publicidad engañosa y abusiva,…".

4a. Incluso quedan obligadas al cumplimiento de la propia Ley, "Las entidades de las administraciones públicas federal, estatal, municipal y del gobierno del Distrito Federal,… en cuanto tengan el carácter de proveedores o consumidores".

5a. Sólo quedan exceptuados de la aplicación de la propia Ley, "… los servicios que se presten en virtud de una relación o contrato de trabajo, los servicios profesionales que no sean de carácter mercantil y los servicios que presten las sociedades de información crediticia", así como "… los servicios regulados por las leyes financieras que presten las instituciones y organizaciones cuya supervisión o vigilancia esté a cargo de las comisiones nacionales Bancaria y de Valores; de Seguros y Fianzas; del Sistema de Ahorro para el Retiro o de cualquier órgano de regulación, de supervisión o de protección y defensa dependiente de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público".

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-04 15:17:33.

A la vista de todo lo anterior, poco es lo que hay que añadir en cuanto a la importancia y trascendencia de las disposiciones que consigna el propio ordenamiento tutelar en materia de publicidad, que a continuación se mencionarán, si bien de modo resumido:

- Los proveedores, así como las empresas que utilicen información sobre consumidores con fines mercadotécnicos o publicitarios, deben informar gratuitamente a cualquier persona que lo solicite, sobre si mantienen información acerca de ella (art. 16).
- En la publicidad que se envíe a los consumidores, deben mencionarse el nombre, domicilio, número telefónico y, en su caso, dirección electrónica del proveedor, de la empresa que envíe la publicidad a nombre del proveedor y de la PROFECO. Por su parte, el consumidor puede exigir directamente a proveedores específicos y a empresas que utilicen información sobre consumidores con fines mercadotécnicos y publicitarios, no ser molestado en forma alguna para ofrecerle bienes, productos o servicios e igualmente que la información relativa a él mismo no sea cedida o transmitida a terceros, salvo que se expida disposición de autoridad judicial (art. 17).
- La PROFECO, a su vez, podrá operar un registro público de consumidores que no deseen la utilización de informes mercadotécnicos o publicitarios, a cuyo efecto los consumidores pueden comunicar a dicha PROFECO, por escrito o por correo electrónico, su inscripción en el citado registro, que será gratuito (art. 18).

  Sobre este punto, resulta aleccionador el saber que en agosto de 2006 se creó, en la ciudad de Buenos Aires, el llamado *Registro no llame*, que tiene por objeto limitar la actividad telefónica de los publicistas, pues merced a dicha Ley se debería expedir un Reglamento, en el que habría de darse a conocer el procedimiento para inscribirse en la lista. Según la propia Ley, cuyo texto no fue vetado siquiera parcialmente, las empresas que emplean el llamado *telemarketing*, deberán actualizarse cada noventa días, para enterarse de los nuevos usuarios que han expresado su voluntad de no ser molestados. Se informó, de paso, que tal sistema fue implementado en los Estados Unidos de América, en la inteligencia de que la inscripción surte efectos por dos años, automáticamente renovables, salvo que el usuario exprese su conformidad de darse de baja en cualquier momento y de que lo que se registra son las líneas telefónicas y no los usuarios de las mismas.
- Queda prohibido a los proveedores y a las empresas que utilicen información sobre consumidores con fines mercadotécnicos o publicitarios, así como a sus clientes, utilizar la información relativa a los consumidores con fines diferentes a los mercadotécnicos o publicitarios, e igualmente enviar publicidad a los consumidores que expresamente les hubieren manifestado su voluntad de no recibirla o que estén inscritos en el antes mencionado registro (art. 18 *bis*).
- Toda información o publicidad sobre bienes, productos o servicios deberá ser veraz, comprobable y exenta de textos, diálogos, sonidos, imágenes, marcas, denominaciones de origen y otras descripciones que induzcan o puedan inducir a error o confusión por engañosas o abusivas, a cuyo efecto se entiende por información o publicidad engañosa o abusiva la que consigne características o información que, sean o no verdaderas, induzcan a error o confusión por la forma inexacta, falsa, exagerada, parcial, artificiosa o tendenciosa en que se presente.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-04 15:17:33.

La publicidad o información comparativa no deberá ser engañosa o abusiva, a cuyo efecto la PROFECO podrá emitir lineamientos para la verificación de dicha información o publicidad, a fin de evitar que se induzca a error o confusión al consumidor (art. 32).

- La publicidad sobre los datos de productos, tanto de manufactura nacional como de procedencia extranjera, se expresará en idioma español y su precio en moneda nacional, en términos comprensibles y legibles conforme al sistema nacional de unidades de medida, sin perjuicio de que, además, se expresen en otro idioma u otro sistema de medida (art. 34).
- Sin perjuicio de la competencia de otras autoridades, la PROFECO podrá ordenar que se suspenda la información o publicidad que viole las disposiciones de la Ley de que se trata, tanto al proveedor como al medio de difusión; igualmente podrá ordenar que se corrija la información o publicidad que viole las disposiciones de la misma Ley e imponer las sanciones que correspondan, previa la garantía de audiencia al infractor. Cuando así proceda, la PROFECO podrá instaurar procedimientos administrativos relacionados con la veracidad de la información que se suministre al público, en cuyo caso igualmente podrá ordenar al proveedor que en la publicidad se mencione que la veracidad de la misma no ha sido comprobada ante la autoridad competente (art. 35).
- A petición de parte interesada, se sancionará, en los términos que más adelante se mencionan, a quien inserte algún aviso en la prensa, o en cualquier otro medio masivo de información, dirigido personal e indubitablemente a uno o varios consumidores, para requerirles un cobro o el cumplimiento de un contrato (art. 36).
- Cuando se trate de servicios, los proveedores que ofrezcan diversos planes y modalidades de comercialización, deberán informar sobre las características, condiciones y costo total de cada uno de ellos; si se adopta sólo un plan específico en paquete o sistema todo incluido, deberá informarse oportunamente, en la publicidad, lo que incluyen tales planes y que no pueden disponer de otros (art. 43).
- Por su parte, la PROFECO podrá publicitar referencias a productos, marcas, servicios o empresas en forma específica, como resultado de investigaciones permanentes, técnicas y objetivos, a efecto de orientar y proteger el interés de los consumidores y publicar periódicamente dichos resultados, en la inteligencia de que tales resultados no podrán ser utilizados por las empresas o proveedores con fines publicitarios o comerciales (art. 44).
- Quedan prohibidos los convenios, códigos de conducta o cualquier otra forma de colusión entre proveedores, publicistas o cualquier otro grupo de personas para restringir la información que se pueda suministrar a los consumidores (art. 45).

Finalmente, y antes de examinar los sectores que abarca la publicidad comercial en México, resulta interesante dar cuenta de que, según estadísticas aparentemente confiables, a fines de 2010 los mayores cauces publicitarios abarcan, en ese orden, los siguientes aspectos: 1.- Automóviles; 2.- Cuidado personal; 3.- Diversiones; 4.- Alimentos; 5.- Productos farmacéuticos; 6.- Refrescos; 7.- Restaurantes; 8.- Computadoras; 9.- Teléfonos; 10.- Finanzas.

Las estadísticas, según se informó, fueron elaboradas mediante cálculos del total invertido por cien de las principales empresas.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-04 15:17:33.

24.10 Imagenología de la publicidad: simulada, engañosa, subliminal, comparativa y combinada

24.10.1 La imagenología en la publicidad

Según informa el ya citado publicista **Carlos Navarro Gutiérrez**,[16] el género fotográfico surgió a raíz de la explosión tipográfica de los años 80 y 90 y, aunque por ahora ya no se muestra con la difusión original, todavía se elaboran anuncios y campañas que parecen competir por el uso de la tipografía más barroca, a tal grado que parecen más una ilustración que un titular. Las prisas y el escaso presupuesto se muestran en los anuncios tipográficos, por razón de que comprar, alquilar o producir las imágenes actualmente es más costoso que colocar letras.

El tantas veces invocado **Meyers**,[17] abona a las agencias publicitarias japonesas el mérito de haber credo la publicidad automovilística basada en la percepción de imágenes. Y así, prontamente, a mediados de los años ochentas, el mercado automovilístico estadounidense se vio inundado de las marcas Datsun, Toyota, Subaro y Honda, merced a los anuncios televisados que describían esos automóviles como máquinas prácticas y de conducción alegre y deportiva.

24.10.2 Publicidad simulada

A fines de mayo de 2011 apareció a plana entera, en un periódico diario de México,[18] un amplio autoelogio del Grupo Santander sobre su llamado Plan de Apoyo a la Educación Superior, al que el Banco Santander proyecta destinar 500 millones de pesos para financiar la educación superior en México durante los próximos tres años, con lo cual totalizará su ayuda en un mil millones de pesos. Informó, además, que en fecha reciente operó la celebración del Día Santander por la Educación Superior, con motivo del cual se hizo entrega del Sexto Premio Santander a la Innovación Empresarial, con motivo del cual se han otorgado, hasta ahora, más de siete millones de pesos a proyectos emprendedores.

De ese modo, según informa la citada entidad, es la institución financiera que más apoyo presta a las universidades y a la educación superior en México.

Por supuesto, no hay razón para dudar de todo ello, pero en verdad de ese modo se configura una hábil aunque ostentosa publicidad simulada.

Pero una de las empresas líderes en materia publicitaria es, sin duda, la Coca-Cola, que a principios de 2011[19] hizo publicar, a página entera, un anuncio dotado de aparente sacrificio y abnegación, pues en él se decía que Coca-Cola respeta el derecho de los padres de decidir lo que consumen sus hijos, que las aulas deben estar libres de anuncios comerciales, que además dicha refresquera no dirige su publicidad "a menores de 12 años", que no ofrece ninguna de sus bebidas en escuelas primarias y,

---

[16] *Creatividad publicitaria eficaz*, 2a. ed., ESIC Editorial, Madrid, 2007, págs. 107 y 108.
[17] *Op. cit.*, págs. 103 y 104.
[18] Periódico *Excélsior*, Sección Nacional, 30 de mayo de 2011, pág. 14.
[19] Periódico *Reforma*, Sección Nacional, martes 11 de enero de 2011, pág. 13.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-04 15:17:33.

por último, que cuando los padres o autoridades lo soliciten, venderá los productos autorizados.

Y su formidable competidora a través de PepsiCo Alimentos México, Centroamérica y Caribe, no se queda atrás de esta publicidad simulada. A fines de febrero de 2011,[20] y en forma por demás ostentosa, hizo saber que, como parte de su compromiso permanente con la promoción de alimentos y estilo de vida saludables, firmó una alianza regional público-privada con el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) para arrancar en México un Proyecto de Agricultura Sustentable, con el que busca reactivar la producción de girasol comercial en nuestro país mediante préstamos y mejores ingresos para pequeños agricultores, a fin de ofrecer a millones de mexicanos nuevas opciones de productos PepsiCo, cocinados con aceite de girasol, que es tan saludable y que será utilizado para la elaboración de papas, galletas, nueces y semillas, entre otros alimentos que produce PepsiCo México bajo las marcas Sabritas y Gamesa-Quaker.

De este modo, hizo saber el representante de PepsiCo, dicha empresa cumple su misión de sustentabilidad "desempeño con sentido", y refrenda su compromiso con México y su campo, al garantizar un crecimiento sustentable para las comunidades locales donde opera y un futuro más saludable para los mexicanos.

Apenas si hace falta hacer notar la forma simulada de dicha publicidad.

24.10.3 Publicidad engañosa

En un plano diferente se desenvuelve la publicidad engañosa, que, a principios de noviembre de 2009 fue objeto, en ciertas publicaciones periodísticas, de censura por parte de la asociación "El Poder del Consumidor", el que hizo saber que los niños siguen siendo víctimas de obesidad, a pesar de que más de nueve meses antes se había puesto en operación el *Código de Autorregulación de Alimentos y Bebidas Dirigidas al Público Infantil* y que ni la PROFECO ni la COFEPRIS habían presentado los resultados del estudio que se comprometieron a realizar para su evaluación.

Se dijo, además, que tales códigos de autorregulación no han funcionado en México y tampoco a nivel internacional, razón por la cual, según se ha venido informando, incluso por sectores oficiales, que nuestro país ocupa el primer lugar en el mundo en sobrepeso y obesidad infantil, que son causas de enfermedades crónico-degenerativas, como la diabetes, que ya representa la causa más importante de defunciones en el país, en la inteligencia de que el referido Código había sido suscrito por firmas como Barcel, Bimbo, Coca-Cola, Pepsi-Cola, Sabritas, Kellogg's, Nestlé y Unilever, que en promedio general difunden el setenta por ciento de la publicidad dirigida al mercado infantil.

Tan deprimente información concluyó con los siguientes números: el cuarenta por ciento de la publicidad que se difunde en México propicia la obesidad; los niños ven anuncios comerciales en un promedio de sesenta y uno cada día; el cuarenta y dos por ciento de los anuncios se refiere a alimentos procesados, esto es, propiciadores de obesidad y peso excesivo.

Aquí es necesario volver sobre lo que nuestra *LFPC* entiende por información o publicidad engañosa o abusiva:

---

[20] Periódico *Reforma*, Sección Negocios, 28 de febrero de 2011, pág. 18.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-04 15:17:33.

"… aquella que refiere características o información relacionadas con algún bien, producto o servicio que pudiendo o no ser verdaderas, inducen a error o confusión por la forma inexacta, falsa, exagerada, parcial, artificiosa o tendenciosa en que se presenta" (art. 32).

Con apoyo en tal definición, **García Sais**[21] censura cierto criterio sostenido por la PROFECO, en cuanto ordenó suspender el empleo de la frase "*Ocho de cada diez gatos prefieren Wyskas*", por estimar que no es comprobable.

Ahora bien, dicho autor sostiene que tal exageración está legalmente permitida por la ley, pues de no aceptarse así se estaría propugnando la facultad "decisoria" de un gato y por ello el que los consumidores puedan ser engañados con dicha frase es un sinsentido. El propio autor concluye que la inducción a error puede operar por acción y engaño o por omisión. La primera consiste en incluir textos, diálogos, sonidos, imágenes, marcas, denominaciones de origen y otras descripciones que induzcan o puedan inducir a error o a confusión, mientras que la segunda es la que silencia características del bien, producto o servicio indispensables a fin de que el consumidor pueda contar con la información apropiada para decidir, ya que ante su ausencia, la decisión del mismo estará viciada por la inexactitud del mensaje publicitario.

Y todo lo anterior viene a cuento por razón de que, si bien el art. 67 de la *Ley Federal de Radio y Televisión* prohíbe la propaganda o anuncios de productos industriales, comerciales o de actividades que engañen al público o le causen algún perjuicio por la alteración o falsedad en la indicación de sus usos, aplicaciones o propiedades; tal redacción es imprecisa y se viene promoviendo un nuevo texto en cuyos términos, bajo ninguna circunstancia se transmitirán anuncios o propaganda con fines de lucro, de bienes o servicios que promuevan la superstición o el fanatismo.

Hasta ahora, sin embargo, no ha prosperado tal propuesta.

Una faceta similar a la anterior es la configurada por la publicidad de productos *milagrosos* o sin registro sanitario en el país que, como en casos anteriores, que se examinarán más adelante, y frente a los cuales las autoridades competentes muestran una indebida y a veces sospechosa indiferencia.

En efecto, a principios de marzo de 2011, la COFEPRIS hizo notar el incremento de publicidad televisada de productos con los que se ofrecen resultados seductores en cuanto a la baja de peso o tallas, el tratamiento, con prometidos resultados halagüeños, de padecimientos como la diabetes y algunos otros, a pesar de la suscripción de ciertos acuerdos de autorregulación con los laboratorios y las organizaciones que los representan pues se trata, en realidad, de publicidad engañosa, por cuanto el efecto terapéutico que se anuncia debe coincidir con el registrado y comprobado ante la autoridad, lo que nunca ocurre, con la circunstancia de que algunos de los anuncios provienen de países sudamericanos, por lo que se anunciaron pláticas con la Cámara Nacional de la Industria de Telecomunicaciones, a efecto de que supervise y limite tales anuncios, muchos de ellos procedentes de los Estados Unidos de América y de Argentina.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

[21] *Derecho de los consumidores…*, *cit.*, pág. 22, notas 33 y 34 al pie.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-04 15:17:33.

24.10.4 Publicidad subliminal

Según podrá expresarse al detalle más adelante, el influjo subliminal de imágenes parte de la afirmación sobre que en el cerebro humano y en el sistema nervioso opera el fenómeno de las vivencias conocidas como *inconsciente* y *subconsciente*. Se afirma, además, que estas vivencias son demostrables prácticamente, puesto que influyen grandemente en el comportamiento humano, en todas sus manifestaciones.

Pero en cambio, se ignora cómo trabaja esta maquinaria mental, a pesar de que la ciencia, la filosofía y la tecnología han contribuido a la elaboración de teorías sobre cómo funciona esta parte subliminal del cerebro.

Ahora bien, la persuasión subliminal puede ser por demás peligrosa para la salud mental, pues algunos grupos sometidos a pruebas sobre el particular a propósito de los anuncios de la Ginebra Gilbey's, a pesar de que encontraron un contenido sexual en los anuncios, experimentaron reacciones de miedo.

He aquí un ejemplo, entre muchos otros posibles, de esta publicidad subliminal en México. En la sección nacional del periódico *Excélsior*, del 25 de mayo de 2010, pág. 24, se consigna, a plana entera, un anuncio de la marca automovilística Hummer, encabezada con la siguiente leyenda: "Demuestra quién es el que manda", seguida, más adelante, de una expresión tan presuntuosa como la siguiente: "Hay pocas cosas en este mundo que no podrás hacer; ser sumiso es una de ellas. Haz tuyo todo el poder de Hummer".

Más allá de la ampulosidad de todo ello, resta formularse la pregunta sobre si habrá personas en las que tal publicidad influya como para convencerlas de lo que pueden lograr mediante la compra del indicado vehículo.

24.10.5 Publicidad comparativa. Ventajas e inconvenientes

Mucho se ha escrito en torno de la publicidad comparativa, esto es, la empleada por un anunciante con mención de los productos o servicios de otro, generalmente para ponderar las ventajas de los ofrecidos por el primero, o bien la falta de calidad en los del segundo.

A reserva de dar cuenta de las disposiciones legales atinentes, ofrece interés el mencionar las posibles ventajas de dicha publicidad comparativa.

Ante todo, es necesario lamentar la ausencia de disposiciones legales mexicanas sobre este punto, y en la misma forma se pronuncia **David Kahan Cimet**:[22]

> La publicidad comparativa en México se encuentra permitida; sin embargo, su regulación jurídica no es la adecuada para proteger los intereses del propio anunciante, sus competidores y los consumidores… Triste es ver que en nuestro derecho no existe un solo concepto de publicidad comparativa en disposición alguna o jurisprudencia… Es frustrante el observar la pasividad de las autoridades ante un tema tan trascendente como es el que nos ocupa, pues la apatía gubernamental, el reglamentar y unificar criterios, competencias y sanciones, está por desgracia aún muy lejos de realizarse.

---

[22] *La publicidad comparativa en México. Consideraciones jurídicas*, Editorial Porrúa, México, 2007, págs. XIX y XX.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-04 15:17:33.

Empero, a mi juicio, no es tan absoluta la carencia de específicas disposiciones legales mexicanas sobre este punto, como lo lamenta el citado autor, pues juzgo que una recta interpretación del relativamente nuevo art. 6o. *bis* del *C.Com.* bastaría para poner coto a una publicidad comparativa que lesione los intereses de los comerciantes que se consideren afectados. En efecto, el citado precepto legal reza como sigue:

> *Los comerciantes deberán realizar su actividad de acuerdo a los usos honestos en materia industrial o comercial, por lo que se abstendrán de realizar actos de competencia desleal que:*
>
> *I. …*
> *II. Desacrediten, mediante aseveraciones falsas, el establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial, de cualquier otro comerciante;*
> *III. …*
> *IV. …*

En efecto, apenas si hace falta demostrar la aplicabilidad del precepto cuando la publicidad comparativa implique, mediante falsas aseveraciones, un descrédito del establecimiento o actividades de otro u otros competidores.

Por supuesto, y como era de esperarse, menudean opiniones sobre las ventajas y los inconvenientes de esta publicidad comparativa, a los que más adelante se hará mención. Por ahora resultan ilustrativos los puntos de vista del ya citado **Kahan Cimet**,[23] quien opina que la legislación mexicana sobre el tema es del todo inadecuada para poner coto a esta publicidad, que considera ilícita en la gran mayoría de los casos, por estimar que los anuncios así presentados pueden resultar claramente falsos o engañosos, o bien implicar un grave demérito, sin fundamento, del prestigio de una marca competidora:

> En materia de publicidad comparativa en México es un hecho notorio que existe en materia administrativa-gubernamental una carencia de políticas y controles, es decir, faltan los instrumentos adecuados para garantizar una implementación eficaz para acceder con certeza y seguridad a la publicidad comparativa en defensa del propio anunciante, competidores y consumidores.

A la vista de tal panorama, paréceme que el juzgador, por principio la Comisión Federal de Competencia, y en su caso la PROFECO, no tendrían mayores dificultades para calificar la deslealtad de una publicidad comparativa que incurra en cualquiera de los supuestos legales, sin necesidad de una disposición expresa.

Así por ejemplo, no parece reprobable una publicidad comparativa mediante empleo de aseveraciones verdaderas y demostrables, a condición de que no sean peyorativas, pues inducirían al público a adquirir los bienes o servicios demostradamente mejores.

Ahora bien, un ejemplo real y reciente de publicidad comparativa es el protagonizado, en México, por las conocidas empresas minoristas Walmart y Soriana, las que, con arreglo a las noticias y desplegados periodísticos, se han venido enfrascando en una campaña publicitaria, en verdad costosa, pues ha venido abarcando planas com-

---

[23] *La publicidad…*, *cit.*, págs. XXX y XXXI.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-04 15:17:33.

pletas de ciertas publicaciones periódicas, calificada por ambas empresas como "Desafío de tickets", incluso con mención del nombre de notarios y corredores públicos, a efecto de convencer al público de que una y otra ofrecen precios y ofertas competitivamente inferiores. Por supuesto, no han faltado duros y recíprocos calificativos en cuanto a supuestos engaños y mentiras en perjuicio de los consumidores, e incluso invitaciones a estos últimos para que lo comprueben mediante exhibición de las respectivas notas de compra, calificadas con el aborrecible anglicismo *tickets*, a tal punto que al escribirse estas líneas no es fácil apuntar opinión a favor de una u otra de ambas competidoras; pero sí, en cambio, la posibilidad de que a fin de cuentas tal campaña redunde en provecho de los consumidores, que tal vez intenten o han intentado acudir a la que ofrezca los precios más económicos a propósito de los mismos productos, lo cual daría la razón a quienes opinan que tal publicidad comparativa redunda en beneficio de la clase consumidora.

En cuanto a esta publicidad comparativa, si bien no ha faltado quien[24] apunte la deslealtad de la misma, por estimar que mal oculta, en ocasiones no tanto, la denigración de los productos o servicios de uno o más competidores, y por ello implica competencia desleal, los mismos críticos no pueden pasar por alto que plantea también una conducta publicitaria por cuenta del competidor, que debe considerarse lícita cuando involucre una legítima defensa, sea por la necesidad de acusar al competidor de competencia desleal, o bien por la ausencia de referencias personales a dicho competidor, sin pasar por alto, como en numerosos casos de publicidad comparativa, un posible provecho para el consumidor, por cuanto le abre la posibilidad de experimentar directamente las virtudes o defectos de los productos o servicios objeto de la comparación, pues siempre quedará a su juicio la decisión final; luego, en palabras del citado autor,

> La cuestión del llamado elemento subjetivo, por lo mismo, configura esencialmente un problema de carácter probatorio, que apunta solamente al resarcimiento del mismo,…

Por supuesto, diverso es el caso en el que la publicidad comparativa envuelve una conducta denigrante, encaminada a restringir la libertad de juicio del consumidor, mediante una hábil inducción a valuar de manera incorrecta la actividad de los competidores, vale decir, a desacreditarlos.

24.10.6 Publicidad combinada

Llamo *publicidad combinada* a la que cumple una doble función: *a*) por supuesto, la de invitar al consumidor a adquirir determinado producto o servicio, como ocurre, con escasas salvedades, en todo tipo de anuncios publicitarios; *b*) a la que, además, proclama cualidades del producto o servicio respectivo, frecuentemente, como lo muestra la experiencia, mediante el empleo de adjetivos con los que se ponderan las propiedades del bien o del servicio frecuentemente de manera excesiva y aun engañosa, para lo

[24] **Vittorio Menesini**, *La denigrazione. Un contributo alla teoria della concorrenza sleale*, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1970, págs. 2 y siguientes.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-04 15:17:33.

cual no faltan insinuaciones tendientes a una interpretación excesiva; incluso, lo que es más delicado, de orden médico.

Es el caso, por ejemplo, del producto alimenticio que se viene distribuyendo con la marca *Yakult*, del que se proclaman ciertas vagas propiedades como la de "*controlar la diabetes*", de la que se informa sobre sus principales síntomas. Sin embargo, no se afirma que este producto tenga propiedades médicas, ni siquiera preventivas. Simplemente se insinúa tal propiedad, pues los anuncios se muestran bajo la expresión "*Yakult*", seguida de los vocablos "*salud y nutrición.- Controlar la diabetes*", y concluyen con una igualmente vaga información en el sentido de que la empresa respectiva puede apoyar el sistema de defensas del cuerpo mediante el consumo de frutas y verduras, el ejercicio y el consumo de productos lácteos que contengan cierta bacteria benéfica que contribuye a la regulación del sistema inmunológico, que a la vez contribuye a la regularización de dicho sistema inmunológico.

Ante todo ello, el consumidor medio queda convencido de que el producto es, en realidad, un medicamento apropiado para prevenir e incluso combatir la diabetes, si bien nada de esto se afirma en la publicidad. Es por todo ello que se trata de una publicidad combinada, ya que, al mismo tiempo, se recomienda a quienes presenten cualquiera de los síntomas que ahí se mencionan, el consumo de productos lácteos que contengan la indicada bacteria, que coincidentalmente contiene el ya citado *Yakult*.

24.11 Resumen y conclusiones

Como ha podido apreciarse, la publicidad ha venido creando un mundo especial proyectado a la venta de los productos o servicios comerciales, mediante un lenguaje propio, pero sin duda con propósitos confesadamente monetarios.

Ahora bien, **Wilson Bryan Key**[25] sostiene que en el mundo publicitario ha ejercido una importante influencia la idiosincrasia del consumidor estadounidense, para el cual, siempre en opinión de dicho autor, no hay nada significante, a menos de que pueda ser cuantificado y programado de modo consciente en una computadora: "cuantifico, luego existo".

[25] *Seducción…*, *cit.*, págs. 29-41.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-04 15:17:33.

CAPÍTULO 25

La asociación en participación

25.1 Generalidades y antecedentes

Proteico, escurridizo, apto para encubrir relaciones jurídicas cuyo verdadero carácter se desea disfrazar por una u otra causa; manifestado a veces bajo otras denominaciones, y frecuentemente como innominado, tal vez por el sorprendente desconocimiento de su existencia y régimen legal incluso dentro de los sectores comerciales,[1] el contrato de asociación en participación ocupa, con todo, un importante lugar en la vida del comercio. A ello ha contribuido, en gran medida, el que —como ocurre en las adivinanzas— sin ser una sociedad, su operación se asemeja mucho a la de las sociedades, pero no supone las exigencias y formalidades de ésta en cuanto a constitución, nombre, patrimonio, registro y otras.

Pero no cabe duda sobre que el factor decisivo de su importancia es la facilidad con la que propicia la conjugación de esfuerzos y de recursos para la realización de un fin común lucrativo, sin necesidad de garantizar a los aportadores remuneración o rembolso alguno, sino en la medida en que el fin perseguido culmine felizmente.

[1] Ello, quizá, podría explicar el que algún tratadista mexicano (**Omar Olvera de Luna**, *Contratos mercantiles*, Editorial Porrúa, México, 1982, págs. 125-128) parece ignorar su presencia y regulación en la *LGSM*, pues al examinarlo únicamente emplea el nombre con el que se le conoce en la legislación y doctrina españolas, y no menciona el referido cuerpo legal; además, sin ambages lo califica de atípico.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-04 15:17:33.

De ese modo, es fácil entender las ventajas que ofrece la asociación en participación sobre otras figuras jurídicas apropiadas para la captación de recursos, como el contrato de sociedad, los de crédito, la emisión de obligaciones y otros: el numerario o las aportaciones *in natura* se obtienen con un mínimo de formalidades, sin garantías, sin intereses, sin compromisos de rembolso o de rendimiento y con la sola promesa de participar en las aleatorias utilidades del negocio, pero también en las eventuales pérdidas.

Tales atributos, por lo demás, los ha heredado de su predecesora, la *commenda* medieval, en cuyos términos el *commendator* confiaba dinero o mercancías al *commendatario* —comerciante— para su utilización comercial en un viaje, concluido el cual se repartían las pérdidas o ganancias en la proporción convenida.[2]

Muy explorados por la doctrina los antecedentes históricos de la encomienda, sin que falten las controversias de rigor en tales casos,[3] parece haber consenso por lo que se refiere a que su auge en la alta Edad Media fue involuntariamente propiciado por la canónica prohibición del préstamo con interés (**Gregorio IX**, 1234).

25.2 Régimen legal y concepto

La circunstancia de que este contrato presente, en su mecanismo operativo, puntos de contacto con las sociedades mercantiles, ha conducido a que autorizadas voces le atribuyan naturaleza societaria *sui generis* —tema que abordaré más adelante—; tal postura encuentra otro punto de apoyo, por lo que hace al derecho mexicano, en el hecho de que la asociación en participación tiene su regulación en la *Ley General de Sociedades Mercantiles*. Y en efecto, a pesar de su nombre y de que en el art. 1o., *reconoce*, sin mencionar la asociación en participación, las seis especies que, supuestamente, agotan el elenco de las sociedades mercantiles de manera expresa admitidas con tal carácter por nuestro sistema jurídico, la propia *LGSM* prevé y regula, en su capítulo XIII y bajo el enunciado "De la asociación en participación", el conceptuado por ella misma (art. 252) como contrato de asociación en participación, sin personalidad jurídica (art. 253).

Aunque es verdad que la *LGISMS* —en la que se prevén y regulan las sociedades mutualistas— no proclama expresamente su naturaleza mercantil, me parece que no cabe dudar de ella a poco que se considere que su finalidad única es la de actuar como empresas aseguradoras. Si el seguro es, suprimida la posibilidad de ser operado por entidades no empresariales, un contrato siempre mercantil (art. 75-XVI, *C.Com.*), ¿de qué otra naturaleza podrían ser estas sociedades mutualistas?; despropósito parecería el ubicarlas dentro del ámbito del derecho civil por el mero hecho de que no persiguen un propósito especulativo, pues en cambio realizan habitual, profesional y masivamente un acto que es de comercio, independientemente del fin que anime su celebración.

---

[2] **Paul Rehme**, *Historia universal del derecho mercantil,* trad. de **E. Gómez Orbaneja**, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1941, pág. 81; también *El Consulado del Mar,* caps. CCXIII y siguientes.

[3] *Véase*, por todos, **Soyla H. León Tovar**, *La asociación en participación en el derecho mexicano*, tesis profesional, México, 1984, págs. 4 y sigs.; por la amplitud de la información, el rigor doctrinal y la profundidad del análisis se trata, sin duda, de un trabajo de indispensable consulta en el estudio del tema.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-04 15:17:33.

De todo ello resulta que la *LGSM* no consigna un *numerus clausus* de sociedades mercantiles; ciertamente, tampoco puede atribuírsele un propósito exclusivista, pues su art. 1o. sólo dice que "*Esta ley reconoce* las siguientes especies de sociedades...", expresión que deja abierta la posibilidad —que según lo antes expuesto ya se ha manifestado— de que *otras leyes* reconozcan otras especies de sociedades igualmente mercantiles.

Jurisprudencia. De manera increíblemente absurda, como demostración de un lamentable *lapsus* de criterio, el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, resolvió, el 16 de abril de 2009, el amparo directo 783/2008, con el que sólo intentó precisar la diferencia entre contrato de asociación en participación y compraventa, en que la asociación civil prevista por el artículo 2670 del *Código Civil* del Distrito Federal, es una asociación en participación como la prevista por la *Ley General de Sociedades Mercantiles*, que aquí se examina, si bien el propósito de la misma no debe tener carácter preponderantemente económico. El dislate consiste, como es fácil apreciar, en aplicar a la disposición civil el calificativo "en participación", que emplea la legislación societaria mercantil. Con ello el referido tribunal juzgador pretendió, innecesariamente, recordar que esta asociación civil no debe tener carácter preponderantemente económico, como también olvidó que, mientras la asociación civil tiene personalidad jurídica (artículo 25-VI del *C.Civ.* del D. F.), la asociación en participación carece de dicha personalidad (artículo 253, *LGSM*).

Con ligeras variantes, el concepto que de esta figura suministra dicha *LGSM* coincide con el de las legislaciones de otros países:[4] "La asociación en participación es un contrato por el cual una persona concede a otras que le aportan bienes o servicios una participación en las utilidades y en las pérdidas de una negociación mercantil o de una o varias operaciones de comercio" (art. 252).

Un somero examen de tal concepto —*rectius*, definición, pues consigna el género próximo y la diferencia específica— permite apreciar que de las dos partes en el contrato, el asociante, que puede ser una persona física o moral, conserva carácter singular, mientras que su contraparte puede estar formada por una pluralidad de personas también físicas o morales, o bien, pese a la redacción en plural del precepto, por una sola.

En cuanto al verbo *concede*, que evoca la idea de graciosa liberalidad, ha de entenderse, empero, con el alcance de una promesa y, mejor todavía, de un compromiso, por lo que parece que la definición ganaría en claridad si empleara el vocablo *promete*.

Por lo que concierne a la naturaleza de los objetos aportables, la latitud con la que está concebido el precepto permite concluir:

a) Que así el *numerario* como cualquier cosa o derecho que esté en el comercio y sea susceptible de transmitirse, puede aportarse para la realización de nuestro contrato.
b) Que la *aportación* puede efectuarse a cualquiera de los títulos jurídicos posibles: propiedad, uso, usufructo.
c) Que también son aportables los servicios de toda índole, mientras no se presenten con las características del contrato de trabajo, principalmente la subordinación.

[4] *Ibidem,* págs. 56 y siguientes.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-04 15:17:33.

d) Que los *resultados del contrato* son aleatorios, pues el asociante concede —reitero que me parece mejor el verbo *promete*— al asociado participación en las utilidades, frecuentemente eventuales, y en las pérdidas de la operación: en modo alguno garantiza o promete sólo ganancias, rendimientos o intereses, pues, de hacerlo, el contrato asumiría diferente naturaleza.[5]

e) Que la *relación contractual* puede tener una duración indeterminada —explotación de una negociación mercantil—, o bien puede establecerse sólo para realizar uno o varios actos determinados.

25.3 Mercantilidad

Por su origen y por su encuadre dentro de leyes mercantiles, no menos que por estar llamado, según la definición legal, a permitir la participación en los resultados de actos necesariamente comerciales, ninguna dificultad ofrece la demostración de que se trata de un contrato mercantil. Empero, no es posible pasar por alto que tal calificación resulta, según la expresión legal, exclusivamente del carácter comercial de la negociación que ha de explotarse o de los actos que habrán de celebrarse; de esta suerte, es dable pensar en la existencia de contratos civiles de asociación en participación, que serán aquellos en los que la aportación se efectúe para la explotación de una unidad económica no mercantil, o para la realización de actos no comerciales.

25.4 Naturaleza jurídica

Sus ya anotados puntos de coincidencia y semejanzas con las sociedades han sido el germen de la teoría societaria de este contrato, sustentada por preclaros autores extranjeros y, en nuestro medio, por **Mantilla Molina**,[6] quien afirma que se trata de "... una especie de las sociedades mercantiles, caracterizada por no exteriorizarse frente a terceros y porque le es indispensable una finalidad de especulación comercial...", pues encuentra la existencia del fin común, que es carácter esencial de las sociedades, y también la necesidad de hacer aportaciones para su realización, e igualmente la vocación a las ganancias y a las pérdidas. Poco importa, en su opinión, que las aportaciones no constituyan en la asociación en participación un fondo común —como sí ocurre en las sociedades—, ni que las mismas se transmitan a una de las partes; ni tiene mayor importancia el hecho de que la ley prive a esta figura de personalidad jurídica, por cuanto tal atributo tiene "... un carácter secundario, al extremo de que la sociedad en Roma existía sin personalidad moral, y de que, aun en nuestros días, en el derecho germánico hay tipos de sociedades que carecen de ella; tampoco la tienen en Italia, conforme al *Codice Civile* de 1942, la sociedad simple, la colectiva ni la comandita; lo mismo sucede en las sociedades inglesas del tipo denominado *partnership*...".

---

[5] *Ibidem,* pág. 112.

[6] *Derecho mercantil*, 22a. ed., Editorial Porrúa, México, 1982, págs. 175 y 185-187.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-04 15:17:33.

En parecidos términos se pronuncian **Hamel**, **Lagarde** y **Jauffret**[7] en Francia y **Felipe de Solá Cañizares**[8] en España. El *C.Com.* alemán emplea la expresión *sociedad oculta* (*stille gesellschaft*).

Empero, la mayoría de las leyes y de los tratadistas se inclinan por el carácter no societario y puramente contractual de la asociación en participación,[9] y lo propio ocurre en nuestro medio.[10]

Paréceme acertada la opinión de la mayoría. Ciertamente, no puedo dejar de reconocer que la asociación en participación presenta todos los caracteres operativos esenciales de las sociedades, a saber: el fin común, la *affectio societatis*, las aportaciones y la vocación a los aleatorios resultados; pero, en cambio, carece de los rasgos que yo calificaría de *corporativos* y de *formales*, propios también de las sociedades, a lo menos conforme al derecho mexicano:

a) En efecto, no existe en el ánimo del asociante y de los asociados el deseo de constituir una corporación o entidad ajena a ellos, como sí lo hay en los otorgantes de un contrato de sociedad: están conscientes de que no se conformará un nuevo patrimonio común con las aportaciones; de que no habrá un capital social afecto a las operaciones, ni divisiones del mismo, atribuibles a cada uno de ellos; de que no funcionarán órganos deliberantes, de administración o de vigilancia; pero, sobre todo, de que no van a constituir una nueva persona moral. No puede pasarse por alto la circunstancia de que, *en nuestro sistema jurídico*, todas las sociedades civiles, las mercantiles, así como las asociaciones civiles, tienen personalidad jurídica, como atributo a ellas reconocido por la ley (arts. 25-III y IV, *C.Civ.* y 2o., *LGSM*), que se le niega, en cambio, a nuestra asociación en participación (art. 253, *LGSM*).

b) Por lo que hace a las manifestaciones formales propias de las sociedades, ausentes en la asociación en participación, hay que recordar que esta última no tiene razón o denominación (art. 253), ni hace falta que se otorgue ante notario o que se inscriba en registro alguno (art. 254).

Ante todo ello, tengo por inútiles los esfuerzos tendientes a demostrar que se trata de una sociedad oculta, si con tal expresión quiere indicarse que no se exterioriza como tal frente a terceros, pero sí entre los otorgantes, pues, como se ha visto, ni internamente opera una estructura de corte societario.

Por lo demás, y en vista de todo ello, es lógico que la Suprema Corte se haya venido pronunciando en contra de cualquier intento de atribuir personalidad o naturaleza societaria a la asociación en participación.[11]

---

[7] *Traité de droit commercial*, t. I, 1954 y t. II, 1966, Dalloz, Paris, págs. 620-627, si bien no hay que olvidar que el hoy derogado art. 49 del *C.Com.* francés disponía que las asociaciones en participación *son sociedades* cuya existencia no se revela a terceros, y que la *Ley sobre Sociedades Mercantiles*, de 1966, las regula en sus arts. 419-422 con el nombre de *sociedades en participación.*

[8] *Tratado de derecho comercial comparado*, t. III, Montaner y Simón, Barcelona, 1963, págs. 181-185; ello a pesar de que en el *C.Com.* español se regula como *contrato* de cuentas en participación (arts. 239-243).

[9] *Véase,* por todos, **Soyla H. León Tovar**, *La asociación…*, *cit*., págs. 66-90.

[10] **Jorge Barrera Graf**, *Las sociedades en derecho mexicano*, UNAM, México, 1983, pág. 174; **Soyla H. León Tovar**, *La asociación…*, *cit*., págs. 63 y 64; **Óscar Vásquez del Mercado**, *Contratos mercantiles*, 5a. ed., Editorial Porrúa, México, 1994, pág. 559.

[11] En la revista *Anales de Jurisprudencia*, vol. XXXIX, México, pág. 360, se afirma que las asociaciones en participación no son verdaderas sociedades "según la jurisprudencia de la SCJN"; con motivo de

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-04 15:17:33.

Y, por supuesto, en la misma forma se ha pronunciado uno de nuestros tribunales colegiados:

Jurisprudencia. Asociación en participación. Es admisible la rescisión para disolverla y liquidarla. La interpretación sistemática de los artículos 50, 230 y 259 de la *Ley General de Sociedades Mercantiles* evidencia, que en la asociación en participación es admisible la rescisión para disolverla y proceder a su ulterior liquidación. Si bien es discutible la naturaleza del contrato de asociación en participación, en virtud de que la doctrina no es unánime en torno a decidir, si se trata o no de una sociedad mercantil, en tanto que la jurisprudencia la ha considerado como una sociedad oculta y la *Ley General de Sociedades Mercantiles* no la reconoce expresamente como una sociedad de este tipo, e incluso, le niega los atributos de personalidad jurídica y denominación social; sin embargo, lo fundamental es que el referido ordenamiento prevé que para su regulación se apliquen disposiciones rectoras de la sociedad en nombre colectivo. En efecto, la *Ley General de Sociedades Mercantiles* establece en varios preceptos la manera en que ha de regularse la asociación en participación; por ejemplo, el artículo 259 dispone que a falta de estipulaciones especiales, para su funcionamiento, disolución y liquidación regirán en lo conducente las reglas relativas a la sociedad en nombre colectivo (a la que sí se le reconoce la característica de ser una sociedad mercantil) en cuanto no se opongan a lo preceptuado en el capítulo XIII, donde se encuentra el numeral en cita. Dentro de las reglas generales que han de aplicarse supletoriamente a este tipo de asociaciones se advierten, entre otras, las concernientes a su disolución, específicamente las previstas en los artículos 50 y 230, ya que no pugnan con las disposiciones previstas en el referido capítulo XIII. Así, el artículo 50 determina que el contrato de sociedad podrá rescindirse respecto a un socio, entre otras causas, por infracción al pacto social, mientras que el diverso 230 establece que la sociedad se disolverá, entre otras razones, porque el contrato social se rescinda con relación a uno de los socios, evento en el cual se procederá a su liquidación con el correspondiente reparto de capital en términos del artículo 48. Por estas razones se justifica la afirmación de que el contrato de asociación en participación puede rescindirse en virtud de alguna infracción al pacto social, en cuyo caso el capital social no podrá repartirse, sino después de la disolución y previa liquidación respectiva, salvo pacto en contrario que no perjudique el interés de terceros.

Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Amparo directo 690/2006. Compañía Turística Nacional, S.A. de C.V. 9 de febrero de 2007. Unanimidad de votos.

---

un juicio laboral, la Cuarta Sala sostuvo que la carencia de personalidad impide que se le condene, aun *cuando haya sido contestada afirmativamente* la demanda respectiva (Alfonso Gallegos, ejecutoria publicada en el *Boletín de Información Judicial*, X, México, pág. 221); en otra ejecutoria (*Amparo Directo 3421/52*, resuelto el 2 de noviembre de 1954), mencionada en la *Revista de la Facultad de Derecho* de la UNAM, IV, núm. 15, jul.-sep. 1954, México, pág. 233, nota 34, la misma Sala resolvió que el asociante tiene el carácter de patrón, pues los trabajadores no pueden serlo de una entidad inexistente como lo es la asociación en participación.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-04 15:17:33.

25.5 Formalidades

La disposición contenida en el art. 254 de la *LGSM*, es clara y terminante: este contrato *debe* constar por escrito,[12] si bien no está sujeto a registro. Sin embargo, en la propia ley no se prescribe sanción alguna por la inobservancia de la indicada formalidad; luego, cabe preguntarse por las consecuencias de este último supuesto.

Y pronta acude la respuesta: "la falta de forma establecida por la ley, si no se trata de actos solemnes..., produce la *nulidad relativa*..." (art. 2228, *C.Civ*.),[13] con las obligadas conclusiones de que la asociación en participación verbalmente celebrada produce provisionalmente sus efectos (art. 2227); la acción y excepción de nulidad asisten a todos los interesados (art. 2229), si bien tal nulidad se extingue (*rectius*: lo que se extingue son la acción y la excepción) por la confirmación del contrato en la forma omitida (art. 2231); si las circunstancias en que verbalmente se celebró el contrato, o la forma en que las partes lo hayan cumplido, permiten inferir, "de una manera indubitable", la voluntad de dichas partes, cualquier interesado puede exigir el otorgamiento escrito ordenado por la *LGSM* (art. 2232).

Todo ello parte del evidente supuesto de que no se trata de un acto solemne; luego, no incurre en la salvedad prevista por el citado art. 2228 del *C.Civ*.

De esta suerte, juzgo acertada la jurisprudencia sentada por nuestro más alto tribunal[14] en el sentido de que la formalidad impuesta por el art. 254 de la *LGSM*:

> ... no es un elemento *ad solemnitatem*, sino solamente *ad probationem*, y consecuentemente, que la existencia del contrato puede demostrarse por cualquier medio de prueba que ponga de manifiesto la intención de las partes para celebrarlo, así como que para la apreciación de dichos medios probatorios debe estarse a la preeminencia de la voluntad, sobre su expresión material...

En cuanto al derecho comparado, hay que decir que de las legislaciones en las que se prevé esta figura, la mayoría no le finca formalidad alguna; tales son la de Alemania, cuyo *C.Com*. no menciona requisitos de forma, por lo que le resultan aplicables las reglas de consensualidad verbal, e incluso tácita, previstas por el *C.Civ*.;[15] la de Italia, puesto que el art. 1350, párr. 9, del *Codice Civile* sólo impone el otorgamiento escrito cuando se aporten inmuebles o derechos reales inmobiliarios por un lapso superior a nueve años o por un periodo indeterminado; la de Francia, por cuanto el art. 419 de la *Ley sobre Sociedades Mercantiles* expresa que puede demostrarse por cualquier medio; lo propio disponen los arts. 240 del *C.Com*. español, 509 del *C.Com*. colombiano, 862 del *C.Com*. guatemalteco y 1521 del *C.Com*. salvadoreño.

---

[12] Exigencia que entre nosotros ha sido criticada por **Roberto L. Mantilla Molina**, *Derecho...*, *cit.*, pág. 187.

[13] Conforme, **Soyla H. León Tovar**, *La asociación...*, *cit.,* págs. 141 y 142.

[14] La ejecutoria con la que se conformó esta jurisprudencia fue dictada por la Tercera Sala de la SCJN en el *Amparo Directo 1072/67*, Julio Granados Onofre, 22 de enero de 1969, y se publicó en el *Informe* rendido a dicho tribunal por su presidente al finalizar el referido año, segunda parte, 1969, México, págs. 19 y 20.

[15] Así lo informa **Felipe de Solá Cañizares**, *op. cit*., pág. 195.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-04 15:17:33.

25.6 Derechos y obligaciones de las partes

Como antes dije, la parte asociada puede ser singular o estar formada por una pluralidad de personas físicas o morales; en todo caso, su obligación es la de aportar los bienes o servicios —o ambos— comprometidos al celebrar el contrato. Importa dejar precisado que en caso de imprevisión en cuanto a la naturaleza, cantidad y calidad de tales bienes o servicios, así como por lo que se refiere a fechas y plazos, se aplican a nuestro contrato las disposiciones en materia de sociedad en nombre colectivo, pues así lo dispone el art. 259 de la *LGSM*, "en cuanto no pugnen con las disposiciones de este capítulo"; mas ello hace surgir inquietantes dudas en cuanto a la aplicabilidad de ciertos preceptos que regulan el funcionamiento de dicho tipo social: ¿pesa sobre asociante y asociado la prohibición de dedicarse a negocios del mismo género de los que constituyen el objeto de la asociación en participación? (art. 35);[16] ¿deberá el asociado *industrial*, a falta de estipulación, percibir las cantidades que periódicamente necesite para alimentos? (art. 49).

Parece, en cambio, que no debe haber duda en cuanto a la aplicabilidad supletoria de las reglas sobre obligaciones contractuales, consignadas en el *C.Civ.*, por una lógica interpretación extensiva del art. 2o. del *C.Com.*

Por su parte, el asociante reporta, como principal obligación, la de entregar al asociado el monto convenido de las utilidades que obtenga; este monto hace referencia, de ordinario, a un porcentaje de dichas utilidades, pues así se infiere del vocablo *participación* empleado en el concepto legal, pero no debe olvidarse que tal participación juega también en caso de pérdidas, en el que, consecuentemente, el porcentaje afectará los bienes aportados por el asociado, hasta por el valor de los mismos (art. 258). De todo ello, así como de las relativas disposiciones legales, resulta que:

a) La máxima pérdida que puede resentir el asociado es la consistente en los bienes aportados.
b) Salvo estipulación en otro sentido, el asociado que sólo aporte servicios no podrá reportar pérdidas patrimoniales[17] y, si hubiere recibido sumas a cuenta de utilidades, no estará obligado a devolverlas aunque la negociación mercantil o las operaciones de comercio objeto de la asociación en participación arrojaron pérdidas o bien utilidades inferiores a las previstas (arts. 16-III, 49, 258 y 259).
c) A menos que otra cosa se hubiere convenido, la participación en las utilidades o en las pérdidas se distribuirá entre asociado y asociante en proporción al valor de los bienes aportados; al aportador de industria corresponderá la mitad de las utilidades. De esta suerte, si hubiere aportadores de bienes y de servicios, las eventuales utilidades se dividirán en dos partes iguales: una se distribuirá por igual entre los segun-

[16] La Tercera Sala de la SCJN se pronunció en sentido afirmativo (ejecutoria, José Carvallo Cano, dictada el 1 de abril de 1959, publicada en el *Informe* correspondiente a dicho año, Tercera Sala, pág. 18); tal criterio es censurado por **Roberto L. Mantilla Molina**, *Derecho…*, *cit.,* pág. 191, por estimar que la prohibición del art. 35 de la *LGSM,* se refiere a las actividades de la persona moral, inexistente en la asociación en participación.

[17] **Soyla H. León Tovar**, *La asociación…*, *cit.*, pág. 159, estima "... que sí reporta pérdidas en la medida en que no le será retribuido el trabajo que prestó en calidad de aportación...".

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-04 15:17:33.

dos y la otra se distribuirá entre los primeros en proporción al valor de los respectivos bienes (arts. 16-I y II y 258).

d) Al liquidarse la negociación o concluir las operaciones objeto de la asociación en participación, y siempre salvo pacto diverso, el asociante deberá devolver al asociado las aportaciones por éste efectuadas (arts. 48 y 259).

e) El asociante debe rendir cuentas de su actuación con la periodicidad que se convenga y, a falta de pacto, semestralmente y cuando las solicite el asociado (arts. 43 y 259).

f) El asociado puede nombrar un interventor que vigile los actos del asociante y tiene derecho de examinar el estado de los negocios, así como la contabilidad y papeles, e igualmente puede formular las reclamaciones que estime convenientes (arts. 47 y 259).

En cambio, aunque no previstas en la *LGSM*, las cláusulas de buena fe, diligencia y prudencia por parte del asociante, en este contrato revisten especial importancia. Me explicaré: la citada Ley es omisa en punto al grado de actividad y a la medida de la cautela con las que debe desempeñarse el asociante; ambas cualidades, combinadas con el correcto empleo de los bienes o de los servicios, determinarán, en gran parte, el éxito o el fracaso de la asociación; ahora bien, si tales cláusulas se estipulan de modo expreso, obvio es que habrá de estarse a sus términos y a las consecuencias contractuales y legales de su incumplimiento. Pero *¿quid iuris* en caso de omisión?; pues que, como sabemos, se trata de estipulaciones implícitamente incluidas en *todos* los contratos, y así lo disponen los arts. 1796 y 1839 del *C.Civ*., en cuyos términos "Los contratos... Desde que se perfeccionan, obligan a los contratantes no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino *también a las consecuencias que, según su naturaleza, son conforme a la buena fe*, al uso o a la ley"; "Los contratantes pueden poner las cláusulas que crean convenientes; pero las que... sean consecuencia de su naturaleza ordinaria, se tendrán por puestas aunque no se expresen...".

Es por ello que el asociante deviene obligado, pese al silencio contractual, a emplear adecuadamente los bienes o servicios aportados, así como a desempeñarse con la diligencia y prudencia que requiera el buen éxito de las actividades a él confiadas.[18]

25.7 Bienes y servicios aportables; situación jurídica

Poco es lo que hay que decir sobre la naturaleza de los bienes aportables: lo son todos aquellos que no estén excluidos del comercio (art. 747, *C.Civ.*), comprendidos, naturalmente, los meros derechos, como los de autor, de propiedad industrial y otros.

También es admisible una amplia gama de títulos jurídicos de la aportación: propiedad, uso, usufructo, habitación. En este punto es de trascendental importancia el

---

[18] Conforme, **Soyla H. León Tovar**, *La asociación...*, *cit.,* págs. 160-162. Sobre las implícitas cláusulas de buena fe y diligencia en todos los contratos, léanse las documentadas y excelentes reflexiones de **Guillermo Ospina Fernández** y **Eduardo Ospina Acosta**, *Teoría general de los actos o negocios jurídicos*, Editorial Temis, Bogotá, 1980, págs. 332-343; para el derecho italiano, **Vincenzo Mariconda**, *Delle obbligazioni e dei contratti*. *Commentario*, Ipsoa, sin lugar de edición, 1984, págs. 346-351.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-04 15:17:33.

claro pronunciamiento de las partes en el contrato, por las consecuencias que acarrea el silencio sobre el título jurídico de las aportaciones de bienes, que en tal supuesto se presumen, *iuris tantum*, entregados en propiedad al asociante, a menos que la traslación requiera, por la naturaleza de los bienes, alguna formalidad especial (art. 257, *LGSM*), como ocurre con los bienes raíces y los derechos reales que sobre ellos se constituyan (arts. 3007, 3009, 3010 y 3011, *C.Civ.*), con las patentes (arts. 62, 63 y 64, *LPI*), las marcas (arts. 136 y 137, *LPI*), las denominaciones de origen (arts. 174 y 175, *LPI*), los nombres comerciales (art. 112, *LPI*) y los derechos de autor (arts. 163-V y 168, *LFDA*), pues en tales casos la transmisión de propiedad precisa de la inscripción en el registro correspondiente.

De esta suerte, si el asociado desea reservarse la propiedad de bienes muebles no sujetos a inscripción en algún registro público, es necesario que así se consigne en el contrato, y que el mismo se inscriba en el Registro Público de Comercio que corresponda al lugar en el que ejerce el comercio el asociante.

Importa, no obstante todo lo anterior, dejar sentado que aquí, como ocurre con los demás actos jurídicos, la buena o la mala fe desempeña un muy importante papel en razón de que, si se demuestra "que el tercero tenía o debía tener conocimiento de ella" (la cláusula sobre reserva de propiedad), dicho tercero no podrá aducir la falta de inscripción; luego, por lo que a él se refiere, y para todos los efectos consiguientes, el asociado deberá seguirse considerando propietario de los bienes aportados (art. 257, *LGSM*).

25.8 Actuación del asociante

Breve y escuetamente, el art. 256 dispone que el asociante obra en nombre propio, sin que se establezca, con motivo de nuestro contrato, relación jurídica alguna entre los asociados y los terceros. Derivan, de ello, importantes consecuencias:

1. El patrimonio formado por los bienes y derechos aportados con motivo de la asociación en participación se confunde con el del asociante.
2. El asociante responde, del cumplimiento de las obligaciones que asuma con motivo de la asociación en participación, con todo su patrimonio; además, de las obligaciones extrañas a la asociación en participación responde con los bienes y derechos aportados con motivo de la misma (art. 2964, *C.Civ.*).
3. Nada impide que el asociante actúe, mediante mandato o comisión, por medio del asociado,[19] el que incluso puede desempeñar el carácter de factor; ello por razón de que, conforme a las reglas generales de las indicadas figuras jurídicas, cuando el mandatario, el comisionista o el factor actúa en nombre del mandante, del comitente o del principal, no se establece nexo jurídico alguno entre aquellos y los terceros (arts. 2546 y 2560, *C.Civ.*; 273, 283, 285, 309, 313 y 315, *C.Com.*).
4. La legitimación procesal activa y pasiva, en caso de juicio en el que versen operaciones, bienes o derechos relacionados con la asociación en participación, corresponde exclusivamente al asociante.

[19] Conforme, **Roberto L. Mantilla Molina**, *Derecho…*, *cit.*, pág. 190.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-04 15:17:33.

5. Los límites y las restricciones que internamente se impongan a la actuación del asociante no pueden, a mi juicio, surtir efectos frente a terceros, *aunque se inscriban en el Registro de Comercio*, por dos razones:

   a) Si el precepto legal en comentario dispone que el asociante obra en *nombre propio*, cualquier limitante a su actuación implicaría un mentís a tal disposición, pues resultaría que su desempeño es el de un mero comisionista o mandatario del asociado —no de la asociación en participación, que carece de personalidad jurídica—, y la mejor prueba de ello sería la limitación impuesta para actuar.
   b) Como ya se vio (núm. 21.5), nuestro contrato no está sujeto a registro (art. 254, *LGSM*); luego, no puede exigirse a los terceros la vigilante precaución indagatoria de un registro no exigido legalmente. Por el contrario, las restricciones de que se trata surten, *entre los otorgantes*, plenos efectos; así, la prohibición de realizar operaciones por encima de cierto monto; la obligación de acudir, en forma exclusiva, a determinadas fuentes de aprovisionamiento de materias primas; el compromiso de ajustarse a ciertos precios y condiciones de compra o de venta, etc., pueden configurar cláusulas del contrato de asociación en participación cuyo incumplimiento por parte del asociante dará lugar a las responsabilidades respectivas y demás consecuencias que se estipulen, pero en modo alguno pueden afectar las relaciones que, en infracción de tales cláusulas, se establezcan entre el asociante y los terceros.

Por manera que, en punto a la operación de la asociación en participación, el derecho comparado ofrece ciertas manifestaciones no carentes de interés, a continuación ofrezco un sucinto panorama selectivo.

El *C.Civ*. italiano (arts. 2551 y 2552) se mantiene dentro de la corriente considerada como clásica: al igual que nuestra ley, proclama que los terceros adquieren derechos y asumen obligaciones sólo frente al asociante, al cual corresponde la gestión de la empresa o del negocio.

En cambio, la *Ley de Sociedades Mercantiles* francesa de 24 de julio de 1966 (art. 421), permite que tanto el asociante como los asociados actúen frente a terceros, si bien se obligan y asumen derechos en lo personal aun en caso de que revelen el nombre de los otros participantes, salvo que lo hagan con el consentimiento de éstos.

Por su parte, el *C.Com.* español dispone (arts. 241 y 242) que en las operaciones que se realicen con motivo de nuestro contrato —conocido en dicho Código y en la doctrina española como *cuentas en participación*— sólo puede usarse el *crédito directo* del comerciante gestor, único facultado para actuar en su propio nombre y "bajo su responsabilidad individual"; de ahí que los terceros sólo tienen acción contra él.

El legislador colombiano, tras de calificar a las partes de *gestor* y de *partícipes inactivos*, dispone que el primero "será reputado único dueño del negocio en las relaciones externas de la participación", y por ello los terceros sólo tienen acción contra él; empero, cuando los partícipes inactivos revelen o autoricen que se conozca su calidad, asumirán responsabilidad solidaria con el gestor (arts. 510 y 511, *C.Com*. de Colombia).

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-04 15:17:33.

25.9 Disolución y liquidación

En este capítulo deberá estarse, como es lógico, a las estipulaciones contractuales; ahora bien, el silencio parcial o total de las partes sobre el particular conduce, por disposición del art. 259 de la *LGSM*, a que la disolución y liquidación se operen por aplicación de las reglas previstas por el mismo estatuto legal para las sociedades en nombre colectivo.

Sin embargo, es de recordar:

a) Que en dichas sociedades puede operar también la *rescisión* del contrato social respecto de uno o más socios, que *stricto sensu* es una disolución parcial, cuando se dé alguna de las causales previstas en los arts. 34, 38 y 50 de la *LGSM*.
b) Que dicha Ley no prevé casos específicos de disolución y liquidación de estas sociedades, por lo que le son aplicables los supuestos previstos para todas las sociedades en el art. 229, de los cuales sólo operan en la asociación en participación los consignados en las fracs. I —expiración del término fijado en el contrato—, II —imposibilidad de seguir realizando el objeto principal o consumación del mismo— y III —acuerdo de los socios.

Paréceme, en cambio, que los apuntados casos de rescisión no son supletoriamente aplicables al contrato de asociación en participación, por razón de que todos ellos parten del supuesto de operación de la sociedad en cuanto persona con existencia autónoma, dotada de un patrimonio propio, lo que, como es harto sabido, no ocurre en nuestro contrato, cuya rescisión ha de operar por las causas en él previstas, así como en las predispuestas por la legislación común, en concreto por el *C.Civ*., según opinión expresada en el núm. 1.2 de este libro.

25.10 Asociación en participación con inversión extranjera

En el caso de que el asociante explote una negociación mercantil, el contrato que nos ocupa da lugar a la constitución de una empresa que, sin duda alguna, está sujeta a las disposiciones de la *LIE*, sin que importe que tal empresa sea temporal o de duración indefinida, cuando cualquiera de las aportaciones tenga el carácter de inversión extranjera o cuando el asociante sea extranjero (art. 2o.-II, *LIE*).

25.11 Características

Todo lo expuesto permite resumir las características de nuestro contrato:

- consensual
- típico
- nominado
- momentáneo o de tracto sucesivo
- bilateral
- oneroso
- aleatorio.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-04 15:17:33.

CAPÍTULO 26

El tiempo compartido

26.1 Antecedentes e importancia actual

Según opinión generalizada, este contrato, por esencia turístico, apareció en las playas del sur de Europa, principalmente las españolas, como una modalidad del contrato de hospedaje, que en este caso compromete a ambas partes a conceder y disponer, respectivamente, del uso de una habitación, durante el período de vigencia del contrato, y durante los lapsos periódicos previamente establecidos.

Abundan, empero, opiniones en el sentido de que este fenómeno jurídico surgió en Francia, concretamente en la estación invernal de Super Dévoluy, en 1965, ante la desalentadora rentabilidad que venía mostrando la tradicional venta de los apartamientos.[1]

Semejante mecanismo fue prontamente imitado en otros países, a tal punto que no resulta aventurada la afirmación en el sentido de que actualmente se opera en todo el mundo, naturalmente con mejor éxito en los países del llamado turismo puro, esto es, el meramente vacacional.

Este mecanismo ha incursionado aun en el turismo marítimo, pues operan ya empresas que permiten el uso temporal de yates, en la misma forma en que se opera a propósito de inmuebles.

---

[1] **Pedro A. Munar Bernat**, *Presente y futuro de la multipropiedad*, Editorial Tecnos, Madrid, 1992, pág. 34.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-04 15:17:33.

Por manera que es ampliamente conocida, poco es lo que hace falta decir sobre su importancia actual.

Con referencia a México, según información recabada periodísticamente, en la actualidad existen poco más de trescientos desarrollos de tiempo compartido, principalmente, como es de suponerse, en los puertos de mayor afluencia turística, encabezados por Puerto Vallarta y seguidos muy de cerca por Cancún, Acapulco, Mazatlán, Los Cabos, Ixtapa, Manzanillo, Cozumel, Huatulco y otros de menor importancia. En cuanto a las unidades de tiempo compartido, son aproximadamente treinta mil, todo lo cual ubica a nuestro país entre los de mayor importancia comercial en este aspecto.

Es verdad que esta hoy creciente actividad turística ha vivido en nuestro país etapas críticas y aun de desprestigio, que prontamente dieron lugar a la intervención de las autoridades competentes, de modo principal, las turísticas y, como es de suponerse, la PROFECO, que incluso llegó a denunciar públicamente la irregular conducta de empresas de tiempo compartido y a invitar a los afectados o posibles afectados para que acudieran a su Delegación más cercana, e incluso telefónicamente, para denunciar cualquier tipo de irregularidad. No es de extrañar, por tanto, que en su momento, al distinguir cuatro etapas en la vida de este contrato dentro de nuestro país, **Othón Pérez Fernández del Castillo**[2] afirmara que la segunda etapa se caracterizó por el absoluto desprestigio de esta industria, mostrado con el alud de quejas que se presentaron ante la citada PROFECO, así como ante la Secretaría de Turismo, pero también ante la Secretaría de Relaciones Exteriores. El mismo autor escribe que, en cambio, las dos últimas etapas de esta figura jurídica muestran el lado positivo de la misma, a grado tal que, como en el resto del mundo, los desarrolladores de la misma operan con mecanismos un tanto complejos, a los que más adelante se hará referencia.

26.2 Concepto y terminología

26.2.1 Concepto

Son numerosos los conceptos, algunos de ellos pretendidamente definitorios, que se han vertido sobre este contrato, no pocos influidos por su concepción como creador o no de un derecho real —tema que igualmente se abordará más adelante—. Así, nuestra *LFPC* lo define de la siguiente manera:

> … independientemente del nombre o de la forma que se dé al acto jurídico correspondiente, consiste en poner a disposición de una persona o grupo de personas, el uso, goce y demás derechos que se convengan sobre un bien o parte del mismo, en una unidad variable dentro de una clase determinada, por períodos previamente convenidos, mediante el pago de alguna cantidad, sin que, en el caso de inmuebles, se transmita el dominio de éstos (art. 64).

Definición tal, como fácilmente se aprecia, revela una postura contraria a la concepción del derecho como propiedad, propugnado por algunos tratadistas, como el ya

[2] "Tiempo compartido", en *Anales de jurisprudencia*, Tribunal Superior de Justicia del D.F., México, s/f, págs. 265-266.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-04 15:17:33.

citado **Munar Bernat**,[3] el que, tras de proclamar que de ordinario actúan, respecto del bien afecto al contrato, varios partícipes en *pro indiviso*, expresa lo siguiente:

> Se trata de un derecho de propiedad con una característica especial: no recae su titularidad en una sola posición jurídica —aunque sí puede estar en manos de un solo sujeto que ostente todas las cuotas, bien porque todavía no las ha empezado a comercializar, bien porque las ha adquirido todas—, sino que se produce una situación de comunidad del derecho de propiedad: los multipropietarios son copropietarios de la vivienda.

Por su parte, la NOM-029-SCFI-2010, expedida por la Secretaría de Economía y publicada en el *DOF* 17-may-2010, en vigor sesenta días naturales después de tal fecha, lo define, en su párrafo 3.14, de la siguiente manera:

> … todo acto jurídico consistente en poner a disposición de una persona o grupo de personas, el uso, goce y demás derechos que se convengan sobre un bien o parte del mismo, en una unidad variable dentro de una clase determinada, por períodos previamente convenidos mediante el pago de alguna cantidad, sin que, en el caso de inmuebles, se transmita el dominio de éstos.

Importa precisar también que en los modelos de contratos autorizados por la PROFECO se establece que la empresa cede al usuario un derecho personal de uso, a cambio del cual dicho usuario se obliga a pagar el precio convenido, en los términos y condiciones establecidos en los contratos respectivos. Más adelante se abordará el punto respectivo a la naturaleza jurídica de los derechos que corresponden al usuario.

26.2.2 Terminología

Por lo que se refiere a la terminología que emplean, así las legislaciones como los doctrinarios, muestra una gran diversidad, tal vez por razón de que, como desde ahora se apunta, no existe un criterio uniforme en cuanto a la calificación de los derechos que asisten al tiempo compartidario.

Así, mientras la expresión *tiempo compartido*, tomada del inglés *time sharing,* parece ser mayoritariamente la empleada,[4] no faltan quienes consideren que se trata de una multipropiedad, como el también citado **Munar Bernat**, en su obra igualmente mencionada.

En cuanto a la legislación mexicana, específicamente en el ya citado art. 64 de la *LFPC*, así como en la referida NOM, si bien se emplea la expresión mayoritaria, se precisa que el derecho conferido al consumidor es el de uso, goce y demás derechos relacionados.

---

[3] *Op. cit.*, pág. 149.

[4] **Carlos Alberto Ghersi**, *Contratos civiles y comerciales*, t. II, 2a. ed., Astrea, Buenos Aires, 1992, y **María Isabel di Filippo**, *Tiempo compartido. Un condominio especial*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1987.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-04 15:17:33.

26.3 Naturaleza jurídica

Aquí también difieren las opiniones tendientes a precisar la naturaleza jurídica de los derechos conferidos al usuario, pues en tanto que algunos tratadistas extranjeros como **Munar Bernat**,[5] se limitan a proclamar que se trata de un mero derecho real, aunque sin precisar en cuál de sus variantes, y rechazan el carácter personal del derecho, otros[6] lo ubican como personal. Por su parte, **Di Filippo**[7] se muestra particularmente dubitativa, pues, tras de rechazar que se trate de una multipropiedad, apunta que en realidad configura un "condominio afectado a disfrute periódico y alternativo, con indivisión forzosa perpetua", sin que importe el uso de los vocablos tiempo compartido; ello no es óbice para que se incline también por considerar que, en algunos casos, "se plantearán relaciones jurídicas patrimoniales de contenido obligacional, verdaderos créditos, derechos personales, que aunque acaballados al derecho real, no lo integran y no forman parte de su estructura. Es así que llegamos a la conclusión de que el intercambio vacacional en el sistema de tiempo compartido no es un derecho real, y nunca podría serlo, pues está constituido en su mayor parte por obligaciones de hacer".

Por contra, el panorama legal mexicano es de suyo oscuro: "La prestación del servicio de tiempo compartido, independientemente del nombre o de la forma que se dé al acto jurídico correspondiente, consiste en poner a disposición de una persona o grupo de personas, el uso, goce y demás derechos que se convengan sobre un bien o parte del mismo,... sin que, en el caso de inmuebles, se transmita el dominio de éstos" (art. 64, *LFPC*). "La venta o preventa de un servicio de tiempo compartido sólo podrá iniciarse cuando el contrato respectivo... especifique... III. Determinación clara de los derechos de uso y goce de bienes que tendrán los compradores..." (art. 65-III, *LFPC*). Ahora bien, el derecho de uso y el de habitación, por el lugar que ocupan en los códigos civiles mexicanos, en este caso el *CCF* (arts. 1049 y 1050), constituyen verdaderos derechos reales, muy a pesar de que los preceptos que los definen no lo proclaman así.

Ahora bien, la verdad es que ambas posturas, la realista y la personalista, ofrecen perfiles propios de este contrato.

En efecto, mientras que por una parte el derecho del usuario es personal frente a la persona física o moral propietaria o desarrolladora del bien, por la otra a dicho usuario asisten, como se ha expresado, los derechos de uso, habitación y ocupación, que puede hacer valer frente a cualquier tercero —*erga omnes*—, por manera que de ningún modo puede considerarse como un despropósito la posibilidad de que se esté aquí en presencia de un derecho híbrido.

Y tal vez una buena demostración de lo anterior está en lo dicho por **José de Jesús López Monroy**:[8]

> Los derechos reales están específicamente precisados en la legislación y por esta razón se dice que son de número limitado: propiedad, usufructo, servidumbre, *uso y habitación*...

---

[5] *Op. cit.,* págs. 29-32, 76-77, 79 y 93.

[6] **Ghersi**, *op. cit.,* pág. 283. Este autor rechaza enfáticamente la posibilidad de que se constituyan derechos reales sobre el inmueble.

[7] *Op. cit.*, págs. 179-200.

[8] *Voz*: Derechos Reales y Derechos Personales, en *Diccionario jurídico mexicano,* D-H, 2a. ed., Editorial Porrúa-UNAM, México, 1987, págs. 1067-1068.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-04 15:17:33.

El mismo autor transcribe palabras de **García Máynez**, quien define el derecho personal o de crédito como "la facultad que una persona, llamada acreedor, tiene de exigir de otra, llamada deudor, un hecho, una abstención o la entrega de una cosa".

De esta suerte, no es posible negar que por virtud del contrato que aquí se examina, el usuario tiene a su alcance derechos de las dos naturalezas.

26.4 Mercantilidad y civilidad

Parece que no hace falta extenderse en razones por las que deben calificarse de mercantiles las empresas desarrolladoras de actividades en materia de tiempo compartido, pues no solamente están constituidas por los elementos materiales e inmateriales propios de toda negociación comercial, sino que tampoco requiere demostración el hecho de que actúan con fines predominantemente lucrativos, esto es, hacen del comercio su ocupación ordinaria, y de ese modo se surten los efectos del art. 3o. del *C.Com.*

Pero además, se trata, sin duda de ningún género, de las empresas de turismo, previstas en la frac. VIII del art. 75 del propio ordenamiento comercial.

Sin embargo, lo anterior no excluye la posibilidad, remota si se quiere, de que una persona, física o moral, destine ocasionalmente un bien inmueble a su aprovechamiento temporal por parte de terceros, mediante cierta remuneración. De ser así, ni el propietario podría merecer el calificativo de comerciante, ni el acto o actos de aprovechamiento pecuniario del inmueble configurarían actos de comercio, dado que no se realizarían de modo masivo, como parte de una especulación comercial. En el mismo supuesto, se trataría de un contrato civil, y por ello nada tiene de extraña la circunstancia de que lo regulen los códigos civiles de algunas entidades federativas del país.

26.5 Régimen legal

A pesar de que, como queda dicho, este contrato se desenvuelve primordialmente en el mundo turístico, la preocupación estatal de proteger al consumidor de proveedores habituales, marcó el cambio legal de rumbo del contrato, de tal manera que su regulación fundamental no aparece en la *Ley General de Turismo*, que se limita a prescribir que los contratos de servicios turísticos, como es el caso del que aquí se examina, deben regirse por las estipulaciones de las partes, con observancia de la propia Ley y de la *Ley Federal de Protección al Consumidor* (art. 53, *LGT*); y que corresponde a la Secretaría de Turismo la expedición de las Normas Oficiales Mexicanas relacionadas con la prestación de los servicios turísticos (art. 56), sin perjuicio de las obligaciones que se impongan por otras autoridades a los prestadores de servicios turísticos (art. 54, *LGT*).

En efecto, este contrato ha pasado a formar parte de la regulación protectora del consumidor, y así resulta, con toda claridad, de lo previsto por los arts. 64 y 65 de la *Ley Federal de Protección al Consumidor*, como del contenido de la ya citada NOM-029-SCFI-2010, Prácticas Comerciales.- Requisitos Informativos para la Prestación del Servicio de Tiempo Compartido.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-04 15:17:33.

Ambos cuerpos legales se examinarán más adelante. Empero, conviene tener presente que ninguno de ellos sería aplicable al contrato civil de tiempo compartido, el que, por tanto, se regiría por la respectiva legislación civil y por las estipulaciones adoptadas contractualmente.

26.6 Deberes precontractuales del prestador

Como es frecuente en la regulación de las operaciones entre proveedores habituales y consumidores, operan aquí ciertas exigencias precontractuales a cargo del operador. A continuación se mencionarán algunas de las más importantes:

- Ante todo, la de informar al interesado sobre el precio de contado del servicio respectivo, el monto de los cargos, el número de pagos a realizar, su periodicidad, el derecho de amortizar anticipadamente el crédito, con la consiguiente reducción de intereses.
- En su caso, el monto de posibles descuentos o bonificaciones para el supuesto de pago de contado.
- El importe total de la operación, el número y monto de los pagos parciales, así como el de los intereses, comisiones y cargos respectivos (art. 66, *LFPC*).

Pero además, la venta o preventa del servicio de tiempo compartido debe ir precedida por el registro del contrato respectivo ante la PROFECO, en el que deberán especificarse:

- El nombre y domicilio del proveedor.
- El lugar e inmueble en el que se prestará el servicio.
- La determinación de los derechos de uso y goce, con mención de los lapsos correspondientes.
- El costo del mantenimiento para el primer año y el mecanismo al que se ajustarán las futuras alteraciones en dicho costo.
- En su caso, las opciones de intercambio con otros prestadores del mismo servicio y la mención de los costos adicionales de tales intercambios.
- Las fianzas y garantías que se otorgarán a favor del consumidor.
- Cuando el servicio se preste en el extranjero, la comercialización podrá efectuarse en la República Mexicana únicamente en caso de que las personas físicas o morales que comercialicen tal servicio sean sujetos de comercio en México, conforme a las leyes aplicables, y que se hayan constituido en lo general y en lo especial en materia de tiempo compartido o club vacacional, de conformidad con las leyes de su país de origen; en caso de ser omisas, dichas personas deberán acreditar fehacientemente que su representada es la dueña del inmueble y la autorización otorgada a este último para ser destinado a la comercialización de tiempo compartido (art. 65, *LFPC*). Además, deberá observarse lo que prevé el inc. 10 de la mencionada NOM-029-SCFI-2010.

Por otra parte, para que la operación de que se trata sea operada, directamente o a través de una comercializadora, también debe informarse con antelación a la

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-04 15:17:33.

PROFECO sobre la fecha de inicio de las operaciones, con indicación del lugar o lugares en los que se ofrece la prestación del servicio. Si se trata de personas morales, deberá exhibirse copia certificada de la escritura constitutiva.

Finalmente, el registro de estos contratos ante la PROFECO sólo procederá si se satisfacen los siguientes requisitos, todos ellos previstos en el inc. 5 de la mencionada NOM-029-SCFI-2010.

- Estar redactados en idioma español, sin perjuicio de emplear otro idioma, siempre que se compruebe que se trata de una fiel traducción del registrado en español, hecha por perito oficial y con la indicación de que, en caso de discrepancia, prevalecerá el texto en español.
- Presentación de los comprobantes previstos por el inc. 5 de la NOM, antes mencionados.
- Exhibición de la constancia en el sentido de que se satisfacen las respectivas legislaciones locales en lo que hace a la inscripción y disponibilidad registral del bien respectivo.
- Presentación de copia simple de la póliza de seguro con la que se cubran los daños que sufran los bienes muebles e inmuebles afectos al servicio de que se trata, así como los daños físicos que se causen a los usuarios con motivo de la ocupación de los bienes.
- Relación de los cobros y conceptos que se harán a los usuarios, incluidos, en su caso, los costos de suscripción o membresía.
- En su caso, licencia de construcción del inmueble respectivo, incluidos los comprobantes de las garantías otorgadas por los constructores.
- En su caso, copia de la póliza de seguro con la que se cubran los daños para el supuesto de reconstrucción, remodelación, ampliación o reparación del local.
- Indicación del nombre y domicilio del proveedor, dentro del país, su número en el Registro Federal de Contribuyentes, el lugar en el que se prestará el servicio, el nombre y domicilio del usuario y de las demás circunstancias previstas en el inc. 5, antes mencionadas.
- En el caso de contratos celebrados en moneda extranjera, la estipulación sobre que el usuario podrá pagar en moneda nacional, conforme al tipo de cambio que rija el día de pago.
- La estipulación en el sentido de que el usuario puede cancelar el contrato, sin menoscabo de los pagos efectuados, dentro del plazo que se estipule, no menor al de cinco días hábiles, contados a partir del siguiente al de la firma, en la inteligencia de que la inversión inicial deberá devolverse, como máximo, dentro de los quince días hábiles siguientes a la fecha de cancelación del contrato.
- También deberá mencionarse la existencia del Reglamento Interno, en el que se contendrán las reglas de operación del contrato; un ejemplar de dicho reglamento deberá acompañarse al contrato.

26.7 Derechos, deberes y obligaciones de las partes

Con independencia de lo antes expuesto, a continuación se hará referencia al contenido de los modelos de contratos aprobados por la PROFECO, que, además, coinciden

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-04 15:17:33.

con las opiniones doctrinales, entre ellas la del ya citado **Ghersi**.[9] Naturalmente, sólo se hará referencia a los aspectos más importantes como:

Derechos del usuario:

- Sobre la base de reciprocidad y con arreglo a la temporada, así como a la unidad contratada, el de utilizar, en intercambio interno, otra unidad similar o equivalente a la contratada.
- El de ocupar el local durante el plazo convenido y en la época estipulada, con arreglo al horario de entrada y salida que se convenga.
- En caso de omisión por parte de la empresa, el de que se le suministre instalación en algún establecimiento del mismo lugar, de caracteres similares y sin costo alguno, salvo la cuota de mantenimiento.

Derechos de la empresa:

- El de disponer del bien durante los días comprendidos en la semana cincuenta y tres del año en que la misma exista.
- El de reclasificar las temporadas cuando las autoridades educativas correspondientes modifiquen la temporada de vacaciones escolares, comprendidas entre julio y agosto de cada año.
- El de promover la celebración de actos y la prestación de servicios con costo adicional, en cualquiera de las áreas del inmueble, sin afectar las condiciones normales del servicio, y siempre que oportunamente se informe de ello a los usuarios.
- El de que se le informe previamente sobre la cesión del contrato que haga el usuario, por lo menos con treinta días naturales de anticipación.

Deberes del usuario:

- El de constituir un depósito en efectivo, al iniciar la ocupación del local, por el equivalente a una cuota anual de mantenimiento, que le será devuelto al momento de la desocupación, deducido, en su caso, algún faltante o daño por uso anormal de la unidad, previa la comprobación respectiva.

Deberes de la empresa:

- Más allá de lo que se estipula en los contratos, la NOM (inc. 6) dispone que los prestadores de estos servicios deben adoptar un sistema de reservaciones que responda a las necesidades y requerimientos de los usuarios, ajustado a la anticipada demanda, con arreglo a la capacidad de ocupación de los locales, su tipo o clase y temporada.

[9] *Op. cit.*, pág. 286.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-04 15:17:33.

Obligaciones del usuario:

De modo unánime, los tratadistas consignan, como más importante obligación del usuario, la de pagar puntualmente los conceptos patrimoniales a su cargo.[10]

Por lo que se refiere a los modelos de contratos aprobados por la PROFECO, suelen consignar las siguientes obligaciones:

- Pagar periódicamente, de ordinario en forma anual, la cuota de mantenimiento, que se actualizará anualmente, con arreglo al índice de inflación emitido por el Banco de México, en la inteligencia de que el impago causa intereses moratorios, pero además se faculta a la empresa para suspender los servicios en tanto no se cubra el importe total de la cuota.
- Naturalmente, también se suele adoptar el mecanismo de pago de las sumas correspondientes al derecho de ocupación del bien, a cuyo efecto suele entregarse al usuario un bloque de formas de pago para su empleo periódico; como en el caso anterior, el usuario queda obligado a pagar, en caso de incumplimiento oportuno, intereses moratorios a la tasa contractualmente estipulada; pero además el incumplimiento da lugar, en este caso, a la rescisión o al derecho del proveedor de exigir el pago forzoso.

Obligaciones de la empresa:

El proveedor o prestador intermediario, según sea el caso, antes de iniciar operaciones, deberá acreditar ante la PROFECO que se han constituido los instrumentos a que hace referencia el ya citado art. 656-VI de la Ley y cuya vigencia o sus respectivas renovaciones deberán ser iguales al tiempo que estén obligados a a prestar el servicio, para respaldar el cumplimiento de sus obligaciones.

El prestador intermediario deberá exhibir ante PROFECO el documento, debidamente inscrito en el Registro Público de la Propiedad correspondiente al lugar en que se encuentre el establecimiento, en el que se haga constar la afectación del mismo a la prestación del servicio de tiempo compartido, efectuada mediante alguno de los mecanismos establecidos en el punto 5.2.1.1 por parte de su propietario legítimo, así como la aceptación de dicho propietario de obligarse solidariamente con el prestador intermediario para que en caso de incumplimiento de éste, el propietario legítimo otorgue los servicios a los consumidores en los mismos términos y condiciones pactados en el contrato firmado entre el consumidor y el prestador intermediario (inc. 10.1).

Deberá registrar el contrato de adhesión ante PROFECO, con la documentación que se menciona en el mismo proyecto de NOM y, cuando opere en preventa, la documentación relacionada con el proyecto de construcción, reconstrucción, ampliación o reparación, y la póliza de seguro contra daños y siniestros totales o parciales de los bienes muebles o inmuebles, destinados al servicio de tiempo compartido (inc. 10.7).

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

[10] **Ghersi**, *op. cit.*, pág. 286.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-04 15:17:33.

26.8 Procedimiento en caso de queja

Aquí es doble la razón por la cual el usuario tiene a su alcance, el procedimiento ante la PROFECO, en cualquier caso de queja o reclamación. En efecto, así lo disponen los arts. 53 de la *LGT* y 20 de la *LFPC*, incluida la posibilidad, en caso de que el usuario resida en el extranjero, de acudir a la PROFECO mediante correo certificado y de agotar por ese medio el procedimiento de conciliación o de arbitraje que convengan las partes.

Por último, y siempre en el supuesto de usuario residente en el extranjero, de que el mismo presente su queja o reclamación en su lugar de residencia, por conducto de la representación de la Secretaría de Turismo.

26.9 Terminación del contrato

Aunque casi resulta ociosa la afirmación en el sentido de que, al concluir el plazo previsto, el contrato de tiempo compartido dejará de surtir sus efectos, es posible que ambas partes convengan en prorrogarlo, o bien en la celebración de uno nuevo.

Ahora bien, puesto que el proveedor del servicio ha venido asumiendo el carácter de nudo propietario del bien, le es dado modificar el destino del mismo una vez que hayan concluido todos los contratos afectos al mismo. En tal caso:

- Debe notificar a la Secretaría de Turismo y a la PROFECO la intención de desafectar el establecimiento, así como solicitar la autorización de esta última para llevar a cabo su propósito; una vez obtenida, la desafectación surtirá efecto un año después de la fecha en la que haya formulado la solicitud de cancelación ante el Registro Público que corresponda.
- Obtenida la autorización para desafectar, el prestador deberá publicar cada treinta días, durante tres meses y en dos de los diarios de mayor circulación nacional, así como en uno de la localidad a la que corresponda la ubicación del establecimiento, el aviso de desafectación; el mismo prestador deberá mantener en vigor, durante un año, una póliza de fianza, con importe de diez por ciento del valor del inmueble, para garantizar posibles derechos de los usuarios.
- Ahora bien, como antes se dijo, el usuario debe disponer de un plazo dentro del cual puede cancelar el servicio, sin que sufra menoscabo en los pagos efectuados, si bien dicho plazo no puede ser inferior a cinco días hábiles contados a partir del día hábil siguiente al de la firma del contrato, en la inteligencia de que la devolución de la inversión total debe hacerse, como máximo, dentro de los quince días hábiles siguientes a la fecha de cancelación del contrato. Por supuesto, la cancelación debe hacerse por escrito en el lugar en que se haya realizado la operación, o en el domicilio del proveedor o del prestador intermediario, o del representante de la empresa que el proveedor o el prestador intermediario señale en el contrato, o bien a través de correo registrado, o por los medios establecidos en la Ley (inc. 5.5.14 de la NOM).
- Por último, el contrato terminará también por rescisión, en cualquiera de los casos de incumplimiento antes referidos.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-04 15:17:33.

CAPÍTULO 27

La concesión

27.1 Contenido del contrato

Henos aquí, de nuevo, ante un contrato de reciente factura, y por ello es explicable la carencia de normas legales que lo regulen. Antes de explicar su mecanismo, necesario parece exponer su contenido, a grandes rasgos, a cuenta de lo cual debe decirse que "La doctrina ha puesto de relieve que el origen de esta figura jurídica, creada por la práctica mercantil, es poco conocido y está mal delimitado. El término *concesión* se toma del Derecho Público...".[1]

En su incesante búsqueda de mercado, los comerciantes discurren continuamente diversos arbitrios, eficaces unos, desafortunados otros, pero casi todos impregnados de ingenio, no siempre de fácil captación; tarea del legislador y de la autoridad es la de poner coto a aquellos mecanismos que desborden el cauce de la ética comercial o que afecten desfavorablemente la economía nacional o los intereses de los consumidores.

Uno, entre tantos, de los instrumentos para fomentar el mercado, es el que permite al productor o fabricante vender su mercadería a un distribuidor, a quien fija taxativas de reventa en cuanto a precio, condiciones, territorio, publicidad, presentación del local y otras, sin correr riesgo económico alguno, pues, como queda dicho, cobra el precio

[1] **Teresa Puente Muñoz**, *El contrato de concesión mercantil*, Montecorvo, Madrid, 1976, pág. 17.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-04 15:17:33.

de la mercancía vendida y, en cambio, los gastos de reventa quedan a cargo del comprador-vendedor el que, además de ver coartada su libertad de operar frente al consumidor, suele tener prohibida la venta de otros artículos y aun la del mismo artículo elaborado por otros productores, pues nuestro contrato es, con frecuencia, de *concesión exclusiva.*

Y es por ello que este contrato ha merecido el nombre de *concesión*: el fabricante, de modo directo o por medio de una empresa comercializadora, *concede* al comprador el *derecho* de revender sus productos, con ciertas condiciones; *concedente* y *concesionario* son, pues, los términos adecuados para referirse a las partes en nuestro contrato.

Es fácil advertir la existencia de algunos aspectos de dudosa constitucionalidad, en orden a la prohibición de pactos que limiten la libre concurrencia (art. 28, *CPEUM*), que más adelante se examinarán.

No debe perderse de vista que concedente y concesionario desempeñan, en un primer acto, el papel de vendedor y comprador, respectivamente, tales como en cualquiera otra compraventa; pero el presente drama contractual ofrece un segundo acto, en el que, sin aparecer físicamente el vendedor, su presencia *jurídica* se hace notar en todo momento, puesto que el papel del concesionario es el de un mero ejecutor de una serie de estipulaciones que limitan su libertad jurídica y económica.

Y es en este punto donde cabe justificar el examen del contrato de concesión en este capítulo.

Se trata, pues, de uno más de los llamados *contratos de distribución*, que igualmente conduce, como en el caso de la franquicia que más adelante se examinará, al fenómeno conocido como *concentración de empresas*, advertido por **Champaud**.[2]

27.2 Carácter jurídico de la concesión mercantil

Rasgado el velo de la compraventa, por demás provechoso para el concedente, aparece, pues, una serie de obligaciones a cargo del concesionario que, examinadas detenidamente, evocan cláusulas propias de ciertos contratos que ligan al comerciante con otros auxiliares que *también fomentan sus operaciones,* a saber: el comisionista y el agente mercantil. En efecto:

a) El concesionario debe actuar, como puede hacerlo el comisionista, en nombre propio.
b) Al igual que el agente libre, el concesionario actúa por cuenta propia.
c) Como el comisionista, el concesionario está obligado a observar, en las ventas que realice, las estipulaciones consignadas en el contrato, de modo especial en lo que se refiere a precios y condiciones.
d) El concesionario dispone, como el agente, de un local, recursos y auxiliares propios e independientes de los del concedente.

He ahí las razones para incluir nuestro contrato en este capítulo, que pueden resumirse en una, ahora comprensible: sus semejanzas con el de agencia. Semejanzas que,

[2] *Le pouvoir de concentration de la societé par actions*, Sirey, Paris, 1962, págs. 195 y siguientes.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-04 15:17:33.

por supuesto, no significan identidad de naturaleza, pues existen, por el contrario, graves diferencias entre ambos contratos y, si bien las mismas sólo son notables en la primera fase del que ahora se examina, bastan para marcarle un sino jurídico diverso.

En otras palabras: los puntos de contacto entre la agencia y la concesión se presentan en la segunda fase de esta última, o sea, a partir del momento en que el concesionario, dueño ya de la mercancía, se dispone a venderla.

Y tales semejanzas de actuación se presentan sólo respecto de aquellos agentes, como los de valores, que operan con el dinero y los valores de sus clientes como si fueran propios.

Pues bien, ¿cuál es la naturaleza jurídica de nuestro contrato?; ¿propia?, ¿ajena?, ¿mixta?

Habida cuenta de sus dos fases, así como de la posición de las partes, pero especialmente de que se trata de un solo contrato, esto es, de un solo haz de relaciones jurídicas, ya que cualquier incumplimiento por parte del concesionario, en la segunda etapa, daría lugar a la rescisión del contrato en su totalidad, y las cosas vendidas revertirían al concedente, son varias las teorías sustentadas; como es natural, varias de ellas parten de la existencia de la compraventa, y es al calificar la situación jurídica en la segunda etapa donde divergen: compraventa con carga es, dicen algunos; con monopolio, afirman otros, según la exclusividad en la venta por parte del concedente, o en la reventa por parte del concesionario; se trata de un contrato de suministro, tercian los de más allá, pues el concedente se obliga a efectuar entregas periódicas al concesionario; es simplemente, aducen otros, una compraventa de tipo especial, ya que la única diferencia con la ordinaria está en el pacto de exclusiva, que por sí solo no la desnaturaliza; en verdad, afirman otras voces, existe un contrato mixto, formado por la compraventa y otro u otros, que pueden ser prestación de servicios —cuando una de las partes se obliga a realizar propaganda—, donación onerosa —cuando se estipula algún premio a favor del concesionario si alcanza cierto nivel de ventas—, etcétera.

Estas dos últimas opiniones, según informa **Puente Muñoz**,[3] han sido sustentadas por el Tribunal Supremo español.

No ha faltado quien encuentre que, más que compraventa, nuestro contrato es de licencia de marca, por razón de que el concesionario debe vender el producto con la que el fabricante le haya impuesto; con propósitos más de orden práctico que jurídico, se ha pretendido encuadrar la actuación de las partes como mandante y mandatario, puesto que el concesionario se limita a realizar actos jurídicos y materiales de conformidad con las estipulaciones contractuales, de ordinario en interés del concedente.

Como era de suponerse, también se le ha asimilado a la agencia mercantil, vistas las semejanzas entre el desempeño del agente y el del concesionario.

Por último, ante las dificultades que suscita su afiliación a una u otra de las formas contractuales conocidas, se ha optado por atribuirle una especial naturaleza.

Tal es la opinión de la ya citada **Puente Muñoz**, quien, tras de rechazar todo concepto unitario de la concesión, concluye que no cabe reconducir (*sic*) el contrato de concesión mercantil a ninguno de los esquemas contractuales tradicionales. El contrato de concesión mercantil es un contrato atípico.[4]

---

[3] *Op. cit.*, págs. 49-51.

[4] *Ibidem,* pág. 88.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-04 15:17:33.

He aquí mi opinión: no hay duda sobre que, en su primera etapa, la concesión requiere una compraventa para existir; ahora bien, al concesionario asiste el compromiso de cumplir una o más obligaciones *stricto sensu*, pues de otro modo surge el derecho del concedente de obtener la resolución, con todas sus consecuencias, consideraciones que llevan a la conclusión de que se trata de una unidad contractual, que no puede ser otra que la inicial compraventa, estipulada con una o varias modalidades o cargas, tantas como se impongan al concesionario adquiriente de los bienes.

Al abandonar la concepción tradicional del modo o carga como figura exclusiva de los negocios que suponen una liberalidad —como la donación y el testamento—, **Gutiérrez y González**[5] afirma que una nueva corriente proclama la posibilidad de imponerla en cualquier negocio, oneroso o gratuito, al adquiriente de un derecho; en apoyo de tal corriente invoca, por lo que al derecho mexicano se refiere, los amplios términos en que se expresa el art. 1832 del *C.Civ.*: "En los contratos civiles, cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse, sin que para la validez del contrato se requieran formalidades determinadas...".

De este modo, a mi juicio, el contrato de concesión mercantil aquí examinado es una *compraventa con una o más cargas*.

27.3 Aspectos constitucionales

No parecen del todo fuera de lugar algunas consideraciones en torno a la posibilidad de que la concesión mercantil, en cuanto impositiva de una exclusividad de venta de toda su producción, por parte del concedente, o de reventa, por parte del concesionario, quien renuncia a la posibilidad de vender productos de otra procedencia y, más aún, se compromete a vender en el precio fijado por el concedente, configuren un pacto "... que evite o tienda a evitar la libre concurrencia en la producción, industria o comercio o servicios al público "... o que, por celebrarse entre un productor y un comerciante, propenda a "... evitar la competencia entre sí y obligar a los consumidores a pagar precios exagerados..." (art. 28, *CPEUM*). Brevemente expresaré mi parecer.

El pacto de exclusiva no atenta contra la libre concurrencia, pues no se celebra con otro fabricante para convenir en la restricción recíproca de ventas, sino con un distribuidor que, en libre competencia con los de otros fabricantes, procurará, en beneficio propio, exigir óptima calidad en la mercancía y la adopción de un precio competitivo, *so pena* de verse superado en la competencia comercial; por lo demás, otros fabricantes son libres de celebrar contratos similares con otros concesionarios, en las condiciones que les convenga.

Menos aún, podría interpretarse nuestro contrato como pacto limitador de la libre competencia entre productores o entre comerciantes, pues sólo propende a evitar la competencia comercial dentro de un mismo local y por parte del mismo distribuidor; en caso de que se asigne al concesionario una exclusiva zona comercial de operación, indudablemente es con el propósito de que no incurra en autocompetencia, esto es, para evitar que arrebate clientela a otros concesionarios del mismo productor, que seguramente también reportan la prohibición correlativa.

---

[5] *Derecho de las obligaciones*, 7a. ed., Editorial Porrúa, México, 1990, págs. 390-394.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-04 15:17:33.

Por último, tampoco se trata de un acuerdo para obligar a los consumidores a pagar precios exagerados, sino para obligar al concesionario a revender en las mismas condiciones en que revenden otros concesionarios del mismo fabricante.

27.4 Características

Una vez más a manera de conclusión, he aquí los elementos característicos de nuestro contrato:

- *Innominado y atípico*: por razón de que ninguna ley lo prevé, y en la práctica se le conoce con otros nombres, e incluso llega a mencionársele precisamente como *innominado*.
- *Formal*: pues sólo de ese modo es posible determinar el número y las características de las piezas entregadas, así como el precio de venta, de reventa y los demás derechos y obligaciones de las partes.
- *Real*: ya que la obligación de revender por parte del concesionario sólo se perfecciona una vez que recibe la mercancía.
- *Bilateral*: puesto que está configurado por derechos y obligaciones recíprocos.
- *Oneroso*: por cuanto a la prestación del concedente, constituida por la mercancía entregada, corresponde la del concesionario, formada por el precio y las demás erogaciones contractuales estipuladas a su cargo, aunque no todas sean a favor del cedente.
- *Conmutativo*: puesto que los derechos y las obligaciones de ambas partes quedan perfectamente determinados en el contrato, que no pierde tal carácter por el hecho de que sus consecuencias para el concesionario sean aleatorias; por ejemplo, en lo que hace al volumen de ventas y a la utilidad neta, pues tales circunstancias no forman parte de las estipulaciones propias del contrato.
- *De tracto sucesivo*: en razón de que, como se apuntó, tanto la compraventa como las operaciones que constituyen la segunda fase forman un todo jurídico, esto es, una unidad contractual, que por mi parte califiqué de *compraventa con carga*; y es esta carga, constituida por la reventa en las condiciones pactadas y por las demás obligaciones a cargo del concesionario, la que se cumple en el curso del tiempo, con más o menos celeridad.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-04 15:17:33.

CAPÍTULO 28

La unión transitoria de empresas, alianza estratégica o *joint venture*

28.1 Antecedentes e importancia actual

No ha faltado quien se pregunte por qué adquirir en propiedad ciertos bienes, cuando en el mundo moderno se pueden tomar en arrendamiento cada vez en mayor número. Bien sabido es que numerosos bienes muebles que durante muchos años, y hasta siglos, sólo podían aprovecharse mediante la adquisición de la propiedad de ellos, en la actualidad ya se ofrecen otras formas jurídicas, como préstamos, arrendamiento y otras. Así, automóviles, vestuario, maquinaria, mobiliario para el hogar, equipos técnicos, etc., todos ellos con la posibilidad de devolverlos a sus propietarios o de conservarlos a un precio más o menos módico, a cuyo efecto el empleo de la internet viene cobrando, por tal y muchas otras razones, gran importancia como medio para conocer las ofertas e incluso para celebrar los contratos respectivos.

Pues bien, el presente capítulo se dedicará a examinar una de tantas formas de adquirir el derecho sobre un bien mueble o inmueble, sin necesidad de adquirirlo en propiedad, lo cual reporta algunas ventajas al usuario, pero también al propietario.

Uno de los mecanismos adecuado para ello es el que aquí se abordará.

Es necesario precisar, ante todo, que se está frente a un contrato que, bajo la citada expresión inglesa *joint venture*, se ha invocado como novedoso en la vida del comercio, si bien tal pretensión, así como el pomposo nombre, son fruto fatalmente sólo de una esnobista postura.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-04 15:17:33.

En efecto, **Robert W. Emerson**[1] afirma que en la práctica estadounidense de los negocios son tres los tipos básicos de organización:

1. La del empresario individual o *sole proprietorship*, en la que existe una sola persona física responsable de todas las obligaciones que asuma y titular de los derechos respectivos.
2. La *partnership,* en la que dos o más personas actúan como titulares de las obligaciones y de los derechos colectivamente asumidos, resultantes también de negocios en común.
3. La sociedad o *corporation*, que no es más que una sociedad como las previstas por nuestras leyes mercantiles: colectiva, comandita, limitada o anónima.

Cualquiera de ellas, sigue informando este autor, puede operar en todo tipo de negocios mercantiles y celebrar contratos comerciales de cualquier naturaleza, con las respectivas consecuencias en cuanto a las obligaciones, derechos y ganancias. Uno de tantos contratos que pueden celebrar dichos organismos es el de *joint venture*, mismo que el *Black's Law Dictionary*[2] define como entidad legal, con la naturaleza de una *partnership,* que se propone la realización conjunta de una o varias operaciones en provecho mutuo y que, por tanto, requiere una comunidad de interés en la realización del negocio de que se trate.

Así pues, esta figura jurídica permite celebrar un crecido número de contratos mercantiles, con la más amplia diversidad de propósitos de interés común, y usualmente con la mira puesta en la participación de las utilidades. De esta suerte, dos o más personas físicas o morales pueden agruparse con el propósito de realizar conjuntamente una o varias actividades que han de redituarles ganancias repartibles entre ellas. Nada impide que la agrupación se realice entre personas físicas y sociedades.

De esta manera, el contrato que nos ocupa ofrece una gran flexibilidad y, como es de suponerse, cada una de las formas que adopte se ajustará a la legislación mercantil que corresponda pero, por supuesto, a las estipulaciones contractuales, que también pueden ser de una gran latitud.

Por todo ello, no es posible afirmar que existe ***un*** contrato de *joint venture* como no lo es el pretender que existe ***un*** contrato de prestación de servicios. En el primer caso la colaboración, y en el segundo los servicios, pueden adoptar una multitud de formas y una consecuente diversidad de obligaciones y derechos. Un par de ejemplos, ambos arrancados de la práctica negocial mexicana, servirá para aclarar cuanto ilustrar lo anterior:

a) Una empresa editorial de libros decide operar toda o una parte de su línea de producción mediante la venta directa de dichos libros, pero, no dispuesta a contratar civil o laboralmente la comercialización, opta por asociarse con otra empresa, o con varias personas físicas, para llevar adelante, en común y con reparto de las utilidades, la comercialización de los libros. Para ello, tiene a su alcance varios mecanismos contractuales, como los de agencia, distribución —exclusiva o no—,

[1] *Business law*, fourth edition, Barron's, New York, 2004, pág. 296.
[2] Fifth edition, West Publishing Co., St. Paul, Minn., 1979, pág. 753.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-04 15:17:33.

mediación, asociación en participación y otros, pero también puede acudir a la constitución de una nueva sociedad mercantil, con otra u otras personas físicas o morales, en cuyos estatutos quedarán claramente estipulados los respectivos compromisos, el de aportar los libros por parte de la editorial, y el de comercializarlos, por parte de los otros contratantes.

En cualquiera de los referidos supuestos se hará presente, pues, una aventura mercantil común, con el perfil del *joint venture,* aunque sin necesidad de emplear el tan presuntuoso como inútil vocablo inglés.

b) Una entidad, pública o privada, desea levantar una construcción destinada a prestar servicios médicos, de hotelería, de investigación o para destinarla a la instalación de oficinas, locales comerciales, etc., pero, carente de los necesarios conocimientos técnicos, científicos, financieros y demás, busca y obtiene la colaboración de otras entidades que le aportarán los citados elementos. El supuesto es por demás frecuente en las licitaciones o concursos a los que convocan las entidades gubernativas y otras de naturaleza privada.

Como en el ejemplo anterior, el contrato por celebrarse entre todos los interesados abarcará, como es lógico, una amplia gama de obligaciones, deberes, cargas y derechos, por lo que puede adoptar cualquiera de las formas jurídicas antes mencionadas, pero también plantear la conveniencia de que se constituya una nueva sociedad con todos los interesados, como forma de conjuntar las diversas aportaciones y de adoptar un mecanismo unificado de orden administrativo y financiero, e igualmente encaminado al reparto de las respectivas ganancias.

Cualquiera de las indicadas formas contractuales constituiría, pues, un *joint venture*, sin necesidad de emplear el anglicismo.

De la misma opinión son **Enrique Zaldívar** y otros:[3]

> El *joint venture* o *joint adventure* es una forma originaria del derecho anglosajón. Luego por los usos negociales pasa a ser utilizada, *mutatis mutandi*, en Francia bajo la denominación de *coentreprise*. **Pero en este país, lo mismo que en Bélgica y en los Estados cuyas legislaciones se enraizan en los Códigos napoleónicos, no es un tipo jurídico sino un mecanismo para la ejecución de ciertas negociaciones mercantiles, industriales, financieras, etcétera**. Pero básicamente y en una apretada síntesis podríamos decir que el *joint venture* no es otra cosa que un contrato de agrupación que establece la coparticipación de dos o más sociedades en operaciones civiles o comerciales, con división de trabajo y responsabilidades.

Afirmaciones todas ellas compartibles, salvo la relativa a la necesidad de que coparticipen dos o más sociedades, por considerar que nada impide que una persona física sea también copartícipe.

Por lo demás, poco es lo que hace falta decir sobre la importancia actual de esta forma, una más, de colaboración, por las indudables ventajas que ofrece, entre ellas la economía de costos, la unificación jurídica, operativa, financiera e incluso laboral en torno de una o varias actividades mercantiles, y a estas alturas poco importa si se trata, como pretenden algunos, de una transitoria unión de empresas o de una alianza estratégica.

---

[3] *Contratos de colaboración empresaria*, 2a. ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993, págs. 19-21.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-04 15:17:33.

Al examinar los antecedentes de este contrato, **Alicia M. Gil Preli**[4] informa que el más remoto antecedente de este contrato se localiza en la Inglaterra de fines del siglo XIX, que conoció la vinculación societaria entre varias personas, con la intención de llevar adelante, en forma habitual, actos de comercio, sin que la agrupación así formada constituyera un sujeto jurídico diferente de los integrantes; de ahí surgió, en 1890, la *Partnership Act*, reguladora de una forma societaria hoy ampliamente conocida en los países del *common law.*

Más adelante, pero ya en los Estados Unidos de América, tal forma societaria se desenvolvió y, al encontrarse con una verdadera sociedad o *corporation,* con el propósito de eludir la aplicación de la doctrina *ultra vires*, se utilizó la expresión *joint venture*, a la que se aplicaron y se siguen aplicando las reglas de la primera, o sea de la *partnership*.

Sobra decir que todo ello es ajeno por completo a la estructura legal de los países herederos del derecho romano, y por lo mismo fuera de toda lógica la denominación inglesa de este contrato.

28.2 Antecedentes legislativos extranjeros[5]

Por decreto del 25 de noviembre de 1971, sobre asociaciones y uniones de empresas, precedido por la Ley 196, del 28 de diciembre de 1963 y la Ordenanza del 25 de enero de 1964, en España se reguló y favoreció, por diversos medios, la constitución y operación de formas proclives a la concentración de empresas beneficiosas para la economía del país, como remedio a la excesiva atomización industrial, que se consideraba dañina. Con posterioridad, mediante la Ley 18, del 26 de mayo de 1982, quedó establecido el régimen fiscal de las agrupaciones, las uniones temporales de empresas y las sociedades de desarrollo industrial regional.

En lo que se refiere a las agrupaciones temporales de empresas, quedó establecido que no tienen personalidad jurídica, como sí participa de ella la sociedad de empresas.

Un tanto diversa es la tendencia legislativa en Francia, pues mediante Ordenanza 67-821, del 23 de septiembre de 1967, modificada y complementada por los Decretos del 2 de febrero y 9 de julio de 1968, quedaron sentadas las bases sobre las cuales operan las conocidas como agrupaciones de interés económico, que guardan ciertas semejanzas con los consorcios de otros países, particularmente los anglosajones y los previstos por el *Código Civil* italiano.

Ahora bien, estas agrupaciones de interés económico son entidades constituidas por una o más personas físicas o morales, por tiempo indeterminado, cuyo objeto es el de aportar los medios necesarios para el desarrollo de una actividad económica, si bien es ilustrativo aclarar que estas agrupaciones tienen personalidad jurídica.

Por su parte, el *Código Civil* italiano que, en efecto, regula el consorcio, entendido como agrupación de personas físicas o jurídicas dedicadas a la realización en común de una actividad encaminada a la satisfacción de una necesidad propia de dichas personas, ulteriormente ha visto incluida en tal concepto la sociedad consorcial, y en razón de ello todas las sociedades previstas por el Código pueden adoptar, como objeto

---

[4] "*Joint venture"*, en *Contratos especiales en el siglo XXI,* **Roberto M. López Cabana**, coordinador, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999, págs. 89-94.

[5] **Enrique Zaldívar** y otros, *Contratos…, cit*., págs. 32-49.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-04 15:17:33.

social, el desarrollo de determinados aspectos de las empresas integrantes de los consorcios, y así queda establecido en el art. 2602 del *Código Civil*.

De su parte, la ley societaria argentina admite la existencia de contratos de agrupación o de colaboración empresaria, respecto de cuyos suscriptores afirma, de modo un tanto extraño, que no persiguen una actividad lucrativa, lo que ha desconcertado a los sectores interesados, así como a los tratadistas, máxime que se predica de ellas la finalidad de "facilitar o desarrollar determinadas fases de la actividad empresarial".

Mas también se prevé la existencia de las llamadas *uniones transitorias de empresas*, que han tenido una gran aceptación y que constituyen verdaderas sociedades, indudablemente como fruto del contrato que aquí se examina.

En otros países, como Portugal, Bélgica, Brasil y Venezuela, se han expedido también leyes que, de una u otra manera, propician la existencia de estas formas de colaboración, si bien con algunas variantes como las apuntadas: reconocimiento o no de personalidad jurídica, transitoriedad o no de su existencia, desarrollo de una fase de la actividad industrial o comercial, o bien realización total de dicha actividad, etcétera.

Por lo que se refiere a los países europeos, un reporte de la Comisión Europea, tras de subrayar la importancia de esta forma de colaboración, mostró que, entre 1993 y 2000, este tipo de contratos constituyó el 46% de las formas de concentración. Pero además, se hizo notar que una buena muestra de la "salud económica" de las empresas europeas se puso de manifiesto por la importancia numérica y económica de los *joint ventures* celebrados, merced a su "versatilidad" y a pesar de sus complicaciones jurídicas y de los ribetes en ocasiones contrarios al derecho de la competencia.[6]

28.3 Concepto

Como tantas veces se ha dicho, la expresión inglesa denota una asociación de tipo empresarial, un negocio común que ofrece cierto riesgo, pues la palabra *venture* significa, precisamente, algo que es riesgoso, que no ofrece un resultado cierto, y por ello se dice que la expresión original inglesa fue *joint adventure*, que posteriormente abreviada dio lugar a la actual.[7]

Por su parte, **Enrique Zaldívar** y otros[8] suministran la definición arriba transcrita y comentada.

Por su parte, el tratadista mexicano **Javier Arce Gargollo**,[9] tras de afirmar que el término *joint venture* carece de traducción a nuestro idioma que abarque las diversas formas a las que se aplica, informa que se le aplica en tres diversos sentidos: *joint venture agreement, informal joint venture* y *corporate joint venture*.

En cambio, y como confirmación de lo antes expuesto en el sentido de que se trata, simplemente, de una de tantas formas de colaboración, **Robert W. Hamilton**[10]

---

[6] **Laurent Nouvel**, "Le nouveau traitement européen des entreprises comunes: une evolution vers une aproche plus économique", en *RDAI*, núm. 5, 2002, págs. 511 y siguientes.

[7] **Gil Preli**, *véase* cita # 4, págs. 89-90.

[8] *Op. cit.*, pág. 21.

[9] "Contratos mercantiles asociativos", en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, núm. 19, Escuela Libre de Derecho, México, pág. 21.

[10] *The Law of Corporations*, second edition, West Publishing Co., St. Paul, Minn., 1987, pág. 459.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-04 15:17:33.

lo define como una agrupación —*partnership*— que opera conforme a las reglas de esta forma de agrupación, criterio compartido por **Robert W. Emerson**,[11] en cuanto afirma que el contrato aquí examinado puede conducir a una simple *partnership* o a una verdadera sociedad —*invest corporation*.

28.4 Naturaleza jurídica

Atento lo expuesto, todo parece indicar que el tema relativo a la naturaleza jurídica de este contrato reviste escasa importancia, de modo especial si se atiende a la diversidad de formas en las que se manifiesta; por la misma razón, también resulta de escasa trascendencia la descripción que del mismo se haga.

Efectivamente, atento lo anterior, puede tratarse de una lisa y llana asociación en participación, pero nada impide que se le califique como contrato de colaboración, la que, como se ha visto, puede consistir en servicios, recursos materiales, conocimientos, tecnología, bienes de cualquier naturaleza, etc., sin excluir la posibilidad de que se lo califique como contrato de prestación de servicios y, por último, puede adoptar el atuendo de contrato de sociedad.

Empero, por lo mismo resulta ilustrativo el examen de opiniones doctrinales sobre este punto.

La ya citada **Gil Preli**,[12] tras de expresar que en verdad se configura una empresa en común, admite que estamos en presencia de un contrato en permanente evolución, que puede adoptar, como antes quedó dicho, la forma de una asociación en participación —*partnership*—, o bien la de una sociedad —*corporation*—, pero cualquiera que sea la forma que se adopte, los sujetos pueden ser personas físicas o jurídicas, tanto nacionales como extranjeras, si bien todos ellos efectúan aportaciones de la más diversa naturaleza, con la consecuencia de que las utilidades también habrán de repartirse entre todos ellos, lo mismo que las pérdidas.

En forma parecida se expresan **Enrique Zaldívar** y otros,[13] al sostener que esta forma asociativa puede ser puramente contractual o adoptar una formación jurídica tipificada.

El tratadista mexicano **Javier Arce Gargollo**[14] también recuerda que este contrato tiene una gran cantidad de aplicaciones prácticas, si bien atribuye a todas ellas un carácter presocietario, lo que, como se ha visto, en realidad no es esencial.

Sin embargo, el mismo autor afirma, en otro de sus trabajos,[15] que por lo menos resulta dudosa la viabilidad de que el contrato de asociación en participación constituya un *joint venture*, pues el primero, regulado por la *LGSM*, "no siempre produce el resultado y la relación jurídica que usualmente buscan las partes contratantes del *joint venture*". En cambio, parece razonable su adhesión a la postura de **Jorge Barrera Graf**, quien, según informa el propio **Arce Gargollo**, apuntó la posibilidad de que se opere

---

[11] *Business Law*, Barron's, New York, 2004, pág. 296.
[12] *Op. cit.*, págs. 94-97.
[13] *Contratos…*, *cit.*, pág. 23.
[14] "Contratos mercantiles asociativos", *cit.*, págs. 20-21.
[15] *Contrato mercantiles atípicos*, 10a. ed., Editorial Porrúa, México, 2004, pág. 404.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-04 15:17:33.

un contrato preliminar de sociedad o precontrato de sociedad, que en algunos aspectos coincidiría con la forma jurídica que aquí se examina.

28.5 Terminología

Generalizado el empleo, incluso en los países de habla española, de la expresión inglesa, algunos intentos se han hecho para castellanizarla, lo cual, en última instancia, no ofrece mayor interés, si se tiene en cuenta, como ya se demostró, que este contrato se opera con arreglo a numerosas y diversas expresiones, incluso en países que emplean otros idiomas, como Francia.

También se mencionó con anterioridad que la *Ley de Sociedades Comerciales* argentina ubica esta forma jurídica, sin emplear el anglicismo, como una de tantas formas de colaboración empresarial.

Por su parte, como antes se dijo, **Arce Gargollo**[16] escribe que el vocablo inglés carece de traducción a nuestro idioma y se lo emplea en tres diversos sentidos, todos ellos ajustados a dicho idioma: *joint venture agreement*, *informal joint venture* y *corporate joint venture,* para fijar las bases de una futura sociedad, para realizar un trabajo o proyecto, sin crear una persona moral, y para configurar una nueva entidad de negocios, destinada a "ejecutar un subyacente contrato de *joint venture*". Empero, el mismo autor, pero en diferente trabajo[17] se contradice un tanto, al afirmar que

> De forma unida, *joint venture* se entiende como riesgo colectivo, empresa colectiva, sociedad en participación, de empresa común. En México las traducciones de los contratos de *joint venture* son variadas, se les nombra como contratos de asociación en participación, de empresa mixta o de sociedad en participación, de empresa de capital mixto, de sociedad de inversión mixta. Sin embargo, la utilización de algunos de estos términos puede originar confusión… Me parece apropiada la denominación de contrato de coinversión que utilizan ciertos contratos en el Derecho mexicano… También me parece válida la denominación de convenio o contrato de participación conjunta, que se utiliza en la práctica de negocios mexicana…

28.6 Régimen legal

Huérfano de regulación legal específica, sin duda por las razones tantas veces apuntadas, este contrato, cuando no adopte alguno de los mecanismos arriba referidos, como el de asociación en participación, prestación de servicios y algunos otros, habrá de ajustarse, atento su carácter indudablemente mercantil, a las escasas disposiciones contenidas en el *Código de Comercio* a propósito de los contratos en general (arts. 77 a 88) y supletoriamente, por supuesto, a las reglas generales en materia de obligaciones y contratos, contenidas en el *Código Civil Federal*.

---

[16] "Contratos mercantiles asociativos", *cit.*, pág. 21.
[17] *Contratos mercantiles atípicos, cit.,* págs. 404 y 405.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-04 15:17:33.

Aquí conviene examinar la posibilidad de que las partes en el contrato se sometan, en cambio, a la aplicación de alguna legislación extranjera y tal vez incluso a alguna codificación sin rango oficial, sino con visos de *lex mercatoria,* como lo sería la estipulación en el sentido de que se aplicaran, por ejemplo, los Principios de UNIDROIT 2004 sobre los contratos mercantiles internacionales, varias veces mencionados en este libro, en ambos casos con renuncia a la aplicación de las leyes sustantivas nacionales. Tema aparte es el relativo a la jurisdicción para el caso de controversia, que también se examinará más adelante.

En el supuesto de un contrato con participantes exclusivamente nacionales, y con una finalidad también de efectos nacionales, todo parece indicar que la cláusula de sometimiento a leyes extranjeras sería válida, salvo que el aspecto más importante del fin común se vincule a un bien inmueble ubicado en el territorio nacional.

Lo anterior encuentra justificación en lo dispuesto por el art. 13 del *C.Civ.*:

> *La determinación del derecho aplicable se hará conforme a las siguientes reglas:*
>
> *I…;*
> *II…;*
> *III. La constitución, régimen y extinción de los derechos reales sobre inmuebles, así como los contratos de arrendamiento y de uso temporal de tales bienes, y los bienes muebles, se regirán por el derecho del lugar de su ubicación, aunque sus titulares sean extranjeros;*
> *IV…, y*
> *V. Salvo lo previsto en las fracciones anteriores, los efectos jurídicos de los actos y contratos se regirán por el derecho del lugar en donde deban ejecutarse a menos de que las partes hubieran designado válidamente la aplicabilidad de otro derecho.*

Más aún, también es posible que en el contrato se estipule la aplicabilidad, para diversos aspectos del contrato, de varios derechos extranjeros, pues así lo permite el art. 14 del mismo estatuto civil:

> *[…]*
> *V. Cuando diversos aspectos de una misma relación jurídica estén regulados por diversos derechos, éstos serán aplicados armónicamente, procurando realizar las finalidades perseguidas por cada uno de esos derechos.*

28.7 Elementos

Como en todo contrato, son dos los elementos personales que, como mínimo, se requieren para su formación, pero aquí la práctica abunda en supuestos de otorgamiento por más de dos personas físicas o morales, en atención al propósito común. Así, puede tratarse de un contrato preparatorio, carácter que, por cierto, le atribuye **Javier Arce Gargollo**,[18] opinión por demás controvertible, por cuanto nada impide que se otorgue al constituir una sociedad mercantil de duración temporal, destinada a realizar deter-

[18] "Contratos mercantiles asociativos", *cit.*, pág. 22.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-04 15:17:33.

minado fin específico y temporal, supuesto en el que no se presentaría el carácter de contrato preparatorio.

Por lo demás, también es frecuente que el Estado mismo, con atuendo federal, estatal o municipal, forme parte del contrato que aquí se examina, ora como aportador de recursos pecuniarios o materiales, ora como otorgante de permisos o licencias para realizar la actividad conjunta planeada con otros entes particulares.

Dentro del mismo contexto, también es posible el otorgamiento de este contrato en un plano internacional, y tanto entre particulares como con participación estatal, cual sería el caso de un acuerdo de voluntades en cuyos términos cierta empresa extranjera aportaría los elementos técnicos necesarios para llevar adelante la instalación de una planta industrial, al paso que una empresa nacional aportaría los elementos humanos necesarios para el desarrollo de la mano de obra, y, por último, el ente gubernativo aportaría la superficie necesaria para el desarrollo, y tal vez los permisos, licencias o autorizaciones necesarias.

En lo que concierne a la finalidad del contrato, como elemento primordial, según se ha visto puede ser de la más variada congerie: industrial, comercial, social, agrícola, ganadera, asegurativa, etcétera.

Cuestión aparte es la consistente en determinar si se está en presencia de un contrato instantáneo o de tracto sucesivo, sin descontar la posibilidad de que sólo adopte la forma de una promesa de un futuro contrato o de varios, incluido el de sociedad.

Y una vez más, en razón de lo expuesto, el contrato podría consignar, por sí solo, estipulaciones sobre la forma y términos en los que deberá actuarse con motivo de los futuros contratos, de operar la sociedad o sociedades que habrán de constituirse, de administrar los negocios que se emprendan, etcétera.

28.8 Características

También como consecuencia de la multiplicidad de actividades que pueden resultar del contrato, poco es lo que puede añadirse en cuanto a la forma de su otorgamiento, pues ello dependerá de las relaciones jurídicas que se establezcan entre los otorgantes, en un primer momento o a futuro. De esta suerte, aunque teóricamente es posible que opere la mera consensualidad, sin el otorgamiento de constancia documental, ello en la actualidad resulta desaconsejable, puesto que, y también sobre este punto es conveniente repetir, el moderno formalismo impone la necesidad de otorgar por escrito los diversos compromisos asumidos por los otorgantes, no menos que sus derechos, sin contar con que en algunas ocasiones será necesaria la solemnidad impuesta como requisito de validez o, por lo menos, a fin de que tales compromisos surtan efectos frente a terceros. Apenas si hace falta recordar los casos de operaciones sobre inmuebles y los de constitución de sociedades, que requieren la intervención de un fedatario público y la inscripción registral correspondiente.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-04 15:17:33.

28.9 Derechos y obligaciones

Igualmente aquí resulta por demás innecesaria la referencia a la amplitud de derechos, obligaciones, deberes y cargas de los otorgantes, que necesariamente habrán de responder a la forma jurídica que se atribuya al contrato. Así, si se trata de la constitución de una o más sociedades, bien conocidos son los derechos y compromisos de los socios, con la posibilidad de adoptarlos en forma diferente de la prevista por las leyes societarias, cuando las mismas lo permitan.

Otro tanto puede predicarse de los casos en los que el *joint venture* conduzca a una asociación en participación, regulada por la *Ley General de Sociedades Mercantiles*, a uno o varios contratos de prestación de servicios, previstos por los códigos civiles, y así sucesivamente.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-04 15:17:33.

TÍTULO 7

Contratos sobre bienes inmateriales

Capítulo 29
La transferencia de tecnología

Capítulo 30
La franquicia

Capítulo 31
La edición

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-04 15:17:33.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-04 15:17:33.

CAPÍTULO 29

La transferencia de tecnología

29.1 Generalidades y antecedentes

Vive la humanidad fatalmente inmersa en la técnica; la ropa que vestimos, los alimentos que ingerimos, los aparatos con los que trabajamos, los medios de transporte que utilizamos y aun las modernas diversiones son, casi en su totalidad, el resultado de procedimientos técnicos, en ocasiones de una increíble complejidad. Pero además, ese mundo técnico de la comodidad, de la rapidez y de la facilidad ha venido conformando —y quizá deformando— la mentalidad y con ella la conducta humana, a tal grado que actualmente *Robinson Crusoe* podría resultar una novela de ficción anticientífica.

En efecto, ahora es dable afirmar que la Historia registra, a estas alturas del siglo XXI, tres grandes revoluciones industriales:

- La primera, surgida en la Inglaterra del siglo XVIII, con las invenciones de la sembradora mecánica (1701), la lanzadera automática (1733), la máquina de hilar (1767) y la máquina de vapor (1777);[1] resulta válido afirmar que en todos estos casos las invenciones aprovecharon los principios de la mecánica, como parte de la física.

[1] Datos tomados del libro *Inventos que cambiaron el mundo*, Selecciones del Reader's Digest, México, 1983, págs. 353 y 354.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-04 15:17:33.

- La segunda, constituida por el descubrimiento de la electricidad, como otra de las partes de la física.
- La tercera, también apoyada en la última de las expresiones de la física, que es la electrónica.

Y sin embargo,

> ... no toda la tecnología potencial del futuro hará que la vida sea más cómoda o agradable; puede degradar o acrecentar la calidad de la vida... El cambio tecnológico produce numerosos efectos, algunos de los cuales son muy negativos. Sin embargo, en algunos casos una relación de causa y efecto nunca queda establecida claramente... Algunos autores han sugerido que se establezca una meritocracia, en la cual los ingenieros y los científicos, como reyes-filósofos, gobiernen nuestros sistemas políticos. Otros han indicado que se declare una moratoria al crecimiento de la tecnología.[2]

Sea de ello lo que fuere, la explosión demográfica mundial, así como la automovilística, han tornado por demás complicada la existencia de los humanos, para quienes por momentos resultan insoportables los tumultos de una y otra índole, desgraciadamente insolubles; pues todo ello ha contribuido, sin duda, a la tal vez explicable y fácil irritabilidad, que fatalmente conduce a fricciones, intercambios de insultos, etcétera.

Empero, la ciencia no puede detener su avance, ni siquiera a pesar del alto precio que cobra en salud y en vidas, y del tantas veces advertido peligro de la autodestrucción como resultado de inexplicablemente deliberadas decisiones, o bien de la involuntaria e incontrolable liberación de fuerzas físicas o químicas. Tal vez no falte quien evoque la expresión bíblica y considere que los científicos han encontrado el árbol de la ciencia del bien y del mal, cuyos frutos necesariamente acarrean la muerte a quien los come (*Génesis*, 2.17).

Mas fuerza es reconducir estas notas al cauce jurídico.

También el mundo de la técnica debe ajustarse a normas legales, así para obtener la necesaria protección frente a la posible usurpación de ideas novedosas, como para regular la forma y términos en que pueden cederse o simplemente licenciarse los derechos, en todo o en parte, de explotación de los conocimientos técnicos (*know how*), de los signos distintivos de los productos o de los servicios que los involucran (*propiedad industrial*).

29.2 Régimen legal del llamado contrato de transferencia de tecnología

Es pertinente aclarar que con esta última expresión se denotan, en el derecho positivo mexicano, aun aquellos contratos que en rigor no se refieren a la transmisión de conocimientos técnicos, como la licencia de explotación o la cesión de una marca, los servicios de administración y algunos otros; sabido es que los comerciantes, los industriales

---

[2] **Edward C. Pytlyk**, **Lauda Donald P**. y **David L. Johnson**, *Tecnología, cambio y sociedad.* Representaciones y Servicios de Ingeniería, México, 1983, pág. 276.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-04 15:17:33.

y en ocasiones el legislador, no siempre son cuidadosos de la ortodoxia gramatical o jurídica.

Así pues, este contrato aparece vagamente previsto, aunque no regulado, en la *Ley de la Propiedad Industrial*, publicada en el *DOF* 27 jun. 1991, si bien numerosas e importantes reformas se le introdujeron en los términos del Decreto aparecido en el *DOF* 2 ago. 1994. Pero, por supuesto, es importante mencionar, dados su propósito tutelar y su carácter internacional, el Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial, según texto adoptado en Estocolmo en 1967, al que nuestro país se encuentra adherido en los términos de las publicaciones aparecidas en las ediciones del *DOF* correspondientes al 5 de mar. y al 27 de jul. de 1976. De menor rango es, obviamente, el *Reglamento de la Ley de la Propiedad Industrial*, cuyo texto se dio a conocer en el *DOF* 23 nov. 1994.

29.3 Consideraciones económico-jurídicas

En la actualidad ya nadie duda de que es el desarrollo de la técnica el que trae consigo la prosperidad económica de un país, más que la tenencia de recursos naturales; y los ejemplos están a la vista: nuestro país, rico como algunos otros del cercano y del medio oriente, así como de la América austral, en yacimientos petroleros, no ha podido alcanzar el potencial económico que tal riqueza debería traer aparejado, por la carencia de técnica *propia*, que le permitiría, sin las agotadoras sangrías que supone el pago de la técnica extranjera, aprovechar su *oro negro* en tantas y tantas industrias que lo requieren. Por el contrario, países de relativamente pequeñas dimensiones geográficas, como Alemania y Japón, sin recurso petrolero alguno, constituyen verdaderas potencias económicas, merced al elevado nivel de sus variadas tecnologías industriales.

Como era de esperarse, las consecuencias de ello son, desde el punto de vista jurídico, de franco antagonismo entre unos y otros regímenes legales, pues mientras los países poseedores de la técnica —en verdad numéricamente pocos—, la rodean de normas protectoras y la *venden* a un elevado precio mediante contratos que, como se verá, son de una dureza asfixiante para los países receptores, éstos, a su vez, intentan sacudirse ese yugo con regulaciones que, como en la ley de la física, pretenden configurar una reacción igual y opuesta a la primera, de modo que suelen poner topes a los pagos por concepto de regalías y prohibir la inserción de cláusulas con las que pudiera restringirse la productividad del receptor, su libertad operativa, sus exportaciones, etcétera.

29.4 Concepto y terminología

De los numerosos y variados conceptos vertidos en torno del vocablo tecnología me place el que postula **Lenski**:[3] "Es la información, métodos e instrumentos por medio

[3] Citado por **Pytlyk** *et al.*, *op. cit.*, pág. 5.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-04 15:17:33.

de los cuales la gente utiliza los recursos materiales de su ambiente para satisfacer sus diversas necesidades y deseos".

Como quedó dicho, al influjo de antiguas leyes, y también de reglamentos, con la expresión *transferencia de tecnología* se denotan, en la práctica mexicana, todos los contratos en virtud de los cuales se transmite el uso o se autoriza la explotación de marcas, patentes, modelos, diseños industriales o nombres comerciales, se suministran conocimientos técnicos, se provee ingeniería para la construcción de instalaciones industriales o para la fabricación de productos, o bien se presta asistencia técnica; así pues, no es fácil suministrar *una* noción del contrato que se examina, pues la amplia gama de su posible contenido lo impide.

Añádase a lo anterior que el abordar una amplitud de manifestaciones de la propiedad industrial como la expresada, permite emplear la indicada denominación para contratos que en el derecho comparado se conocen cada uno con expresión diferente, según la naturaleza de los bienes o servicios sobre los que recaen: *licencia* (*license agreement*), *cesión* (de patente, de marca), *asistencia técnica* (*technical assistance*), *know how*, *llave en mano* y otros.

Por otra parte, no es precisamente uniforme el alcance de tales expresiones: para **Cogorno**[4] el contrato de asistencia técnica, o *know how* existe "cuando un proveedor se compromete a transmitir un conocimiento técnico más o menos secreto a un receptor que gozará de los beneficios del mismo y quien se obliga a no develarlo a terceros, a cambio de un precio denominado *royalty* o *regalía*"; en nuestro país el mismo contrato es definido por **Patricia Hernández Esparza**[5] como aquel "por el cual una parte, llamada *transmisora de la tecnología o asistencia técnica*, aporta conocimientos y elementos materiales de carácter técnico y la otra parte, receptora, da a cambio una remuneración".

Con referencia expresa al derecho mexicano, **Jaime Álvarez Soberanis**[6] define "... el contrato de transferencia de tecnología como el acuerdo de voluntades por medio del cual una de las partes, llamada proveedor transmite a otra que se denomina receptora un conjunto de conocimientos organizados para la producción industrial".

Mas, como se verá, es posible que, en unión de los conocimientos técnicos, se concedan licencias de marca, pero son también frecuentes los contratos que sólo comprenden estas últimas; en todo caso, los transcritos conceptos doctrinales no les serían aplicables, pues ninguno de ellos menciona la posibilidad de incluir una marca en la convención.

En el intento de elaborar un concepto, así sea puramente formal, del contrato de transferencia de tecnología a la luz de la práctica y del derecho positivo mexicanos, necesario es encontrar un género próximo. Y parece que ello no es imposible.

Las marcas, las patentes, los conocimientos técnicos y los nombres comerciales forman parte de la llamada *propiedad industrial*, que es uno de los elementos de la negociación. Así opinan **Mantilla Molina**[7] y **Barrera Graf**;[8] en Italia, **Ascarelli**,[9] quien

---

[4] *Teoría y técnica de los nuevos contratos mercantiles*, Merú, Buenos Aires, 1979, pág. 263.

[5] *El contrato de asistencia técnica,* Ediciones Botas, México, 1969, pág. 96.

[6] *La regulación de las invenciones y marcas y de la transferencia de tecnología,* Editorial Porrúa, México, 1979, pág. 247.

[7] *Derecho mercantil*, 22a. ed., Editorial Porrúa, México, 1982, págs. 106 y siguientes.

[8] *Instituciones de derecho mercantil*, Editorial Porrúa, México, 1989, pág. 111.

[9] "Teoria della concorrenza e interesse del consumatore", en *Saggi di diritto commerciale*, Giuffrè, Milano, 1955, págs. 70-73.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-04 15:17:33.

rechaza la expresión *propiedad industrial* y prefiere hablar de *derechos sobre bienes inmateriales*, en los que, como es de suponerse, incluye el derecho de autor, que en cambio excluye **Mario Rotondi**,[10] quien, a su vez, emplea la expresión *derecho industrial*, como la mayoría de los tratadistas italianos. Con mayor claridad, **Hélmer Zuluaga Vargas**[11] sostiene que:

> ... el derecho de la propiedad industrial, como rama del derecho de la propiedad intelectual, tiene por objeto, entre otros, los siguientes asuntos:... las patentes de invención... los modelos de utilidad... los modelos industriales... dibujos industriales... marcas comerciales o industriales... nombres comerciales... enseñas comerciales... denominaciones de origen... indicaciones de procedencia... *know how* o secretos técnicos (y)... la represión de la competencia desleal.

En cambio, y siempre a resultas de la terminología contractual mexicana, este contrato también abarca meros servicios, de auxilio técnico algunos, y de operación administrativa otros.

De ese modo, es posible confeccionar un concepto que, como se anunció, tiene que adolecer de excesivo formalismo, ante la variedad de convenciones que nuestra legislación comprende en el contrato de transferencia de tecnología, el que, por tanto, es aquel en cuya virtud una de las partes se obliga a transmitir a la otra el derecho de explotar uno o más elementos de la propiedad industrial, o bien a prestarle servicios de auxilio técnico o de operación administrativa.

Concepto tal amerita algunas explicaciones adicionales:

a) El derecho es transmisible por cualquier título, llámese propiedad, licencia exclusiva o no, autorización, usufructo, etcétera.

b) No es elemento esencial, y por ello no puede serlo de definición, el carácter oneroso de este contrato, lo que no quita su carácter bilateral. Me explicaré: la densa trama de las relaciones comerciales ofrece con frecuencia, por razones de política financiera, fiscales o de restricciones legales, la necesidad de que el proveedor suministre *gratuitamente* la tecnología; por supuesto, la gratuidad suele ser sólo aparente pues, por ejemplo, pudo haber sido precedida de una forzosa asociación en el capital social del receptor (*joint venture*), o bien ser el necesario complemento de equipo técnico industrial vendido. Nótese que, en su transcrita definición, **Álvarez Soberanis** tampoco menciona prestación alguna a cargo del receptor.

29.5 Mercantilidad del contrato

Contemplado por doquier, nuestro contrato grita su carácter mercantil: ¿quién, sino un comerciante —*stricto sensu*, o industrial—, puede explotar, transmitir o adquirir para su aprovechamiento, una marca, una patente o conocimientos técnicos?, ¿y para qué puede interesarse en adquirir tales bienes, si no es con fines lucrativos?

---

[10] *Diritto industriale*, CEDAM, Padova, 1965, pág. 23.

[11] "La propiedad industrial y la competencia desleal en Colombia, según el Acuerdo de Cartagena", en *Universitas*, Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas de la Pontificia Universidad Javeriana, núm. 60, jun. 1981, Bogotá, págs. 383 y siguientes.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-04 15:17:33.

Con todo, necesario es fundar legalmente la mercantilidad del contrato.

Parece que, en efecto, no puede caber duda sobre el "propósito de especulación comercial" (art. 75-I, *C.Com.*) que anima a ambas partes al celebrar la convención que nos ocupa: el del proveedor, manifestado en la celebración del contrato mismo, y el del receptor, como consecuencia de la *explotación comercial* de los derechos o servicios a que se refiere el contrato; pero además, por hipótesis, los actos de transmisión y posterior explotación son de empresas de las previstas en las fracs. V-XI del art. 75 del *C.Com.* Ambos caminos conducen al mismo punto, cual es el ya esperado carácter mercantil de nuestro contrato.

Por su parte, las legislaciones panameña y hondureña no requieren interpretación o inferencia alguna, pues de modo expreso proclaman tal mercantilidad los arts. 2o., párr. 3o., y 4o., frac. II, de los respectivos códigos mercantiles.

29.6 Contenido y forma

Como se ha visto, el contrato en examen ofrece un amplio espectro jurídico, y de ahí resulta que, como se expondrá después, no presenta características uniformes:

a) Puede consignar sólo la cesión de una marca a cambio de un precio alzado, en cuyo caso será momentáneo.
b) Es posible, en cambio, que se configure una licencia para explotar la marca, y entonces será de tracto sucesivo.
c) Pero nada raro es que contenga estipulaciones con entrambas características: así, la cesión de una patente contra un precio alzado, en unión de la asistencia técnica (*know how*) necesaria para la construcción de las instalaciones que requiere el procedimiento amparado por dicha patente, en este caso a cambio de prestaciones periódicas según *avance de obra*; así, el contrato de franquicia que, como se verá al examinarlo (capítulo 28), supone la cesión o licencia de una marca y la aportación de técnicas de la más variada índole.[12]
d) Mas también es usual su combinación con otros contratos, particularmente de compraventa, de suministro, de apertura de crédito y de comisión mercantil.

Y es por todo ello, o sea por la diversidad de convenciones que puede consignar, aunada a la complejidad de los derechos y las obligaciones de las partes, según tan variables supuestos, pero de modo especial como consecuencia de la inescapable obligación de someterlos a la autoridad gubernativa para su inscripción en el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial (arts. 62, 63 y 136 de la *Ley de la Propiedad Industrial*), por lo que algunos opinan que este contrato es formal,[13] opinión que no comparto, pues no se trata de un requisito de validez *interpartes*.

En el mismo sentido se pronuncia **Álvarez Soberanis**;[14] en contra, esto es, por su consensualidad, **Hernández Esparza**,[15] a pesar de que en la fecha de publicación de

---

[12] Conforme, **Javier Arce Gargollo**, *El contrato de franquicia*, 4a. ed., 2a. reimp., Editorial Themis, México, 2001, págs. 45-49.
[13] También por la formalidad, **Javier Arce Gargollo**, *El contrato…*, *cit.,* pág. 53.
[14] *Op. cit*., pág. 255.
[15] *El contrato…*, *cit.,* págs. 97 y 100.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-04 15:17:33.

su trabajo, 1969, la *Ley de la Propiedad Industrial*, predecesora de la actual, prescribía la forzosa inscripción de los contratos sobre cesión o licencia de patentes y marcas; después, esta autora modificó su opinión y se adhirió a la corriente *formalista.*[16]

29.7 Examen de algunas cláusulas

No puede afirmarse que se trate de un contrato de adhesión; empero, en los contratos internacionales son de tal modo frecuentes ciertas estipulaciones, y su redacción guarda tantas semejanzas, que es válido sostener la existencia de cláusulas *sacramentales*, algunas de ellas condenadas por las leyes de los países receptores, en buena parte por su negativa repercusión en la economía, pero quizá también por su inocultable carácter leonino; estas últimas merecerán algunas consideraciones más adelante. Por ahora consignaré algunos de los pactos legalmente usuales.

El empleo del adverbio *legalmente* se explica por la frecuente adopción, en documentos por separado, esto es, fuera del que ha de inscribirse, de cláusulas ilegales; reprobable práctica, impuesta por algunos proveedores de tecnología, que sólo de ese modo acceden a permitir su uso, con taimada violación de las leyes de los países receptores.

a) La cláusula de *publicidad adecuada* impone al receptor la obligación de ajustar sus anuncios y propaganda a la previa aprobación del proveedor, a pesar de que su costo es a cargo del primero.
b) La estipulación sobre *forzoso intercambio de mejoras en la tecnología*, compromete a ambas partes a darse a conocer y otorgarse licencia recíproca sobre las innovaciones o mejoras que introduzcan en la tecnología contratada.
c) Por el pacto de *confidencia* se obliga al receptor a no divulgar los conocimientos que recibe por virtud del contrato, sino sólo a aquellas personas que deban enterarse de ellos por razón de sus actividades al servicio del propio receptor, quien, además, deberá arrancarles un similar pacto de confidencia.

La hoy desaparecida Dirección General de Transferencia de Tecnología vino negando la inscripción de contratos en los que el receptor asume el compromiso de mantener en secreto la tecnología, aun después de vencido el plazo de vigencia de tales contratos, por estimar que la remuneración cubierta al proveedor debe entenderse comprensiva del derecho de disponer libremente de la tecnología una vez transcurrido el plazo de duración de los contratos; luego, el convenir la obligación de guardar reserva aun después de vencido el contrato, equivale a extender los efectos del mismo por un plazo superior al convenido.

Empero, el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa en el Distrito Federal resolvió, en sentencia dictada el 30 de junio de 1978, al revisar el amparo 486/78, *Harbison Refractories Company*, que es válida la cláusula en cuestión, pues el compromiso de guardar el secreto

[16] **Patricia Hernández Esparza**, "Naturaleza y consecuencia de los contratos de tecnología", en *Jurídica*, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, núm. 7, jul. 1976, México, pág. 401.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-04 15:17:33.

> ... no cesa al momento de concluir el término de vigencia del trato, en virtud de que la misma no depende de la *Ley de Transferencia de Tecnología*, ni de los convenios que al efecto se hagan surtiendo sus efectos con independencia de las prestaciones que constituyen el objeto real del contrato o sea en forma extracontractual, en virtud de que tal situación jurídica no se encuentra prevista dentro de las prohibiciones a que alude el art. 7o. de la Ley citada...

Los expresados criterios se sentaron a la luz de la anterior *Ley sobre el Registro de la Transferencia de Tecnología y el Uso y Explotación de Patentes y Marcas*. Ahora bien, el texto del art. 15, frac. XI, de la posterior ley vino a establecer, de modo expreso, que no serían inscribibles los contratos en que "... se obligue el adquirente a guardar en secreto la información... más allá de los términos de vigencia de los actos, convenios o contratos...".

d) Conforme a las cláusulas de irresponsabilidad del proveedor frente a terceros, cualquier acción de éstos en contra de la validez de la tecnología contratada deberá ser repelida por el receptor, quien, desde luego, acepta que sus compromisos contractuales serán exigibles por el proveedor, sea cual fuere el resultado de la acción del tercero, y también libera a dicho proveedor de toda responsabilidad por el uso y la explotación de los conocimientos técnicos revelados.

e) La *incesibilidad de los derechos del receptor* es también cláusula de estilo, en ocasiones ribeteada con casos en los que se presume la cesión, con todas sus graves consecuencias: el cambio de manos de la mayoría de las acciones en que se divide el capital social del receptor; su fusión con otra u otras sociedades, aunque sea el fusionante; la enajenación de una *parte sustancial* (*sic*) de sus activos, y otros.

f) Aunque la cláusula de *pago* o *regalía* (*royalty*) muestra ciertas variantes, la más generalizada consigna un *porcentaje sobre el producto neto de las ventas*; en ocasiones sobre el *costo* de cada *unidad producida*, pero no faltan casos en los que tales porcentajes son *crecientes* o *decrecientes* en el tiempo.

g) La cláusula de *pagos netos* al proveedor puede considerarse también de estilo en los contratos internacionales; por virtud de ella, las cantidades convenidas como precio de la tecnología deben ser pagadas por el receptor sin deducción alguna de impuestos, derechos o gravámenes nacionales, los que, en su caso, deben ser soportados por el propio receptor.

h) Los *gastos de viaje* de los *técnicos* de ambas partes para indicar, instruir o adiestrar unos, o para aprender, estudiar o adiestrarse otros, son por cuenta del receptor; a los técnicos del proveedor deben pagarse, además, ciertas sumas para gastos menores, independientemente de cantidades alzadas por cada día de ausencia de su lugar de residencia habitual, que suelen entregarse directamente al proveedor.

29.8 Otras cláusulas probables

Tuve oportunidad, pocas líneas antes, de deslizar mi opinión en el sentido de que el intenso sangrado económico que a los países receptores de tecnología causa, en forma de regalías, esta inversión extranjera *indirecta*, fue, en otros tiempos, el detonante de una explosión legislativa de franca tendencia nacionalista y defensiva.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-04 15:17:33.

Debe reconocerse que tales medidas protectoras cumplieron su propósito en gran medida, si bien igualmente es preciso admitir que algunas de ellas fracasaron por la imposibilidad o manifiesta inconveniencia de aplicarlas, pero también porque el desmedido afán de lucro de los receptores prevaleció sobre el *patriotismo económico* y sobre el deber de acatar las leyes; y tan indeseable maridaje engendró la suscripción de cláusulas que, por ignominiosas, fueron proscritas por la ley, en razón de lo cual no aparecían a la luz pública, sino sólo en vergonzantes y taimados *pactos de caballeros* (*gentlemen agreements*), cartas de intención (*letters of intention*), pactos entre accionistas (*shareholders agreements*), etcétera.

En anterior edición de este libro el autor se preguntaba por el tratamiento que a estos contratos dispensarían los acuerdos de libre comercio internacional que, a la sazón, el Gobierno mexicano estaba por celebrar con otros países. Ahora es posible dar respuesta a dicha pregunta: en los términos del art. 1709-9 del TLCAN, "Cada una de las Partes permitirá a los titulares de las patentes cederlas o transmitirlas por sucesión, así como celebrar contratos de licencia", estipulación que no amerita mayor comentario, pues, como botón de muestra de la llamada *globalización comercial*, deja al libre juego de las voluntades la adopción de las indicadas estipulaciones.

He aquí, pues, algunas de las anunciadas cláusulas, que, en los términos de la hoy abrogada legislación mexicana en materia de tecnología, fueron anatematizadas, si bien había la posibilidad de admitirlas cuando mediaran circunstancias de beneficio para el país:

a) Precio exagerado en relación con la tecnología adquirida, o que signifique un excesivo gravamen para la economía nacional.
b) Excesiva injerencia del proveedor en la administración del adquirente.
c) Obligación de adquirir equipos, herramientas o materias primas exclusivamente de un origen determinado, cuando existan otras alternativas de adquisición en el mercado nacional o internacional, en mejores condiciones.
d) Restricciones a la exportación de los bienes o servicios producidos por el adquirente, de manera contraria a los intereses de la economía nacional.
e) Obligación, por parte del adquirente, de utilizar personal indicado por el proveedor, de tal manera que el primero de ellos no consiga un verdadero acceso a la tecnología adquirida.
f) Forzoso sometimiento del adquirente a tribunales extranjeros para el conocimiento y la resolución de controversias derivadas del contrato respectivo.

Algunas de estas cláusulas plantean, además, situaciones restrictivas de la libre competencia; a ellas me referiré en el siguiente capítulo, al tratar de la franquicia.

29.9 Naturaleza jurídica del derecho de los autores o inventores: teorías

Es frecuente aplicar a la adquisición de tecnología, incluidas las licencias sobre patentes y sobre marcas, la expresión *compraventa*. En la práctica estadounidense, en cambio, es usual el vocablo *licencia* (*license agreement*), y por ello se denomina a las partes *licenciante* (*licensor*) y *licenciatario* (*licensee*).

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-04 15:17:33.

Cogorno[17] emplea los términos *contrato de usufructo en exclusividad* y *venta en usufructo*.

Es de verse, pues, si nuestro contrato responde a la noción legal de compraventa que, como se sabe, supone en el vendedor la obligación de "transferir *la propiedad de una cosa o de un derecho*", a cambio de lo cual el comprador "se obliga a pagar por ellos [*sic*] un precio cierto y en dinero" (art. 2248, *C.Civ.*).

Téngase presente, ante todo, la ya secular discusión en torno a la naturaleza jurídica del derecho que un autor o inventor tiene sobre la idea producida por su intelecto; importa dilucidar el punto, pues si se trata de una *propiedad*, quedará prácticamente expedito el camino que conduce a su enajenabilidad por compraventa.

Mas, para decirlo pronto, por ahora ese camino ofrece numerosos obstáculos, algunos de ellos aparentemente insalvables; veamos si no: descartadas, para este efecto, las corrientes que pretenden desconocer este tipo de derecho, debe decirse que las que lo reconocen se bifurcan en varias tendencias:

a) Teoría del derecho de propiedad, opinión que ha sido sustentada por **Eugène Pouillet**,[18] **Felipe Sánchez Román**,[19] **Raimundo Salvat**[20] y **Eulalio M. Ortega Serralde**.[21]

b) Teoría del privilegio o del monopolio de explotación, y por ello sus propugnadores lo ven como acto del Estado en favor de los particulares. Así, **Calixto Valverde y Valverde**.[22]

c) Teoría del derecho *sui generis*. La clasificación actual de los derechos en reales, personales y obligacionales —dicen los seguidores de esta corriente— es ya incapaz de abarcar otros derechos como los comerciales, los industriales, los artísticos; estos últimos forman, pues, una categoría especial, no comprendida en las tradicionales: **Pedro Ismael Medina Pérez**;[23] **Paul Olagnier**,[24] **Eduardo Piola Caselli**.[25]

d) Teoría de la *propiedad incorporal*. Finalmente, otros autores encuentran que se reúnen las características de la propiedad, salvo la aprehensibilidad, pues recae sobre bienes inmateriales, y por ello trátase de una nueva forma de apropiación, cual es la *propiedad incorporal*: **Louis Josserand**;[26] **José Castán Tobeñas**;[27] **João da Gama Cerqueira**.[28]

Expresaré mi opinión sobre este punto más adelante (*infra* núm. 29.3), al examinar específicamente la naturaleza del derecho de autor.

---

[17] *Op. cit.*, pág. 253.

[18] *Traité théorique et pratique de la propriété littéraire et artistique et du droit de représentation*, Marchal et Billard, Paris, 1908, págs. 26 y 27.

[19] *Estudios de derecho civil,* Est. Tipográfico Sucesores de Rivadeneyra, Madrid, 1899, págs. 317 y siguientes.

[20] *Tratado de derecho civil argentino*, vol. VIII, t. 1, La Ley, Buenos Aires, 1946, pág. 686.

[21] *Proyecto de legislación sobre propiedad artística musical y su fundamentación*, tesis profesional, México, 1933.

[22] *Tratado de derecho civil español*, t. 11, Talleres Tipográficos Cuesta, Valladolid, 1920, pág. 120.

[23] *Los contratos cinematográficos*, 2a. ed., DGC y SNE, Madrid, 1952, pág. 42.

[24] *Le droit d'auteur*, t. I, Paris, 1934, pág. 37.

[25] *Codice del diritto di autore*, UTET, Torino, 1943, pág. 199.

[26] *Derecho civil*, t. I, vol. III, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1950, pág. 138.

[27] *Derecho civil español, común y foral*, t. II, 6a. ed., Reus, Madrid, 1943, pág. 98.

[28] "El derecho de autor como derecho de propiedad", en *Revista Mexicana de la Propiedad Industrial y Artística*, año IV, núm. 8, jul.-dic., México, 1966, págs. 269 y siguientes.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-04 15:17:33.

29.10 Carácter jurídico del contrato conforme al derecho mexicano

Por lo que a invenciones se refiere, la *LPI* (art. 9o.) dice que el autor o su causahabiente tiene el derecho exclusivo de explotar la invención, y que tal derecho se adquiere mediante el privilegio de patente que otorgue el Estado.

En cuanto a las marcas, la propia *LPI* (art. 87) emplea la expresión *derecho de uso exclusivo*.

Al regular las formas de permitir los respectivos derechos de explotación y de uso, el mismo cuerpo legal prevé la *licencia de explotación* de patente y la *cesión* o *transmisión de los derechos* que confiere la patente (arts. 62 y 63), así como la *autorización de uso* y la transmisión de la marca (arts. 136 y 143). En ningún caso se emplean expresiones como *propiedad* o *compraventa*.

Después del discurso anterior, es posible resumir los presupuestos de la naturaleza jurídica del contrato, en la siguiente forma: el derecho del inventor, del titular de una patente, de una marca o de conocimientos técnicos, no presenta una naturaleza jurídica cierta; aunque no faltan quienes lo consideran como propiedad, lo cierto es que carece de algunos de los elementos característicos de ésta, la que, como es bien sabido, acusa su impronta romanesca, y por ello no es fácil que tales derechos sobre bienes inmateriales encuentren cabida en una institución elaborada exclusivamente para denotar los plenos derechos sobre cosas corporales. Así lo informa **Eugène Petit**.[29]

De esta suerte no es posible, sin forzar el citado concepto, enmarcar como compraventa el contrato en estudio, ni siquiera en caso de que implique la cesión plena del derecho sobre un signo marcario o sobre una patente, pues no cabría decir que el cedente se obliga —según reza el precepto legal mexicano— a *transferir la propiedad del derecho*.

Tampoco es dado atribuirle el carácter de *cesión de derechos*, ya que, por hipótesis y por definición legal (art. 2029, *C.Civ.*), sólo son cesibles los que se tengan contra un deudor, personaje que no existe en el caso de la marca o de la patente.

Y las complicaciones suben de grado en caso de que el contrato consigne una licencia de patente o una autorización para explotar una marca, pues, como se sabe, en ambos casos el licenciante o autorizante conserva la titularidad del derecho y sólo permite su explotación comercial por un tercero, en ocasiones sin perderla él mismo.

Estas figuras —la licencia y la autorización— han desconcertado a los tratadistas, que no aciertan a encuadrarlas dentro de alguna de las formas contractuales hasta hoy conocidas; y así, fácil es refutar su carácter arrendaticio, e igualmente la pretensión de asimilarlas al uso o al usufructo, todos los cuales parten de la existencia de bienes corpóreos.

Es por todo lo anterior que parece necesario admitir que el contrato de transferencia de tecnología, en todas sus manifestaciones, es un contrato de naturaleza propia.

No debe olvidarse, sin embargo, que con frecuencia se presenta combinado con otras convenciones, como compraventa, prestación de servicios, comisión mercantil y

---

[29] *Tratado elemental de derecho romano*, Editora Nacional, México, 1947, pág. 229.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-04 15:17:33.

otras, frente a las cuales asume el carácter de principal, o de accesorio, pero conserva su autonomía.

29.11 Características

Por lo demás, y como resumen de las notas anteriores, hay que decir que se trata de un contrato:

- atípico
- innominado
- bilateral
- en ocasiones oneroso
- de tracto sucesivo.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-04 15:17:33.

CAPÍTULO 30

La franquicia

30.1 Generalidades e importancia

Aunque en rigor este contrato es uno más de los de transferencia de tecnología, mencionados de modo general en el capítulo que antecede, me ha parecido pertinente dedicarle un capítulo especial, por razón de su importancia actual, no menos que por sus proyecciones, a corto y mediano plazos, en la vida mexicana de los negocios, todo lo cual amerita cierto detenimiento en su examen.

He aquí otra forma contractual de las que implican una verdadera agrupación de empresas o bien, como apuntan algunos autores, la creación de grupos de interés económico que, como tales, hasta hace poco se mantenían, en México, prácticamente ayunos de regulación legal;[1] tal olvido legislativo y sus consecuencias habían sido puestos en relieve por **Claude Champaud**:[2]

> Lo que debe llamar la atención del jurista es que este procedimiento de expansión conduce a una concentración de empresas que descansa en último análisis sobre la separación de la administración social de la dirección técnica. En efecto, la existencia y el funcionamiento de un centro secundario de explotación material concretiza una división geográfica

[1] **Claude Champaud**, *Le pouvoir de concentration de la société par actions,* Sirey, Paris, 1962, págs. 1 y 2; **Teresa Puente Muñoz**, *El contrato de concesión mercantil,* Montecorvo, Madrid, 1976, pág. 276.
[2] *Op. cit.*, págs. 95 y 299.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-04 15:17:33.

> de la técnica y de la empresa... El Estado tiene la palabra para responder a los grupos de sociedades. Debe intervenir como protector de los individuos víctimas de los abusos de su poder económico, como representante de la Nación inquieta por las posibles consecuencias de su supranacionalidad, como depositario del poder público amenazado en sus facultades.

También lo destaca **Jean Guyenot**:[3]

> Como se trata de realizar entre un fabricante y revendedores una estructura jurídica de grupos de empresas, las técnicas del derecho contractual, comprendidos el derecho de sociedades y de asociaciones, ofrecen a los interesados, según como lo comprendan, crear *una unidad económica fluida o rígida*... A mitad de camino de las técnicas contractuales y societarias, los grupos de interés económico tienen seguramente más vocación de servir y aparecer como red de concesión en razón de la identidad de su objeto... Todos los contratos, comprendidos los contratos de grupos de interés económico que dan nacimiento a grupos de empresas, tienen el mismo objeto: las empresas recurren para acrecentar su fuerza a la integración en una unidad económica, no afectando su personalidad jurídica aunque su independencia se encuentre en contrapartida reducida.

Un paso muy importante en la regulación de las actividades de estos grupos empresariales se ha dado en México mediante la expedición de la *Ley Federal de Competencia Económica* (*DOF* 24 dic. 1992, reformada en numerosos e importantes aspectos, según publicación aparecida en el *DOF* 28 jun. 2006), sobre la que volveré más adelante (*infra* núm. 28.5), cuyo fundamental propósito es el de "proteger el proceso de competencia y de libre concurrencia, mediante la prevención y eliminación de monopolios, prácticas monopólicas y demás restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados de bienes y servicios" (art. 2o.).

En efecto, por mucho que el contrato que nos ocupa configura, ciertamente, una modalidad de la concesión,[4] se adentra en una forma de asociación y colaboración para la venta de los productos o servicios de uno de los asociados, con lo que el productor reduce considerablemente los costos de distribución, según el concepto que se examinará más adelante.

En términos puramente gramaticales, según el *Diccionario de la lengua española*, de la Real Academia Española, la franquicia es la "libertad y exención que se concede a una persona para no pagar derechos por las mercaderías que introduce o extrae o por el aprovechamiento de algún servicio público", acepción que de muy poco sirve para conceptuar el verdadero alcance de nuestra figura jurídica, cuya denominación está tomada del vocablo inglés *franchising*, extraído a su vez del francés *franchisage*; con el primero de ellos se denota un privilegio especial otorgado por la autoridad, mientras que el segundo se entiende referido a una situación de inmunidad o de excepción. Un vocablo similar en nuestro idioma lo constituye el verbo *franquear*, que significa salvar o suprimir obstáculos, del cual se obtienen los sustantivos *franquicia* y *franquía*, con el primero de los cuales se viene denominando el contrato respectivo.

---

[3] *¿Qué es el franchising? Concesiones comerciale*s, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1977, págs. 30-32.

[4] **Ana María Molas**, *Contratos comerciales atípicos*, Dibisa, Buenos Aires, 1983, pág. 83.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-04 15:17:33.

Nos encontramos, una vez más, ante uno de los contratos surgidos en la práctica estadounidense de los negocios, en este caso a fines del siglo XIX, si bien hace su aparición en Europa después de la Segunda Guerra Mundial, precisamente con franquicias originadas en el país de origen.[5]

Una noción acerca de la importancia de este mecanismo pueden suministrarla los siguientes datos: durante el año 2000 los franquiciatarios estadounidenses efectuaron ventas por aproximadamente la mitad de las operadas al menudeo en el país, en la inteligencia de que al finalizar dicho año, más de 550 mil establecimientos operaban bajo este sistema, de los cuales un alto porcentaje lo hacía en el sector de servicios, principalmente restauranteros; además, por la misma época eran más de 500 los franquiciantes estadounidenses que operaban en los países de los llamados Primer y Tercer Mundos principalmente, pero que ya estaban incursionando en varios países socialistas como China y Corea de Norte.[6]

En cuanto a México, el panorama de las franquicias es similar: franquicias hoteleras, restauranteras, de servicios automovilísticos, inmobiliarios, de mensajería, etc., en su mayoría estadounidenses, aparecen por todas partes, si bien, aunque de modo incipiente, vienen operando ya algunas mexicanas. Y no está de más recordar que casi todas las gasolinerías del país operan con arreglo a franquicias otorgadas por la más importante empresa —estatal— del país, Petróleos Mexicanos, a pesar de que los propietarios de dichas gasolinerías no son verdaderos franquiciatarios, sino meros distribuidores de los productos de la indicada entidad paraestatal.

Tampoco está por demás dejar constancia de que, independientemente de la posibilidad de operar mediante este sistema importantes servicios financieros, como la banca y el seguro, empresas estadounidenses y europeas vienen ofreciendo franquicias sobre las siguientes actividades: servicios de contabilidad, agricultura, galerías de arte, centros de diagnóstico automovilístico, alquiler y arrendamiento financiero de vehículos automotores, salones de belleza, diseños y construcciones de todo tipo, zonas para acampar, productos químicos para fumigación y mantenimiento, máquinas dispensadoras de bebidas y alimentos, así como de diversión, alimentos, clubes de gimnasia, moteles, servicios de impresión y fotocopiado, publicidad, escuelas de instrucción y actividades manuales, agencias de viajes, sistemas de acondicionamiento de agua, etcétera.

Puesto que, como es bien sabido, McDonald's es la empresa franquiciante de más importancia en el mundo, no carece de interés el informar que llegó a nuestro país el 29 de octubre de 1985, y desde esa fecha se ha multiplicado, en más de veces el número de franquicias y en más de cuarenta el número de empleos que genera, de tal manera que cuenta ya con cerca de quinientos restaurantes y da empleo directo a poco más de veinte mil personas y de manera indirecta a otras ciento ochenta mil.

continúa

[5] **Lena Peters** y **Marina Schneider**, "Le contrat de franchisage", en *Revue de Droit Uniforme,* UNIDROIT, Roma, 1985-1, pág. 156.

[6] **Enrique** y **Rodrigo González Calvillo**, *Franquicias: la revolución de los 90*, McGraw-Hill, México, 1991, págs. 41 y 42.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-04 15:17:33.

continuación

En el terreno internacional, ocupa uno de los primeros lugares entre las marcas de mayor nivel, opera en más de ciento treinta países, cuenta con aproximadamente cincuenta mil restaurantes, de los cuales veinticinco mil operan en los Estados Unidos de América y tiene cerca de nueve mil quinientos franquiciatarios.

Pero además, dicha empresa marcó varias pautas en nuestro país, pues por un lado introdujo el concepto de franquicia y, por el otro, una nueva forma de emplear a la gente, al ser la primera que contrató por hora lo que, por cierto, en un principio le ocasionó complicaciones de orden sindical.

En otro orden de ideas, no carece de importancia el mencionar aquí la existencia del Programa Nacional de Franquicias, auspiciado por la Secretaría de Economía para contribuir al desenvolvimiento y operación de modelos exitosos de franquicias, a través de un fondo revolvente en el que participan algunas instituciones aseguradoras, que permitirá otorgar financiamiento a los interesados, que también recibirán asesoría como forma de recomendarles la mejor opción sobre la materia. Se informó, además, que los beneficiarios deberán rembolsar los créditos sin causa de interés y en plazos hasta de treinta y seis meses.

Por lo demás, en febrero de 1989 se constituyó la Asociación Mexicana de Franquicias, dedicada, según se dijo, a difundir, promover y desarrollar en México la figura más exitosa de negocios del mundo.

30.2 Antecedentes, concepto y elementos

Surgido, como arriba se expresó, en Estados Unidos de América, cobró algún auge en la tercera década del siglo XX y, en forma explosiva, después de la Segunda Guerra Mundial. En México hizo su aparición en la década de 1950, si bien de modo embrionario y todavía sin un claro perfil autónomo, pero en los últimos años se ha manifestado de modo profuso, y todo parece indicar que le aguardan sus mejores momentos durante los próximos años, de manera especial ante la supresión de obstáculos al comercio internacional.

En su forma actual, la franquicia merece un doble concepto:

1. *Material* u *operativo*: en cuyos términos se trata de un sistema de distribución y comercialización conforme al cual un pequeño o mediano comerciante vende las mercaderías o los servicios con la marca y el empleo de los procedimientos que otro le proporciona.[7]

[7] Así, **Jean Guyenot**, *op. cit,* pág. 21: "El *franchising* se define *como la concesión de una marca de productos o de servicios* a la cual se agrega la concesión del conjunto de métodos y medios de venta"; **Javier Arce Gargollo** hace suya la definición que suministra el Black's Law Dictionary: "*El contrato*

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-04 15:17:33.

2. *Jurídico*: que suministra el art. 142 de la *Ley de la Propiedad Industrial,* que inexplicablemente menciona **Arce Gargollo**[8] como *Ley de Fomento y Protección a la Propiedad Industrial*:

> Existirá franquicia cuando con la licencia de uso de una marca se transmitan conocimientos técnicos o se proporcione asistencia técnica, para que la persona a quien se le concede pueda producir o vender bienes o prestar servicios de manera uniforme y con los métodos operativos, comerciales y administrativos establecidos por el titular de la marca, tendientes a mantener la calidad, prestigio e imagen de los productos o servicios a los que ésta distingue...

Coincidente, en lo sustancial, con los de otras leyes extranjeras.

De lo expuesto resultan dos elementos subjetivos y tres objetivos de este contrato. Son los primeros un *franquiciante* y un *franquiciatario*, a los que en contratos similares se conoce, respectivamente, como *otorgante*, *licenciante* o *concedente* y *licenciatario* o *concesionario*, respectivamente. En cualquiera de los casos, puede tratarse de una persona física o de un ente social. Aunque por razón de la amplísima variedad de sus manifestaciones no existe lo que pudiera considerarse como formato o modelo uniforme de este contrato,[9] sus elementos objetivos suelen ser los siguientes, ajustados a las circunstancias:

a) Ante todo, y forzosamente, la licencia para el uso de una o más marcas comerciales, industriales o de servicios, y frecuentemente del nombre comercial. Adviértase que no opera la transmisión plena de la marca o del nombre comercial; luego, el franquiciante conserva su titularidad.
b) También de modo imprescindible, la transmisión de conocimientos técnicos y la prestación de la asistencia con los mismos relacionada, y que pueden referirse a una patente, un registro, secretos de fabricación (*know how*), etcétera.
c) Como contraprestación a cargo del franquiciatario y a favor del franquiciante, de ordinario con arreglo a la utilidad que obtenga el primero, una regalía o *royalty.*

Parece claro que todo ello opera en función de la explotación comercial, por parte del franquiciatario, de los bienes o servicios a los que se aplican las marcas y, en su caso, de la negociación que ha de operar con el nombre comercial del franquiciante, merced al empleo de los métodos operativos, comerciales y administrativos fijados por este último.

---

de franquicia es aquel por el que el franquiciante otorga al franquiciatario la licencia de uso de una marca con el derecho a distribuir ciertos productos o a explotar, con cierta exclusividad, una empresa o negociación mercantil de bienes o de servicios, en ambos casos, mediante la transmisión de conocimientos técnicos y el uso de marca(s) y nombre(s) comercial (es), a cambio de una contraprestación generalmente ligada a los resultados de la operación de la negociación", en *El contrato de franquicia*, 1a. ed., Editorial Porrúa, 2009, pág. 35.

[8] *Contratos mercantiles atípicos*, 10a. ed., Editorial Porrúa, México, 2004, págs. 384 y siguientes.

[9] **Javier Arce Gargollo**, *El contrato…*, *cit.,* pág. 39, afirma que generalmente es un contrato de adhesión.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-04 15:17:33.

30.3 Contenido del contrato. Deberes precontractuales

Por supuesto, además de las cláusulas esenciales derivadas de los pactos que, atento lo expuesto, configuran el contenido principal del contrato, son frecuentes las estipulaciones sobre:

- Territorio o zona geográfica en que ha de operar el franquiciatario.
- El carácter exclusivo o no de la franquicia.
- Duración, que puede ser fija o indeterminada, en este caso con preaviso de terminación.
- El mayor o menor grado en que prestará el franquiciante la supervisión.
- La forma y los términos en los que el franquiciatario podrá efectuar la publicidad.
- La reserva o la confidencialidad que debe guardar el franquiciatario respecto de los conocimientos técnicos que se le suministren.
- La libertad o no del franquiciatario para adquirir las materias primas o insumos.
- El compromiso del recíproco suministro de innovaciones o mejoras.
- La libertad o no del franquiciatario para fijar los precios de venta.
- La obligación, por parte del franquiciante, de proporcionar manuales operativos y, por parte del franquiciatario, de ajustarse a ellos.
- La obligación y el derecho recíprocos de efectuar visitas de carácter técnico, así como las épocas, la duración y el costo de las mismas.
- La forma y los términos en que se solicitará y proporcionará la asistencia técnica necesaria o requerida.
- Las condiciones y los alcances en que podrán efectuarse planes y campañas de ofertas y promociones.
- La posibilidad de expansiones geográficas y de elaboración de nuevos productos o prestación de nuevos servicios.
- La posible preferencia del franquiciatario para obtener nuevas franquicias.
- El pacto de no competencia recíproca.
- La adopción, según índices por demás variables, de un mínimo de ventas usualmente redituables para ambas partes.
- La contratación de seguros sobre bienes de activo fijo, mercaderías y responsabilidad civil.
- La indemnidad del franquiciante por las actividades del franquiciatario y por los bienes o servicios que venda.
- La facultad o no del franquiciatario para conceder subfranquicias.
- La incesibilidad del contrato, derechos y obligaciones derivados del mismo, por parte del franquiciatario, así como las consecuencias de la liquidación o fallecimiento de una de las partes.
- El arrendamiento —puro o financiero— o el comodato de inmuebles y equipo.
- Los casos de rescisión o terminación anticipada del contrato.
- Los derechos y las obligaciones de las partes al concluir el contrato.
- Las leyes aplicables y la competencia judicial para los casos de controversia.

Pero además, en el *Reglamento de la Ley de la Propiedad Industrial* (art. 65), se consigna una serie de deberes precontractuales a cargo del futuro franquiciante, consis-

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-04 15:17:33.

tentes en el suministro, a los futuros franquiciatarios, de la información técnica, económica y financiera que se consigna en el propio precepto, como sigue:

I. Nombre, denominación o razón social, domicilio y nacionalidad del franquiciante;
II. Descripción de la franquicia;
III. Antigüedad de la empresa franquiciante de origen y, en su caso, franquiciante maestro en el negocio objeto de la franquicia;
IV. Derechos de propiedad intelectual que involucra la franquicia;
V. Montos y conceptos de los pagos que el franquiciatario debe cubrir al franquiciante;
VI. Tipos de asistencia técnica y servicios que el franquiciante debe proporcionar al franquiciatario;
VII. Definición de la zona territorial de operación de la negociación que explote la franquicia;
VIII. Derecho del franquiciatario a conceder o no sus franquicias a terceros y, en su caso, los requisitos que deba cubrir para hacerlo;
IX. Obligaciones del franquiciatario respecto de la información de tipo confidencial que le proporcione el franquiciante, y
X. En general, las obligaciones y derechos del franquiciatario que deriven de la celebración del contrato de franquicia.

A fines de 2008 la prensa mexicana informó sobre el engaño del que, merced al ofrecimiento de una franquicia, se hizo víctimas a varias personas interesadas en operar la venta de libros, en diversas ciudades del país. Uno de los interesados, según se dijo, invirtió casi dos millones de pesos en la adquisición de un inmueble y del mobiliario apropiado, pero ulteriormente se enteró de que el nombre comercial y la marca de la empresa librera oferente no son propiedad de la misma, que sólo tiene la calidad de licenciataria, sin facultades para sublicenciar.

La anterior referencia se hace aquí por razón de que, siempre con arreglo a las publicaciones periodísticas, cierto asesor de la presunta adquirente proclamó supuestas deficiencias de nuestras leyes en materia de propiedad intelectual, que, según él, no disponen lo conducente sobre la previa información de sus derechos por parte de las oferentes de franquicias.

Como se ha visto, tal afirmación fue por demás errónea, atento lo dispuesto por el ya citado art. 65 del Reglamento de la *LPI*, que con toda claridad prescribe, entre otros deberes de los franquiciantes, el de informar a los futuros franquiciatarios sobre los aspectos jurídicos, técnicos, económicos y financieros de la entidad oferente y de sus derechos de propiedad industrial.

30.4 Naturaleza del contrato y situación jurídica de las partes

El Centro Francés de Comercio Exterior[10] distingue tres tipos de franquicia: industrial, de distribución y de servicios, clasificación que me parece ajustada a la realidad, y que

[10] **Lena Peters** y **Marina Schneider**, *op. cit.,* pág. 190.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-04 15:17:33.

a mi juicio agota las posibilidades de su operación. En efecto, la *franquicia industrial* supone la entrega al franquiciatario de conocimientos técnicos para la elaboración de los productos que este último empleará en la elaboración y venta de los productos respectivos; en tal forma operan las empresas embotelladoras de refrescos cuyas marcas son mundialmente conocidas.

La *franquicia de distribución* implica sólo la entrega que de sus productos elaborados hace el concedente al concesionario para que este último se limite a distribuirlos o a venderlos directamente; así opera una afamada empresa zapatera mexicana.

Por último, en la *franquicia de servicios* el licenciante faculta al licenciatario para prestar los que ya opera el primero.

Pero en todos los casos la esencia del contrato es la misma, por lo que resulta interesante, por su trascendencia, ubicar la naturaleza jurídica de esta figura, tarea nada fácil, habida cuenta de la amplísima gama de los ingredientes jurídicos que plantea, como antes se vio, la existencia de estipulaciones que, aisladamente consideradas, resultaría fácil encuadrar como licencias de uso, agencias, compraventas, arrendamientos, comodatos y otros:

a) Así, no es difícil localizar manifestaciones de la agencia, figura que la legislación y la doctrina mexicanas están muy lejos de ubicar en cuanto a su carácter jurídico. En efecto, *prima facie*, el franquiciatario opera como lo haría un agente del franquiciante, por cuanto emplea el nombre comercial y la marca de este último; empero, salta desde luego una formidable objeción: el primero de ellos no actúa en nombre o por cuenta del licenciante, como sí ocurre en el caso del agente.[11]
b) Tampoco nos encontramos frente a una comisión mercantil, pues el franquiciante no otorga mandato alguno a su licenciatario.
c) Un mero contrato de distribución es, podría argüirse, pero, una vez más, conviene precisar que el franquiciatario no actúa como un mero distribuidor, sino con el nombre comercial y la marca del franquiciante, al paso que el segundo actúa con su propio nombre comercial y tal vez con su propia marca.
d) Aunque muestra algunas similitudes con la concesión, **Molas**[12] ha puesto de relieve las diferencias al apuntar que:

> ... las estipulaciones eventualmente implícitas relativas al nombre del proveedor son ampliamente explícitas y hacen generalmente el objeto de una licencia de marca; además... el contrato de franquicia tiene un dominio amplio, pues mientras el primero se refiere únicamente a la distribución de productos, el dominio de elección del contrato de franquicia es también, por el contrario, la prestación de servicios. En el contrato de franquicia el concedente no cede solamente el uso de su marca al concesionario. Se compromete igualmente a suministrarle los medios de comercializar los productos o los servicios convenidos.

Por su parte, **Coshnear**[13] afirma:

---

[11] En el mismo sentido, **Theodore A. Coshnear**, *Il contrato di franchising,* Ipsoa Informática, sin lugar de edición, 1986, pág. 9: "La franquicia se distingue del contrato de agencia por el hecho de que el afiliado, empresario por sí mismo, actúa en nombre propio y por cuenta propia (si bien empleando para fines publicitarios el nombre comercial y los otros signos distintivos del concedente). El agente, por el contrario, actúa en nombre y por cuenta de su principal.

[12] *Op. cit.,* pág. 9.

[13] *Op. cit.,* pág. 9.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-04 15:17:33.

> En el normal contrato de concesión, el concedente vende determinados productos al concesionario sin especial referencia a la creación de una precisa imagen en el lugar de venta del concesionario y, en la mayoría de los casos, sin preocuparse del uso por parte de los signos distintivos del concedente... la franquicia abarca los elementos característicos de la concesión y agrega otros más para constituir con el afiliado una relación más incisiva y una identidad más completa.

De esta suerte, parece que no quedan sino dos caminos: el ciertamente cómodo de encuadrar nuestro contrato dentro de un carácter jurídico especial, con características de tal manera *sui generis* que no permiten ubicarlo en otras figuras ya conocidas,[14] o bien el de escudriñar su propósito fundamental y englobar en un todo sus características, ante la posibilidad de que, como resultado, se encuentre que ya existe un contrato que las reúna. Y a mi juicio existe tal contrato: si el franquiciante aporta al franquiciatario derechos inmateriales (marca, conocimientos y asistencia técnica) para que éste los aproveche en la explotación de una negociación mercantil; si a cambio de ello este último concede al primero una participación en las utilidades que obtenga de la explotación, aparece, casi fielmente retratado, el contrato de asociación en participación, como lo define el art. 252 de la *Ley General de Sociedades Mercantiles*, particularmente si, como acaece con frecuencia, en caso de pérdidas el franquiciante arrostra también las consecuencias de las mismas, como ocurre en la práctica europea y estadounidense, según lo informan **Coshnear**,[15] y, en cuanto a la práctica mexicana, **Arce Gargollo**.[16] Este autor, por cierto, discrepa de tal opinión y, tras de rechazar el carácter asociativo de este contrato, apunta que en realidad es de colaboración, "... pues las partes contratantes son independientes y no corren el mismo riesgo, respecto a utilidades y pérdidas, como sucede en las figuras asociativas".[17]

Sin embargo, como antes apunté, y la práctica así lo demuestra, es por demás frecuente el pacto en el sentido de que el franquiciatario se comprometa a conceder al franquiciante, como contraprestación, una parte de las utilidades que obtenga de la explotación, y así resulta fielmente retratado el contrato de asociación en participación. Ello, independientemente de que no resulta del todo clara la afirmación en el sentido de que este contrato es de colaboración, pues en verdad el franquiciatario y el franquiciante no *colaboran* recíprocamente en operación alguna; cada uno es titular de su propia empresa y su relación jurídica es, por una parte, de índole puramente asociativa, sin que se mencione conducta alguna de colaboración: ambas partes se asocian a fin de que una de ellas, el franquiciatario, aproveche la marca y la asistencia técnica de la otra, el franquiciante, con el propósito final de retribuirle en la forma convenida, usualmente referida a sus utilidades.

No menor interés representa el ubicar la situación jurídica de las partes. Como se ha visto, trátase de personas jurídicas diversas, con plena autonomía financiera, a pesar o precisamente por su vinculación contractual, si bien no puede sostenerse que

---

[14] Opinión que sustenta **Javier Arce Gargollo**, *El contrato…*, *cit.*, págs. 45-49.

[15] *Op. cit.,* pág. 26: "Las formas de pago más usuales son esencialmente dos: los derechos de contratación... y los cánones (*royalties*) calculados sobre un porcentaje de la facturación anual por parte del afiliado...".

[16] *El contrato…*, *cit.,* pág. 83: "En el contrato se puede determinar qué porcentaje sobre la base de regalía corresponde a cada uno de estos conceptos, o fijarse una tasa o porcentaje global".

[17] *El contrato …, cit.*, págs. 46 y 47.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-04 15:17:33.

actúen con absoluta independencia, en razón de que el franquiciatario ve supeditada su actuación a la técnica impuesta por el franquiciante, de tal manera que este último, como afirman **Peters** y **Schneider**,[18] ocupa una posición dominante, de modo principal en cuanto a la gestión, contabilidad y publicidad, controles todos ellos necesarios para la eficacia en la operación.

De manera por demás discutible desde el punto de vista constitucional, el mencionado art. 142 de la *LPI,* delegó en el Poder Ejecutivo la facultad, más legislativa que reglamentaria, de fijar los "términos" conforme a los cuales, como deber precontractual, el futuro franquiciante debe suministrar al futuro franquiciatario información relativa al estado que guarda su empresa, expresión esta última de una evidente vaguedad.

Pues bien, valido de facultades tan irregularmente delegadas, así como de la expresada vaguedad, el Poder Ejecutivo llegó al extremo, en el art. 65 del Reglamento de la referida *LPI*, de rebasar con mucho tales facultades, y así, por ejemplo, se exige al futuro franquiciante informar sobre los "montos y conceptos de los pagos que el franquiciatario" le cubrirá (frac. V), e igualmente sobre otros derechos y obligaciones del futuro franquiciatario. No es difícil apreciar que nada de esto tiene que ver con el estado que guarda la empresa del futuro franquiciante y, por ende, la ilegalidad del Reglamento es manifiesta.

Todo lo anterior justifica plenamente que el tantas veces citado UNIDROIT haya decidido redactar, en 2007, una *Ley Modelo sobre la Divulgación de la Información en Materia de Franquicia*,[19] que constituye un catálogo de datos que el futuro franquiciante debe suministrar al futuro franquiciatario sobre la verdadera situación patrimonial y sobre los derechos del primero respecto de la marca y demás circunstancias jurídico-económicas relacionadas con el futuro contrato.

30.5 Franquicia y monopolio

Como se ha podido apreciar, la agrupación de empresas o la constitución de grupos de interés económico que importa nuestro contrato puede colocar su operación en trance de monopolio, que corresponde a la autoridad impedir, como lo hizo, desde un principio, el Tratado de Roma, constitutivo de la Comunidad Económica Europea, hoy Unión Europea (UE), en sus arts. 85 y 86, en los que, resumidamente, proclama la incompatibilidad con el mercado común y la prohibición de los acuerdos entre empresas que puedan perjudicar el comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o por efecto impedir o restringir el juego de la competencia o el disfrute, de modo abusivo, de parte de una o más empresas, mediante una posición dominante en el mercado común o sobre una parte sustancial del mismo.

Ulteriormente, el 3 de septiembre de 1986, la Comisión de la referida Comunidad emitió un documento relativo a los acuerdos, las decisiones y prácticas concernientes a la colaboración entre empresas, destinado a precisar los alcances de los supradichos preceptos y a establecer casos que no incurren en las mencionadas prohibiciones, que implican ciertas restricciones a la operación de las franquicias.

---

[18] *Op. cit.,* pág. 226.

[19] http://www.unidroit.org/spanish/modellaws/2002franchise/2002modellaw-s.pdf

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-04 15:17:33.

Sobre este mismo punto, la Corte de Justicia de la UE, con sede en Luxemburgo, dictó una resolución en el ya famoso caso *Pronuptia,* el primero planteado en materia de franquicia, en la que determinó que algunas cláusulas del contrato que dio lugar a la contienda incurrían en violación de ciertas prohibiciones contenidas en los aludidos preceptos del Tratado de Roma, al paso que otras resultaban admisibles.[20]

Por lo que se refiere a Estados Unidos de América, las cortes y jueces han venido considerando que ciertas cláusulas del contrato que nos ocupa son contrarias a la llamada *Ley Sherman*, por lo que los contratantes se han visto en la necesidad de redactarlas con un cada vez más atenuado rigor; así, las que suponen restricciones, tanto horizontales como verticales, en su acceso a la clientela; las que obligan al franquiciatario a vender el producto o prestar el servicio propio de la franquicia necesariamente en unión de otro de diversa procedencia; las que injustificadamente restrinjan las fuentes de aprovisionamiento del franquiciatario; las que obliguen a este último a ajustar sus precios de venta al público estrictamente a las indicaciones del franquiciante.[21]

Empero, el rigor de la citada *Ley Sherman* ha venido siendo atenuado de manera importante por la llamada regla de razón (*rule of reason*), que las cortes aplican sin empacho alguno, por virtud de la cual es necesario tomar en consideración los elementos y circunstancias en que se habrá de operar o se está desarrollando una franquicia, como la naturaleza de los bienes o servicios sobre los que recae, la posición, dominante o no, del franquiciante o del franquiciatario en el mercado respectivo, no menos que las restricciones impuestas al franquiciatario en cuanto a territorio, fuentes de aprovisionamiento, fijación de precios y otras, para decidir si con todo ello se configura un escenario adverso a la libre competencia. Ahora bien, tal regla de razón ha sido rechazada por los tribunales de primera instancia de las comunidades europeas, con argumentos a propósito del peligro de que se interprete excesivamente, en vista de las circunstancias especiales de carácter económico y jurídico en que se desenvuelven los países de la propia Unión Europea.[22]

La legislación mexicana ofrece un panorama muy parecido a los anteriores, a poco que se analice el riguroso sustento antimonopólico de la *Ley Federal de Competencia Económica:*

> Quedan prohibidos... las prácticas que, en los términos de esta ley, disminuyan, dañen o impidan la competencia y la libre concurrencia en la producción, procesamiento, distribución

[20] *Véase* el texto completo de esta resolución en **Theodore A. Coshnear**, *op. cit.,* págs. 100 y 111.

[21] **Juan Ignacio Ruiz Peris**, *El contrato de franquicia y las nuevas normas de defensa de la competencia,* Civitas Ediciones, Madrid, 1991, págs. 36-48; este autor plantea, además (págs. 154 y sigs.), las dificultades de conciliar algunas cláusulas propias de este contrato con lo dispuesto por el art. 1o. de la *Ley de Defensa de la Competencia* española, del 17 de julio de 1989, en cuanto prohíbe "... todo acuerdo... que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o en parte del mercado nacional".

[22] **Emmanuel Dieny**, «Le TPI réaffirme l'absence de règle de raison en droit communautaire de la concurrence», en *Revue de Droit des Affaires Internationales*, octobre 2006, no. 5, Paris, págs. 681-689.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-04 15:17:33.

> y comercialización de bienes o servicios (art. 8o.)... se consideran prácticas monopólicas relativas los actos, contratos, convenios o combinaciones cuyo objeto o efecto sea o pueda ser... establecer ventajas exclusivas en favor de una o varias personas, en los siguientes casos: I. Entre agentes económicos que no sean competidores entre sí, la fijación, imposición o establecimiento de la distribución exclusiva de bienes o servicios, por razón de sujeto, situación geográfica...; así como la imposición de la obligación de no fabricar o distribuir bienes o prestar servicios por un tiempo, determinado o determinable; II. La imposición del precio o demás condiciones que un distribuidor o proveedor debe observar al expender o distribuir bienes o prestar servicios; III. La venta, compra o transacción condicionada a comprar, adquirir, vender o proporcionar otro bien o servicio adicional, normalmente distinto o distinguible o sobre bases de reciprocidad; IV. La venta, compra o transacción sujeta a la condición de no usar o adquirir, vender o proporcionar los bienes o servicios producidos, procesados, distribuidos o comercializados por un tercero... (art. 10).

Ante tal estado de cosas, la redacción de los contratos de franquicia ofrece no pocas dificultades, pues no cabe duda sobre que sus principales cláusulas inciden, en mayor o menor grado, en el ámbito de aplicación de la citada *LFCE*.

Cuestión aparte, pero de gran trascendencia, es el hecho de que, como respecto de otros rubros, los créditos bancarios se encuentran muy limitados, a lo menos en México, hacia los franquiciatarios, al igual que las garantías y los avales, frecuentemente requeridos por los franquiciantes.

Ante tal estado de cosas, la Asociación Mexicana de Franquicias ha venido auspiciando la creación de una microfinanciera que, bajo la forma de unión de crédito, debió iniciar sus operaciones a fines de 2007, pero al escribirse estas notas, primavera de 2010, no se tienen noticias de que se haya constituido, e indudablemente a ello obedece el plan de financiamiento antes mencionado, en el que participarán, como se dijo, la SE y algunas instituciones aseguradoras.

Para ello, es ilustrativo tener presente que, a fines de 2006, México ocupaba el lugar número 18 dentro de los que operan con franquicias, y que objeto de las mismas eran aproximadamente setecientas cincuenta marcas.

Pero además, durante noviembre de 2011 se abrió, en la Ciudad de México, una empresa dedicada al registro y colocación de franquicias, que mostrará las diferentes opciones disponibles para las personas físicas o morales interesadas en la explotación de tales franquicias. En su carácter de filial de una empresa estadounidense, operará en México bajo el nombre de *Franchise Store*.

Dentro de sus numerosas actividades, actuará como centro de soluciones para inversionistas y franquiciantes, a cuyo efecto, tras de hacer un estudio del perfil del inversionista, se le ofrecerán varias opciones y, además, la asesoría en cuanto a la ubicación de locales adecuados, trámites legales y administrativos, etc. Ofrecerá franquicias relativas a setenta giros diferentes, entre ellos alimentos, regalos, servicios, desarrollos comerciales, salud, belleza y muchos otros.

En otro orden de ideas, resulta por demás ilustrativo, como signo de los tiempos, el dar cuenta de que las crisis económicas de los años recientes han repercu-

continúa

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-04 15:17:33.

continuación

tido, como era de esperarse, en la instalación de empresas por cuenta propia, frente a lo cual se alza como alternativa más prometedora, principalmente en los sectores de servicios y alimentos, la de franquicias, que suponen una reducción de riesgos y de incertidumbres, pues, como antes se expresó, ofrecen posibilidades comerciales verdaderamente productivas, como prueba de lo cual, a lo menos en México, cerca de 60% de los negocios independientes no cumple el segundo año de vida, al paso que el 95% de las franquicias mantiene su permanencia por lo menos hasta el quinto año de vida, máxime que en este sector han desempeñado importantes papeles el Programa Nacional de Franquicias, que ha auspiciado la generación de 500 nuevas marcas en los últimos cinco años y, además, la Asociación Mexicana de Franquicias, que viene otorgando créditos por sumas ciertamente no muy crecidas, para el desarrollo de nuevos conceptos, a cuyo efecto los interesados pueden consultar el Catálogo de Empresas Franquiciantes Acreditadas ante la Secretaría de Economía.

30.6 Legislación

Fuera del ya citado art. 142 de la *Ley de la Propiedad Industrial,* y de lo dispuesto por el art. 65 de su Reglamento, que por cierto sólo consigna los deberes precontractuales a cargo del futuro franquiciante, según se dijo en 26.3, en nuestro medio no existe regulación alguna de este contrato, lo que contrasta con la copiosa legislación vigente en otros países. Así, en la mayor parte de los Estados de la Federación estadounidense existen legislaciones sobre el mismo; en Canadá se expidió, hace varios años, la *Ley Uniforme de Franquicias*, si bien las provincias conservan la facultad de dictar disposiciones de carácter específico; varios países de Europa han adoptado, con efectos de ley o de reglas privadas, disposiciones sobre este contrato.

Un dato revelador de la importancia de este contrato en México, es el dado a conocer, a principios de 2012, por la Asociación Mexicana de Franquicias en el sentido de que, entre 2007 y 2011, el número de firmas franquiciantes pasó de 600 a 1,280, lo que convirtió al país en el quinto lugar a escala mundial respecto de este tipo de negocios, que de ese modo aporta el 6% al Producto Interno Bruto del País.

Se dijo también que México es uno de los países más dinámicos y líderes a escala internacional en este tipo de negocio, que genera 600 000 empleos en el país, todo ello estimulado en buena parte por la aplicación del Programa Nacional de Franquicias.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-04 15:17:33.

30.7 La franquicia internacional

El auge de este contrato impulsó al UNIDROIT, hace ya varios años, a ponderar la conveniencia de prohijar una convención internacional reguladora del mismo. Tamaño intento encontró serios obstáculos consistentes, de modo primordial, en la hoy generalizada existencia de leyes nacionales represivas de toda manifestación contraria a la libre concurrencia comercial. Como antes se vio, algunas de las cláusulas propias de este contrato enmarcan conductas monopólicas de mayor o menor grado.

> Visto tal estado de cosas, el UNIDROIT optó por elaborar una *Guía para los Acuerdos Internacionales de Franquicia Principal* (1998), que consta de los siguientes 20 capítulos: 1. Conceptos fundamentales en la relación franquicial y elementos necesarios para la formación del contrato. 2. Naturaleza y extensión de los derechos concedidos. 3. Duración del contrato y condiciones para su renovación. 4. Aspectos financieros. 5. Obligaciones del franquiciante. 6. Obligaciones del subfranquiciante. 7. El control. 8. Publicidad y control de la publicidad. 9. Aprovisionamiento de equipo y de otros elementos. 10. Propiedad intelectual. 11. Secretos de fabricación y secretos comerciales. 12. Sistemas de cambio en la relación franquicial. 13. Venta, cesión y transmisión. 14. Responsabilidad frente a terceros, indemnización y seguro. 15. Consecuencias del incumplimiento. 16. Terminación del contrato y sus consecuencias. 17. Derecho aplicable y solución de controversias. 18. Cláusulas generalmente empleadas. 19. Documentos complementarios. 20. Requerimientos regulatorios.[23]

30.8 Características

De lo expuesto se pueden resumir los principales atributos del contrato que nos ocupa:

- no hay duda sobre su mercantilidad[24]
- nominado
- atípico en México
- sinalagmático
- oneroso
- de tracto sucesivo
- consensual[25]
- frecuentemente de adhesión
- en ocasiones aleatorio, pero
- en otras conmutativo, ya que, como afirman **Peters** y **Schneider**:[26] "Si este contrato es aleatorio en lo que hace a las ganancias (prestaciones del franquiciatario)

[23] Puesto que al escribirse estas líneas sólo se disponía de la versión inglesa del documento respectivo, la traducción es de exclusiva responsabilidad del autor.
[24] Así, **Javier Arce Gargollo**, *El contrato…*, *cit.,* págs. 24 y 38.
[25] **Lena Peters** y **Marina Schneider**, *op. cit.,* pág. 214; **Javier Arce Gargollo**, *El contrato…*, *cit.,* pág. 43.
[26] *Op. cit.,* pág. 216.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-04 15:17:33.

que serán proporcionales a los resultados de la empresa, se puede decir que es conmutativo en cuanto a la extensión de las demás prestaciones de las partes".[27]

Resulta ilustrativo el consignar aquí algunas notas sobre la actuación de las franquicias en México, según reportes dignos de crédito.

A pesar de la intensa crisis económica que se hizo sentir en gran parte de los países del mundo, a mediados de 2011 el sector mexicano de franquicias comenzó a recuperar las pérdidas resentidas durante 2009 y parte de 2010. Téngase muy presente, siempre en el medio mexicano, que la mayor parte de las franquicias operan en los giros de servicios, de alimentos y bebidas, así como del comercio al detalle.

Se dijo también que a partir de 2011 el Gobierno, por conducto de la SE, apoyaría a tal sector en dos ejes: mediante el fortalecimiento de las marcas con una estrategia de mercadotecnia apoyada en el uso de las nuevas tecnologías de la comunicación y, además, mediante facilidades a la internacionalización y exportación de modelos exitosos de franquicias mexicanas.

Se informó también que franquicias de otro tipo han venido mostrando preferencias por parte de la ciudadanía. Así, las relacionadas con la mejoría en la apariencia personal: establecimientos de depilación láser, reducción de peso, alimentos saludables y gimnasios, pero también por lo que se refiere a los helados nutritivos y bajos en grasa, la educación en materia de robótica, matemáticas, ciencias, deportes e idiomas.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

[27] Para un amplio y bien informado estudio sobre la franquicia en México, es recomendable la lectura de la tesis profesional de **Claudia Pérez Tenorio**, *El contrato de franquicia y su regulación en México*, UNAM, México, 1999.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-04 15:17:33.

CAPÍTULO 31

La edición

31.1 Generalidades

Con la expresión *derecho de autor* se significan, como es sabido, dos inseparables atributos que las leyes reconocen al creador de una obra *intelectual* o *artística* (art. 11, *LFDA*): el llamado *derecho moral* y el derecho pecuniario, patrimonial o de explotación de su obra; perpetuo, inalienable, imprescriptible e irrenunciable el primero (art. 19); temporal el segundo (art. 29).

El reconocimiento del derecho de autor, así como las vicisitudes de su naturaleza jurídica, han corrido paralelos a los del llamado *derecho de la propiedad industrial,* del que se trató en el capítulo 26 de este libro; y no podía ser de otra manera, vistas sus notables semejanzas, primordialmente por razón de que sus manifestaciones son producto de la mente humana, esto es, en ambos casos se trata de meras *ideas —corpus mysticus—* que, para su aprehensión, requieren un vehículo material *—corpus mechanicum*.

Y es este medio de corporización el que muestra la única diferencia formal y jurídica entre tales elaboraciones de la mente: al paso que las expresiones de la propiedad industrial se manifiestan en productos o servicios que satisfacen o son el medio idóneo de satisfacer necesidades materiales, el derecho de autor acude a medios apropiados para satisfacer necesidades o aficiones *intelectuales*.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-04 15:17:33.

31.2 Régimen legal del derecho de autor y del contrato de edición

De modo principal, aunque genéticamente discutible, esta materia se regula en la *Ley Federal del Derecho de Autor,* publicada en el *DOF* 24 dic. 1996.

Y lo discutible reside en la arbitraria *federalización* del derecho de autor, que en nuestro medio fue, desde siempre, materia de orden común, y de ese modo opina **Vázquez Pando**:[1] "Ni bajo la *Constitución* de 1857 era, ni bajo la de 1917 que nos rige es materia federal la propiedad intelectual, aunque no han faltado argumentos espurios para defender lo contrario, y a pesar de que el Congreso General ha legislado en la materia invadiendo con ello la competencia local".

Pero, como es lógico, preceptos con necesarias e importantes repercusiones en nuestro contrato se encuentran en la Convención Universal (*sic*) sobre Derecho de Autor, revisada en París el 24 de julio de 1971, ratificada por México según resulta del decreto promulgatorio publicado en el *DOF* 9 mar. 1976.

En el mismo lugar y fecha de tal Convención nuestro país firmó el Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, según Acta de París; su aprobación y ratificación se promulgaron por decreto aparecido en el *DOF* 24 ene. 1975.

Pero además, previamente, el 11 de agosto de 1910, nuestro país había firmado la Convención sobre Propiedad Literaria y Artística, elaborada por la Cuarta Conferencia Internacional Americana, celebrada en Buenos Aires, Argentina, de cuya aprobación y ratificación se dio cuenta mediante decreto publicado en el *DOF* 23 abr. 1963 (¡53 años después de firmada!); seguramente algunas de sus disposiciones deben entenderse modificadas, y otras derogadas, por las antes mencionadas Convención Universal y Acta de París relativa al Convenio de Berna.

De menor resonancia contractual son otros convenios internacionales: Convención Internacional sobre la Protección de los Artistas Intérpretes o Ejecutantes, los Productores de Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión, publicado en el *DOF* 27 may. 1964; Convención para la Protección de los Productores de Fonogramas contra la Reproducción no Autorizada de sus Fonogramas, aparecida en el *DOF* 9 ago. 1991, así como numerosos acuerdos y circulares emitidos por la Secretaría de Educación Pública.

Aquí es necesario hacer un alto para poner de relieve las deplorables circunstancias en las que actualmente se desenvuelven los derechos de autor, que impunemente se desconocen y se violan por la reprobable actuación de las llamadas *empresas piratas*, no menos que por la hoy día generalmente difundida práctica del fotocopiado y, más modernamente aún, por la difusión de toda clase de obras literarias, musicales, programas de computación, imágenes diversas y otras mediante la Internet.

Ante ello, cabe traer a colación las expresiones del tratadista mexicano **Adolfo Loredo Hill**,[2] el que, tras de admitir que la cultura es patrimonio de la humanidad y no privilegio de unos cuantos, reconoce que los conocimientos del hombre se plasman en creaciones del espíritu, luego el Estado no debe ni puede permitir que se lucre con

---

[1] "Comentarios a la Convención sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías a la luz del derecho mexicano", en *Anuario Jurídico*, del Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1983, pág. 46.

[2] *Derecho autoral mexicano,* 1a. ed., Editorial Jus, México, 1990, pág. 132.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-04 15:17:33.

ánimo mercantilista con los libros y demás factores que inciden en la educación; en México se lee poco, y por ello la cultura del libro tiene escasa importancia, al paso que aumenta la cultura del telespectador, a lo que habría que agregar la cultura del videojuego y de la adicción a la Internet.

31.3 Notas sobre la naturaleza jurídica del derecho de autor

Operan aquí los mismos argumentos y teorías que en el capítulo 29 se esbozaron a propósito del carácter jurídico de la propiedad industrial; como podrá verse, incluso se anticiparon algunas opiniones vertidas con referencia al derecho de autor (**Pouillet**, **Ortega Serralde**), pero no parece ocioso mencionar otras:

a) Audaz por novedosa, y seductora por su hábil construcción, es la ya menciona da teoría de **Edmond Picard**, expuesta en el último tercio del siglo XIX, sobre la existencia de una cuarta categoría de derechos, los intelectuales, que son el de autor y el de propiedad industrial, opinión que, al parecer, cobra nuevos bríos en los últimos tiempos, a juzgar por el sentido de voces recientes que, aunque con palabras diversas, en lo sustancial coinciden con la del tratadista belga; así, **José Antonio Gómez Segade**,[3] quien afirma que estos derechos son *bienes inmateriales* —expresión que confiesa haber tomado de **Joseph Kohler**—, que se distinguen de los materiales:

1. Por no ser susceptibles de un inmediato disfrute económico.
2. Por ser su representación material, en principio, ilimitadamente repetible.
3. Por cuanto su naturaleza les permite ser objeto de posesión simultánea, lo que no es posible en los materiales.

Al adherirse también a la opinión de **Picard**, **Carlos Mouchet** y **Sigfrido A. Radaelli**[4] sólo formulan reserva de las marcas, las enseñas comerciales, así como los modelos y dibujos industriales que, a su juicio, no deben incluirse dentro de los derechos intelectuales, como sí, en cambio, las obras literarias o artísticas y los inventos.

b) En cambio, **Langle y Rubio**[5] escribe que, si bien se trata de una propiedad, no puede ser "... igual exactamente a la común u ordinaria, en caracteres y facultades; pero sí que es un derecho de *propiedad especial*, cuya estructura es restringida".

Séame permitido expresar mi opinión: el art. 28 de la *CPEUM,* al prohibir de modo general los monopolios, exceptúa algunos casos —acuñación de moneda, correo, telégrafos, radiotelegrafía y emisión de billetes—, entre ellos los "... privilegios que por

---

[3] *El secreto industrial* (*know how*). *Concepto y protección*, Editorial Tecnos, Madrid, 1974, págs. 70 y siguientes.

[4] *Derechos intelectuales sobre las obras literarias y artísticas*, t. I, Guillermo Kraft, Buenos Aires, 1948, pág. 92.

[5] *Manual de derecho mercantil español*, t. III, Editorial Bosch, Barcelona, 1959, pág. 242.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-04 15:17:33.

determinado tiempo se concedan *a los autores* y artistas para la reproducción de sus obras, y a los que, para el uso exclusivo de sus inventos, se otorguen a los inventores y perfeccionadores de alguna mejora."; de ese modo es posible, por el momento, calificar el derecho pecuniario del autor, e igualmente el del inventor, como *privilegio* temporal.

Ahora bien, ¿quién y con qué efectos *concede* semejante privilegio?: el Estado, por supuesto, pero, por cuanto es temporal, no hay duda sobre que recae exclusivamente en el derecho pecuniario, pues ya sabemos que el llamado *derecho moral* es perpetuo; de manera, entonces, que tal derecho pecuniario, aunque reconoce como génesis remota la creación de la obra o la invención, sólo surge a la vida jurídica en el momento en que el Estado *concede el privilegio* temporal para el uso exclusivo, tal como ocurre con otros derechos que emanan de un acto de voluntad estatal, como las concesiones, los permisos, las licencias y las autorizaciones.

En otras palabras: la mera creación intelectual es únicamente embrión de tal derecho, el cual sólo surge de un acto administrativo, como privilegio temporal, *sin relación con figura alguna del derecho privado*.

Y tal es, a mi juicio, la naturaleza del derecho pecuniario del autor y del inventor: un *privilegio administrativo temporal,* opinión que comparte **Barrera Graf**:[6] "Se trata, en realidad, de un monopolio legal en favor de ellos (aunque se refiere a los inventores, no cabe por menos que referir tal opinión a los autores, por la obvia razón de que se trata, en ambos casos, de productos del intelecto), como expresamente indicaba la *Constitución* de 1857" (art. 28).

Por otra parte, así resulta igualmente de lo dispuesto por el art. 11 de la *LFDA*: "El derecho de autor es el reconocimiento que hace el Estado a favor de todo creador...". Conclusión tal, como se ha visto, obtenida sólo de un razonamiento positivista, en lo sustancial coincide con la de **Valverde y Valverde**,[7] quien, por camino un tanto diverso, llega al mismo punto: "De esto deducimos... que los derechos de autor, que la propiedad intelectual, en cuanto significa la prohibición de la imitación o reproducción de una obra... es un monopolio, y no puede ser otra cosa, porque lo que hace la legislación especial que regula estos derechos es precisamente prohibir la imitación, que el derecho común no prohíbe...".

Pero, ¿*quid iuris* en cuanto a la naturaleza del derecho moral, del cual nada dice el ordenamiento constitucional?

Vistos los hábiles cuanto vigorosos, y hasta ahora frustráneos, esfuerzos por colocar este derecho dentro del de propiedad; sabido que este derecho tiene manifestaciones —salvo una— de carácter impeditivo, pues permite al autor "... oponerse a cualquier deformación, mutilación u otra modificación de ella, así como a toda acción o atentado a la misma que cause demérito de ella o perjuicio a la reputación del autor..." (art. 20-III, *LFDA*); irremediablemente admitido que no se trata de un derecho real, personal ni obligacional, no veo por qué no ha de admitirse también que *se trata de una nueva y especial categoría de derechos*, como lo sostienen **Kohler, Picard** y sus correligionarios.[8]

Al adherirse a tal corriente, que menciona como *doctrina de los bienes inmateriales*, el propio **Gómez Segade** (pág. 77) expresa que la misma "... es admitida en la actualidad

---

[6] *Instituciones de derecho mercantil*, Editorial Porrúa, México, 1989, pág. 113.
[7] *Tratado de derecho civil español*, t. II, Talleres Tipográficos Cuesta, Valladolid, 1920, pág. 120.
[8] *Citados* por **José Antonio Gómez Segade**, *op. cit.*, págs. 74 y siguientes.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-04 15:17:33.

por la *gran mayoría de la doctrina*"; en cambio, **Barrera Graf**,[9] antes partidario de la teoría de la propiedad, escribía: "Que los derechos reales, *incluso el derecho de propiedad*, pueden recaer sobre estos objetos (se refiere a las que llama *cosas incorporales*), nadie lo discute ya en la actualidad." Según la elemental regla de la lógica, una de las dos afirmaciones tiene que ser falsa... o ambas, pero no pueden ser verdaderas las dos.

En efecto, como poco antes se vio, este autor modificó su parecer, pues posteriormente expresó que se trata de un monopolio legal, lo que difícilmente podría calificarse de verdadera propiedad.

Igualmente, **Alberto Vásquez del Mercado**[10] afirma que se trata de una de las dos propiedades intelectuales; la otra es la propiedad industrial. Pero ni este autor ni **Barrera Graf** se ocupan en refutar los argumentos de sus antagonistas, y no ocultan que su principal asidero es la terminología legal, pues, según afirma el primero de ellos, el sustantivo *propiedad* fue empleado tanto en la *Ley* francesa del 7 de enero de 1791 como en la mexicana de 1903 y, sostienen ambos, más rotundamente en la *Ley de la Propiedad Industrial* de 1943.

Ahora bien, como se dijo, ninguno de tales autores ahonda en las inocultables diferencias entre estas *propiedades intelectuales* y el derecho de propiedad: "Están especialmente en contraste las formas de adquisición, originarias y derivadas, las formas de extinción, la duración, la eficacia intrínseca que es virtualmente ilimitada en el dominio, esencialmente restringida, en el derecho de autor, a facultades determinadas... Por último, en lo que se refiere al catálogo de acciones judiciales, no existe identidad y ni siquiera analogía entre los dos derechos".[11]

Y entonces surge la obligada pregunta: ¿ha de concluirse que el derecho de autor —como el del inventor— tiene dos manifestaciones, sujetas a diverso tratamiento: una, el *derecho exclusivo de explotación*, temporal y de contenido pecuniario, y la otra, el *derecho moral*, perpetuo, de contenido primordialmente jurídico y sin un inmediato correlato económico? Como corolario de lo expuesto, me parece que la respuesta tiene que ser afirmativa, pues, además, es fácilmente demostrable la existencia de ambos derechos, con diverso régimen legal: mientras que el pecuniario es temporal, prescriptible, cesible y embargable, el moral carece de tales atributos.

Como era de esperarse, en la misma forma se pronuncia **Loredo Hill**:[12]

> Los derechos morales son personalísimos; inalienables; incesibles; perpetuos,... imprescriptibles,... e irrenunciables... Los derechos patrimoniales o materiales se refieren a la explotación pecuniaria de una obra, el autor por su esfuerzo creador tiene derecho a recibir una retribución que le permita vivir dignamente, incluso a beneficiar post-mortem a sus herederos. En vida se pueden transmitir, dentro de los lineamientos de la propia Ley autoral,...

Tales expresiones ameritan sólo una apostilla: con muy contadas excepciones, los autores no perciben, por la comercialización de sus obras, retribuciones que les permitan vivir dignamente. La historia es pródiga en ejemplos.

---

[9] *Tratado de derecho mercantil*, vol. I, Editorial Porrúa, México, 1957, pág. 261.
[10] *Concesión minera y derechos reales*, Editorial Porrúa, México, 1946, nota 1 en págs. 28 y siguientes.
[11] **Eduardo Piola Caselli, Alfredo Arienzo** y **Franco Bile**, voz: *Diritti d'autore*, en *Novissimo Digesto Italiano*, vol. V, UTET, Torino, 1964, págs. 669 y siguientes.
[12] *Op. cit.*, pág. 93.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-04 15:17:33.

El citado derecho exclusivo de explotación tiene, en el derecho mexicano, una duración de cien años a contar desde la muerte del autor (art. 29-I, *LFDA*), de donde resulta que el contrato de edición, así como los demás relacionados con la explotación pecuniaria de la obra, podrán ser celebrados, a la muerte del autor, por sus herederos o legatarios a quienes civilmente haya correspondido el derecho respectivo.

31.4 Carácter jurídico del contrato de edición

Es natural que el contrato de edición encuentre, para su encuadre jurídico, parecidas dificultades. "Hay contrato de edición de obra literaria —se lee en el art. 42 de la *LFDA*— cuando el autor o el titular de los derechos patrimoniales ... se obliga a entregar una obra a un editor y éste a su vez, se obliga a reproducirla, distribuirla y venderla cubriendo al titular del derecho patrimonial las prestaciones convenidas."

La edición regulada en el tít. III, cap. II de la *LFDA,* abarca solamente la reproducción *impresa* de obras literarias protegidas por la propia ley; empero, son aplicables sus prevenciones a otras formas de reproducción, en lo que les sea compatible (película cinematográfica, disco, cinta, etcétera).

Como antes se aclaró, en estas notas se examina sólo el aludido contrato de edición impresa.

Compraventa, arrendamiento, sociedad, comisión mercantil, mandato: tales figuras se ha querido ver en la edición. Inútil paréceme discurrir en detalle sobre la falta de fundamento de tamañas pretensiones, que caen al más leve soplo: si, según se ha demostrado *ad náuseam*, el autor no ejerce derecho de propiedad; si no hay un bien tangible de por medio; si el contrato de edición no supone, por sí solo, un mandato conferido al editor, ni engendra una nueva personalidad, no puede darse supuesto alguno de los aludidos contratos; ¿debe seguirse de ello que también aquí se trata de un contrato *sui generis*, como parece ser la opinión dominante?[13]

Sostengo, sin embargo, que los elementos del ya suministrado concepto legal, aunados a la forma en que prácticamente opera el contrato, permiten considerar que se trata de una asociación en participación pues, como veremos, punto por punto responde a la noción legal de la misma (art. 252, *LGSM*); en efecto:

a) Al editor corresponde el carácter de asociante, y el de asociado al autor.
b) El autor aporta la obra producida por su mente.
c) A cambio de tal aportación, el editor concede al autor una participación de las utilidades o de las pérdidas que arroje la venta —operación de comercio— de la obra impresa.

A tal concepción podrá objetarse que, en ocasiones, el editor anticipa al autor el pago del porcentaje que, como regalía, suele convenirse, y que en tal caso ya no cabría decir que dicho autor participa en las utilidades, pues no es posible saber de antemano si las habrá, y tal vez no llegue a haberlas. A ello repongo que la entrega al asociado de sumas a cuenta de utilidades es compatible con el contrato de asociación en participa-

[13] **Emilio Langle y Rubio**, *Manual...*, *cit.*, t. III, pág. 243.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-04 15:17:33.

ción, al que son aplicables, "a falta de estipulaciones especiales,... las reglas establecidas para las sociedades en nombre colectivo,..." (art. 250, *LGSM*), cuyos socios industriales —en este caso el autor— no están obligados a devolver las sumas que, a cuenta de utilidades, perciban para alimentos, aunque los posteriores estados financieros no las arrojen (art. 49).

31.5 Formalidad y mercantilidad del contrato de edición

Aunque el carácter formal de este contrato venía operando de hecho, el texto del art. 30, 3er. párr., de la nueva *LFDA* no suscita dudas sobre el particular, por cuanto proclama su nulidad "de pleno derecho" cuando no se otorgue por escrito.

Surgido como figura civil, en la actualidad no puede caber duda sobre la naturaleza mercantil de nuestro contrato.

Todavía muestra el *C.Civ.* el hueco dejado por el Título Octavo del Libro Segundo, que estuvo dedicado a regular la materia autoral, derogado por la *Ley Federal sobre Derechos de Autor*, del 31 de diciembre de 1947, lo que pareciera dar la razón a **Vázquez Pando** cuando postula la naturaleza civil de esta materia (*véase supra* núm. 28.2). Pero no es así.

En efecto, si conforme al transcrito concepto legal, pero igualmente con arreglo a la práctica, el autor entrega su obra a un editor, quien se obliga a publicarla; si este editor es, por definición, un empresario comercial (art. 75-1X, *C.Com.*); si ambos persiguen un propósito de especulación a través de la venta que supone la explotación de la obra, no es difícil concluir en la mercantilidad del contrato de edición.

Tal opinan **Garrigues**,[14] **Langle y Rubio**[15] y **Vásquez del Mercado**.[16] Acertadamente anota el segundo de ellos que, en cambio, si el autor "la explota (la obra) *por sí* mismo y *costea la edición* que encargue a otra persona, no se sale de la órbita civil".

Obsérvese, además, que el contrato de que se trata ha pasado a ocupar un lugar en las leyes mercantiles modernas:

- *C.Com.* colombiano, arts. 1354 y siguientes.
- *C.Com.* de Costa Rica, arts. 582 y siguientes.
- *C.Com.* de Guatemala (que regula también los contratos de difusión y de representación escénica), arts. 824 y siguientes.
- *C.Com.* de El Salvador, que también regula el contrato de grabación, arts. 1501 y siguientes.
- *C.Com.* de Honduras, arts. 1265 y siguientes.
- *C.Com.* de Panamá, art. 2o., párr. 3o.

En unión de los contratos de reproducción y ejecución de obras, lo preveía nuestro *proy. C.Com.* (arts. 874 y siguientes).

---

[14] *Curso de derecho mercantil*, 9a. ed., reimpresión, I y II, Editorial Porrúa, México, 1993, pág. 363.
[15] *Manual...*, *cit.*, t. III, págs. 244 y 245.
[16] *Contratos mercantiles*, 5a. ed., Editorial Porrúa, México, 1994, pág. 410.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-04 15:17:33.

31.6 Régimen jurídico del contrato de edición

Como es de suponerse, de los derechos que forman la dicotomía autoral, sólo los de explotación, los pecuniarios, pueden ser objeto de nuestro contrato; la ley confina al autor, como personalísimas y por tanto incesibles en forma alguna, las manifestaciones del derecho moral, que sólo pueden transmitirse *mortis causa* (art. 20, *LFDA*).

Libremente transmisibles son, en cambio, las expresiones del derecho de explotación, como la reproducción —una de cuyas formas es la edición—, la ejecución, las adaptaciones, las instrumentaciones, los resúmenes, las traducciones y otras. Tal libertad, empero, reconoce ciertos acatamientos legales, que tienen su explicación en los siguientes principios:

1. La libertad de creación intelectual.
2. La prohibición de aherrojar al autor mediante pactos sobre ulteriores ediciones o sobre su futura producción intelectual.
3. El irrestricto reconocimiento al autor de su derecho al anonimato, al seudónimo, e incluso al inédito.
4. El estímulo a la producción intelectual, por estimar que la misma pasa a formar parte del acervo cultural del país.

Por lo demás, la *LFDA* pregona su misión protectora de los derechos establecidos por la misma, en beneficio de los autores y, tal vez por ello, su carácter de ley de orden público, así como el interés social de sus disposiciones (arts. 1o. y 2o.).

Del estatuto regulador del contrato resulta la existencia de cláusulas esenciales, naturales y nulas.

1. Son cláusulas *esenciales* las que versen sobre:

   a) La entrega actual o la promesa de entrega futura de la obra al editor y la obligación de éste de reproducirla y ponerla a la venta (art. 42).
   b) La prestación o regalía a cargo del editor (art. 47-IV).

   Por tanto, no es contrato de edición, sino acaso contrato civil de obra, a precio alzado, el que se celebre con un impresor para la sola reproducción de la obra y entrega de los ejemplares al autor, el que, con toda seguridad, posteriormente ha de celebrar un contrato para la distribución, o quizá de compraventa de los ejemplares en conjunto, para su ulterior reventa por el comprador. En casos como éste, poco frecuentes en verdad, el autor hace llegar su obra al público sin que haya mediado contrato de edición.
   c) El número de ediciones o de reimpresiones que comprenda (art. 47-I).
   d) Cantidad de ejemplares de que constará la edición (art. 47-II).

2. Son cláusulas *naturales* y, por tanto, se entenderán comprendidas en el contrato a falta de estipulación o pacto en otro sentido, las siguientes:

   a) La edición debe quedar concluida, y los ejemplares puestos a la venta, en el término de un año, que corre desde la fecha en que el editor haya recibido la obra (art. 55).

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-04 15:17:33.

b) El editor fijará el precio de venta de los ejemplares al público (art. 50).
c) En todo caso, el contrato terminará cuando la edición se agote (art. 56).
d) El editor facultado para publicar separadamente varias obras del mismo autor, no tiene derecho para editarlas conjuntamente; el editor del conjunto tampoco puede publicarlas separadamente (art. 51).

3. Son cláusulas *nulas*:

a) La que comprometa al autor a no crear obra alguna (art. 34).
b) La que comprometa, de modo general, la futura producción del autor (art. 34).

31.7 Obligaciones legales del editor

Mas congruente con su postulado proteccionista, la *LFDA* consigna algunas disposiciones de proyección extracontractual, que imponen obligaciones al editor en cuanto tal:

a) Los gastos que ocasionen la edición, distribución, promoción, publicidad y propaganda corren a cargo del editor (art. 48).
b) Si, transcurrido el término dentro del cual debe quedar concluida la edición, o en su defecto un año, el editor no cumpliere, deberá pagar al autor los daños y perjuicios causados, incluso si este último opta por exigir el cumplimiento (art. 55).
c) En cada uno de los ejemplares el editor deberá mencionar su nombre y dirección, así como el año de la edición y número ordinal de la misma (art. 53).
d) Salvo que se trate de una obra anónima, también debe consignarse el nombre o seudónimo del autor y, en su caso, el del traductor, compilador, adaptador, etcétera (art. 57).

31.8 Inscripción del contrato

Aunque las producciones intelectuales, como las que aquí se mencionan, están protegidas "desde el momento en que hayan sido fijadas en un soporte material", y a pesar de que "el reconocimiento de los derechos de autor y... conexos no requiere registro ni documento de ninguna especie..." (art. 5o., *LFDA*), resulta indudable la conveniencia de registrar las obras artísticas o literarias en el Registro Público del Derecho de Autor, dependiente del Instituto Nacional del Derecho de Autor, e igualmente los contratos de edición, por cuanto las inscripciones "establecen la presunción de ser ciertos los hechos y actos que en ellas consten, salvo prueba en contrario... (y) salvo los derechos de terceros". Así pues, tales inscripciones no son obligatorias (art. 168).

Sobre tales apoyos es posible sentar los verdaderos efectos de la inscripción:

a) *Presuntivos*: salvo prueba en contrario, de la veracidad de los datos objeto de la misma.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-04 15:17:33.

b) *Inversores* de la carga de la prueba, por cuanto sólo mediante un juicio contradictorio, en el cual el *onus probandi* será del actor que impugne el derecho derivado de un acto inscrito, podrán destruirse tales efectos.
c) *Facilitadores*: por tanto, de la protección del derecho del autor como tal, y como parte en el contrato de edición.

31.9 Características

Como resumen de lo expuesto, debe concluirse que el contrato de edición presenta los siguientes caracteres distintivos:

- *Típico y nominado*: pues con su nombre está previsto y regulado por la *LFDA*.
- *Formal*: ya que de otro modo no sería posible determinar los alcances de las estipulaciones que, como forzosas, exige la ley para la validez del contrato.
- *Real*: por cuanto las obligaciones primordiales del editor sólo pueden surgir una vez que ha recibido la obra que ha de reproducirse.
- *Bilateral*: pues que la obligación del autor de entregar la obra tiene su correlato en las del editor, de reproducirla y pagar la regalía.
- *Oneroso*: por razón de que plantea prestaciones de ambas partes, en especial del autor, y en efectivo —pero también podría estipularse en especie, o mixta— la del editor.
- *Aleatorio*: en cuanto a sus resultados pecuniarios, pues ninguna de las partes sabe de antemano si los ejemplares se venderán, ni en qué número, luego tampoco pueden pronosticar el monto de sus respectivos provechos.

Por su parte, **Loredo Hill**,[17] al expresar el carácter conmutativo de este contrato, afirma que las prestaciones que se deben los contratantes son ciertas desde el primer momento. A ello podría objetarse que, como antes se expresa, las regalías a favor del autor quedan, ciertamente, precisadas en cuanto a su porcentaje, pero de ninguna manera se garantiza su entrega al autor, y por ello es válido sostener su aleatoriedad.

- *Conmutativo*: por lo que hace a los derechos y las obligaciones no patrimoniales de las partes.

Dejo a salvo los contados casos en los que previamente está contratada la venta de todos los ejemplares, pues en ellos asume carácter siempre conmutativo.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

[17] *Op. cit.,* pág. 118.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-04 15:17:33.

Bibliografía

ABASCAL ZAMORA, José María, *Diccionario Jurídico Mexicano,* 2a. ed., Editorial Porrúa-UNAM, México, 1988.

ACOSTA ESTÉVEZ, José B., *Perfiles de la Ley General de Publicidad*, 1a. ed., Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1990.

ADAME GODDARD, Jorge, *El contrato de compraventa internacional*, McGraw-Hill, México, 1994.

————, "La Convención sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías en el derecho mexicano" en *Revista de Derecho Privado*, UNAM, año 1, núm. 1, ene.-abr., México, 1990.

AGOGLIA, María M., Juan C. BORAGINA y Jorge A. MEZA, *Responsabilidad por incumplimiento contractual*, Hammurabi, Buenos Aires, 1993.

AGUILAR CARBAJAL, Leopoldo, *Contratos civiles*, 3a. ed., Editorial Porrúa, México, 1982.

ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús, *Las condiciones generales de la contratación*, Civitas Ediciones, Madrid, 1991.

ALTERINI, Atilio Aníbal, *Contratos. Civiles-Comerciales-De consumo. Teoría general*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998.

ÁLVAREZ SOBERANIS, Jaime, *La regulación de las invenciones y marcas y de la transferencia de tecnología*, Editorial Porrúa, México, 1979.

American Law Institute, Restament of the Law Second. Contracts 2d, no. 2, American Law Institute Publishers, St. Paul, 1981.

ANDERE MENDIOLEA, A., "El orden público nacional y el orden público internacional en México, una consideración y necesidad evolutiva para el derecho internacional privado", *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado*, 1a. ed., Atril, México, 2003.

ANDREOLI, M., *La cesión del contrato*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1956.

ARCE GARGOLLO, Javier, "Contratos mercantiles asociativos", en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, núm. 19, Escuela Libre de Derecho, México.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-04 15:17:33.

_____, *Contratos mercantiles atípicos*, 10a. ed., Editorial Porrúa, México, 2004.
_____, *El contrato de franquicia*, 4a. ed., 2a. reimpresión, Editorial Themis, México, 2001.
_____, "La cesión del contrato", en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, año 8, núm. 8, Escuela Libre de Derecho, México, 1984.
ARIENZO, Alfredo y Franco BILE, voz: "Diritti d'autore", en *Novissimo Digesto Italiano*, vol. V, Torino, 1964.
ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto, *Contratos mercantiles. Teoría general del negocio mercantil*, t. I, 12a., ed., Biblioteca Jurídica Diké, Medellín, Colombia, 2007.
ASCARELLI, Tullio, "Elisir di lunga vita e interesse nell'assicurazione", en *Saggi di diritto commerciale*, Giuffrè, Milano, 1955.
_____, "Teoria della concorrenza e interesse del consumatore", en *Saggi di diritto comerciale*, Giuffrè, Milano, 1955.
AYMARD, André y Jeannine AUBOYER, *Roma y su imperio* II, Ediciones Destino, Barcelona, 1980.
BAEZA PINTO, Sergio, *El seguro*, 3a. ed. actualizada por **Juan Achurra Larraín**, Ed. Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1994.
BARAJAS MONTES DE OCA, Santiago, "Naturaleza jurídica del contrato de los agentes de comercio", en *Estudios jurídicos en memoria de Roberto L. Mantilla Molina*, Editorial Porrúa, México, 1984.
BARLOW LYDE & Gilbert, *Reinsurance. Practice and the law*, Lloyd's of London Press Ltd., London, 1993.
BARRERA GRAF, Jorge, "Concepto y requisitos de la sociedad en derecho mexicano", en *Estudios jurídicos en homenaje a Joaquín Garrigues*, Editorial Tecnos, Madrid, 1971.
_____, *Estudios de derecho mercantil*, Editorial Porrúa, México, 1958.
_____, *Instituciones de derecho mercantil*, Editorial Porrúa, México, 1989.
_____, *Inversiones extranjeras*, México, 1975.
_____, "La compraventa contra documentos", en *Estudios de derecho mercantil*, UNAM, México, 1958.
_____, "La reforma de la legislación mercantil: cuestiones y problemas más urgentes de ser regulados", en *Temas de derecho mercantil*, UNAM, México, 1983.
_____, *La reglamentación uniforme de las compraventas internacionales de mercaderías*, UNAM, México, 1965.
_____, *La regulación jurídica de las inversiones extranjeras en México*, México, 1981.
_____, *La representación voluntaria en derecho privado. Representación de sociedades*, México, 1967.
_____, *Las sociedades en derecho mexicano*, UNAM, México, 1983.
_____, "Reseña del libro *Contratos mercantiles*, de **Arturo Díaz Bravo**", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, año XIX, núm. 55, México, ene.-abr. 1986.
_____, *Tratado de derecho mercantil*, Editorial Porrúa, México, 1957.
BASEDOW, Jürgen, "Lex Mercatoria and the private international law of contracts in economic perspective", en *RDU*, vol. XII, 2007-4.
BAUCHE GARCIADIEGO, Mario, *La empresa*, México, 1977.
_____, *Operaciones bancarias*, 3a. ed., Editorial Porrúa, México, 1978.
BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel, *Obligaciones civiles*, 5a. ed., Oxford University Press, México, 1999.
BERGAS, María Antonia, "Cláusulas abusivas en contratos de seguros y protección de los consumidores", en *Aseguranza*, núm. 20, julio-agosto, Madrid, 1998.
BERNAL-FANDIÑO, Mariana, "El solidarismo contractual —especial referencia al derecho francés—", en *Vniversitas*, *Revista de Derecho*, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, núm. 114, jul.-dic., Bogotá, 2007.
BESCÓS TORRES, Modesto, *Factoring y franchising*, Ediciones Pirámide, Madrid, 1990.
Black's Law Dictionary, fifth edition, West Publishing Co., St. Paul, Minn., 1979.
BLOND, Neil C. y Louis, PETRILLO, *Blond's contracts*, Fifth edition, Sulzburger & Graham Publishing, Ltd, New York, 1995.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-04 15:17:33.

BONET CORREA, José, *El control de cambios y las obligaciones monetarias*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Roma-Madrid, 1967.
————, *Las deudas de dinero*, Civitas Ediciones, Madrid, 1981.
————, "Las medidas jurídicas protectoras frente a las alteraciones monetarias", en *Jurídica*, núm. 16, México, 1984.
BORDA, Guillermo A., *Manual de obligaciones*, 9a. ed., Editorial Perrot, Buenos Aires, 1992.
BORJA MARTÍNEZ, Francisco, "Obligaciones en moneda extranjera", *Conferencia*, Barra Mexicana, Colegio de Abogados, (versión mecanográfica), México, 15 may. 1980.
————, "Régimen jurídico de la moneda extranjera", en *Jurídica*, núm. 9, México, jul. 1977.
————, "Validez jurídica de las cláusulas de estabilización monetaria contenidas en los contratos de mutuo", en *Estudios jurídicos que en homenaje a Manuel Borja Soriano presenta la Universidad Iberoamericana*, México, 1969.
BORJA SORIANO, Manuel, *Teoría general de las obligaciones*, 8a. ed., Editorial Porrúa, México, 1982.
BROSETA PONT, Manuel, *El contrato de reaseguro*, Aguilar, Madrid, 1961.
————, *Estudios de derecho bursátil*, Editorial Tecnos, Madrid, 1978.
————, *Manual de derecho mercantil*, 9a. ed., Editorial Tecnos, Madrid, 1991.
BRUNETTI, Antonio, *Tratado de derecho de las sociedades*, vols. I, II y III, UTEHA, Buenos Aires, 1960.
BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *Responsabilidad civil y otros estudios*, I y II, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1984 y 1992.
BUTTARO, Luca, "Moderni orientamenti sul concetto giuridico di assicurazione nella dottrina italiana", en *Atti del Primo Congresso Internazionale di Diritto delle Assicurazione*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1963.
CACHARD, Olivier, "Le domaine coordonné par la directive sur le commerce électronique et le droit international privé", en *Revue de Droit des Affaires Internationales,* Forum Européen de la Communication, no. 2, Paris, 2004.
CALAIS-AULOY, Jean, "La venta a domicilio y la venta por correo en el derecho francés", en *Defensa de los consumidores de productos y servicios*, dirigida por **Gabriel Stiglitz**, La Rocca, Buenos Aires, 1994.
CALCATERRA, R., *Mediación estratégica*, Editorial Gedisa, Barcelona, 2002.
CÁMARA, Héctor, *Letra de cambio y vale o pagaré*, t. I, Ediar, Buenos Aires, 1970.
Caminos de hierro, 1a. ed., Ferrocarriles Nacionales de México, México, 1996.
CANO, J. Ignacio, *La retención de cosa ajena*, Editorial Bosch, Barcelona, 1990.
CAPECCHI, Gabriele, "Nature and enforceability of a letter of intent under italian law", en *Revue de Droit des Affaires Internationales*, Forum Européen de la Communication, no. 2, Paris, 2004.
CARNACCI, Tito, *Arbitraje*, trad. de **Santiago Sentís Melendo**, Buenos Aires, EJEA, 1961(citado por **F. Flores García**).
CARNELUTTI, Francesco, *Sistema di Diritto Procesale Civile*, Antonio Milani Padova, Cedam-Casa Editrice Dott, t. I (citado por **F. Flores García**).
CARVALLO YÁÑEZ, Erick, *Tratado de derecho bursátil*, Editorial Porrúa, México, 1997.
CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho civil español, común y foral*, t. II, 6a. ed., Reus, Madrid, 1943.
CASTRILLÓN Y LUNA, Víctor Manuel, *Contratos mercantiles*, 1a. ed., Editorial Porrúa, México, 2002.
CASTRO, Juventino V., *La Suprema Corte de Justicia ante la ley injusta,* 2a. ed., Editorial Porrúa, México, 1998.
CERVANTES AHUMADA, Raúl, *Derecho mercantil*, 4a. ed., Editorial Herrero, México, 1982.
————, "La cláusula '*rebus sic stantibus*' en el actual orden jurídico mexicano", en *Estudios jurídicos en memoria de Roberto L. Mantilla Molina*, Editorial Porrúa, México, 1984.
————, *Títulos y operaciones de crédito*, 14a. ed., Editorial Herrero, México, 1988.
CHAMPAUD, Claude, *Le pouvoir de concentration de la société par actions*, Sirey, Paris, 1962.
CHAPPUIS, Christine, "Les clauses de best efforts, reasonable care, due diligence et les règles de l'art dans les contrats internationaux", en *RDAI*, núm. 3/4, 2002.
CHIOVENDA, José, *Principios de derecho procesal civil*, trad. de **José Casais Santaló**, t. I, Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1980.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-04 15:17:33.

CICERÓN, Marco Tulio, *Los oficios o los deberes*, 2a. ed., Editorial Porrúa, México, 1975.
CLARKE, Malcolm A., *The law of insurance contracts*, 2a. ed., Lloyd's of London Press, London, 1994.
_____, "Deep Vein Thrombosis (DVT): a Misfortune but not an accident – End of the runway in England.- A note on the decision of the House of Lords, 12 August 2005 Re Deep Vein Thrombosis and Air Travel Group Litigation" en *RDU*, vol. XI, 2006-1.
COGORNO, Eduardo Guillermo, *Teoría y técnica de los nuevos contratos comerciales*, Merú, Buenos Aires, 1979.
COILLOT, Jacques, *El leasing*, Editorial Mapfre, Madrid, sin fecha.
COLIN, Ambroise y Henry CAPITANT, *Derecho civil,* vol. 1: *Obligaciones*, Serie obligaciones, contratos, garantías y pruebas y negocios jurídicos, Editorial Jurídica Universitaria, México, 2002.
COSHNEAR, Theodore A., Il *contratto di franchising*, Ipsoa Informática, sin lugar de edición, 1986.
COUTURE, Eduardo J., *El arte del derecho y otras meditaciones*, vol. 1, Iure Editores, México, 2002.
_____, *Estudios de derecho procesal civil*, t. III, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1989.
DA GAMA CERQUEIRA, João, "El derecho de autor como derecho de propiedad", en *Revista Mexicana de la Propiedad Industrial y Artística*, año IV, núm. 8, jul.-dic., México, 1966.
DÁVALOS, José, "Luz y sombra. Los agentes de comercio", en *Excélsior*, México, 29 de enero de 1991.
DÁVALOS MEJÍA, Carlos Felipe, *Títulos y contratos de crédito, quiebras. Derecho bancario y contratos de crédito*, 2a. ed., Harla, México, 1992.
_____, *Títulos y operaciones de crédito,* 3a. ed., Oxford University Press, México, 2002.
DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina, *La cláusula rebus sic stantibus*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
DE BUEN LOZANO, Néstor, *La decadencia del contrato*, 2a. ed., Editorial Porrúa, México, 1986.
DE CAZALET, Bruno et John CROTHERS, "Présentation des dispositions législatives type sur les projects d'infrastructures a financement privé. Additif du guide legislative de la CNUDCI", en *Revue de Droit des Affaires Internationales*, Forum Européen de la Communication, no. 1, Paris, 2004.
DE COSSÍO, Alfonso, *Instituciones de derecho civil*, 1, Alianza Universidad, Madrid, 1977.
DE CUPIS, Adriano, *El daño. Teoría general de la responsabilidad civil*, Editorial Bosch, Barcelona, 1975.
DE LA CUEVA, Mario, *El nuevo derecho mexicano del trabajo*, t. I, 8a. ed., Editorial Porrúa, México, 1982.
DE SEMO, Giorgio, *La gestión de negocios ajenos en la teoría y en la práctica*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1961.
DE SILVA, Carlos, "El arbitraje: consideraciones constitucionales", trascripción de conferencia impartida en el Seminario de Arbitraje Comercial, ITAM/CAM, 1998, Biblioteca privada del Centro de Arbitraje de México (CAM).
DE SOLÁ CAÑIZARES, Felipe, *Tratado de derecho comercial comparado*, Montaner y Simón, Barcelona, 1963.
DESSAULT, François, "L'obligation d'achat dans certains contrats internationaux de fournitures", en *Revue de Droit des Affaires Internationales*, no. 1, FEC, Paris, 1998.
DI FILIPPO, María Isabel, *Tiempo compartido. Un condominio especial*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1987.
Díaz Bravo, Arturo, *Contratos mercantiles*, 10a. ed., Iure Editores, México, 2010.
_____, *Derecho mercantil*, 2a. ed., Iure Editores, México, 2006.
_____, "En torno al concepto de lo razonable en la Convención sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías", en *Anuario Jurídico*, X, UNAM, México, 1983.
_____, "La póliza de seguro", en *Estudios Jurídicos en Memoria de Roberto L. Mantilla Molina*, Editorial Porrúa, México, 1984.
_____, *Títulos y operaciones de crédito,* Iure Editores, México, 2006.
DÍAZ MAGALLÓN, Gerardo, *El reaseguro*, tesis profesional, UNAM, México, 1986.
Diccionario jurídico mexicano, UNAM, México, 1994.
DIENY, Emmanuel, «Le TPI réaffirme l'absence de règle de raison en droit communautaire de la concurrence», en *Revue de Droit des Affaires Internationales*, octobre 2006, no. 5, Paris.
DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, vol. I, Editorial Tecnos, Madrid, 1970.
DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo, *Derecho civil. Teoría del contrato. Contratos en particular*, 2a. ed., Editorial Porrúa, México, 2002; y 3a. ed., 2007.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-04 15:17:33.

DONATI, Antigono, *Trattato del diritto delle assicurazioni private*, Volume Secondo, III: El diritto del contrato di assicurazioni, Dott. Antonino, Giuffrè, Milano, 1954.
DUPUIS, J.C., *Mediación y conciliación*, Abeledo-Perrot, Argentina, 1997.
EHRENBERG, Víctor, *El reaseguro*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1941.
EMERSON, Robert W., *Business law*, fourth edition, Barron's, New York, 2004.
ESCOBAR SANÍN, Gabriel, *Negocios civiles y comerciales*, II, Biblioteca Jurídica Diké, Bogotá, 1994.
ESCRICHE, Joaquín, *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, vol. I, Editorial Porrúa, México, 1979.
ESTAVILLO CASTRO, F., *Medios alternativos de solución de controversias*, Jurídica Anuario de Derecho de la Universidad Iberoamericana, núm. 26, México, 1996.
ETCHEVERRY, Raúl Aníbal, *Derecho comercial y económico. Contratos. Parte especial*, 1, Astrea, Buenos Aires, 1991.
EVANS, Alastair, "The risk of over-regulation of the insurance industry: 'the child of crisis'", en *Bulletin of The Geneva Association*, núm. 45, junio de 2007.
FARNSWORTH, E. Allan, *Changing your mind: the law of regretted decisions*, Yale University Press, New Haven, London, 1998.
_____, *United States Contract Law*, Transnational Juris Publications, Inc., New York, 1991.
FERNÁNDEZ DIRUBE, Ariel, *Manual de reaseguros*, 2a. ed., General Re, Buenos Aires, 1993.
FLAH, Lily R. y Miriam SMAYEVSKY, *Teoría de la imprevisión*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1989.
FLORES GARCÍA, FERNANDO "Arbitraje, Conciliación, Amigable Composición" en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, t. XL, México, 1995.
FONTAINE, Marcel, *Droit des contrats internationaux. Analyse et rédaction de clauses*, Forum Européen de la Communication, Paris, 1989.
FONTANARROSA, Rodolfo O., *Derecho comercial argentino*, 2: *Doctrina general de los contratos comerciales*, Zavalía, Buenos Aires, 1987.
FORNER DELAYGUA, Joaquín J., *La cesión de contrato*, Editorial Bosch, Barcelona, 1989.
FREDERICK, Robert E., *La ética en los negocios*, Oxford University Press, México, 2001.
FRIEDMAN, Wolfgang, *El derecho en una sociedad en transformación*, México, 1966.
FRISCH PHILIPP, Walter, *Sociedad anónima mexicana,* 5a. ed., Oxford University Press, México, 1999.
FRISCH PHILIPP, Walter y Carlos GUTIÉRREZ CARDONA, "El arrendamiento financiero", en *El foro*, núm. 16, ene.-mar., Barra Mexicana, Colegio de Abogados, México, 1979.
GALINDO GARFIAS, Ignacio, Voz "Rescisión del contrato," en el *Diccionario jurídico mexicano*, 2a. ed., Instituto de Investigaciones Jurídicas, P-Z, Editorial Porrúa y UNAM, México, 1988.
GARCÍA MENDIETA, Carmen, "El concepto de lesión", en *Boletín del Instituto de Derecho Comparado*, año XVIII, núm. 53, UNAM, México, may.-ago. 1985.
_____, "La lesión civil. Estudio del artículo 17 del *Código Civil* para el Distrito Federal y su reforma de diciembre de 1983", en *Revista Mexicana de Justicia*, vol. III, núm. 1, México, ene.-mar. 1985.
GARCÍA MORENO, Víctor Carlos, "El arbitraje como medio de controversias en materia de inversiones en el TLC," publicado en *Panorama Jurídico del Tratado de Libre Comercio II*, Universidad Iberoamericana, México, 1993.
GARCÍA SAIS, *Derecho de los consumidores a la información. Una aproximación a la publicidad engañosa en México*, 1a. ed., Editorial Porrúa-Instituto Tecnológico Autónomo de México, México, 2007.
GARCÍA TÉLLEZ, *Motivos, colaboración y concordancias del nuevo Código Civil*, 2a. ed , Editorial Porrúa, México, 1965.
GARRIDO, Roque Fortunato y Jorge Alberto ZAGO *Contratos civiles y comerciales*, t. I, parte general, 2a. ed., 2a. reimp., Editorial Universidad, Buenos Aires, 2006.
GARRIGUES, Joaquín, *Contrato de seguro terrestre*, 2a. ed., Ed. del autor, Madrid, 1983.
_____, *Curso de derecho mercantil*, 9a. ed., reimpresión; ts. I y II, Editorial Porrúa, México, 1993.
GASTALDI, José María, *Contratos*, vol. II, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-04 15:17:33.

GENOVESE, Anteo, "Il fondamento razionale della surroga del assicuratore", en *Assicurazzioni*, I, 1a. parte, Roma, 1968.

GERATHEWOHL, Klaus, et al., *Reinsurance. Principles and practice* I, Verlag Versicherungswirtschaft V, Karlsruhe, 1980.

GHERSI, Carlos Alberto, *Contratos civiles y comerciales*, t. 2, 2a. ed., Astrea, Buenos Aires, 1992.

GIORDANO, Giuseppe, *Il contratto di agenzia*, Leonardo da Vinci Editrice, Bari, 1959.

GÓMEZ CALERO, Juan, *El transporte internacional de mercancías*, Civitas Ediciones, Madrid, 1984.

GÓMEZ LARA, Cipriano, *Derecho procesal civil*, Harla, México, 1991.

_____, *Teoría general del proceso*, 8a. ed., Harla, México, 1990.

GÓMEZ ROBLEDO, Antonio, "La cláusula *rebus sic stantibus*", en *Estudios internacionales*, Secretaría de Relaciones Exteriores, México, 1982.

GÓMEZ SEGADE, José Antonio, *El secreto industrial (know-how). Concepto y protección*, Editorial Tecnos, Madrid, 1974.

GOMIZ, José y Luis MUÑOZ, Elementos de derecho civil mexicano, t. I, s/e, México, 1942.

GONZÁLEZ BUSTAMANTE, Daniel, *Diccionario jurídico mexicano*, 2a. ed., Editorial Porrúa-UNAM, México, 1988.

GONZÁLEZ CALVILLO, Enrique y Rodrigo, *Franquicias: la revolución de los 90*, McGraw-Hill, México, 1991.

GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, "Mecanismos de solución de controversias del Tratado de Libre Comercio de América del Norte", publicado en *Panorama Jurídico del Tratado de Libre Comercio II*, Universidad Iberoamericana, México, 1993.

GOODE, Roy, "Les clauses de cession dans les contrats internationaux", en *RDAI*, núm. 3/4, 2002.

GRECO, Paolo, *Curso de derecho bancario*, Jus, México, 1945.

GUADARRAMA LÓPEZ, Enrique, *La protección jurídica de los consumidores en materia inmobiliaria*, UNAM-PROFECO, México, 2006.

GUISASOLA PAREDES, Aitor, *Cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados y cláusulas delimitadoras del riesgo cubierto*, Fundación Mapfre Estudios, Madrid, 1997.

GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, *Derecho de las obligaciones*, 7a. ed., Editorial Porrúa, México, 1990.

_____, *Los contratos de adhesión no son contratos, son guiones administrativos*, tesis profesional, UNAM, México, 1951.

GUYENOT, Jean, *¿Qué es el franchising? Concesiones comerciales*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1977.

HAGOPIAN, Mikaël y Michael LAPARRA, *Aspectos teóricos y prácticos del reaseguro*, Editorial Mapfre, Madrid, 1996.

HALPERÍN, Isaac, *Seguros*, t. I, 2a. ed., Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1986.

HAMEL, Joseph, Gaston LAGARDE y Alfred JAUFFRET, *Traité de droit commercial*, Dalloz, Paris, t. I, 1954, t. II, 1966.

HAMILTON, Robert W., *The Lay of Corporations,* second edition, West Publishing Co., St. Paul, Minn., 1987.

HERNÁNDEZ ESPARZA, Patricia, *El contrato de asistencia técnica*, Ediciones Botas, México, 1969.

_____, "Naturaleza y consecuencias de los contratos de tecnología", en *Jurídica*, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, núm. 7, jul., México, 1976.

HERNÁNDEZ GIL, Antonio, *Derecho de obligaciones*, Editorial Ceura, Madrid, 1983.

Historia Universal III, Aguilar, S.A. de Ediciones, Madrid.

IGARTÚA ARAIZA, Octavio, *Introducción al estudio del derecho bursátil mexicano*, Editorial Porrúa, México, 1988.

IHERING, Rudolf von, *El espíritu del derecho romano*, vol. 3, Oxford University Press, México, 2001.

_____, "La lucha por el derecho", en *Estudios Jurídicos*, Oxford University Press, México, 2000.

ILLESCAS ORTIZ, Rafael, "El *leasing*: aproximación a los problemas planteados por un nuevo contrato", en *Revista de Derecho Mercantil*, Madrid, ene.-mar. 1971.

JARAMILLO J., Carlos Ignacio, "El contrato de seguro no es bilateral", en *Revista Ágora,* Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 1983.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-04 15:17:33.

———, *Estructura de la forma en el contrato de seguro*, Editorial Temis, Bogotá, 1986.
———, *La interpretación del contrato en el derecho privado colombiano*, versión electrónica gentilmente suministrada por su autor.
Jesús y su tiempo, Reader's Digest México, México, 1989.
JOSSERAND, Louis, *Derecho civil*, t. I, vol. III, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1950.
JUSTINIANO, *Digesto*.
KAHAN CIMET, David, *La publicidad comparativa en México. Consideraciones jurídicas*, Editorial Porrúa, México, 2007.
KEY, Wilson Bryan, *Seducción subliminal*, Editorial Diana, México, 1972.
KOHL, Benoît, "Les clauses mettant fin au contrat et les clauses survivant au contrat", en *RDAI*, núm. 3/4, 2002.
KOZOLCHYK, Boris, *La contratación comercial en el derecho comparado*, EDICIP, Madrid, 2006.
LAMBERT FAIVRE, Yvonne, *Droit des assurances*, 5a. ed., Dalloz, Paris, 1985.
LANGLE Y RUBIO, Emilio, *El contrato de compraventa mercantil*, Editorial Bosch, Barcelona, 1958.
———, *Manual del derecho mercantil español*, Editorial Bosch, Barcelona, t. I, 1968; t. II, 1954; t. III, 1959.
LARENT, Karl, *Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica*, Editorial Civitas, Madrid, 1990.
LARROUMET, Christian, *Teoría general del contrato*, vols. I y II, Editorial Temis, Santa Fe de Bogotá, 1993.
LAVIÑA, Felix, *Organización del comercio internacional*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1993.
LEÓN TOVAR, Soyla H., *El arrendamiento financiero (leasing) en el derecho mexicano*, UNAM, México, 1989.
———, *La asociación en participación en el derecho mexicano*, tesis profesional, México, 1984.
LOEWE, Roland, "La CMR a 40 ans", en *Uniform Law Review*, vol. I, 1996-3, UNIDROIT, Roma.
LÓPEZ CABANA, Roberto M. y otros, *Contratos especiales en el siglo XXI*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999.
LÓPEZ MONROY, José de Jesús, Voz Derechos Reales y Derechos Personales, en *Diccionario jurídico mexicano,* D-H, 2a. ed., Editorial Porrúa-UNAM, México, 1987.
LÓPEZ SAAVEDRA, Domingo M. y Héctor A. PERUCCHI, *El contrato de reaseguro y temas de responsabilidad civil y seguros*, La Ley, Buenos Aires, 1999.
LOREDO HILL, Adolfo, *Derecho autoral mexicano,* Editorial Jus, México, 1990.
LOZANO NORIEGA, Francisco, *Contratos*, Asociación Nacional del Notariado Mexicano, México, 1986.
LUTZESCO, Georges, *Teoría y práctica de las nulidades*, 2a. ed, Editorial Porrúa, México, 1972.
MACDONALD EGGERS, Peter y Patrick FOSS, *Good faith and insurance contracts*, LLP, London, 1998.
MADRIÑÁN DE LA TORRE, Ramón E., *Principios de derecho comercial*, 7a. ed., Editorial Temis, Santa Fe de Bogotá, 1997.
MAGEE, John H., *El seguro de vida*, UTEHA, México, 1964.
MALAGARRIGA, Carlos C., *Derecho comercial*, 7a. ed., s/e, Buenos Aires, 1955.
MANTILLA MOLINA, Roberto L., "Carácter jurídico de las relaciones entre el agente de seguros y la institución aseguradora", en *El Foro*, Barra Mexicana, Colegio de Abogados, México, mar. 1948.
———, *Derecho mercantil*, 22a. ed., Editorial Porrúa, México, 1982.
———, "La cláusula de indisputabilidad", en *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, t. VIII, núm. 32, oct.-dic., UNAM, 1946.
———, "La unificación del derecho privado y su uniformidad internacional", en *Inchieste de Diritto Comparato*, vol. III, CEDAM, Padova, 1973.
———, *Títulos de crédito*, 2a. ed., Editorial Porrúa, México, 1983.
MARCHANDISE, Philippe, "Qui doir signer, l'accord de confidentialité?", en *Revue de Droit des Affairs Internationales*, no. 7, 2002.
MARICONDA, Vincenzo, *Delle obligazioni e dei contratti commentario*, Ipsoa, sin lugar de edición, 1984.
MARRÉ VELASCO, Agustín, *El contrato de factoring*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1995.
MARTÍN PÉREZ, José Antonio, *La rescisión del contrato (En torno a la lesión contractual y el fraude de acreedores)*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1995.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-04 15:17:33.

MARTÍNEZ ALFARO, Joaquín, *Teoría de las obligaciones*, 4a ed., Editorial Porrúa, México, 1997.
MARTÍNEZ DE MURGUÍA, B., *Mediación y resolución de conflictos*, Editorial Paidós, 1999.
MARTOR, Boris et Sébastien THOUVENOT, "Le contrat de paternariat ou la renaissance du partenariat public privé a la française", en *Revue de Droit des Affaires Internationales*, Forum Européen de la Communication, no. 2, Paris, 2004.
MASKOW, Dietrich, "Les relations internes entre représenté et intermédiarie en matiére de vente internationale de marchandises" en *Revue de droit uniforme*, 1989-I, UNIDROIT, Roma.
MCKENDRICK, Ewan, *Force majeure and frustration of contract*, Lloyd's of London Press, London, 1991.
MCLUHAN, Marshall, Introducción al libro *Seducción subliminal* de **Wilson Bryan Key**, Editorial Diana, México, 1972.
MEDINA PÉREZ, Pedro Ismael, *Los contratos cinematográficos*, 2a. ed., DGC y SNE, Madrid, 1952.
MEILIJ, Gustavo Raúl, *Manual de seguros*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1992.
MÉLICH-ORSINI, José, *La resolución del contrato por incumplimiento*, 2a. ed., Editorial Temis, Bogotá-Caracas, 1982.
MENESINI, Vittorio, *La denigrazione. Un contributo alla teoria della concorrenza sleale*, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1970.
MESSINEO, Francesco, *Manual de derecho civil y comercial*, trad. de la 8a. ed. italiana, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1971.
———, *Operaciones de bolsa y de banca*, 2a. ed., Editorial Bosch, Barcelona, 1957.
———, *Teoría de las personas jurídicas*, Editorial Reus, Madrid, 1929.
———, *Tratatto di diritto civile e commerciale*, XXI, t.1, *Il contratto in genere*, Giuffré, Milano, 1973.
MESTRE, Frédérique, "Rapport explicatif sur le projet de Convention sur l'Affacturage International", en *Revue de droit uniforme*, I, UNIDROIT, Roma, 1987.
MEYERS, William, *Los creadores de imagen*, Ariel Sociedad Económica, México, 1991.
MIQUEL, Juan Luis, *Resolución de los contratos por incumplimiento*, 2a. ed., Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1986.
MOLAS, Ana María, *Contratos comerciales atípicos*, Dibisa, Buenos Aires, 1983.
MONTERRUBIO, Mario C., *Comentarios a la edición de la LFPC*, Textos Universitarios, México, 1977.
MORALES POSTIGLIONE, Jorge, "*El banco sin papeles*. Reflexiones sobre el documento electrónico, la contratación por medios informativos y el rol del notario", en *Revista del Banco de Seguros del Estado*, núm. 2, Montevideo, 1998.
MORANDI, Juan Carlos Félix, *El riesgo en el contrato de seguro. Régimen de las modificaciones que lo agravan*, Astrea, Buenos Aires, 1974.
———, *Estudios de derecho de seguros*, Ediciones Pannedille, Buenos Aires, 1971.
MORAYTA LLANO, Vicente, "Reseña del libro *Inversiones extranjeras* de Jorge Barrera Graf", en *Jurídica*, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, núm. 8, México, jul. 1976.
MORELLO, Augusto Mario, "Evolución y actualidad del derecho de los contratos", en *La Ley*, año LII, núm. 67, Buenos Aires, 4 de abril de 1988.
MORINEAU IDUARTE, Marta y Román IGLESIAS GONZÁLEZ, *Derecho romano*, Harla, México, 1987.
MOSSA, Lorenzo, "Diritto commerciale, diritto dell'economia, diritto sociale", en *Nuova Rivista di Diritto Commerciale, Diritto dell'Economia, Diritto Sociale*, vol. I, 1-4, Nistri-Lischi Editori, Pisa, 1947.
———, *Historia del derecho mercantil en los siglos XIX y XX*, Madrid, 1948.
———, *Saggio legislativo sul contratto di assicurazione*, Industrie Grafiche V. Lischi & Figli, Pisa, 1931.
MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Contratos*, EDIAR, Buenos Aires, 1988.
———, *La frustración del contrato*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1991.
———, *Límites a la indexación*, 3a. ed., Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 1994.
MOUCHET, Carlos y Sigfrido A. RADAELLI, *Derechos intelectuales sobre las obras literarias y artísticas*, t. I, Guillermo Kraft, Buenos Aires, 1948.
MUNAR BERNAT, Pedro A., *Presente y futuro de la multipropiedad*, Editorial Tecnos, Madrid, 1992.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-04 15:17:33.

NAVARRO GUTIÉRREZ, Carlos, *Creatividad publicitaria eficaz,* 2a. ed., ESIC Editorial, Madrid, 2007.
NEGRI PISANO, Luis E., *La representación voluntaria. El poder y el mandato*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1985.
NOUVEL, Laurent, "Le nouveau traitement européen des entreprises comunes: une evolution vers une aproche plus économique", en *RDAI*, núm. 5, 2002.
NOVOA MONREAL, Eduardo, *El derecho como obstáculo al cambio social*, 5a. ed., Siglo XXI, México, 1981.
OLAGNIER, Paul, *Le droit d'auteur*, t. I, Paris, 1934.
OLVERA DE LUNA, Omar, *Contratos mercantiles*, Editorial Porrúa, México, 1982.
ORTEGA SERRALDE, Eulalio M., *Proyecto de legislación sobre propiedad artística musical y su fundamentación*, tesis profesional, México, 1933.
ORTIZ URQUIDI, Raúl, *Oaxaca, cuna de la codificación iberoamericana*, Editorial Porrúa, México, 1974.
ORTÚZAR SOLAR, Antonio, *El contrato de leasing*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1990.
OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y Eduardo OSPINA ACOSTA, *Teoría general de los actos o negocios jurídicos*, Editorial Temis, Bogotá, 1980.
OSSA G., J. Efrén, *Teoría general del seguro. El contrato*, 2a. ed., Editorial Temis, Santa Fe de Bogotá, 1991.
OSTERLING PARODI, Felipe y Mario CASTILLO FREYRE, *Estudios sobre las obligaciones dinerarias en el Perú*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1995.
OSTI, Giuseppe, *Novissimo Digesto Italiano*, UTET, vol. III, Torino, 1964.
OVALLE FABELA, José, *Comentarios a la Ley Federal de Protección al Consumidor*, McGraw-Hill, México, 1994.
OVIEDO ALBÁN, Jorge, "Los Principios de UNIDROIT para los Contratos Comerciales Internacionales", en *Vniversitas*, *Revista de Derecho*, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, núm. 100, Bogotá, diciembre de 2000.
PADUA, María Eugenia, *México en el umbral del siglo XXI. Los efectos de la globalización*, Fontamara, México, 1999.
PALLARES, Eduardo, *Diccionario de derecho procesal civil*, 2a. ed., Editorial Porrúa, México, 1956.
PEIRANO FACIO, Jorge, *Responsabilidad extracontractual*, Editorial Temis, Santa Fe de Bogotá, 1979.
PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo, *Representación, poder y mandato*, Editorial Porrúa, México, 1991.
PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Othón, "Tiempo compartido", en *Anales de jurisprudencia*, Tribunal Superior de Justicia del D.F., México, s/f.
PÉREZ MIRANDA, Rafael y Fernando SERRANO MIGALLÓN, *Tecnología y derecho económico*, México, 1983.
PEREZNIETO CASTRO, Leonel y Jorge Alberto SILVA SILVA, *Derecho internacional privado*. Parte especial, Oxford University Press, México, 2000.
PÉREZ TENORIO, Claudia, *El contrato de franquicia y su regulación en México* (tesis), UNAM, México, 1999.
PERSICO, Clemente, voz: *Riassicurazione*, en *Novissimo Digesto Italiano*, XV, Torino, 1968.
PETERS, Lena y Marina SCHNEIDER "Le contrat de franchisage", en *Revue de Droit Uniforme*, UNIDROIT, Roma, 1985.
PETIT, Eugène, *Tratado elemental de derecho romano*, Editora Nacional, México, 1947.
PICARD, Maurice y A. BESSON, *Les assurances terrestres en droit français*, t. II, 4a. ed., Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1977.
PIOLA CASELLI, Eduardo, *Codice del diritto di autore*, UTET, Torino, 1943.
————, Alfredo ARIENZO y Franco BILE, voz: *Diritto d'autore*, en *Novissimo Digesto Italiano*, vol. V, UTET, Torino, 1964.
PIZARRO, Ramón Daniel y Carlos Gustavo VALLESPINOS, *Obligaciones,* I, segunda reimpresión, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2006.
PLANIOL, Marcel, *Tratado elemental de derecho civil*, vol. III, Editorial José M. Cajica, Jr., Puebla, 1946.
PORTALIS, Jean Etienne Marie, *Discurso preliminar al Código Civil francés*, Editorial Cívitas, Madrid, 1997.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-04 15:17:33.

POUILLET, Eugène, *Traité théorique et pratique de la propriété littéraire et artistique et du droit de représentation*, Marchal et Billard, Paris, 1908.

PRELI, Gil, *Business Law*, Barron's, New York, 2004.

PUELMA ACCORSI, Álvaro, *Contratación comercial moderna*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1991.

PUENTE MUÑOZ, Teresa, *El contrato de concesión mercantil*, Montecorvo, Madrid, 1976.

PYTLYK, Edward C., Lauda DONALD P. y David L. JOHNSON, *Tecnología, cambio y sociedad*, Representaciones y Servicios de Ingeniería, México, 1983.

RADBRUCH, Gustav, *Introducción a la filosofía del derecho*, Fondo de Cultura Económica, México, 1951.

RANDALL, Julian y Bridget TRACY, "Legal risks in the new e-economy", en *BLG Insurance law quarterly*, Barlow Lyde & Gilbert, no. 42, London, verano 2000.

Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, 21 ed., Madrid, 1992.

REDFER, Alan & Martin HUNTER, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, Sweet and Maxwell, Londres, 1999.

REHME, Paul, *Historia universal del derecho mercantil*. Trad. de E. Gómez Orbaneja, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1941.

REIFEGERSTE, Stephan et Guillaume WEISZBERG, "Obligation de minimiser le dommage et 'raisonnable' en droit du comerce international", en *Revue de Droit des Affaires Internationales*, Forum Européen de la Communication, no. 2, Paris, 2004.

REYNOSO DÁVILA, Roberto, *La misión del juez ante la ley injusta,* Editorial Porrúa, México, 1999.

REZZÓNICO, Juan Carlos, *Contratos con cláusulas predispuestas*, Astrea, Buenos Aires, 1987.

RICO PÉREZ, Francisco, *Uso y disfrute de bienes ajenos con opción a compra. La contratación por leasing en España*, Reus, Madrid, 1974.

RIPERT, Georges, *El régimen democrático y el derecho civil moderno*, Editorial José M. Cajica Jr., Puebla, s/f.

————, *Traité élémentaire de droit commercial*, 7a. ed., Libraire Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1972.

RIVERA FARBER, Octavio, "Observaciones a la Ley de Navegación y Comercio Marítimos", en *Revista de la Facultad de Derecho*, UNAM, XV, núm. 57, México.

ROCCO, Alfredo, *Principios de derecho mercantil*, Editora Nacional, México, 1960.

ROCCO, Umberto, *Derecho procesal civil*, trad. de **Felipe de J. Tena**, México, Editorial Porrúa, 1944 (citado por **F. Flores García**).

ROCHA DÍAZ, Salvador, *Estudios jurídicos y otros escritos*, Harla, México, 1991.

RODRÍGUEZ GONZÁLEZ Valadez, C., *México ante el arbitraje comercial internacional*, Editorial Porrúa, 1999.

RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Joaquín, *Curso de derecho mercantil*, t. I, 4a. ed., Editorial Porrúa, México, 1960.

RODRÍGUEZ SASTRE, Antonio, *Las obligaciones en moneda extranjera. La doctrina de 'clean hands'*, Editorial de Derecho Financiero, Madrid, 1968.

————, *Operaciones de bolsa*. Doctrina, legislación y jurisprudencia españolas. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1954.

ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Compendio de derecho civil*, t. III: *Teoría general de las obligaciones*, 17a. ed., Editorial Porrúa, México, 1991.

————, *Derecho civil. Contratos*, t. I, Jus, México, 1944.

————, *Derecho civil mexicano,* t. V, *Obligaciones*, vol. 1, Editorial Porrúa, México, 1981.

————, *Teoría general de las obligaciones o derechos de crédito*, t. II, Editorial Porrúa, México, 1943.

ROMERO MATUTE, Blanca, *El reaseguro*, 1a. ed., Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2001.

ROMERO SALAS, Jesús, *El interés asegurable en los seguros de cosas*, tesis profesional, México, 1969.

ROTONDI, Mario, *Diritto industriale*, CEDAM, Padova, 1965.

RUIZ PERIS, Juan Ignacio, *El contrato de franquicia y las nuevas normas de defensa de la competencia*, Civitas Ediciones, Madrid, 1991.

RUIZ QUIROZ, Humberto, "El contrato de fianza no es accesorio", en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, Escuela Libre de Derecho, año 4, no. 4, México, 1980.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-04 15:17:33.

RUIZ RUEDA, Luis, *El contrato de fianza de empresa en el proyecto de Código de Comercio. Crítica y contraproyecto*, s/e, México, 1960.

_____, *El contrato de seguro*, Editorial Porrúa, México, 1978.

_____, *La fianza de empresa a favor de tercero*, s/e, México, 1956.

SALVAT, Raimundo, *Tratado de derecho civil argentino*, vol. VIII, t. I, La Ley, Buenos Aires, 1946.

SÁNCHEZ ALVARADO, Alfredo, *Instituciones de derecho mexicano del trabajo,* vol. 1, t. I, Editorial Porrúa, México, 1967.

SÁNCHEZ CALERO, Fernando, "El reaseguro en la Ley española de Contrato de Seguro", en *Estudios sobre el contrato de reaseguro*, Musini, Madrid, 1997.

_____, *Instituciones de derecho mercantil*, 15a. ed., Revista de Derecho Privado, Madrid, 1991.

_____, y Francisco Javier TIRADO SUÁREZ, "Comentarios al Código de Comercio y legislación mercantil especial", en *Ley de Contrato de Seguro,* t. XXIV, vol. I, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1984.

_____, et al., *Ley de contrato de seguro. Comentarios a la ley 50/1980, de 8 de octubre y a sus modificaciones*, Aranzadi, Pamplona, 1999.

SÁNCHEZ CORDERO DÁVILA, Jorge, et. al., *La protección del consumidor,* UNAM y Nueva Imagen, México, 1981.

SÁNCHEZ FLORES, Octavio Guillermo de Jesús, *El contrato de fianza,* 1a. ed., Editorial Porrúa, México, 2001.

_____, *El contrato de seguro privado*, Editorial Porrúa, México, 2000.

_____, *La institución del seguro en México,* Editorial Porrúa, México, 2000.

SÁNCHEZ MEDAL, Ramón, *De los contratos civiles,* 17a. ed., Editorial Porrúa, México, 1999.

SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe, *Estudios de derecho civil,* Est. Tipográfico Sucesores de Rivadeneyra, Madrid, 1899.

SANTAMARÍA, Francisco Javier, *Diccionario de mejicanismos*, Editorial Porrúa, México, 1959.

SARRE, Miguel, *Perspectivas de los mecanismos alternativos de solución de conflictos con contenido patrimonial en México*, Centro de Estudios de Derecho Público ITAM, México, 2001.

SCHMIDT, Johanna, "Les lettres d'intention", en *RDAI*, núm. 3/4, 2002.

SCOGNAMIGLIO, Renato, *Teoría general del contrato,* Universidad Externado de Colombia, reimp., Santa Fe de Bogotá, 1991.

SECO, Manuel, *Diccionario de dudas y dificultades de la lengua española,* 3a. ed., Aguilar, Madrid, 1965.

SÉNECA, *De los beneficios*, libros IV y XXXV.

SERRA RODRÍGUEZ, Adela, *Cláusulas abusivas en la contratación. En especial, las cláusulas limitativas de responsabilidad,* Aranzadi, Pamplona, 1996.

SHABER GORDON, D. y Claude D. ROHWER, *Contracts*, 3a ed, Best Publishing Co., St. Paul, 1994.

_____, *Contracts in a nutshell*, West Publishing Co., St. Paul, 1990.

SILVA SILVA, Jorge Alberto, "Resurgimiento de la *lex mercatoria:* la regulación de las relaciones comerciales internacionales", en *Estudios sobre la lex mercatoria*, UNAM, México, 2006.

SIQUEIROS, José Luis, "Disposiciones institucionales y procedimientos para la solución de controversias en el TLC", publicado en *Panorama Jurídico del Tratado de Libre Comercio II*, Universidad Iberoamericana, México, 1993.

SMEALL, Christopher, Emmanuel LULIN y Mary ABRAHAM, "El contrato llave en mano", publicado en *Pemex Lex*, *Revista Jurídica Petróleos Mexicanos*, marzo de 1998.

SORIA FERRANDO, José V., *El agente de comercio,* Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

SOTO, Héctor Miguel, *Intermediación en el contrato de seguro. Régimen jurídico de los productores asesores*, La Ley, Buenos Aires, 2000.

STIGLITZ, Gabriel, et al., *Defensa de los consumidores de productos y servicios,* La Rocca, Buenos Aires, 1994.

STIGLITZ, Rubén S., *Autonomía de la voluntad y revisión del contrato,* Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1992.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-04 15:17:33.

———, *Derecho de seguros,* 2a. ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998.
———, *Objeto, causa y frustración del contrato,* Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1992.
———, y Gabriel A. Stiglitz, *Responsabilidad precontractual,* Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992.
Talma Charles, Javier, *El contrato de opción*, José María Bosch Editor, Barcelona, 1996.
Tamburrino, Giuseppe, *Manuale di diritto commerciale,* Casa Ed. Stamperia Nazionale, Roma, 1962,
Tena, Felipe de J., *Derecho mercantil mexicano,* t. I, 3a. ed., Editorial Porrúa, México, 1944.
Thaller, *Traité élémentaire de droit commercial,* Rousseau, Paris, 1931.
Tirado Suárez, Francisco J., "Proyección de la buena fe en el contrato de seguro: visión internacional", en *Revista Ibero-latinoamericana de seguros,* núm. 11, Santa Fe de Bogotá, marzo de 1998.
Torres Fernández de Castro, José F., "Comentarios al contrato de reaseguro", en *Memoria del XIV Encuentro Nacional de ACOLDESE,* Bogotá, 1989.
Turcott Cárdenas, Augusto, "La causa. Interpretación comparativa del derecho francés y español con el derecho mexicano en su origen", en *Revista de la Facultad de Derecho*, t. LIII, núm. 239, unam, México, 2003.
Ulhoa Coelho, Fábio, *Manual de direito comercial,* 11a. ed., Saraiva, São Paulo, 1999.
Uría González, Rodrigo, *Derecho mercantil,* Madrid, 1960.
———, *El seguro marítimo,* Editorial Bosch, Barcelona, 1940.
———, "Orientaciones modernas sobre el concepto jurídico del seguro en la doctrina española e hispanoamericana", en *Atti del Primo Congresso Internazionale di Diritto delle Assicurazione,* vol. I, Giuffrè, Milano, 1963.
Valencia Restrepo, Hernán, *Teoría general de la compraventa*, Editorial Temis, Bogotá, 1983.
Valverde y Valverde, Calixto, *Tratado de derecho civil español*, t. II, Talleres Tipográficos Cuesta, Valladolid, 1920.
Vargas Gómez-Urrutia, Marina, *Contratación internacional en el sistema interamericano*, Oxford University Press, México, 2000.
Vargas Vasserot, Carlos, *El seguro de la finca hipotecada*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2003.
Vásquez del Mercado, Alberto, *Concesión minera y derechos reales,* Editorial Porrúa, México, 1946.
Vásquez del Mercado, Óscar, *Contratos mercantiles,* 5a. ed., Editorial Porrúa, México, 1994.
Vázquez Pando, Fernando Alejandro, "Comentarios a la Convención sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías a la luz del derecho mexicano", en *Anuario Jurídico,* X, Instituto de Investigaciones Jurídicas, unam, México, 1983.
———, *Derecho monetario mexicano,* Harla, México, 1991.
———, "En torno al arrendamiento financiero", en *Revista de Investigaciones Jurídicas,* núm. 4, Escuela Libre de Derecho, México, 1980.
Vicent Chuliá, Francisco, *Introducción al derecho mercantil,* 11a. ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.
Vigone, Luisa, *Contratti atipici. Nuovi strumenti commerciali e finanziari,* Cosa & Come, Milano, 1993.
Vivante, Cesare, *Traité de droit commercial,* M. Giad & E. Briére, Paris, 1912.
von Wobeser, Claus, "La arbitrabilidad en México", en *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado*, México, abril, 2004.
Witker, Jorge y Leonel Pereznieto, *Aspectos jurídicos del comercio exterior en México,* 2a. ed., unam-Nueva Imagen, México, 1980.
Zafra Oropeza, Aurea, *Las cofradías de Cocula*, Editorial Ágata, Guadalajara, 1996.
Zaldívar, Enrique, y otros, *Contratos de colaboración empresaria*, 2a. ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993.
Zamora y Valencia, Miguel Ángel, *Contratos civiles,* Editorial Porrúa, México, 1985.
Zanobetti, Alessandra, "Contract law in international electronic commerce", en *Revue de Droit des Affaires Internationales,* Forum Européen de la Communication, no. 5, Paris, 2000.
Zuluaga Vargas, Hélmer, "La propiedad industrial y la competencia desleal en Colombia, según el Acuerdo de Cartagena", en *Universitas,* Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas de la Pontificia Universidad Javeriana, núm. 60, Bogotá, jun. 1981.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-04 15:17:33.

Publicaciones periódicas

Excélsior, México, 29 de enero de 1991.
Excélsior, Sección Nacional, 25 de mayo de 2010.
Excélsior, Sección Dinero, 2 de abril de 2011.
Excélsior, Sección Nacional, 30 de mayo de 2011.
Reforma, Sección Ciudad, 19 de febrero de 2006.
Reforma, Sección Negocios, 3 de septiembre de 2008.
Reforma, 1 de abril de 2009.
Reforma, Sección Negocios, 9 de noviembre de 2009.
Reforma, Interfase, 30 de noviembre de 2009.
Reforma, Sección Negocios, 1 de febrero de 2010.
Reforma, Sección Negocios, 14 de mayo de 2010.
Reforma, Sección Nacional, 11 de enero de 2011.
Reforma, sección Negocios, 15 de febrero de 2011.
Reforma, Sección Negocios, 28 de febrero de 2011.
Reforma, Sección Negocios, 17 de junio de 2011.
Reforma, Suplemento Cultural, 17 de julio de 2011.
The Economist, 16 de mayo de 2009.
The Economist, 24 de octubre de 2009.
The Economist, 31 de octubre de 2009.

Páginas electrónicas

http://www.henricapitant.org/IMG/pdf/Avantproject_de_reforme_du_droit_des_obligations_et_de_la_prescription_et_expose_des_motifs.pdf
http://www.unidroit.org/spanish/modellaws/2002franchise/2002modellaw_s.pdf
http://es.wikipedia.org/wiki/Comercial_de_televisi%C3%b3n
http://www.ibanet.org/legalpractice/Arbitration.cfm#Guides
http://www.rug.gob.mx
http://www.siger.gob.mx
http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration.html

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-04 15:17:33.

Índice onomástico

Adame Goddard, Jorge, 6, 192
Águila Real, Jesús, 146
Aguilar Carbajal, Leopoldo, 50
Alterini, Atilio Aníbal, 11, 15, 24, 27, 36, 42, 50-51, 75-76, 134, 140, 224
Amunátegui Rodríguez, Cristina de, 112
Aníbal Alterini, Atilio, 11, 15, 24, 27, 36, 42, 50-51, 75-76, 134, 140, 224
Arce Gargollo, Javier, 10, 50, 66-67, 74, 79, 119, 124, 134, 217-219, 242, 409, 552-555, 565, 575-576, 580, 585

Barrera Graf, Jorge, 5, 9, 13, 52, 92, 95, 176-177, 189, 280, 401, 405, 525, 553, 563, 590-591
Basedow, Jürgen, 18
Bejarano Sánchez, Manuel, 16, 53-54, 182
Bernal-Fandiño, Mariana, 149
Bonet Correa, José, 94, 100
Borda, Guillermo A., 68
Borja Soriano, Manuel, 31-33, 68, 78, 92, 108
Brunetti, Antonio, 52,
Bustamante Alsina, Jorge, 101, 118

Calderón de la Barca, 115
Capecchi, Gabriele, 31
Capitant, Henry, 77
Castillo Freyre, Mario, 100
Castrillón y Luna, Manuel, 110, 201, 208
Cervantes Ahumada, Raúl, 9, 46, 53, 95, 110, 292, 313, 376
Chappuis, Cristine, 60, 63
Colin, Ambroise, 77
Couture, Eduardo J., 114, 430
Crothers, John, 45

D. Rohwer, Claude, 13, 145
D. Shaber, Gordon, 13, 145

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-04 15:17:33.

de Aquino, Tomás, 108
de Buen Lozano, Néstor, 48, 50
de Cazalet, Bruno, 45
de Cossío, Alfonso, 50
de Cupis, Adriano, 39
de Pina, Rafael, 78, 429
Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, 8, 24, 179, 181, 200, 208

Escobar Sanín, Gabriel, 41
Eduardo VII, 116
Escriche, Joaquín, 69, 371
Esquilo, 115

Farnsworth, E. Allan, 34, 77, 116-117
Ferrara, Francesco, 47
Flah, Lily R., 115
Fontaine, Marcel, 30, 36-37, 41
Forner Delaygua, Joaquín J., 125
Frederick, Robert E., 29
Frisch Philipp, Walter, 52, 238, 242
Fontanarrosa, Rodolfo O., 115

García Rojas, Gabriel, 114
García Mendieta, Carmen, 182
Garrido, Roque Fortunato, 24
Garrigues, Joaquín, 52, 218, 220, 271, 280, 292, 302, 319, 322-323, 332, 371, 376, 593
Gómez Robledo, Antonio, 95
Gomiz, José, 33, 78
Guadarrama López, Enrique, 137, 143
Gutiérrez y González, Ernesto, 16, 48, 50, 54, 65, 68, 118, 127, 139, 182, 284, 546

Hernández Gil, Antonio, 37, 100

Ihering, von Rudolf, 24, 39, 73, 208

Jaramillo J., Carlos Ignacio, 27, 35, 50, 276, 312-313

Kohl, Benoît, 44
Kozolchyk, Boris, 20

Larenz, Karl, 29
Larroumet, Chistian, 40, 50, 74
Lozano Noriega, Francisco, 5, 350

Mantilla Molina, Roberto L., 5, 8-9, 13, 16, 46, 52-53, 88-89, 92, 95, 172, 176-177, 208, 280, 296, 307, 331, 401, 407, 409, 411-412, 418, 524, 527-528, 530, 563
Marchandise, Philippe, 28,
Martínez Alfaro, Joaquín, 68, 110
Messineo, Francesco, 16, 38, 40, 46,-47, 50-51, 195, 214, 218, 292, 332
McKendrick, Ewan, 116
Miquel, Juan Luis, 104
Monterrubio, Mario C., 134
Mosset Iturraspe, Jorge, 40, 101, 117
Muñoz, Luis, 33, 78

Olvera de Luna, Omar, 57
Ortega Serralde, Eulalio, M., 569, 589
Ortiz Urquidi, Raúl, 33, 78
Ospina Acosta, Eduardo, 50, 529
Ospina Fernández, Guillermo, 50, 529
Osterling Parodi, Felipe, 100
Ovalle Favela, José, 142, 179

Padua, María Eugenia, 17
Pereznieto Castro, Leonel, 14, 37, 189
Pizarro, Ramón Daniel, 16
Planiol, Marcel, 73
Portalis, Jean Etienne Marie, 73, 119
Pothier, Robert Joseph, 32, 35

Randall, Julian, 120
Reifegerste, Stephan, 37
Reynoso Dávila, Roberto, 114
Rezzónico, Juan Carlos, 50, 74
Ripert, Georges, 48, 408, 416
Rodríguez Rodríguez, Joaquín, 5, 14, 52, 54, 292, 349, 353, 410
Rodríguez Sastre, Antonio, 94, 195
Rogel Vide, Carlos, 145
Rojina Villegas, Rafael, 33, 54, 68, 71, 78, 171-172, 350

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-04 15:17:33.

Ruiz Rueda, Luis, 50, 264, 279, 329, 332, 338-339, 342, 345

Sánchez Cordero Dávila, Jorge, 20, 131
Sánchez Medal, Ramón, 50, 52, 171, 242
Séneca, 108
Serra Rodríguez, Adela, 148
Scognamiglio, Renato, 39
Silva Silva, Jorge Alberto, 14, 18, 37
Smayevsky, Miriam, 115
Smith, James F., 17
Stiglitz, Gabriel S., 40, 142, 171, 292
Stiglitz, Rubén S., 40, 74, 117, 171, 292

Teixeira de Freitas, Augusto, 12
Tena, Felipe de J., 72, 429
Turcott Cárdenas, Augusto, 78

Vallespino, Carlos Gustavo, 16
Vargas Gómez-Urrutia, Marina, 18
Vásquez del Mercado, Óscar, 4, 67, 198-199, 208, 219, 364, 525, 593
Vásquez del Mercado, Alberto, 591
Vázquez Pando, Fernando Alejandro, 91, 100, 192, 238, 588, 593
Vivante, Cesare, 8-9, 11, 211, 267, 292, 415

Weiszberg, Guillaume, 37

Zago, Jorge Alberto, 24
Zamora y Valencia, Miguel Ángel, 25, 350
Zanobeti, Alessandra, 120

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-04 15:17:33.

Índice analítico

Accipiens, 216-220, 222
Acreedor prendario, 269, 363
Actividad comercial, 55, 74, 155, 174, 201, 263, 409, 487
Acto(s)
  colectivo, 16, 46-47, 51-52
  concretos de comercio, 219, 400, 402
  entre vivos, 304
  ilícitos, 42, 55-56, 389
  jurídicos, 25, 46, 48, 52, 71, 73, 126-127, 356-357, 361, 399-400, 530, 545
  mixtos, 5-6
Actuación del asociante, 530-531
Acuerdo
  arbitral
    efectos del, 443-446
    elementos de existencia y requisitos de validez del, 440-442
  de voluntades, 13, 16, 23, 25, 31, 34, 41, 44, 46, 51, 54, 75, 139, 237, 351, 428, 430, 439, 556, 563
Adquisición de bienes o servicios, 47, 133
Affacturage, 247, 257
Agencia(s)
  civil, 410
  correduría pública y mediación *strictu sensu*, 404-420
    generalidades, 407-408
    régimen legal y características, 408-410
  de comercio, 410-412, 417
  de fianzas, 412
  de investigaciones, 315
  de seguros, 412 414
  de viajes, 87, 574
  laboral, 410, 416

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-04 15:17:33.

mercantil, 410, 414
naviera, 413
tipos de, en el derecho mexicano, 412-413
Agente(s)
de aduanas, 22, 413
de Bolsa, 129
de comercio, 404, 409-410, 415-417
de negocios (*Handlungsagenten*), 416
de seguros, 273-275, 414-415
de ventas, 410
del Ministerio Público, 477
libre, 544
mediadores, 417-418
mercantil, 477
Agravación del riesgo, 287
Alianza estratégica, 468, 545, 550-557
Alternatividad, 65, 70
American Law Institute (ALI), 23, 34, 116
Anatocismo, 206-207
Anuncios en las vías públicas, 505-506
Aprobación administrativa de algunos contratos mercantiles importantes en la vida económica del país, 64
Arbitrabilidad, 433
en México: regulación y reacciones recientes, 438
Arbitraje, 17, 324-325
comercial internacional, 17
o compromiso mercantil, 418-460
concepto y elementos, 429
introducción: el conflicto y sus mecanismos de solución, 421-423
terminología y clasificaciones, 423-428
Arrendamiento, 5, 96-97, 110, 124, 177, 200, 203, 222
civil de fincas rústicas, 110
de inmuebles, 6
financiero, 146, 157, 167, 174, 254, 358, 371, 471, 476, 545, 555, 574, 577, 592
carácter mercantil o civil del, 243
estudio de los pagarés emitidos en el, 243
de vehículos, 474
naturaleza jurídica y concepto, 237-241
o *leasing*, 231-245
operación del, 235-237
opciones terminales, 243-244
opiniones doctrinales mexicanas sobre su naturaleza jurídica, 242
proyecto internacional del, 244
mercantil, 5, 331
Asegurado(s)
cargas del, 296
consentimiento del, 303
muerte accidental del, 303
mutualidad de, 268, 284
posición del
obligaciones, deberes y cargas, 295-296
protección del, 296-299
suicidio del, 303
Asegurador
derechos del, 294
obligaciones del, 271, 277, 287-288, 293
posición del, 293-295
subrogación del, 292, 300-302
Asistencia
automovilística, 471
en el hogar, 471, 477-478
jurídica, 471-477
técnica, 43, 256, 563, 565, 576-578, 580
Asociación
Americana de Banqueros, 138
Colombiana de Derecho de Seguros, 320
en participación, 518-530
actuación del asociante, 530-531
bienes y servicios aportables; situación jurídica, 529-530
con inversión extranjera, 532
derechos y obligaciones de las partes, 528-529

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-04 15:17:33.

disolución y liquidación, 532
formalidades, 527
generalidades y antecedentes, 521-522
mercantilidad, 524
naturaleza jurídica, 524-526
régimen legal y concepto, 522-524
Estadounidense de los Periódicos, 510
Internacional del Intercambio Recíproco, 169
Internacional del Transporte Aéreo, 386
Mexicana de Franquicias, 575, 583-584
Mexicana de Instituciones de Seguros, 305, 315
Nacional del Transporte Privado, 382
Nacional del Notariado Mexicano, 5, 79, 350
Asociado industrial, 528
Asociante
actuación del, 530-531
Autoalmacenaje, 480-481
Autocomposición y heterocomposición, 423
Autofinanciamiento, 222-230
conceptos y formalidades, 225
contrato. Reglas generales, 226-229
empresa autofinanciadora
Autorización, la, 226
generalidades y mecanismo, 223-224
otros derechos y obligaciones de las partes, 229-230
régimen legal, 224
Auxiliares del comercio, 415, 418

Banco
Central, 203-205
de *México, 57, 97-99*, 156-159, 203-205, 541
Interamericano de Desarrollo (BID), 515
Nacional de México, 281
Santander, 514
Bases económicas de la nueva teoría, 131-132
Beneficiario, 51, 70, 188-189, 236, 265, 269-270, 283-284, 291, 293, 296, 298, 301, 303-311, 317, 334-337, 340-342, 344-346, 473, 475-477, 575
Bienes
adquisición de, 47, 133, 157-159, 224-225, 242
aportables, 529
pignorables, 361-362
Bolsa de valores, 195
Broker, 273
Buena fe
en los contratos, 26-27
objetiva, 27
principio de, 19, 27, 105
subjetiva, 27

Calificación mercantil, 198-199
Cámara Dominicana de Aseguradores y Reaseguradores (CADOAR), 149
Cancelación
ante el Registro Público, 542
de endeudamiento crediticio, 236
de pólizas por teléfono, 298
de garantías mobiliarias, 357, 359
del contrato de adhesión, 159, 227
Capacidad
administrativa, 226
de endeudamiento crediticio, 236
de las partes, 439-440
de ejercicio, 441
de los contrayentes, 8
de los solicitantes de la fianza, 333
de pago, 333
económica del fiado, 333
en el arbitraje, 435, 439, 457
financiera, 258
mercantil, 8, 88-89
Carácter
indemnizatorio del seguro de daños, 288
innovador de la contratación mercantil, 59-64

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-04 15:17:33.

jurídico, 25, 46, 176, 180, 235, 241, 252, 279, 284, 355, 364, 390, 412, 415, 544, 570, 579-580, 589
del contrato de edición, 592-593
mercantil, 6, 11, 55, 134, 172-174, 177, 219, 243, 353-354, 462, 465, 472, 511, 564-565
Características
de la vida del comercio, 10
del bien o del servicio, 142
del contrato en examen, 219
del inmueble, 137
especiales de novedad, 60
Carga, 67-69
Carta de porte, 375, 378-380, 383-385, 390, 393
Casa de bolsa, 193,194, 366
Causas de terminación, 221
Cedente de un crédito mercantil, 125
Cesación automática, 283
Cesión
de crédito, 214, 247, 250, 256, 301
de derechos, 124, 229, 250, 255, 570
de deudas, subrogación y reenvío, 125
formalidades, 123-125
pro solvendo, 253, 256
pro soluto, 253, 256
subrogación, rescisión y extinción, 123-129
Clasificación de los contratos mercantiles, 57-58
Cláusula(s)
abusivas, 49, 144-150, 297-298
arbitral, autonomía de la, 442
de ajuste, 95-96
de confidencialidad, 27, 44
de cuidado razonable *(reasonable care),* 61
de diligencia debida *(due diligence),* 60-61
de escalamiento, 95
de estabilización, 95, 100
de indiciación, 95, 101
de mejores esfuerzos *(best efforts),* 60
de reglas del arte, 63
oscuras, 144
rebus sic stantibus, 94-95, 108, 111-112, 117
Coasegurador, 308-310, 319
Coaseguro, 290, 308, 320
Código Civil (C.Civ.), 4-6, 8, 12, 15-16, 23-26, 32-33, 35, 37-42, 48-51, 53-56, 60, 62, 65-70, 76-79, 88-91, 93, 96-108, 110, 118, 123-125, 127-129, 133, 141-142, 144-145, 169-172, 176, 178, 180, 182-184, 186-187, 192, 196-197, 201-202, 207, 209, 240-242, 250, 257, 265-266, 271-272, 276, 284-285, 289, 307, 310, 331-332, 334-335, 339, 342-343, 347-351, 353-355, 362-365, 371, 374-375, 380, 386, 391, 398-402, 408, 410, 435, 465-468, 488, 523, 525, 527-532, 546, 552, 555, 569-570, 593
alemán, 112
argentino, 101, 112
colombiano, 144
de Jalisco, 124
de las normas especiales, 11
de 1804, 74
de los países bajos, 113
de Napoleón, 149
español, 37, 112, 209
Federal, 7, 10-11, 90, 102, 311, 434, 485, 554
francés, 32, 35, 73, 76, 119, 132
italiano, 49, 112, 211, 214, 218, 264, 332, 415, 551
para el Distrito Federal, 105-106, 111, 114, 182, 192, 247, 523
paraguayo, 12
Código de Comercio (C.Com.), 4-6, 8-11, 14-16, 26, 29, 35, 37-38, 55-57, 65-66, 72, 74, 76, 78-82, 85, 87-93, 98-99, 101-102, 106, 112, 118, 123-125, 128-129, 134, 142, 169-170, 172-185, 187, 192, 196-199, 202, 204, 211-213, 216, 218-219, 222, 225, 243, 247, 250,

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-04 15:17:33.

254-255, 260-261, 264, 268-269, 276, 278, 280-281, 284, 294, 310, 320, 330-332, 336, 339, 348-350, 352-353, 355-358, 360-361, 362, 372, 374, 376-377, 384, 391, 398, 400-404, 408, 410, 418-419, 426, 430, 435, 438, 440-444, 446, 448, 452, 456, 461-464, 472, 478, 486, 488, 495, 518, 522, 527-528, 530, 537, 554, 565, 593
alemán, 525
colombiano, 214, 217, 280, 415-416, 527, 593
de Costa Rica, 593
de Guatemala, 211, 214, 217, 416, 527, 593
de Honduras, 211, 217, 416, 593
de Panamá, 593
de El Salvador, 593
español, 5, 417, 525, 527, 531
francés, 525
italiano, 302
salvadoreño, 217, 416, 527
Código Federal de Procedimientos Civiles, 9, 151, 278, 336
Código Fiscal de la Federación, 57, 86, 159, 337-338, 340
Código de Napoleón, 32, 149, 550
Código único de las obligaciones, 11
Comercialización del derecho civil, 11-12, 126, 134
Comisión
de las Comunidades Europeas, 46
de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), 17-18, 22-23, 45, 80, 147, 186, 397
mercantil, 398-406
análisis de la noción legal, 402
comisión verbal no ratificada, 403
derechos y obligaciones del comisionista, 404-405
comitente, 403
generalidades y concepto, 398-400
mandato civil y comisión mercantil; estudio comparativo, 400-402
Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros (CONDUSEF), 121, 137, 152, 156-157, 222, 233, 261, 298, 305-306, 309-310, 336, 451
Comitente
derechos y obligaciones del, 403-404
Common law, 213, 467, 551
Compraventa(s)
bursátiles, 193
forma de pago en las, 195
formas de las, 193
mecánica de las, 194
con entrega diferida, 185
con pactos limitantes, 186
de especies no vistas, 184
en general, 168-183
especiales, 184-196
sobre muestras, 184
generalidades y orígenes: la permuta y su moderno resurgimiento, 168-170
internacionales, 186-189
mercantil
noción de, 172
por el fin, 173-174
por el objeto, 175-176
por el sujeto, 174-175
y suministro: semejanzas y diferencias, 212-214
Concentración de empresas, 544, 551, 568
Concesión, 543-547
aspectos constitucionales, 546
carácter jurídico de la concesión mercantil, 544-546
contenido del contrato, 543-544
del Gobierno Federal, 375
exclusiva, 544
mercantil, 413, 540, 544-547, 568
Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado, 17-18
Confidencialidad, 44, 432, 448, 474-475, 577

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-04 15:17:33.

y la ética en los contratos, 27-29
Conjuntividad y la alternatividad, la 70-71
Consejo de las Comunidades Europeas, 147, 487
Consensualidad mercantil, 72
Consignación mercantil o contrato estimatorio, 218-222
análisis y naturaleza jurídica, 218-220
Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), 9-10, 14, 98, 104, 118, 131, 134, 143, 151, 191-192, 205, 211, 337, 391, 421, 462, 544, 546, 589
Contra proferéntem, 144-145
Contradictoria reglamentación de la inversión extranjera, 132
Contratación
electrónica, 79, 120, 397
mercantil, 18, 33, 59, 61, 64, 70, 73, 87, 131, 250, 322
carácter innovador de la, 60
moderna, 59-64
telefónica, 88
Contrato(s)
administrativo, 45-46
aleatorios, 259-325. *Véase también* Seguro, el
asociativos o de colaboración, 483-557
causa en el, 76-78
como fuente de obligaciones mercantiles, 23-26
de adhesión, 16, 31, 46, 48, 50-51, 138-139, 145-147, 153, 157-159, 161, 225-227, 229, 273-274, 277-278, 284, 312-313, 317, 322, 330, 348, 380, 474, 541, 566, 576, 585
contratos tipo. Uso y formularios, 138-139
no son contratos, son guiones administrativos, 48, 139
de colaboración asociativa, 58
de crédito, 231-258
de franquicia, 43, 565, 576, 578-579, 582, 586
de garantía, 327-367
de obra, 461-469
de servicios, 369-420
profesionales, 464-467
de sociedad, 46, 52, 129, 173, 522, 525-526, 553
en el derecho internacional. El contrato de llave en mano, 467-469
modalidades, 463
partes, sus derechos y obligaciones, las, 462-463
régimen legal, 461-462
en moneda extranjera, 57
frustración del, 77, 116-117, 213
mercantiles, 4, 6, 8, 10, 15, 17, 19, 26, 35, 45, 55, 57, 61, 64-66, 72, 75, 78, 89-90, 98, 102-103, 110-111, 121, 126, 192, 198, 201, 206, 218, 242, 273, 364, 409, 414, 440, 465, 471, 481, 518, 522, 549, 552-555, 563, 576, 593
celebrados con intervención de corredor público, 89
internacionales, 61
derecho positivo y *lex mercatoria.* Los principios de UNIDROIT. El proyecto de Convención de las Naciones Unidas sobre empleo de los medios electrónicos en la contratación internacional. Los INCOTERMS, 17-23
principios de los, 15, 17, 19, 35, 61, 555
no ratificado, 37, 392
no regulados por los códigos civiles, 11
prebursátiles, 193-194
publicitarios, 484-520
definición y modalidades, 486-489
empresas publicitarias y los medios de difusión, 489-491

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-04 15:17:33.

generalidades, 484-486
medios de difusión de la publicidad, 497
mercantilidad de las empresas y de los contratos publicitarios, 495
públicos y contratos mercantiles, 45-46
sin contenido patrimonial, 25
sobre bienes inmateriales, 559-596
ubicación dentro de la clasificación doctrinal de los, 208-209
unilaterales y plurilaterales, 57-58, 518
Convención
de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (CCCIM), 14-15, 19, 22, 186-187, 190-192
de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 23, 95, 110
Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales, 22, 63
sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales, 23
sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (CCCIM), 15, 19, 22, 186-187, 192
a la luz de la legislación y la doctrina mexicanas, 191-193
sucinto y selectivo análisis de la, 190-191
Convenio(s), 23-25, 75-76, 78-79, 96, 136, 161, 190, 206-207, 283, 305-306, 363, 403, 422, 424, 431, 460, 465-466, 493, 497, 513, 554, 567, 583, 588
de golpe por golpe, 290
de París para la Protección de la Propiedad Industrial, 18, 562
internacionales, 444
Corredor(es)
privado, 418
públicos, 84, 88-90, 123-124, 200, 298, 340, 404, 408, 415, 418-419, 519
Correduría privada, mediación *strictu sensu* o corretaje, 417-420
falta de régimen legal; mercantilidad, 417-419
formalidades y características, 420
manifestaciones prácticas, 419
Correo electrónico, 88, 194, 255, 277, 298, 321, 373, 454, 512
Corriente
contractualista, 429-430
jurisdiccionalista, 429
Corte Permanente de Justicia Internacional, 22
Costumbre(s), 7, 12-15, 17-18, 35, 76, 180, 278, 321, 445-446, 466, 498, 511
comerciales, 445
praeter legem, 15
secundum legem, 15
Crédito
contratos de, 4
Cuasicontratos, 12-13, 31-32
Cumplimiento
cláusula de ajuste e indexación, 95-101
obligaciones en moneda extranjera, 90-95
pago, 90
Culpa in contrahendo, oder Schadenersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Verträge, 39

Deberes de comunicación y de información, 40
Delimitación de los campos, 178
precontractuales, 39, 42-43
del prestador, 538-539
Depreciación(es), 95-96, 203
monetaria, 95, 203
Derecho
aplicable
a los contratos transfronterizos, 18

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-04 15:17:33.

en el arbitraje, 439-440
arbitral, fuentes del, 439-446
comercial, 11-12, 115, 134, 140, 220, 245, 332, 415, 525
común
reenvío al, 65
contractual, 12, 33, 573
estadounidense, 33-34
del consumo, 134, 140, 222, 225, 298, 511
mercantil, 4-5, 9-10, 12-15, 17-18, 52, 59, 67, 72, 88, 95, 110, 126, 132, 172, 181-182-208, 250, 280, 301, 353, 407, 411, 463
positivo mexicano, 14
positivo de las obligaciones mercantiles, 4-8
privado, la unificación del, 9
Deuda(s)
colectivas mercantiles, 67
de dinero, 99-100
de tracto sucesivo, 100
de valor, 99-100
en moneda nacional, 205
en UDIS, 97
extranjera, 91-94, 202
futuras, 343
mercantiles, 98
principal, 342
Deudor prendario; bienes pignorables, 361-362
Diccionario de la lengua española, de la Real Academia Española, 21, 26, 61, 216, 573
DICONSA, 139
Diferencias entre tomador, asegurado y beneficiario, 269-270
Directrices para la Protección de los Consumidores de Prácticas Comerciales Transfronterizas Fraudulentas y Engañosas, 135
Discusión sobre el carácter jurídico de los llamados actos colectivos y de los contratos de adhesión, 46-52
Distinción entre deudas de valor y deudas de dinero, 100
Distribución de los gastos, 21-22
Documentos
aduaneros, 21-22
civiles, 7, 53-54
comprobatorios del crédito, 255
contractuales, 120
de embarque, 390
expedidos con motivo del transporte de mercancía, 367
mercantiles, 194, 256
redactados en idioma extranjero, 278

Economías emergentes, 59
Edición, 596
carácter jurídico del contrato de, 592
formalidad y mercantilidad del contrato de, 593
inscripción del contrato, 595-596
generalidades, 587
notas sobre la naturaleza jurídica del derecho de autor, 589-591
obligaciones legales del editor, 595
régimen
jurídico del contrato de edición, 594-595
legal del derecho de autor y del contrato de edición, 588-589
Efectos
de la lesión, 182-183
de las estipulaciones ilícitas, 178
Eficacia del teléfono, telégrafo, télex y fax, 87-88
Elementos personales, 201-202
Endoso
de cancelación, 293
pignoraticio, 354
Enriquecimiento
ilegítimo, 12-13, 31, 56
injusto, 13
sin causa, 7, 12, 56, 302
Entrega(s)
a los Clientes el ejemplar del Contrato de Adhesión que hayan celebrado, 159
de dinero, 93
de mercancías, 21

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-04 15:17:33.

del bien, 141
el numerario de la moneda extranjera, 96
FAS (*Free Alongside Ship*, Franco al Costado del Buque), 21
física o real del inmueble, 137
real, 137
una cosa determinada, 171
virtual, 180
Especulación comercial, 5, 26, 169, 173-176, 243, 352, 463, 524, 537, 565, 593
Estipulaciones
contractuales, 532, 545, 549
ilícitas, efectos de las, 178
oscuras, 145
propias de cada INCOTERM, 21
simuladas, 119
Ética en los contratos, 27-29
Extinción de las obligaciones mercantiles, 126-127

Factorado, responsabilidades del, 254
Factoraje
en México. Su regulación como contrato de crédito, 247
indirecto u oblicuo, 253
internacional, 257-258
Factoraje financiero, 245-258
créditos factorables, 254
derechos y obligaciones de las partes, 252-253
formalidades. Contenido del contrato, 250-252
función económica y concepto, 248
panorama histórico, 246
régimen legal. Elementos personales: derechos y obligaciones, 249
responsabilidades del factorado, 254
semejanzas y naturaleza jurídica, 255-257
situación de los terceros deudores, 255
Factoring, 245, 247, 257
Factors (agentes), 245, 247
Factura electrónica, 86-87
Falta
de cumplimiento, 181
de pago, 133, 181-182, 271-272, 284, 345
Federalización del derecho de autor, 588
Fianza, 326-346
accesoriedad de la, 342-343
antecedentes, 328
civil, 330-331
diferencias entre el seguro y la fianza de empresa, 346
elementos de la fianza, 333-334
extinción de la obligación fiadora, 338-339
fuente de la obligación fiadora, 341-342
garantía de recuperación de la empresa afianzadora, 334-335
generalidades, 329-330
mercantil, 330-331
obligaciones
de la institución fiadora. Formalidad del contrato, 335-338
y deberes del tomador, del fiado, del obligado solidario y del contrafiador, 340
pago de la fianza; efectos: la subrogación, 343-344
reafianzamiento y coafianzamiento; naturaleza jurídica, 344-346
régimen legal y concepto, 332-333
Fideicomiso
Figuras semicontractuales, 30-32
Firma
electrónica, 80-81, 83-86, 147, 357, 360
y las formalidades electrónicas, la, 80-87
Formalidades, cumplimiento e incumplimiento, 72-122
Fortuna de mar, 389
Franquicia, 572-586
antecedentes, concepto y elementos, 575-576

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-04 15:17:33.

contenido del contrato. Deberes precontractuales, 577-578
generalidades e importancia, 572-575
internacional, 585
legislación, 584
naturaleza del contrato y situación jurídica de las partes, 578-581
y monopolio, 581-584
Fuente(s)
autónoma, 13-14
de controversias, 300, 352
de enriquecimiento injustificado, 301-302
de la obligación cambiaria del suscriptor, 52
de la obligación de contratar, 38
de la responsabilidad civil, 39
de las materias que regulan, 13
de las obligaciones, 12-13
mercantiles, 4-58
de los créditos dinerarios, 118
de obligaciones, 14, 26
del derecho arbitral, 439, 444
directa de numerosas obligaciones, 36
formal por excelencia, 352
general
a la costumbre, 13
del derecho mercantil, 13
genérica, 13, 37
legal por excelencia, 249
legales supletorias, 249
legislativas, 377
mediata de obligaciones mercantiles, 14
oficiales de información, 249
supletoria(s), 251, 284
de las leyes mercantiles, 4
del ordenamiento mercantil, 178
única de acciones judiciales, 38
Fundamento del efecto obligatorio de los contratos, 36-37

Gestión de negocios, 12-13, 31-32
ajenos, 56
Globalización, 17, 318, 422, 467, 568
Guía Legislativa sobre los Proyectos de Infraestructuras con Financiamiento Privado, 45
Guiones administrativos, 16, 48, 50, 139, 336, 350, 371, 399

Identificación de un contrato, 10
Imaginología
de la publicidad: simulada, engañosa, subliminal, comparativa y combinada, 514-520
en la publicidad, 514
In contrahendo, 39
INCOTERMS, 17, 20-22, 186-187, 189
CFR, *Cost and Freight (named destination port),* costo y flete (puerto de destino convenido), 188
CIF, *Cost, Insurance and Freight (named destination port),* costo, seguro y flete (puerto de destino convenido), 188
CIP, *Carriage and Insurance Paid (To) (named place of destination),* transporte y seguro pagados hasta (lugar de destino convenido), 188
CPT, *Carriage Paid To (named place of destination),* transporte pagado hasta (lugar de destino convenido), 188
DAP, *Delivered At Place (named destination place),* entregado en un punto (lugar de destino convenido), 189
DAT, *Delivered At Terminal (named port):* entregado en terminal (puerto de destino convenido), 189
DDP, *Delivered Duty Paid (named destination place),* entregada derechos pagados (lugar de destino convenido), 189
EXW, *Ex Works (named place),* en fábrica (lugar convenido), 187
FAS, *Free Alongside Ship (named loading port)*, franco al costado del

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-04 15:17:33.

buque (puerto de carga convenido), 187
FCA, *Free Carrier (named place),* franco transportista (lugar convenido), 187
FOB, *Free On Board (named loading port*), franco a bordo (puerto de carga convenido), 188
Incumplimiento
consecuencias, 102-107
de una de las partes, 179
teoría de la imprevisión, 27, 94, 101, 108-113, 115-117, 127
Índice Nacional de Precios al Consumidor, 97, 99, 203
Inexistencia de las compraventas mixtas o unilateralmente mercantiles, 176-177
Instituciones de **Gayo**, 24
Instituto
Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), 15, 17-20, 23, 28, 61, 95, 105, 115, 117, 186-187, 244, 250, 257-258, 367, 396, 409, 416-417, 464, 555, 74, 581, 585
Nacional de Protección de los Derechos del Consumidor (Pro Consumidor), 149
Integración o globalización de la economía, 17
Interés(es)
legal mercantil, 118-119
legales, 38, 56, 133, 403

Joint venture. Véase Unión transitoria de empresas

Laboratorio Nacional de Protección al Consumidor, 138
Lapsus calami, 6
Ley(es)
Aplicable a las Obligaciones Contractuales, 23
de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, 110
de Inversión Extranjera (LIE), 38, 49, 88, 128, 130-132, 163, 383, 532
de Navegación y Comercio Marítimos (LNCM), 14, 21, 173, 175, 187, 192, 260, 263, 277, 355,
de Propiedad Industrial (LPI), 43, 74, 170, 175, 362, 530, 570, 578, 581
de Vías Generales de Comunicación (LVGC), 38, 263, 374, 378-380, 390-391, 413
del Notariado para el Distrito Federal, 123
económicas y la nueva teoría de los contratos, las, 130-163
Federal de Competencia Económica (LFCE), 130-131, 162, 475, 573, 582-583
Federal de Correduría Pública (LFCP), 82, 200
Federal de Instituciones de Fianzas (LFIF), 103, 329-330, 332-334, 336-338, 340-341, 344-345, 412
Federal de Procedimiento Administrativo, 146-147, 385
Federal de Protección al Consumidor (LFPC), 38, 48, 52, 130, 138, 142, 152, 160, 179, 192, 224, 472, 485, 487, 504, 511, 537
cláusulas naturales conforme a la, 141-142
ineficacias en la, 140
nulidades en la, 140-141
responsabilidades del proveedor según la, 142-144
Federal sobre Metrología y Normalización, 138, 161-162
General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros (LGISMS), 103, 146, 263, 267-268, 273-274, 277-278, 282, 294, 298, 308, 318-319, 412, 414, 471, 522
General de Sociedades Mercantiles (LGSM), 5, 38, 88, 129, 204, 274, 348, 355, 464, 491, 521-523, 525-532, 553, 557, 580, 592-593

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-04 15:17:33.

General de Títulos y Operaciones de Crédito (LGTOC), 4, 13, 54, 67, 92-93, 123-124, 175, 194, 204, 219, 233-235, 240-241, 243, 246, 248-249, 267, 280, 348, 350, 352-355, 357, 362, 364-365, 390-391, 398-399
modelo, 17, 427, 444,
internacionales en materia de contratación mercantil, 33
Monetaria de los Estados Unidos Mexicanos (LMEUM), 91-94, 98, 202, 204-205, 474
para la Transparencia y Ordenamiento de los Servicios Financieros (LTOSF), 156, 158-159
Sobre el Contrato de Seguro (LSCS), 43, 100, 264-266, 268-272, 275-280, 282, 284-290, 283, 293-296, 300-301, 303, 307, 309-312, 316, 319, 323, 480

Lex
arbitri, 438
mercatoria, 17-18, 20, 186, 555
Libertad
contractual, 48, 50, 104, 107, 149, 150, 284
de contratar,

Mancomunidad y solidaridad, 67
Mecanismos
alternativos de solución de controversias, 425
electrónicos como medio de contratación, 78

Mercantilidad del contrato estimatorio, 221-222
Mérito ejecutivo del documento contractual, 221
Modalidades de las obligaciones, 65-71

Naeminem laedere, 40
Notario(s), 84, 123-124, 200, 340, 519, 525
Nulidad, inexistencia e ineficacia, 127-128
Nulla obligatione sine causa, 32

Obligación(es)
civiles, 4, 7, 15-16, 101, 126, 284, 353
de contratar, 38, 236
de hacer, 55-56, 536
de las partes, 202-208
en especie y en moneda extranjera, 56-57
en moneda extranjera, 90, 92-94, 98
latu senso, 69
mercantiles, 4, 7, 9-16, 20, 22-23, 52, 55-56, 90, 93, 97, 102, 110, 119, 126, 130, 353
extinción de las, 126-127
inexistencia de una teoría general de las, 15-16
Otros derechos y obligaciones de las partes, 220-221

Pacta sunt servanda, 94, 104, 108, 112, 133, 213
Pacto
comisorio, 103, 105, 363-364
de confidencialidad, 28
Pago del precio, 180
Papel
comercial, 26
de la prensa, 499
de la radio, 498-499
de la televisión, 499
Perfeccionamiento de los contratos mercantiles entre ausentes. La contratación por medios electrónicos, 78-80
entre presentes: la supuesta consensualidad mercantil, 72-76
Plazo(s), 66
prescriptorio de diez años, 56
y gastos de entrega, 180

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-04 15:17:33.

Precontractual, 40
Prenda, 347-367
bursátil, 365-366
características de la, 367
concepto y mercantilidad. La prenda sin desposesión, 349-353
derechos y obligaciones de las partes
al vencimiento de la deuda garantizada; el pacto comisorio, 363-365
antes del vencimiento de la obligación garantizada, 363
deudor prendario; bienes pignorables, 361
en la LFPC y en la NOM 179, 348-349
formalidades; la prenda tácita. El Registro Único de Garantías Mobiliarias, 353-361
generalidades y régimen legal, 347-348
internacional. Modernas proyecciones, 366-367
Prescripción, 128-129
civil, 128-129
mercantil, 128-129, 339
Préstamo mercantil, 197-209
modalidades, 200
Primer riesgo, 299-300
Principios
de Derecho Europeo de los Contratos, 11, 18, 23
de los Contratos Mercantiles Internacionales, 15
de UNIDROIT
2010, 61-63
sobre los Contratos Mercantiles Internacionales, 19, 61
Procedimiento arbitral, 449-459
Procuraduría Federal del Consumidor (PROFECO) (PFC), 135, 137-138, 143-144, 146-147, 150-151, 156, 158, 234, 348-349, 385-386, 451, 508, 511-513, 515-516, 518, 534-535, 538-539, 541-542
y sus facultades, 511-513
Promesa(s)
bilateral, 241
contractual, 33
de contrato, 31, 54, 485
de compraventa, 220
de entrega, 594
de factoraje, 251
de pago, 253
de venta, 220, 231, 235
recíproca, 251
unilateral, 42, 54, 220, 239, 241-242
virtual, 251
Promoción(es), 52-53, 55, 129, 152, 373, 378, 417, 452, 485-487, 495, 498, 501, 503, 508, 515, 577, 595
Proyecto Franco-Italiano de 1927, 11
Publicidad(es)
ambulante, 505
combinada, 519
comparativa. Ventajas e inconvenientes, 517-519
de patrocinio, 495-497
electrónica, 502-504
engañosa, 515-516
obsesiva. Formas y efectos, 509-511
prohibidas y restringidas, 506-509
simulada, 514
subliminal, 517
sujetas a autorización, 491-494

Rebus sic stantibus, 94-95, 108, 111-112, 117
Régimen
de sociedad conyugal, 88-89
legal
procesal, 9
supletorio sustantivo, 8
y fuentes de las obligaciones mercantiles, 5-58
Registro
de Condiciones Generales de la Contratación, 148

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-04 15:17:33.

Público de Contratos de Adhesión, 146, 161
Reglamento Interior del Banco de México, 57
Reglas
de interpretación de los contratos, 34-35
de York-Amberes, 17
Repercusiones jurídicas
en la adquisición de bienes o de servicios. La protección del consumidor, 133-138
en la inversión extranjera, 132
Rescisión
de la compraventa, 133
de los contratos mercantiles, 126
Responsabilidad(es)
civiles, 27, 236, 468, 475, 481
del cedente, 125
objetiva, 7, 12, 55-56, 378, 380, 389
precontractuales, 42
y deberes precontractuales y postcontractuales, 39-44
Restatement
of Contracts, 31, 34
Second of Contracts, 33-34
Resumen y comentarios, 120-122
Revelación de secretos, 28

Secretaría de Economía, 38, 79, 81, 87, 135, 138, 356-357, 361, 418, 535, 575, 584
Seguro, el, 260-325
análisis del concepto, 265-272
características del contrato de, 312-314
celebración del contrato, 272-281
cláusula de indisputabilidad, 307
concepto, 264
de personas, 302-307
diferencias entre tomador, asegurado y beneficiario, 269-270
elementos, 265-266
empresa aseguradora; mercantilidad del, 267, 279-281
fraude en el, 315-317
generalidades, 302, 315
legislación mexicana, 316
y antecedentes, 260-262
importancia económica del, 262
mediación en el, 272-275
obligación principal del
asegurador: la indemnización, 270
tomador: el pago de la prima, 271-272
obligaciones
de las partes, 293-302
infraseguro, 299-300
posición
del asegurado. Obligaciones, deberes y cargas, 295-296
del asegurador, 293-295
protección del asegurado, 296-299
subrogación del asegurador, 300-302
oferta, 275
otros elementos del, 281-293
perfeccionamiento del contrato: consensualidad, 276
póliza, 277-279
naturaleza jurídica, panorama extranjero, 317
prima
concepto y naturaleza, 281-282
falta de pago, 283-285
inexistencia del interés asegurable y del principio indemnizatorio en el seguro de vida, 291-293
interés asegurable
reglas de operación; el coaseguro, 290
y el carácter indemnizatorio del seguro de daños, 288-290
reaseguro, 317-325
antecedentes y generalidades, 317-318
régimen legal, 263

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-04 15:17:33.

y concepto, 319-320
régimen legal
de la cláusula beneficiaria, 304-306
de la edad del asegurado, 304
reglas específicas para el, 303
riesgo
asegurativo: régimen legal, 286
comparación entre el asegurativo y otros. Concepto, 285-286
concepto, 285
desaparición y agravación, 287
unicidad e indivisibilidad, 282-283
siniestro, 307-314
derechos y obligaciones de las partes, 324-325
generalidades y reenvío, 307-308
prescripción, 309-312
procedimiento de cobro, 308-309
tipos, características y naturaleza jurídica, 320-324
tomador o contratante del, 268
Servicio(s)
de Administración Tributaria (SAT), 86-87
financieros, 137, 139, 156-157, 159, 309, 314, 574
varios o de mediación, *lato sensu* (asistencia), 470-482
asistencia automovilística, 476
autoalmacenaje, 480-481
clausulado general, 474-475
comodato de equipos para la venta de refrescos y golosinas, 478-479
garantía extendida, 479-480
generalidades, 470-471
régimen legal, 472-474
resumen y consideraciones generales, 481-482
servicios médicos, hospitalarios y funerarios, 476-477
Silencio, 51, 75-76, 113, 221, 277, 302, 408, 529-530, 532
Sociedad conyugal, 88-89
Solidarismo contractual, 149-155
Suministro
de servicios, 214
y suscripción, 210-216
Supletoriedad de la regulación de los actos de comercio, 8
Suscripción, 215-216
Sustitución de los códigos por la Constitución, 16

Teoría
de la causa, 32
de las obligaciones civiles, 15
Tiempo compartido, 533-542
antecedentes e importancia actual, 533-534
concepto y terminología, 534-535
deberes precontractuales del prestador, 538-539
derechos, deberes y obligaciones de las partes, 539-541
mercantilidad y civilidad, 537
naturaleza jurídica, 536
procedimiento en caso de queja, 542
régimen legal, 537
terminación del contrato, 542
Títulos-valor, 53-54, 67, 391
Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), 33, 268, 431, 435
Trato(s)
equitativo de las partes, 453
previos a la celebración de un contrato, 41
Trámites de documentos, 21-22
Transferencia de tecnología, 560-571
carácter jurídico del contrato conforme al derecho mexicano, 570-571
concepto y terminología, 562-564
consideraciones económico-jurídicas, 562
contenido y forma, 565

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-04 15:17:33.

examen de algunas cláusulas, 566-567
generalidades y antecedentes, 560-561
mercantilidad del contrato, 564-565
naturaleza jurídica del derecho de los autores o inventores: teorías, 568-569
otras cláusulas probables, 567-568
régimen legal del llamado contrato de, 561-562
Transmisión de los riesgos, 21-22
Transporte, 370-397
carácter jurídico del documento de embarque, 390-391
competencia judicial, 391
concepto y mercantilidad, 375-376
contrato civil de transporte, 371
delimitación del tema, 370
disposiciones legales aplicables a toda clase de transporte, 378-379
documentos de embarque, 390
internacional de personas y mercaderías, 392-397
limitación de la responsabilidad del porteador marítimo, 389
noticia sobre algunas disposiciones en materia de transporte, 376-377
otros derechos, responsabilidades y obligaciones
en el transporte aéreo, 386
en el transporte marítimo, 387-389
en el transporte terrestre, 379-385
la fortuna de mar, 389
régimen legal del contrato mercantil de, 372-375
Tres hermanas, 17
Tribunal arbitral, 62, 446-448

UDIS, 97-99, 157, 159, 203
Uniform Commercial Code, 20, 34, 116-117
Unión transitoria de empresas, alianza estratégica o *joint venture,* 548-557
antecedentes
e importancia actual, 548-551
legislativos extranjeros, 551-552
derechos y obligaciones, 557
elementos, 555
naturaleza jurídica, 553
régimen legal, 554-555
terminología, 554
United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG), 21
Uso(s), 13-15, 17-20, 22, 26-28, 32, 34, 38, 43, 46, 55, 60, 63, 69, 75, 78, 80, 83-85, 87, 105, 107, 109, 122, 133, 136-138, 142-143, 147, 155-157, 159, 161, 174-178, 180, 185, 187, 191, 194-195, 200-201, 214, 220, 225, 228, 232, 234-236, 238, 240-241, 244, 250, 268, 288, 307, 321, 324, 365, 390, 400, 418, 422, 425-427, 431-432, 445-446, 455, 459, 462, 465, 467, 474-475, 479, 481, 492, 496, 498, 500-501, 505, 507, 511, 514, 516, 518, 523, 529, 533-536, 538, 540, 550, 555, 563, 566-567, 570, 576, 579-580, 586, 590
bancarios y mercantiles, 13, 250
bursátiles y mercantiles, 13
marítimos internacionales, 13

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Díaz, Bravo, Arturo, and Ávila, Ana Isabel Velázquez. Contratos mercantiles (11a. ed.), IURE Editores, 2017. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513345.
Created from urnchihuahuasp on 2019-03-04 15:17:33.