



Universidad Autónoma de Querétaro
Facultad de Derecho
Doctorado en Derecho

Derecho Subjetivo, Poder Jurídico y Autonomía Privada

TESIS

Que como parte de los requisitos para obtener el grado de

Doctor en Derecho

Presenta:

Agustín Alcocer Alcocer

Dirigido por:

Dr. Juan Ricardo Jiménez Gómez

SINODALES

Dr. Juan Ricardo Jiménez Gómez
Presidente

Dr. Mariano Palacios Alcocer
Secretario

Dr. Sergio Quesada Aldana
Vocal

Dr. Andrés Garrido del Toral
Vocal

Dr. Cesar Augusto Lachira Sáenz
Vocal

Dr. Cesar García Ramirez
Suplente

Dr. Eugenio García Flores
Suplente

Firma
Firma
Firma
Firma
Firma
Firma

Mtro. José Enrique Rivera Rodríguez
Jefe de la División de Investigación y Posgrado de la
Facultad de Derecho

Dr. Sergio Quesada Aldana
Director de Investigación y Posgrado

Centro Universitario
Querétaro, Qro.
Julio de 2004
México

BIBLIOTECA CENTRAL
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE QUERÉTARO

No. Adm 1170373

No. Título _____

Clas IS

D340

A354d

Abstract

La tesis que presentamos trata de los contratos celebrados entre particulares, particularmente de los contratos privados que no están regulados por la legislación mexicana, de allí que la denominemos, *Derecho Subjetivo, Poder Jurídico y Autonomía Privada*.

El documento consta de cuatro grandes partes; la primera se refiere a una muy breve introducción histórica sobre el tema en particular.

En la segunda parte analizamos las obligaciones de derecho privado a grandes rasgos, haciendo énfasis en las referentes al derecho mercantil, por ser esta rama la que acoge la mayoría de los contratos atípicos; continuamos con una disertación acerca del contrato, algunas estipulaciones que puede contener y las formas en que se puede celebrar, así como las limitaciones legales a la libertad contractual o autonomía privada, para concluir con un apartado sobre los contratos atípicos.

La tercera parte estudia los principales contratos atípicos, que en nuestro criterio deben ser analizados, donde destacan algunos que si bien están someramente regulados por la ley, no por ello dejan de sufrir enormes lagunas reglamentarias, por lo que hemos decidido agregarlos; se examinan el contrato de suministro, el contrato estimatorio, el arrendamiento financiero, los contratos de intermediación comercial, el contrato de comisión, el contrato de corretaje o mediación, el de agencia, el contrato de distribución, el contrato de franquicia, el pacto de exclusiva, como una modalidad para todos los contratos, el contrato de joint venture, del que no encontramos una traducción aceptable y en los últimos tres capítulos de esta sección, analizamos lo relacionado a lo que hemos denominado comercio electrónico, así como los documentos electrónicos y la seguridad jurídica que éstos pueden ofrecer, para concluir con contratos informáticos y un caso particular,

el contrato de outsourcing, tan de moda entre los prestadores de servicios vía Internet.

La cuarta parte analiza el aspecto de la voluntad negocial en el marco de la noción de la autonomía privada, en donde estudiamos conceptos tales como norma y negocio jurídico, así como la relación entre Derecho y Estado.

Y un último apartado relativo al estudio en materia de derecho subjetivo, poder jurídico y autonomía privada, las que en principio demuestran la necesidad de legislar de manera genérica para incluir conceptos, tales como la equidad, los casos de imprevisión, regular de manera concreta los contratos de adhesión, impedir el abuso del mas fuerte, ya sea en lo económico, en lo político e inclusive en casos de necesidad.

La investigación termina con las conclusiones a las que hemos llegado, las que en principio demuestran la necesidad de legislar de manera genérica para incluir conceptos tales como la equidad, los casos de imprevisión, la propuesta de regular de manera concreta los contratos de adhesión, impedir el abuso del mas fuerte, ya sea en lo económico, en lo político e inclusive en casos de necesidad.

Agregamos un apéndice con los criterios jurisprudenciales que en la materia hemos considerado de mayor importancia, por lo que incluimos las tesis que en octubre de 1998 decidió la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Palabras clave: (derecho privado, contratos, obligaciones, autonomía privada, derecho subjetivo, poder jurídico)

Summary

This thesis is related to contracts between individuals, particularly private contracts not regulated by Mexican legislation. For this reason we are naming it Subjective Law, Legal Power and Private Autonomy.

The paper consists of four parts; the first refers to a brief historical introduction to this particular topic.

In the second part we analyze, in general terms, the responsibilities of private law, emphasizing references to commercial law, since this is the branch resorted to in the majority of atypical contracts. We continue with a dissertation on the contract, stipulations it may contain and the manners in which it may be drawn up, as well as legal limitations on contractual liberty or private autonomy. We conclude with a section on atypical contracts.

The third part of the paper studies the principle atypical contracts, which in our opinion must be analyzed. Here some contracts stand out because, although they are briefly regulated by law, they still contain enormous legal loopholes; as a result, we have decided to include them. The following types of contract are examined: the supply contract, estimate contract, financial lease, commercial intermediary contract, commission contract, brokerage or mediation contract, agency contract, distribution contract, franchise contract, exclusive pact - as a modality of all these contracts- and the joint venture contract. In the last part we call electronic business, as well as electronic documents and the legal security these can offer, concluding with computer contracts and, in particular, the outsourcing contract that is so popular among those offering services via Internet.

This research ends with our conclusions which essentially demonstrate the need to legislate in a generic way in order to include such concepts as equity,

cases of oversight, a proposal to concretely regulate contracts accepted by one party without negotiation and to avoid abuses by the power gul, be it in economic or political cases, or even in cases of necessity.

We have added an appendix containing legal criteria that we consider to be of the most importance in these matters; therefore, we are including the theses decide by Mexico's Supreme Court of Justice in October, 1998.

(key words: Private law, contracts, responsillities, private autonomy, subjet law, power law)

DERECHO SUBJETIVO, PODER JURÍDICO Y AUTONOMÍA PRIVADA

ÍNDICE

Introducción.....	I
-------------------	---

PRIMERA PARTE

CAPÍTULO ÚNICO

ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA CONTRATACIÓN PRIVADA

1.1. Antigüedad.....	3
1.2. Edad Media.....	6
1.3. Edad Moderna.....	8
1.4. Época Contemporánea.....	9
1.5. Tendencias Actuales.....	11

SEGUNDA PARTE

LAS OBLIGACIONES Y LOS CONTRATOS DE DERECHO PRIVADO

CAPÍTULO PRIMERO

LAS OBLIGACIONES DE DERECHO PRIVADO

1. Introducción.....	13
2. Tendencias del Derecho Mercantil.....	15
2.1. Derecho Mercantil Nacional.....	15
2.2. Derecho Mercantil Internacional.....	17
3. Unificación del Derecho Privado.....	21
3.1. Tendencias en el Derecho Mexicano hacia la Unificación del Derecho Civil y Mercantil.....	24
4. Las Obligaciones Mercantiles.....	25
5. El Cumplimiento de las Obligaciones.....	27
5.1. Lugar.....	27
5.2. Plazo.....	29
5.3. La Mora.....	30
5.4. El pago.....	30
6. El Interés.....	32
6.1. Concepto de Interés Legal.....	32
6.2. Regulación en la Ley Federal de Protección al Consumidor.....	33
7. Otros Principios.....	34
7.1. La Solidaridad.....	34
7.2. Prescripción.....	35

CAPÍTULO SEGUNDO

EL CONTRATO DE DERECHO PRIVADO

(EL CONTRATO MERCANTIL)

1. Introducción.....	37
2. Criterios de Distinción entre Contratos Civiles y Mercantiles	39
3. La Forma	41
3.1. Concepto	41
3.2. Contratos mercantiles formales y consensuales	43
3.3. Nuevas formas de contratación.....	47
4. La Representación Mercantil	48
4.1. Concepto	48
4.2. Elementos	49
4.3. Clases	50
4.4. Características.....	52
4.5. La representación mercantil en las leyes mexicanas.....	53
5. Clasificación de los Contratos Mercantiles.....	55
6. Contratos de Duración	57
6.1. Concepto y características.....	57
6.2. Terminación	57
6.3. Efectos.....	60
7. Los Principios de UNIDROIT.....	60
7.1. Introducción.....	60
7.2. Ámbito de aplicación	61
7.3. Naturaleza de los Principios.....	62

CAPÍTULO TERCERO

ALGUNAS ESTIPULACIONES Y FORMAS DE CONTRATACIÓN

1. Contratos entre Ausentes	65
1.1. Perfección de los contratos mercantiles entre ausentes	65
1.2. Contratos en que intervienen corredores.....	67
2. La Cláusula Penal.....	68
2.1. Características.....	69
3. El Contrato de Adhesión	70
3.1. Concepto	70
3.2. La legislación mexicana	71
4. Las Condiciones Generales del Contrato.....	75
4.1. Concepto	75
4.2. Ventajas y desventajas	76
4.3. Ámbito de aplicación y contenido	78
4.4. Naturaleza jurídica.....	81
5. La Cesión del Contrato	82
5.1. Concepto	82
5.2. Elementos	82
5.3. Principios	84
6. El Contrato con Persona a Designar.....	85
6.1. Concepto	85
6.2. Características.....	85

6.3. Elementos	86
6.4. La designación del tercero.....	86
6.5. Naturaleza jurídica	76
7. La Factura	88
7.1. Concepto.....	88
7.2. Disposiciones legales.....	89
7.3. Naturaleza jurídica	91

CAPÍTULO CUARTO

LIMITACIONES A LA LIBERTAD DE CONTRATACIÓN

1. Generalidades	93
2. La Economía Moderna y la Ley Federal de Protección al Consumidor	95
3. Características del Ámbito de Aplicación de la Ley Federal de Protección al Consumidor.....	97
4. Estructura de la Ley Federal de Protección al Consumidor y Principios Generales	99
5. Disposiciones que Imponen Obligaciones a los Proveedores	101
6. Normas de Derecho Privado relativas a la Contratación.....	102
6.1. De las ventas a domicilio	102
6.2. De los servicios.....	103
6.3. El servicio de tiempo compartido	104
6.4. Las operaciones a crédito.....	105
6.5. Responsabilidad por incumplimiento	107

CAPÍTULO QUINTO

EL CONTRATO ATÍPICO

1. Generalidades	109
1.1. Concepto.....	109
1.2. Nominados e innominados	109
1.3. Tipicidad y atipicidad.....	110
2. Evolución	111
3. Tipicidad y Atipicidad.....	112
3.1. Elasticidad del tipo legal	113
3.2. La Tipicidad Social.....	113
4. La Expansión de los Contratos Atípicos.....	115
5. Conversión de Contratos Atípicos en Contratos Típicos.....	116
6. Clasificación	117
6.1. Contratos Atípicos Puros.....	118
6.2. Contratos Mixtos o Complejos (<i>lato sensu</i>)	118
7. Problemática Básica de los Contratos Atípicos	119
8. Interpretación	120
9. La Legislación Mexicana.....	121
10. Los Contratos Coligados	122
10.1. Concepto.....	122
10.2. Requisitos	123
10.3. Clasificación	124
11. El Subcontrato	126

TERCERA PARTE
CONTRATOS ATÍPICOS DE DERECHO PRIVADO

CAPÍTULO PRIMERO

EL CONTRATO DE SUMINISTRO

1. Introducción.....	129
2. Concepto y Características.....	131
3. Contratos Afines	132
4. Clasificación	133
5. Elementos	134
5.1. Elementos Personales	134
5.2. Elementos Reales.....	135
5.3. Elementos Formales	138
6. Limitaciones de la Ley Federal de Competencia Económica.....	139
7. Obligaciones del Suministrador	140
8. Obligaciones del Suministrado	143
9. Modalidades.....	144
9.1. El pacto de exclusiva	144
9.2. Derecho de preferencia	144
9.3. Comodato unido al suministro	145
9.4. Suministro recíproco	146
9.5. Prórroga del contrato.....	147
10. Terminación del Suministro.....	147
11. Naturaleza Contractual.....	148
12. Normas supletorias.....	149

CAPÍTULO SEGUNDO

EL CONTRATO ESTIMATORIO O DE CONSIGNACIÓN

1. Origen.....	151
2. Utilidad del Contrato	151
3. Denominación.....	152
4. Concepto y Características.....	154
5. Clasificación	154
6. Elementos	155
6.1. Elementos Personales	155
6.2. Elementos Reales.....	156
6.3. Elementos Formales	157
7. Obligaciones del Consignante.....	158
8. Obligaciones del Consignatario	159
9. Modalidades.....	160
10. Naturaleza contractual.....	161
11. Normas supletorias.....	163

CAPÍTULO TERCERO

EL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO FINANCIERO

1. Origen e Importancia	165
2. Denominación y Concepto.....	167

3. Características	168
4. Clasificación	169
5. Clases.....	171
5.1 En relación con el objeto arrendado.....	171
5.2 Respecto a las personas que intervienen en la relación	171
5.3 Por la operación financiera que involucra el contrato	172
6. Otros Aspectos del Arrendamiento Financiero	172
7. Elementos	174
7.1 Elementos Personales.....	174
7.2 Elementos Reales	178
7.3 Elementos Formales	179
8. Obligaciones de la Arrendadora Financiera	179
9. Obligaciones de la Arrendataria.....	181
10. La Opción.....	182
11. Modalidades	185
12. Incumplimiento	186
13. Naturaleza Contractual.....	187

CAPÍTULO CUARTO

EL CONTRATO DE INTERMEDIACIÓN COMERCIAL

1. La Intermediación Comercial.....	191
2. Características Comunes.....	193
3. Principales Diferencias	195

CAPÍTULO QUINTO

EL CONTRATO DE COMISIÓN

1. Antecedentes e Importancia.....	197
2. Concepto.....	197
3. Características	198
4. Clasificación	199
5. Comisión y Mandato Mercantil	200
6. Elementos	201
6.1. Elementos Personales.....	201
6.2. Elementos Reales	202
6.3. Elementos Formales	203
6.3.1. Obligaciones Precontractuales.....	203
7. Obligaciones del Comisionista	204
8. Obligaciones del Comitente.....	206
9. Prohibiciones	207
10. Clases de Comisión.....	208
11. Terminación.....	210

CAPÍTULO SEXTO

EL CONTRATO DE CORRETAJE O MEDIACIÓN

1. Antecedentes	211
2. Denominación	212
3. Concepto y Características.....	213
4. Clasificación.....	214

5. Elementos	215
5.1. Elementos Personales	215
5.2. Elementos Reales.....	217
5.3. Elementos Formales	218
6. La Relación de Mediación	219
7. Obligaciones del Corredor	220
8. Obligaciones del Cliente	221
9. Modalidades.....	222
10. Terminación	223
11. Naturaleza Contractual.....	224

CAPÍTULO SÉPTIMO

EL CONTRATO DE AGENCIA

1. Agencia, Agente y Contrato de Agencia.....	227
2. El Agente	229
3. Concepto y Características.....	230
4. Clasificación	232
5. Elementos	234
5.1. Elementos Personales	234
5.2. Elementos Reales.....	234
5.3. Elementos Formales	235
6. Obligaciones del Agente	236
7. Obligaciones del Empresario.....	238
8. Modalidades.....	239
9. Terminación	243
10. Naturaleza Contractual	246

CAPÍTULO OCTAVO

EL CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN

1. Introducción.....	247
2. Marco Legislativo	248
3. Denominación.....	249
4. Concepto y Características.....	249
5. Figuras Afines	250
6. Clasificación	253
7. Elementos	254
7.1. Elementos Personales	254
7.2. Elementos Reales.....	255
7.3. Elementos Formales	256
8. Obligaciones del Distribuidor.....	256
9. Obligaciones del Empresario.....	259
10. Modalidades.....	260
11. Terminación	261
12. Naturaleza Contractual	262
13. Normas supletorias.....	263

CAPÍTULO NOVENO

EL CONTRATO DE FRANQUICIA

1. Introducción	265
2. Concepto.....	265
3. Características	266
4. Clases.....	267
5. Elementos	268
5.1 Elementos Personales	270
5.2 Elementos Reales	270
5.3 Elementos Formales	273
6. Obligaciones y Derechos del Franquiciante	273
7. Obligaciones Legales y Reglamentarias	276
8. Obligaciones del Franquiciatario	277
9. Terminación.....	279
10. Naturaleza Contractual	280

CAPÍTULO DÉCIMO

EL PACTO DE EXCLUSIVA

1. Introducción	283
2. Concepto.....	284
3. Accesoriedad del Pacto	285
4. Requisitos.....	286
5. Clases.....	287
6. Efectos	289
7. Incumplimiento	290
8. Naturaleza Jurídica	290
9. La Exclusividad y la Ley Federal de Competencia Económica	291

CAPÍTULO DÉCIMO PRIMERO

EL CONTRATO DE *JOINT VENTURE*

1. Introducción	295
2. Denominación	296
3. Aplicaciones y Ventajas	297
4. Extranjeros	298
5. Nacionales	299
6. Utilidad	299

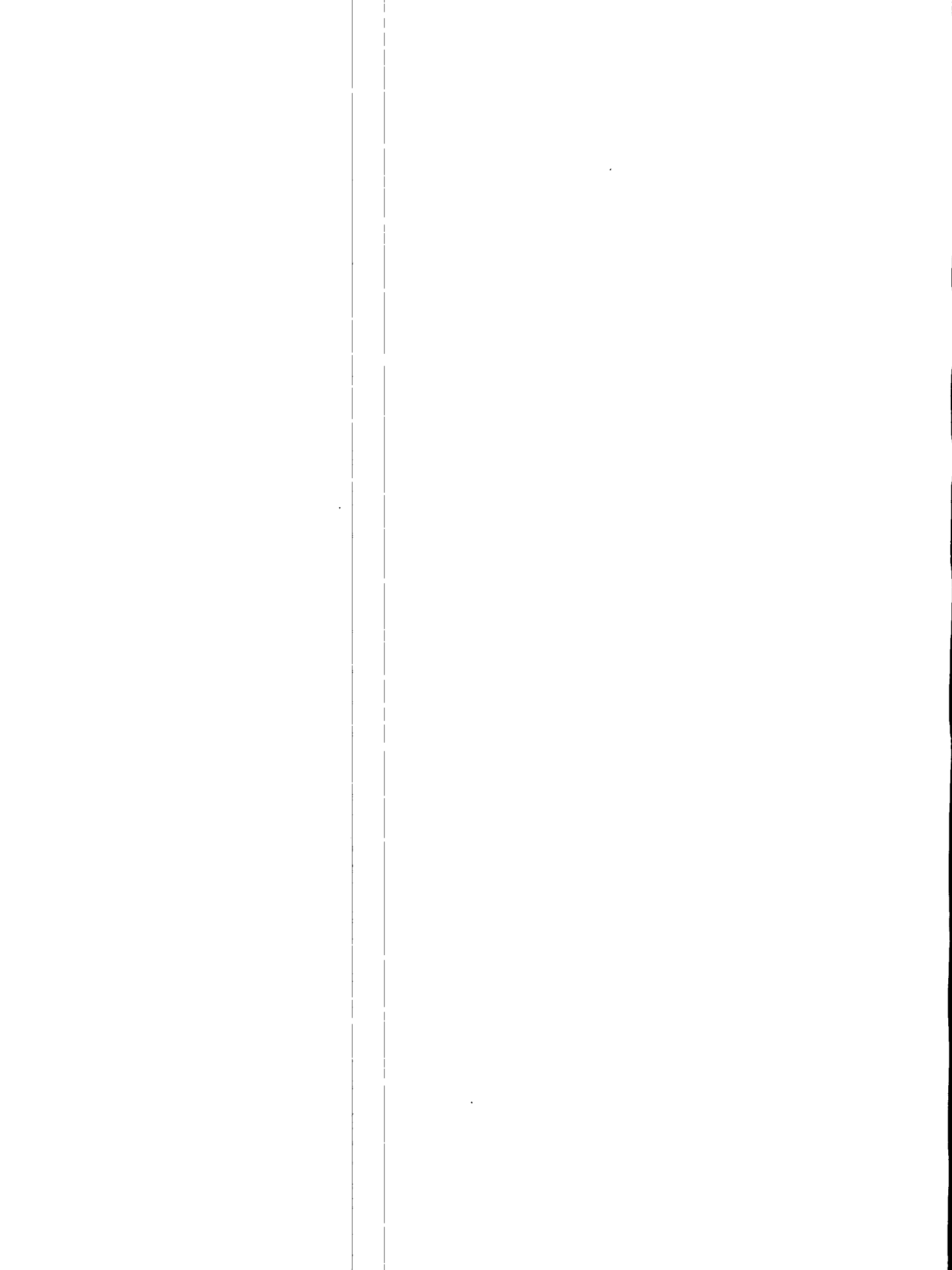
CAPÍTULO DÉCIMO SEGUNDO

COMERCIO ELECTRÓNICO, DOCUMENTO ELECTRÓNICO Y SEGURIDAD JURÍDICA

1. Introducción	301
2. Desmaterialización	303
3. La computadora en la actividad negocial	305
4. Perfeccionamiento del Contrato Electrónico.....	306
5. Eficacia probatoria de los documentos electrónicos	308
6. El documento	309
7. El documento electrónico	312
8. Validez del documento electrónico en nuestro Derecho.....	312

9. Alcance probatorio.....	314
10. Firma Digital.....	316
11. Trascendencia de la firma digital	317
12. La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL).....	318
12.1 Principios Generales	318
12.2 Objetivos	320
12.3 Ámbito de aplicación.....	320
12.4 Enfoque basado en los equivalentes funcionales.....	320
 CAPÍTULO DÉCIMO TERCERO	
CONTRATOS INFORMÁTICOS	
1. Introducción.....	323
2. Definición de Informática	325
3. Ramas de la Informática Jurídica	325
4. Derecho Informático	326
5. Naturaleza Jurídica de los contratos informáticos.....	327
6. Contratos Informáticos.....	327
7. Clasificación de los contratos informáticos	328
8. Documentos precontractuales	330
9. Clasificación	334
10. Naturaleza Jurídica	334
 CAPÍTULO DÉCIMO CUARTO	
CONTRATO DE OUTSOURCING	
1. Introducción.....	335
2. Definición	335
3. Naturaleza Jurídica	336
4. Elementos personales	337
5. Elementos reales.....	339
6. Supletoriedad	340
 CUARTA PARTE	
LA VOLUNTAD NEGOCIAL EN EL MARCO	
DE LA NOCIÓN DE LA AUTONOMÍA PRIVADA	
 CAPÍTULO PRIMERO	
NORMA JURÍDICA Y NEGOCIO	
1. Introducción	341
2. Norma y Deber	344
3. Norma y Juicio	345
4. Primacía del Derecho Objetivo.....	345
5. Individualismo y Subjetivismo	347
6. Individualismo y Negocio Jurídico	348
7. Intersubjetividad del Derecho	349
8. Norma y Negocio Jurídico	350
9. Imperatividad de la Norma Jurídica.....	354
10. Norma y Voluntad	356

CAPÍTULO SEGUNDO	
PODER, DERECHO Y ESTADO	
1. El Derecho y el Estado.....	359
2. Igualdad ante el Derecho	362
3. Subordinación al Derecho Objetivo	366
4. Derecho Público y Derecho Privado.....	367
CAPÍTULO TERCERO	
EL NEGOCIO JURÍDICO COMO FUENTE NORMATIVA	
1. Introducción	371
2. Voluntad, Declaración e Interpretación.....	375
3. La Interpretación de la Ley	381
CAPÍTULO CUARTO	
LA NORMA JURÍDICA NEGOCIAL	
1. La Norma Jurídica Negocial	383
2. La Norma Negocial como Fuente de Efectos Jurídicos	386
3. El Negocio Jurídico y el Incumplimiento	391
4. El Negocio Jurídico como Fuente de Normas Jurídicas.....	393
5. Negocio Jurídico y Sanción	398
QUINTA PARTE	
DERECHO SUBJETIVO, PODER JURÍDICO Y AUTONOMÍA PRIVADA	
CAPÍTULO PRIMERO	
DERECHO SUBJETIVO	
1. Introducción	405
2. Derecho Subjetivo	408
3. Deber Jurídico y Libertad	412
CAPÍTULO SEGUNDO	
PODER JURÍDICO	
1. Introducción	421
2. Poder Jurídico y Derecho Subjetivo.....	422
CAPÍTULO TERCERO	
AUTONOMÍA PRIVADA	
1. Introducción.....	429
2. Poder y Autonomía Privada	430
CONCLUSIONES.....	449
APÉNDICE	461
BIBLIOGRAFÍA	495



INTRODUCCIÓN

Hace ya algunos años conocimos de la existencia del concepto *Derecho* y luego lo descubrimos como una ciencia, la ciencia jurídica, que a través de los años nos ha marcado profundamente; hemos recorrido muchos de sus recovecos y adentrado en fenómenos que jamás creímos nos fueran a interesar; hemos luchado contra nosotros mismos para aceptar nuevas ideas y sobre todo hacerlas explícitas para lograr comunicarlas.

Han transcurrido más de veinticinco años, desde que pisamos por primera vez la hoy Facultad de Derecho; no nos hemos cansado de estar en sus aulas, unas veces como alumnos, otras como docentes; la hemos visto crecer, conocido a todos los que, desde 1979, han pasado por sus aulas como maestros y a la mayoría de los alumnos.

Hemos intentado hacer honor a su lema, aunque tal vez no siempre lo hayamos logrado; sin embargo, el documento que tiene en sus manos es una demostración que ese esfuerzo no ha sido en vano.

Ésta no es la primera vez que nos atrevemos a presentar una tesis profesional; inclusive, es la tercera que presentamos en esta institución, ya que, gracias a la generosidad de nuestra familia, por su permanente aliciente, respeto y comprensión a nuestros objetivos académicos, y por el tiempo que no hemos compartido, hemos logrado concluir estudios de Especialidad en Derecho Notarial y de Maestría en Derecho Privado aquí en nuestra *Alma Mater*, en tanto que concluimos una Especialidad en Derecho Civil y una Maestría en Derecho en la Universidad Lasallista Benavente. Ahora pretendemos obtener el máximo grado al que pueda aspirar un estudioso de la ciencia jurídica, el de Doctor en Derecho, por la Universidad Autónoma de Querétaro.

Sin lugar a dudas, el objetivo fundamental de la realización de estos estudios ha sido el interés, casi convertido en obsesión por lograr comprender un poco más el Derecho Privado, tan vasto, tan profundo, tan analizado y al mismo tiempo con tantas figuras jurídicas inexploradas y otras aún desconocidas.

La tesis que presentamos, trata de los contratos celebrados entre particulares, particularmente de los contratos privados que no están regulados por la legislación mexicana, de allí que la denominemos *Derecho Subjetivo, Poder Jurídico y Autonomía Privada*.

El documento consta de cinco grandes partes; la primera se refiere a una muy breve introducción histórica sobre el tema en particular.

En la segunda parte analizamos las obligaciones de derecho privado a grandes rasgos, haciendo énfasis en las referentes al derecho mercantil, por ser esta rama la que acoge la mayoría de los contratos atípicos; continuamos con una disertación acerca del contrato, algunas estipulaciones que puede contener y las formas en que se puede celebrar, así como las limitaciones legales a la libertad contractual o autonomía privada, para concluir con un apartado sobre los contratos atípicos, propiamente dichos.

La tercera parte estudia los principales contratos atípicos, que en nuestro criterio deben ser analizados, donde destacan algunos que si bien están someramente regulados por la ley, no por ello dejan de sufrir enormes lagunas reglamentarias, por lo que hemos decidido agregarlos; en efecto, se examinan el contrato de suministro, el contrato estimatorio, el arrendamiento financiero, los contratos de intermediación comercial, el contrato de comisión, el contrato de corretaje o mediación, el de agencia, el contrato de distribución, el contrato de franquicia, el pacto de exclusiva, como una modalidad para todos los contratos, el contrato de *joint venture*, del que no encontramos una traducción aceptable y, en los últimos tres capítulos de esta sección, analizamos lo relacionado a lo que hemos denominado comercio electrónico, así como los documentos electrónicos y la seguridad jurídica que éstos pueden ofrecer, para concluir con contratos informáticos y un caso particular, el contrato de *outsourcing*, tan de moda entre los prestadores de servicios vía Internet.

La cuarta parte analiza el aspecto de la voluntad negocial en el marco de la noción de la autonomía privada, en donde estudiamos conceptos tales como norma y negocio jurídico, así como la relación entre Derecho y Estado.

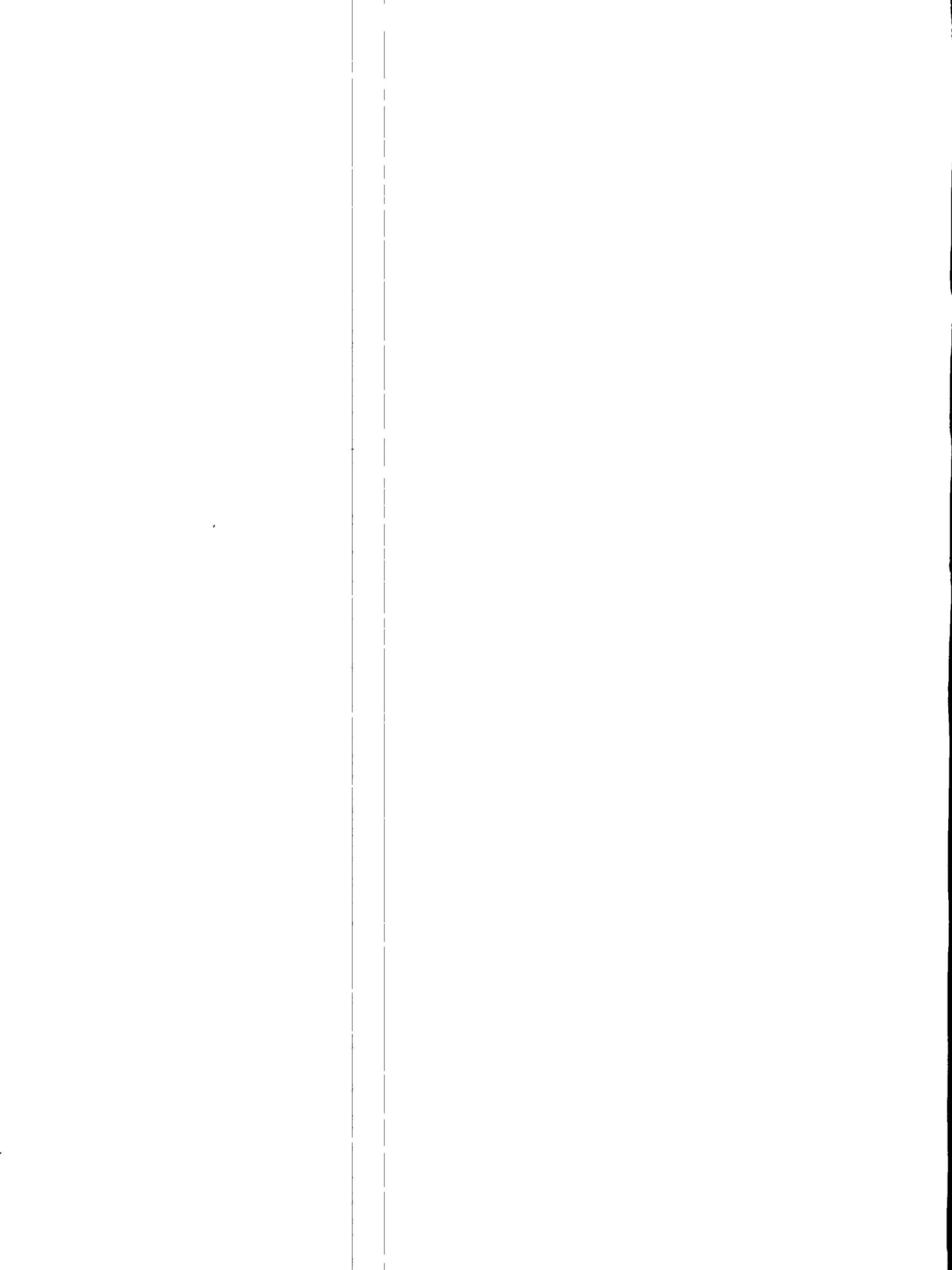
La investigación termina con el apartado relativo al estudio en materia de derecho subjetivo, poder jurídico y autonomía privada, las que en principio demuestran la necesidad de legislar de manera genérica para incluir conceptos, tales como la equidad, los casos de imprevisión, regular de manera concreta los contratos de adhesión, impedir el abuso del más fuerte, ya sea en lo económico, en lo político e inclusive en casos de necesidad.

Agregamos un apéndice con los criterios jurisprudenciales, que en la materia hemos considerado de mayor importancia, por lo que incluimos las tesis que en octubre de 1998 decidió la Suprema Corte de Justicia de la Nación, las que no logramos, no se diga compartir, ni siquiera digerir; sin embargo, las agregamos para su publicidad y contribuir de alguna forma a convencer a nuestros legisladores de las aberraciones legales que tenemos.

En el año de 1980 iniciamos nuestra vida docente, impartiendo cátedra a nivel preparatoria; ingresamos como profesores a nuestra Universidad en 1981; desde 1990 impartimos clase a nivel licenciatura y a partir de 1996, también a nivel posgrado.

Hemos litigado desde que estudiábamos la licenciatura, siempre en las áreas de derecho civil y mercantil, aunque al principio también participamos del derecho laboral; hemos conocido de asuntos muy interesantes y algunos realmente atractivos; ello no ha logrado alejarnos de nuestro ideal: *ser un buen profesor*.

Si al leer esta tesis encuentra alguna opinión diversa a la que la doctrina sostiene, es precisamente porque es una tesis en la que se vuelcan permanentemente nuestras ideas y conceptualizaciones acerca de las diversas instituciones y figuras jurídicas que se tratan; sin embargo, si las opiniones vertidas no son nuestras, en notas a pie de página podrán encontrarse las fuentes.



PRIMERA PARTE
CAPÍTULO ÚNICO
ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA CONTRATACIÓN PRIVADA

¿Qué es un contrato? ¿Cuál es su origen? ¿Cuál, su futuro? Son las tres interrogantes que expresan en unas cuantas palabras toda la problemática jurídica del contrato, como fuente de las obligaciones por excelencia.

Sin embargo, dada la complejidad de las respuestas, por la sencillez de las preguntas, se hace necesario partir de un análisis serio y profundo acerca del origen del contrato, para posteriormente, en este mismo apartado, tratar de dar contestación a las otras cuestiones.

La historia del contrato constituye la historia del Derecho¹ y la historia del Derecho constituye la historia de las relaciones humanas, mientras que la historia de las relaciones humanas es la historia de la humanidad y, por lo tanto, la Historia, simplemente dicho; ya que la historia que pretendemos conocer desde nuestros primeros años es nuestra propia historia, la que en alguna época se le llamó de manera rimbombante, *Historia Universal*, siendo que ya se quisiera cuando menos conocer todo nuestro pasado trascendente, la historia en general y nuestro pasado jurídicamente trascendente, la historia del Derecho, de las relaciones jurídicas, del contrato, como institución formadora y reguladora de esas relaciones.

En efecto, hablar del contrato como hoy lo conocemos implica recorrer todo el devenir histórico, para estar en posibilidad de entender que aún antes de la existencia formal del comercio existió el contrato, a través del trueque, como un contrato de permuta; en el que se buscaba satisfacer necesidades

¹ DE BUEN, Néstor, *La decadencia del contrato*, Textos Universitarios, UNAM, México, 1965, p. 1.

inmediatas de los contratantes, mediante el tráfico de sus propios excedentes.

De allí que pueda sostenerse que el contrato, en su forma rudimentaria, fue el origen del derecho privado y tal vez de todo el derecho; ya que al imperar la ley del más fuerte se convenían las consecuencias de ese imperio, para evitar y acaso solucionar problemas.

Después, con la invención de un sistema de cambio aceptado por una determinada sociedad y representado por semillas como el cacao (las que debían reunir ciertas características en cuanto a tamaño, peso, forma y color) surge lo que hoy conocemos como moneda; la que marcó la pauta para lograr un desarrollo acelerado del trueque, incluso ahora sí mediante excedentes que intencionalmente se producían.

Al mismo tiempo, sin duda, debe existir la primera división del trabajo,² donde los hombres se dedican a las actividades de pesca, recolección y caza; mientras que la mujer abarca todas las demás actividades, entre las que sobresalen la crianza de la prole, la comercialización de los excedentes, el cultivo incipiente de la tierra y quizá una remota y rudimentaria ganadería apoyada en aves, principalmente.

Siguiendo a Engels, debe encontrarse el surgimiento del patriarcado y, junto con él, la consolidación de la propiedad privada y de un rudimentario sistema político.

No debemos dejar pasar inadvertido que las relaciones humanas, en cuanto a fines de subsistencia, tuvieron un dejo de relaciones contractuales; si se quiere muy simples, pero al fin contratos; por lo cuál consideramos que el contrato es formalmente hablando, la esencia misma de las relaciones

² ENGELS, Federico, *El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado*, FCE., México, 1984.

humanas y éstas, como señalamos en líneas anteriores, son la esencia de la historia, en toda la extensión de la palabra.

El desarrollo de la humanidad y de sus relaciones interpersonales va dando lugar a una enorme cantidad de disposiciones - ya consuetudinarias, ya plasmadas en documentos - para llegar a la actualidad, con su compleja, difícil y a veces inentendible legislación contractual; la que ha llegado al extremo de hacer a un lado conceptos clásicos y lógicos como los de equidad, en aras de una mal interpretada libertad contractual.

Intentar entender la complejidad de relaciones contractuales que interactúan en la vida jurídica de la actualidad nos hace remontarnos a sus remotos orígenes, para descifrar la intencionalidad de quienes celebran esas convenciones, de quienes resultan afectados por las mismas, del interés del Estado por regularlas y en casos extremos - inclusive - llevar un registro confiable de todas las transacciones de un determinado género.

Éste es el motivo por el cual se hace necesario conocer algunos de los principales antecedentes históricos de la contratación privada y particularmente de la contratación privada atípica.

1.1. Antigüedad

Al hablar de la época antigua, nos referimos al Derecho Romano, ya que el presente documento no pretende ser una erudición histórica, sino un instrumento didáctico pedagógico que permita analizar la contratación privada atípica de la actualidad y, en un momento dado, sembrar la duda para lograr la continuación de la investigación que básicamente aquí se propone.

En efecto, es en Roma donde encontramos el nacimiento del Derecho tal como lo conocemos hoy en día; inclusive, el Derecho Privado Mexicano actual tiene muchos antecedentes en el Derecho Privado Romano; al partir de conceptos tan elementales como personalidad, hasta los más complejos como el contrato.

Encontrar el concepto de contrato entre los romanos es tarea difícil, ya que, al igual que en la mayor parte de los textos legales actuales, abundan definiciones de contratos en particular y pocas veces el legislador ha definido la figura contrato de una manera que pueda abarcar todas o casi todas las formas de contratación privada; sin embargo, el *Digesto*, señala que el contrato es la convención productora de acción - por tener nombre de contrato o causa civil de obligar,³ definición que si bien acerca a la idea del contrato - no la satisface del todo, al no tomar en cuenta que existieron en Roma figuras como los pactos; que eran contratos en todo el sentido de la palabra.

Retomando los antecedentes que encontramos entre nuestros apuntes de Derecho Romano,⁴ debemos manifestar en primer término al *néxum*; forma primitiva del contrato de préstamo que obligaba mediante una maldición para el caso de incumplimiento.

Posteriormente encontramos los contratos verbales, entre ellos la *sponsio*, de carácter en principio religioso, que da origen a la *stipulatio*, donde la obligación surge de la promesa hecha por una de las partes, mediante la pronunciación de palabras solemnes, sin las cuáles no era posible exigir su cumplimiento.

³ DE BUEN, Demófilo, "Ensayo sobre el concepto del contrato", en *Boletín del Instituto de Legislación Comparada y Derecho Internacional*, número 1, Panamá, 1944, p. 62.

⁴ ARANA MORÁN, José, *Apuntes de la clase de Derecho Romano*, ciclo escolar 1979-1980, Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Querétaro.

Aquí tenemos el origen de los contratos solemnes, entre los que debe destacarse hasta la fecha, el matrimonio y de alguna manera la subrogación; ya que en este último caso, de no constar en título auténtico la declaración subrogatoria, no le asisten los derechos subrogatorios al nuevo acreedor. Existieron algunos otros contratos verbales, como la *dictio dotis*.

De los contratos escritos destacó su carácter literal y formal, particularmente lo referente a los libros de registro de obligaciones; donde se anotaban los ingresos y salidas, en los contratos de préstamo, los que no tuvieron mucha aplicación; pero constituyen un antecedente de los denominados contratos reales.

Los *contratos reales* son el siguiente paso en la evolución del contrato romano; se desplaza la solemnidad e incluso la formalidad de los mismos, para dar lugar a la entrega de la cosa, como consecuencia del acuerdo de voluntades. En tal situación encontramos al *mutuo*, el *depósito*, el *comodato*, la *prenda* y la *fiducia*.

La entrega de la cosa fue útil en los contratos reales; sin embargo - con la expansión del comercio, hacia el siglo IV antes de nuestra era - se hizo necesario encontrar fórmulas que facilitaran el tráfico económico, de donde surgen los *contratos consensuales*; entre los destacan con singular importancia las operaciones entre ausentes, a grado tal que llega el momento en que basta coincidir en la cosa y el precio para dar nacimiento a la obligación y por ende al contrato; aunque su cumplimiento se aplace o condicione. Es tal el desarrollo de la contratación privada, que encontramos el *sistema de arras* como una forma de garantizar el otorgamiento del consentimiento y el cumplimiento de la obligación.

El *sistema de arras* posibilita celebrar contratos que no estén regulados, e incluso contratos que ni siquiera tengan un nombre específico,

los llamados *contratos innominados*, en los que se requería que el objeto y la causa fueran lícitos, que el contrato fuera *sinalagmático* y que uno de los contratantes ya hubiera satisfecho la prestación a la que se obligaba.

Las *arras* consistían en la entrega de determinada cantidad de monedas para garantizar la celebración futura de un contrato, asegurar el otorgamiento del consentimiento en los términos previamente estipulados; mientras que por objeto y causa lícitas se entendía del primero que existiera y fuera posible, y de ambos que no estuvieran prohibidos y no atentaran contra las buenas costumbres.

Por *contrato sinalagmático*, se entendía aquel en el que ambos contratantes se obligaban.

Por último, encontramos los *pactos* que, clasificados aparte de los contratos, constituyeron verdaderas *convenciones*.

1.2. Edad Media

La Edad Media, propiamente dicho, abarca el período entre la caída del Imperio Romano de Occidente y la caída del Imperio Romano de Oriente; o entre las invasiones germánicas a Europa y el Descubrimiento de América; en fin, según la corriente histórica en que se apoye, serán los hechos que pretendamos que marquen el principio y el fin de esta época; sin embargo, lo que sí podemos señalar es que se inicia hacia el siglo IV y concluye hasta el siglo XV, ambos de nuestra era.

Es una época que se caracteriza por su marcada religiosidad, donde la Iglesia Católica adquiere una enorme influencia en la vida de las sociedades de aquel tiempo; influencia que rebasa incluso, la Edad Moderna y llega hasta nuestros días; la que sobrevive a los afanes liberales, primero y

socializantes después, de los siglos XIX y XX, tendencias que a su vez pretendieron, la primera eliminar la influencia económica y la segunda, la influencia social de la doctrina católica.

Al inicio de esta época, ubicamos las invasiones bárbaras y germánicas; las que dan pauta a la división del Imperio Romano y al desmembramiento del Imperio de Occidente; lo que jurídicamente hablando ocasiona un retroceso en la ciencia del Derecho.

Influye el Derecho Germano que requería para los contratos de formas audibles y visibles, donde el apretón de manos (*palmata*) era símbolo de la conclusión del contrato y donde hay elementos esenciales que encajan en la solemnidad como la entrega de varas (*wada*) y tallos (*festuca*); acompañadas de palabras solemnes, la entrega de documentos constitutivos de deudas (*cautio*), etc.⁵.

El nacimiento de las grandes universidades europeas, entre las que destaca Salamanca en 1230, marcan el resurgimiento de la cultura jurídica, ya que los reyes, para disminuir la influencia de los señores feudales, recurren a los juristas, quienes desentierran el antiguo Derecho Romano para justificar la existencia del Imperio Germánico y llegan al extremo de apoyar sus pretensiones absolutistas en el mismo Derecho Canónico; el que poco prevé la figura del contrato y recurre al Derecho Romano para suplir sus deficiencias.

Por esta época - en Francia - Colbert, ministro de Luis XIV, sugiere componer al Derecho Francés; reduciendo todo el reino a las mismas leyes; leyes que con algunas modificaciones dan origen a las Ordenanzas de 1667 y 1670, y éstas a su vez dan pauta al Código Napoleón.

⁵ DE BUEN, Néstor, *op. cit.*, p.19.

El Derecho *Costumbrista* Francés y el *Pandectismo* Alemán no alcanzan la perfección que llega a tener el Derecho Español; particularmente a partir del *Fuero Juzgo*, y más tarde las *Siete Partidas* (1256-1263); las que marcan un rumbo distinto al citar en forma expresa y por primera vez la palabra *contrato*, y desarrollar una incipiente teoría general de éste, quienes llegan al extremo de regular algunas especies - como los onerosos y lucrativos - y de señalar causas de nulidad como la violencia y el miedo grave.

1.3. Edad Moderna

Mientras el Absolutismo es el sistema político por excelencia, el Mercantilismo es la corriente económica dominante al inicio de la Época Moderna; donde ambas corrientes se funden en una sola, ya que si la primera sostiene en palabras de Luis XIV - *el Estado soy yo* - la segunda busca la acumulación de metales y elementos preciosos como señal de riqueza por parte del Estado; esto es un absolutismo político y económico.

En contraposición con el sistema político, cobra importancia la conciencia individualista y liberal; hacia la que se orienta el contrato de Derecho Privado desvinculando a la ciencia jurídica de un origen divino y justificando al contrato como una manera de mejorar la forma de vida, a pesar del sistema político imperante. Contradicciones jurídicas, Derecho Público contra Derecho Privado, *Absolutismo versus Contrato*.

De por sí, nuestro Derecho tiene la mayor parte de sus antecedentes en el Derecho Español; en materia contractual, es el Derecho Español el principal antecedente de los sistemas jurídicos contemporáneos.

Así encontramos, a grandes rasgos, la *preponderancia de la voluntad*, que descarta formalismos e incluso solemnidades; siempre y cuando la voluntad de uno para obligarse con otro haya quedado fehacientemente demostrada y dé origen a considerar de manera definitiva, al contrato como fuente principal de las obligaciones.

Surge el concepto de *lesión* - que llega incluso a ocasionar la rescisión del contrato - y se establecen criterios específicos en cuanto a la capacidad, a la imposibilidad de traficar con las mercedes reales, a la necesidad de la autorización del marido para que contrate su mujer, se prohíbe la usura y se regulan contratos específicos⁶ como los *depósitos*, las *fianzas*, los *arrendamientos*, las *ventas* y las *compras*.

1.4. **Época Contemporánea**

Ubicar el inicio de esta época implica reconocer nuestra tendencia ideológica, así encontramos una serie de hechos importantes que pueden marcar la pauta; La Revolución Industrial Inglesa (1740-1820), la Independencia de Estados Unidos (1776) y la Revolución Francesa (1789); sin embargo, ubiquemos el inicio de esta época hacia fines del siglo XVIII y principios del siglo XIX, (casi al mismo tiempo que logramos nuestra Independencia).

Hablar de la época contemporánea, nos obliga a aceptar las consecuencias del 14 de julio de 1789, en la Bastilla, de los ideólogos del momento; Rosseau, (1712-1778), Montesquieu, (1689-1775), Voltaire, (1694-1778) y los enciclopedistas encabezados por Diderot, (1713-1784); quienes apoyan ideas como la libertad, la propiedad, la seguridad, la igualdad, la fraternidad, conceptos que influyen en esa obra cumbre del Derecho Francés, el *Código Napoleón* (1808).

⁶ *Decreto Real*, Felipe IV, Madrid, 14 de noviembre de 1652.

Nuevamente, encontramos la contradicción *Absolutismo versus Contrato*; ya que siendo Napoleón I un gobernante absolutista, no sólo permite, sino que influye enormemente en la creación del Código que lleva su nombre y donde se regula de una manera amplia y pormenorizada la teoría del contrato.

El libro tercero, "*De las diferentes maneras de adquirir la propiedad*", título tercero, "*De los contratos o de las obligaciones convencionales en general*", etc.

De acuerdo con el artículo 1101 del *Código Napoleónico*:

El contrato es un convenio por medio del cuál una o diversas personas se obligan hacia otra o varias personas a dar, a hacer o a no hacer alguna cosa.

Los siguientes artículos clasifican los contratos, mientras que el 1107 dispone que:

Todos los contratos nominados o innominados quedan sujetos a las reglas generales de los contratos.

Aquí surge el reconocimiento expreso de la posibilidad de la existencia de contratos innominados en el Derecho actual.

Sigue el *Código Napoleón* determinando elementos esenciales, de validez e incluso accidentales del contrato, para concluir dando mayor importancia a la intención de los contratantes que al texto mismo del contrato.

Siendo un código *consensualista*; impone reglas relativas a la forma, la solemnidad y la autenticación, al referirse a los funcionarios facultados para dar fe de la realización del acto.

Corrientes político-económicas posteriores - como el liberalismo de Adam Smith y el socialismo de Carlos Marx y Federico Engels - intentaron en su momento, reducir y desvirtuar la trascendencia jurídica de la codificación napoleónica, sin embargo, por fortuna, parece ser que no lo lograron.

1.5. Tendencias Actuales

Aunque parecería ser que vivimos un momento de libertad contractual, debemos reconocer que algunos principios jurídicos - elevados en algunos casos a rango constitucional - han limitado esa libertad contractual o *autonomía privada*, de la que hablaremos mas adelante.

Conceptos como protección al consumidor, al medio ambiente, a la inversión mexicana, rectoría económica del Estado, protección a las clases sociales menos favorecidas y otras muchas ideas han mermado la libertad y en ocasiones hasta la equidad contractual.

SEGUNDA PARTE

LAS OBLIGACIONES Y LOS CONTRATOS DE DERECHO PRIVADO

CAPÍTULO PRIMERO

LAS OBLIGACIONES DE DERECHO PRIVADO

1. Introducción

Hablar de obligaciones de Derecho Privado es intentar explicar la más hermosa de las teorías de la Ciencia Jurídica; sin embargo, no es ése el objetivo por satisfacer en este momento y considerando que la mayoría, si no es que todos los contratos atípicos de Derecho Privado encajan dentro del Derecho Mercantil, es necesario partir del supuesto que lo interesante es explicar aunque sea someramente una idea de las obligaciones mercantiles.

Además, en la actualidad - descontando al contrato de arrendamiento inmobiliario - que al eliminarlo expresamente el **Código de Comercio**, no puede tener el carácter de mercantil - la mayoría de los contratos que se celebran llevan implícito el lucro y deben por lo tanto considerarse comerciales; con mayor razón, si son realizados por personas de Derecho Mercantil.

Si consideramos que el Derecho Mercantil originalmente nació como una rama autónoma del Derecho Privado aplicable a los comerciantes, ha evolucionado y ampliado su ámbito de aplicación para convertirse en un conjunto de normas que regulan relaciones de las más diversas índoles relativas a la actividad económica.¹

¹ BARRERA GRAF, Jorge, *Instituciones de derecho mercantil*, Porrúa, México, 1989, p. 5.

Así, además de la actividad de intermediación que supone la compra y venta de mercancías - lo que es propiamente el comercio - el Derecho Mercantil comprende materias tan diferentes como el Derecho Marítimo y el Aeronáutico, la propiedad industrial, el contrato de seguro - con sus modalidades - los títulos de crédito, las sociedades mercantiles, las actividades bancaria y financiera, las inversiones extranjeras, la protección al consumidor y la competencia económica. Estos últimos ordenamientos participan de las normas que se aplican a la Administración Pública y tienen algún carácter administrativo.

El Derecho Mercantil se ha extendido a todos los ámbitos de la sociedad y se distancia enormemente de su primitivo contenido, cuando sólo era el derecho profesional de los comerciantes. A este fenómeno se le ha llamado generalización u objetivación del Derecho Mercantil.²

A diferencia del **Código Civil** que contiene prácticamente todas las disposiciones del Derecho Civil, el **Código de Comercio** abarca sólo una pequeña parte del Derecho Mercantil. El artículo 1 del **Código de Comercio**, recientemente reformado,³ establecía que:

Las disposiciones de este Código son aplicables a los actos comerciales.

El nuevo texto del artículo 1, señala que:

Los actos comerciales sólo se regirán por lo dispuesto en este Código y las demás leyes especiales.

La diferencia de uno y otro texto está en que la disposición anterior no hacía referencia a las leyes especiales que hoy contienen la mayoría de las disposiciones del Derecho Mercantil.

² GARRIGUES, Joaquín, *Curso de derecho mercantil*, Porrúa, México, 1979, p. 86.

³ La reforma fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación*, el día 24 de mayo de 1996.

En contraste con esta disgregación del Derecho Mercantil nacional, la contratación internacional reafirma el principio de la *autonomía privada* y tiende a la uniformidad de las normas que regulan las relaciones mercantiles internacionales mediante contratos tipo, convenios internacionales y organismos de carácter mundial.

Al contrario del Derecho Civil y del Derecho Canónico, que eran asuntos de letrados y eruditos, el Derecho Mercantil era la creación pragmática de hombres prácticos interesados en el comercio.⁴

Aunado a lo anterior; en México, la influencia del Derecho de los Estados Unidos se manifiesta, dentro del Derecho Mercantil, en la práctica y celebración de contratos de raíz anglosajona como *el arrendamiento financiero (leasing)*, *el factoraje (factoring)*, *la franquicia (franchising)*, *el joint venture*, la transferencia de tecnología y otras figuras e instituciones que han recibido reconocimiento en las legislaciones administrativa, fiscal y mercantil.

En la legislación mercantil de los últimos años - además del reconocimiento de las figuras contractuales mencionadas - han sido incluidas normas como las de *protección al consumidor*, como reflejo de un movimiento mundial; y, recientemente, la promulgación de la **Ley Federal de Competencia Económica**, con clara influencia de disposiciones de los Estados Unidos de América, de las llamadas leyes *antitrust*.

2. Tendencias del Derecho Mercantil

2.1. Derecho Mercantil Nacional

El Derecho Mercantil moderno tiende a configurarse como el Derecho ordenador de la actividad económica.⁵ Las ideas liberales e

⁴ MERRYMAN, John Henry, *La tradición jurídica romano canónica*, 2ª ed., FCE, México, 1997, p. 33.

individualistas con las que nació el Derecho Mercantil codificado en el siglo pasado: libertad de comercio, libertad profesional y libertad de contratación tuvieron desde principios del siglo XX una disminución en su importancia; por la mayor participación del Estado en la economía y un nuevo sentido social en muchas de sus instituciones: sociedades, bancos, contratos⁶.

Parte de la evolución crítica del Derecho Mercantil, se ha caracterizado por lo siguiente:

- a) Fuerte tendencia al sentido social y público que parece desnaturalizar al Derecho Mercantil.
- b) Unas de sus más importantes instituciones van perdiendo sus rasgos de naturaleza de régimen capitalista.
- c) Nacimiento de nuevos elementos de definitivo interés del Estado (empresas de economía mixta, nacionalizaciones, monopolios del Estado y nuevas áreas del sector público).

Más que como crisis, este cambio debe entenderse como un proceso evolutivo de transformación y superación de conceptos que ya no son acordes con la realidad económica que pretende regir. A esto se agrega una "*comercialización del Derecho Civil patrimonial*" (obligaciones y contratos) que se explica por el natural carácter conservador de éste, frente al dinamismo del Derecho Mercantil; y por el hecho de que nuevas necesidades económicas, dentro y fuera del capitalismo, han motivado la difusión y generalización de figuras contractuales nuevas.

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

- a) La **Ley Federal del Trabajo (LFT)** regula áreas que antes eran disciplinadas por el Derecho Mercantil: los agentes de comercio.

⁵ URÍA, Rodrigo, *Derecho mercantil*, 21ª. ed., Marcial Pons, Madrid, 1994, p. 7.

⁶ CASTAÑ TOBEÑAS, José, *Derecho civil español, común y foral*, 10ª. ed., Ed. Reus, Madrid, 1977.

Actualmente, cuando en la relación hay subordinados, éstos son trabajadores - no comerciantes - y están sujetos a las normas de la **LFT**.

- b) La misma **LFT** concede a los trabajadores una participación en las utilidades de la empresa; beneficios que, en principio, sólo correspondían exclusivamente al capital. Aunque si bien es cierto, esta participación no implica la facultad de intervenir en la dirección o administración de la empresa.
- c) Hay nuevas y renovadas leyes de orden público e interés social que regulan materias que son propias del Derecho Mercantil: **la Ley de Inversiones Extranjeras (LIE)**, **la Ley Federal de Protección al Consumidor (LFPC)**, **la Ley del Mercado de Valores (LMV)**, **la Ley Federal de Competencia Económica (LFCE)** y **la Ley General de Sociedades Cooperativas (LGSC)**, entre otras más.
- d) La estatización de la banca privada para constituirse en monopolio gubernamental, por reforma constitucional de 1982 y la **Ley Reglamentaria sobre el Servicio Público de Banca y Crédito de 1985**. Otra modificación constitucional y una nueva **Ley sobre Instituciones de Crédito**, en 1990, revirtió casi la totalidad de los efectos de esa medida.

2.2. Derecho Mercantil Internacional

La paulatina internacionalización de los mercados ha dado lugar a que surja todo un nuevo Derecho uniforme sobre la contratación comercial. Se trata de un Derecho que regula el comercio internacional, al que se califica de *autónomo* porque no está formado y regido conforme a un sistema legal determinado (sea el de México, el de los Estados Unidos o el de otro país; el europeo, el del *common law*, el romano germánico, etc.); sino que ha sido la comunidad empresarial internacional la que lo ha creado, a la medida de sus necesidades, para regirse por él.

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

La labor legislativa en todos esos cuerpos es enorme y de creciente importancia; y da lugar a una nueva *Ley Mercatoria*: campos enteros de actividades económicas están ya regidos por convenciones y ordenamientos externos: el transporte marítimo, el arbitraje comercial, los instrumentos internacionales de crédito y pagos, la compraventa internacional de mercaderías; en otras actividades - bancarias, aduanales, monetarias - intervienen instituciones y organismos internacionales autónomos, integrados por varios países; por ejemplo, la Organización Mundial de Comercio, El Tratado de Libre Comercio - México, Estados Unidos, Canadá - el Banco Mundial, la creación del *Euro* - moneda única en la comunidad europea - e inclusive se pretende unificar mundialmente la totalidad de la legislación mercantil.

De allí que, aún en México - país con acendrados rasgos nacionalistas y más que fundados motivos de desconfianza - se hace necesario reconciliar el nacionalismo con la internacionalización. La moderna ley del comercio internacional no se aplica contra el Derecho Nacional; se aplica por una tolerancia del Derecho Interno que reconoce los negocios internacionales, les da valor legal y preserva el interés público. La ley del comercio internacional no puede ir en contra del orden público interno.

Las fuentes del Derecho Mercantil Internacional son muy variadas. Las más importantes son: las convenciones internacionales, las leyes modelo, las compilaciones de usos y costumbres y las cláusulas guías legales.

México, en esta tendencia internacional, se ha adherido a numerosos tratados y convenciones internacionales que regulan materias mercantiles.

Sin pretender abarcar la mayoría de ellos, mencionamos unos cuantos que son de interés para la materia mercantil.

- a) *Protocolo Sobre el Régimen de Uniformidad de los Poderes.*⁷
- b) *Convención Interamericana Sobre Conflictos de Leyes en Materia de Letras de Cambio, Pagarés y Facturas.*⁸
- c) *Convención Interamericana Sobre Conflictos de Leyes en Materia de Sociedades Mercantiles.*⁹
- d) *Personalidad y Capacidad de Personas Jurídicas en el Derecho Internacional.*¹⁰
- e) *Régimen Legal de Poderes para ser Utilizados en el Extranjero.*¹¹
- f) *Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías.*¹²
- g) *Convención sobre compraventa internacional de mercaderías.*¹³
- h) *Convención del Instituto para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) Sobre Arrendamiento Financiero Internacional y Factoraje Internacional (1988).*

Es importante señalar que el ámbito de aplicación de muchas de estas normas es el de las relaciones entre entidades de carácter privado de distintas nacionalidades. No se aplican a entidades de Derecho Internacional Público. Estas convenciones, una vez que han sido aprobadas por el Senado y promulgadas por el Ejecutivo, se convierten formalmente en Derecho Mexicano,¹⁴ pero materialmente es un Derecho Internacional, que no se aplicará a las relaciones entre ciudadanos o residentes mexicanos; sino a las

⁷ Publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 3 de diciembre de 1953.

⁸ Publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 9 de febrero de 1978.

⁹ Publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 13 de enero de 1983.

¹⁰ Publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 6 de febrero de 1987.

¹¹ Publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 19 de agosto de 1987.

¹² Publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 12 de noviembre de 1987.

¹³ Publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 8 de diciembre de 1987.

¹⁴ Artículo 133 Constitucional

relaciones entre éstos y extranjeros. Su ámbito de aplicación no es el territorio nacional, ni a los nacionales mexicanos.

Por otro lado, hay una importante actividad para uniformar normas y criterios en materia mercantil internacional que llevan a cabo organismos como el *Instituto para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT)*, con sede en Roma; la *Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional* (más conocida como UNCITRAL), con sede en Viena y Nueva York; o la *Cámara Internacional de Comercio*.

Como resultado de este interés en uniformar normas mercantiles se tienen las leyes modelo, podemos citar como ejemplos: *la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial de UNCITRAL*, que fue adoptada prácticamente en su totalidad por el legislador mexicano al incorporarla al **Código de Comercio**; *la Ley Modelo Sobre Transferencias Internacionales de Crédito*, formulada por el mismo organismo.

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

Como recopilación importante, están los *Principios Sobre los Contratos Mercantiles Internacionales* que el UNIDROIT publicó en 1994; los que se aplican en aquellos casos en el que las partes acuerdan que su relación contractual se rija por éstos; pueden referirse a ellos como *ley mercatoria* o principios generales del derecho. También se han elaborado cláusulas estándar, contratos tipo o modelos de contratos internacionales usuales como la agencia internacional, la distribución internacional y la

franquicia. Como ejemplo de cláusula estándar, la Cámara de Comercio Internacional ha sugerido una cláusula compromisoria en los contratos.

3. Unificación del Derecho Privado

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

En el Derecho Mercantil Mexicano se tiende a la institucionalización de esta disciplina, para aplicarse a los comerciantes sociales que realizan actos en masa. Una muestra de ellos es el predominio cuantitativo de los contratos mercantiles sobre los civiles, la constitución de sociedades mercantiles que son parte de la gran mayoría de las relaciones comerciales y la promulgación de la **Ley Federal de Protección al Consumidor**, que unifica relaciones civiles y mercantiles en un solo ordenamiento; aunque le dé a éste el carácter de mercantil y sea materia federal. Además, la unificación internacional lleva muchas veces aparejada una superación de las normas civiles y mercantiles.

*El Derecho mercantil acabará siendo el derecho ordenador de la actividad económica.*¹⁵

¹⁵ URÍA, Rodrigo, *op. cit.*, p. 7.

Ha sido una preocupación constante de los estudiosos del Derecho Mercantil el tema de la unificación del Derecho Civil y del Mercantil. Sin embargo, parece que no es posible la fusión absoluta entre ambos; pero sí es conveniente y deseable suprimir muchas de las diferencias que hoy en día separan, innecesariamente, ambas ramas del Derecho.

*La especialidad de los procedimientos y de los jueces mercantiles no encuentra justificación lógica y, por ello, tiende a desaparecer de todos los países.*¹⁶

Es indiscutible que conviene una profunda revisión de la legislación civil y mercantil para tratar, por lo pronto, de unificar en un solo ordenamiento lo relativo a las obligaciones y los contratos.

*Cuando se ha tratado de unificar el Derecho Mercantil y el Derecho Civil, la unificación se ha planteado como unificación del Derecho de Obligaciones.*¹⁷

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

En México, a lo más que podemos llegar dentro de nuestra actual estructura constitucional es a la unificación procesal; pero no a la unificación sustantiva del Derecho Civil y Mercantil dado que por disposición de nuestra **Constitución** (artículo 73 fracción X) corresponde al Congreso de la Unión legislar en materia de comercio, en tanto que la reglamentación del Derecho Civil se entiende reservada a las entidades federativas - incluyendo el Distrito Federal, con facultades expresas, a partir del 1 de enero de 1999, según

¹⁶ MANTILLA MOLINA, Roberto, *Derecho mercantil*, 28ª. ed., Porrúa, México, 1992, núm. 44.

¹⁷ GARRIGUES, Joaquín.- *Curso de Derecho Mercantil*.- Tomo II.- Porrúa.- México, 1979.- p. 3.

reformas al artículo 122, apartado C, Base Tercera, fracción V, inciso h) Constitucional-. La unificación de estas materias sustantivas requeriría una reforma constitucional que, por lo demás sería conveniente, para evitar la dispersión de la legislación civil.

Sin embargo, una solución que ayude a la unificación de las normas privadas civiles y mercantiles - sin reforma constitucional y respetando la competencia legislativa federal y local - sería:

- a) El **Código Civil** en materia federal es el ordenamiento supletorio del **Código de Comercio** (artículo 2), hay que *mercantilizar* el **Código Civil Federal** mediante la absorción 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 Federal (CCF)**, ya que la tendencia general es favorable a la emigración al **CCF** de las normas especiales nacidas en el tráfico mercantil y recogidas en el Código de Comercio; tal y como se ha constatado en las últimas reformas locales en materia hipotecaria.¹⁸
- c) En el **Código de Comercio**, deben suprimirse las escasas normas sobre obligaciones mercantiles y las relativas a los contratos regulados por partida doble; pues si se entra al análisis del régimen jurídico de los contratos doblemente regulados se observa que las diferencias son realmente escasas.
- d) En el **Código de Comercio** deben regularse contratos que no están contemplados en el **CCF** y que tienen, en la mayoría de los casos, carácter mercantil por estar relacionados con la actividad de la empresa. No es conveniente dictar leyes especiales para regular contratos mercantiles, ya que de por sí tenemos una enorme maraña de leyes, más práctico y jurídico será dejar que la materia civil regule las obligaciones de Derecho Privado; y la mercantil a través del **Código de Comercio** rija

¹⁸ Publicadas en el *Periódico Oficial del Estado de Querétaro*, en mayo de 1998.

únicamente los contratos que no estén expresamente regulados por la ley civil.

- e) El **Código de Comercio** debe contener una norma de reenvío, o de supletoriedad, que establezca que para todo lo relativo a las obligaciones y al contrato en general debe aplicarse el **CCF**.
- f) Reformar todas las leyes especiales propias del Derecho Mercantil que han sido producto de la expansión de la actividad económica y se integran en los capítulos correspondientes de un **auténtico Código de Comercio**.

3.1. Tendencias en el Derecho Mexicano hacia la Unificación del Derecho Civil y Mercantil.

- a) Los tribunales mercantiles, originalmente establecidos por los mercaderes para ventilar sus disputas, con el tiempo fueron nacionalizados e incorporados al sistema judicial¹⁹. Tradicionalmente, los tribunales civiles conocen de asuntos mercantiles, lo que está previsto en nuestra propia **Constitución Federal**, en su artículo 104.
- b) Los Registros Públicos de Comercio, de carácter federal, se encargan a los Registros Públicos de la Propiedad de las diversas entidades federativas (artículo 18 del **Código de Comercio**).
- c) La **Ley Federal de Protección al Consumidor** unifica en un solo ordenamiento los contratos originalmente civiles, en los que interviene como proveedor una empresa.
- d) Por reforma de diciembre de 1992 - al artículo 1051 del **Código de Comercio** - los litigios de los actos mixtos, en los que una parte es civil y la otra mercantil, se tramitan por la vía mercantil.

¹⁹ MEERYMAN, John Henry, *La tradición jurídica romano canónica*, 2ª. ed., FCE, México, 1997, p. 152.

- e) Por reformas procesales recientes al **Código de Comercio** y al **Código de Procedimientos Civiles de Querétaro**²⁰ se han unificado muchas de las normas procesales mercantiles y civiles.
- f) El artículo 2 del **Código de Comercio**, reformado en 1996, señala que el Derecho Común supletorio del **Código de Comercio** y de las demás leyes mercantiles, es el **Código Civil Federal**;²¹ con lo que se unifica una única legislación como supletoria en materia sustantiva.
- g) El régimen fiscal de la **Ley del Impuesto sobre la Renta** para las sociedades civiles se ha asimilado al de las sociedades mercantiles.

4. Las Obligaciones Mercantiles

Los actos mercantiles más importantes y más frecuentes son los que engendran obligaciones; Por ello, el Derecho Mercantil es preponderantemente un Derecho de Obligaciones. Las obligaciones mercantiles no sólo dominan el ámbito del Derecho Mercantil, sino también el sector entero de la contratación privada. La razón es que, en la práctica, el número de contratos puramente civiles es reducido.

Con base en las escasas normas que sobre obligaciones mercantiles se encuentran en nuestra legislación mexicana, especialmente en el Código de Comercio, consideramos que no puede hablarse de una teoría general de las obligaciones mercantiles; sino tan sólo de algunas normas especiales que derogan a los principios y reglas en materia de obligaciones civiles que son aplicables, supletoriamente, a todo el Derecho Mercantil. No existe, en rigor, una teoría general de las obligaciones mercantiles.

²⁰ Las reformas procesales fueron primero al vigente *Código de Procedimientos Civiles de Querétaro*, publicado en noviembre de 1990, vigente a partir del 1 de enero de 1991 y al *Código de Comercio* en mayo de 1996.

²¹ Aunque a la fecha, el *Código Civil del Distrito Federal* es el Código Civil aplicable en materia Federal y por lo tanto, el *Código Civil Federal*, es muy probable que la Asamblea Legislativa del Distrito Federal expida su propio ordenamiento.

La importancia de distinguir entre las obligaciones y contratos mercantiles y las obligaciones y contratos civiles se acrecienta en nuestro régimen jurídico en razón de que, conforme al pacto federal establecido por nuestra **Constitución**, se asigna a la Federación la competencia para legislar en materia de comercio, mientras que la legislación civil se conserva como materia propia de los Congresos Locales. La legislación mercantil es única y aplicable a todo el territorio nacional, la civil es múltiple y la dictan las entidades federativas para su territorio local²².

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

- a) Se aplican a todas las obligaciones mercantiles sin importar su fuente: acto de comercio, contrato, ley.
- b) El Derecho Patrimonial Mercantil es eminentemente especulativo, de ritmo rápido, en el que las relaciones contractuales y obligatorias se contraen, cumplen y consuman con una rapidez y con un rigor en su ejecución desconocidos para los contratos y las obligaciones civiles.
- c) La materia de las obligaciones mercantiles no recoge principios modernos sobre ellas; tales como la *solidaridad pasiva* cuando hay varios deudores, el interés moratorio expreso al vencimiento de las obligaciones, una norma general sobre la cesión del contrato mercantil, regulación sistemática y clara sobre contratos de adhesión, condiciones generales de contratación y otras más.
- d) Las normas mercantiles son especiales y excepcionales, dado la fragmentada regulación en esta temática; de modo que el Derecho Civil y los principios de las obligaciones y del contrato se aplicarán

²² En diciembre de 1998 existían treinta y un Códigos Civiles en la República, ya que a pesar de ser 31 Estados y un Distrito Federal, el Estado de Baja California Sur no había legislado el suyo propio y se seguía rigiendo por el de carácter federal.

supletoriamente, aunque matizados con el carácter propio de las instituciones y normas mercantiles.

e) De las múltiples disposiciones mercantiles, consideramos que se pueden distinguir cuatro grandes grupos de normas en este tema de las obligaciones y los contratos mercantiles:

a') Normas sobre obligaciones mercantiles.

b') Normas sobre el contrato mercantil en general, aplicables a todos los contratos.

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

d') Normas especiales que regulan figuras típicamente mercantiles que no tienen sus correlativas en el Derecho Civil (**Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, Ley de Instituciones de Créditos y Organizaciones Auxiliares, Ley del Mercado de Valores, etc.**).

Por la importancia que tienen los contratos para la materia mercantil puede afirmarse que, por el crecimiento incontrolado de esta rama del Derecho, se ha convertido en el *Derecho General de la Contratación Moderna*.

5. El Cumplimiento de las Obligaciones

5.1. Lugar

El artículo 86 del **Código de Comercio** ordena que, a falta de acuerdo de las partes sobre el lugar de pago de una obligación, éste deberá hacerse en aquél que según la naturaleza del negocio o la intención de las partes deba considerarse adecuado al efecto por consentimiento de aquellas o arbitrio judicial.

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

Esta disposición en principio, deroga al artículo 2082 del **Código Civil Federal**; el cual determina que por regla general el pago debe hacerse en el domicilio del deudor, salvo que las partes convinieren otra cosa; o que lo contrario se desprenda de las circunstancias, de la naturaleza de la obligación o de la ley.

Como la regla mercantil no es clara, ni puede determinarse siempre cuál es la intención de las partes que se desprende del contrato, sostenemos que la norma del **Código Civil Federal** puede completar y suplir, en muchos casos, a la mercantil.

Puede mencionarse también, en relación con el lugar de pago, que las disposiciones procesales mercantiles establecen que es juez competente para conocer del cumplimiento de obligaciones: el del domicilio del deudor.

5.2. Plazo

Respecto al cumplimiento de las obligaciones mercantiles, **el Código de Comercio** nos proporciona algunas reglas que difieren - en cierto sentido - de las del Derecho Civil. El artículo 83 del **Código de Comercio** dispone que si las obligaciones mercantiles no tuvieren un plazo prefijado por las partes, serán exigibles diez días después de contraídas, si sólo produjeran acción ordinaria; y al día inmediato, si llevaran aparejada ejecución.

La norma especial mercantil deroga al artículo 2080 del **Código Civil Federal**; el cual en esta materia, dispone que las obligaciones que no tuvieren plazo deben cumplirse como sigue: si son obligaciones de dar a los treinta días después de la interpelación; si son de hacer, cuando lo exija el acreedor, siempre que haya transcurrido tiempo suficiente para su cumplimiento.

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

Para esta regla general del ordenamiento comercial existen excepciones en algunos contratos mercantiles en particular. Por ejemplo,

para la compraventa, si no fue señalado el plazo de entrega para el vendedor, éste debe hacerlo a las veinticuatro horas de celebrado el contrato (artículo 379 del **Código de Comercio**) y el comprador debe pagar el precio de contado (artículo 380 del **Código de Comercio**). En el préstamo mercantil, si no se fijó plazo, el deudor debe devolver lo prestado a los treinta días después de la interpelación (artículo 360 del **Código de Comercio**). Esta última norma es muy similar al artículo 2080 del **Código Civil Federal**.

5.3. La Mora

Todo retraso en el cumplimiento de una obligación que sea imputable al deudor se llama mora. El artículo 85 del **Código de Comercio** señala cuáles son los efectos de la mora para las obligaciones mercantiles, sin importar cuál sea la fuente de la que nazcan (contratos, acto jurídico, ley). De acuerdo con el citado precepto, los efectos de la morosidad principian al día siguiente del vencimiento. Aquí debemos distinguir si la obligación tiene plazo; a la llegada del término se tiene por vencida y se inician los efectos de la mora.

Si no tiene plazo la obligación, los efectos se inician cuando el acreedor interpela al deudor, ya sea judicial o extrajudicialmente. El solo vencimiento del plazo sin que la obligación cumpla, trae *ipso jure* aparejada la mora; sin que sea menester que el acreedor haga nada que gestione en modo alguno el pago de su crédito. El vencimiento del plazo lo hace todo.

En nuestro **Código Civil Federal**, la norma correlativa es el artículo 2104 que - en términos similares al **Código de Comercio** - distingue entre obligación con plazo; en la que la responsabilidad de daños y perjuicios se inicia al vencimiento y la obligación sin plazo, para la que la exigibilidad se rige conforme al artículo 2080 del citado ordenamiento.

5.4. El pago

Pago o cumplimiento es la entrega de la cosa o de la cantidad debida o la prestación del servicio que se hubiere prometido (artículo 2062 del Código Civil Federal). Esta amplia definición del pago es aplicable al Derecho Mercantil, en términos del artículo 2 del **Código Civil Federal**.

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

En el capítulo del préstamo mercantil, el **Código de Comercio** contiene algunas presunciones, en materia de pago, que son aplicables a todas las obligaciones mercantiles y no sólo a las derivadas del contrato de préstamo. El artículo 364 del **Código de Comercio** dice:

El recibo del capital por el acreedor, sin reservarse expresamente el derecho a los intereses pactados o debidos, extinguirá la obligación del deudor, respecto de los mismos.

Esta primera parte de la disposición tiene una regla correlativa en el Derecho Civil en el artículo 2090 del **Código Civil Federal** que establece:

Cuando se paga el capital sin hacerse reserva de réditos, se presume que éstos están pagados.

La segunda parte del artículo 363 del **Código de Comercio** agrega:

Las entregas a cuenta, cuando no resulte expresa su aplicación, se imputarán en primer término, el pago de intereses por orden de vencimientos, y después al capital.

Esta disposición es muy similar al 2094 del **Código Civil Federal** que contiene la misma presunción. Salvo estas dos disposiciones del **Código de Comercio** que comentamos, prácticamente toda la normativa que sobre el pago contiene el **Código Civil Federal** (artículos 2062 a 2103) se aplica, supletoriamente, a todas las obligaciones mercantiles.

6. El Interés

6.1. Concepto de Interés Legal

El interés es el precio del uso del dinero ajeno. El artículo 361 del **Código de Comercio**, contiene una amplia definición de interés, que no existe en el **Código Civil Federal**. Este precepto dice:

Toda prestación pactada a favor del acreedor, que conste precisamente por escrito, se reputará interés.

El artículo 362 establece que los deudores que demoren el pago de sus deudas deberán satisfacer, desde el día siguiente al del vencimiento, el interés pactado para este caso, o en su defecto el seis por ciento anual.

En la práctica mercantil, esta norma es el fundamento para fijar una tasa de interés moratorio cuando las partes no lo han fijado en el contrato o en un título de crédito, o para cualquier otra obligación mercantil, independientemente de su fuente. Ésta es la tasa que debe aplicarse en materia mercantil, a todos los casos en que nuestra ley habla de intereses o réditos legales.

El artículo 2395 del **Código Civil Federal** - en el capítulo del mutuo, y correlativo del artículo 362 del **Código de Comercio** - claramente indica que el interés legal es del nueve por ciento anual. En igual sentido debe interpretarse el artículo del **Código de Comercio**, aunque expresamente no lleve el adjetivo de legal.

Es importante señalar que el **Código Civil de Querétaro** -en su artículo 2263, en los mismos términos que el **Código Civil Federal**- se refiere al interés legal en el apartado del contrato de mutuo; sin embargo, señala un interés legal del 20% anual.

6.2. Regulación en la Ley Federal de Protección al Consumidor

En materia de intereses, la **Ley Federal de Protección al Consumidor** contiene algunas normas importantes en el capítulo denominado de las operaciones de crédito. La **vigente Ley Federal de Protección al Consumidor de 1992** contiene menores limitaciones a la libertad contractual de las partes que la **abrogada Ley Federal de Protección al Consumidor de 1975**, de tono más proteccionista al consumidor y con reglas más estrictas en materia de intereses. Estas reglas, por disposición expresa de la Ley, no son aplicables a las operaciones bancarias y de algunas otras entidades financieras y de crédito (artículo 5). Las más significativas son:

- a) *Los intereses deben calcularse sobre el precio de contado, menos el enganche o anticipo que se hubiere pagado* (artículo 67).
- b) *Únicamente se podrán capitalizar intereses cuando exista acuerdo previo de las partes* (artículo 68). No se prohíbe el pacto de anatocismo, como lo hacía la **Ley Federal de Protección al Consumidor** anterior (artículo 23) y como lo dispone en términos similares al artículo 2397 del **Código Civil Federal**. La **Ley Federal de Protección al Consumidor** establece que

- sólo se permite si hay acuerdo previo de las partes. Esta norma no deroga, sino en todo caso complementa a la disposición del **Código de Comercio** que permite que los contratantes pacten que los intereses se capitalicen (artículo 363).
- c) *Los intereses se causan solamente sobre saldos insolutos y no puede exigirse por adelantado* (artículo 69), en términos casi iguales al artículo 25 de la **Ley Federal de Protección al Consumidor** abrogada.
 - d) *Cuando se rescinde una compraventa a plazos, el comprador tiene derecho a que se le devuelva el precio pagado con los intereses a la tasa que se le haya aplicado a su pago* (artículo 70).
 - e) *Los pagos hechos en exceso del precio máximo determinado o estipulado, le dan derecho al consumidor a recuperarlos. Si el proveedor no los devuelve en cinco días hábiles, debe pagar el máximo de intereses calculados con base en el costo porcentual promedio de captación que determine el Banco de México o la tasa que la sustituya oficialmente* (artículo 91).
 - f) La sanción a estas normas de orden público e interés social (artículo 1), es que la estipulación de las partes no producirá efectos. Además, para el proveedor que no cumpla con las disposiciones señaladas se le podrá imponer una multa de hasta mil quinientas veces el salario mínimo general vigente en el Distrito Federal (artículo 127).

7. Otros Principios

7.1. La Solidaridad

El artículo 1987 del **Código Civil Federal** dispone que habrá solidaridad pasiva: *cuando dos o más deudores reporten la obligación de prestar, cada uno de por sí, en su totalidad, la prestación debida*. Sus características son: la pluralidad de sujetos y la unidad del objeto, con indeterminación de partes en la exigencia de un mandato tácito y recíproco entre los deudores.

El artículo 1988 del **Código Civil Federal** recoge un importante principio en materia de solidaridad, pues establece que ésta no se presume, resulta de la ley o de la voluntad de las partes.

7.2. Prescripción

La *prescripción* que reglamenta el **Código de Comercio** en su Título Segundo (artículos 1038 a 1047) es, únicamente, la prescripción negativa o extintiva; es decir, el medio de extinguir obligaciones. No regula este ordenamiento la llamada *usucapión o prescripción positiva*, como medio de adquirir la propiedad y otros derechos reales; pues esto lo comprende el **Código Civil Federal**, como materia propia de los bienes.

El Título correspondiente del **Código de Comercio** no contiene un conjunto sistemático y completo de normas; trata únicamente de algunos supuestos aislados de prescripción. De este modo, la norma supletoria, cuando no hay disposición expresa en el **Código de Comercio**, debe buscarse en el **Código Civil Federal** (artículos 1135 a 1150 y 1158). Además, debemos tomar en cuenta que la dispersión de las leyes mercantiles ha originado que algunos preceptos se encuentren en ordenamientos especiales.

En términos generales, la prescripción mercantil opera en plazos más cortos que los señalados para la extinción de obligaciones civiles. **El Código de Comercio** establece los plazos de 1, 3 y 5 años para diversos supuestos; y la norma general de 10 años para los casos no previstos (artículo 1047), lo que es igual a la del Derecho Civil (artículo 1159 del **Código Civil Federal**).

CAPÍTULO SEGUNDO

EL CONTRATO DE DERECHO PRIVADO (EL CONTRATO MERCANTIL)

1. Introducción

Al igual que en el capítulo precedente, el enfoque se realiza hacia el Derecho Mercantil por las razones ya señaladas *ut supra*.

El contrato, conjuntamente con el título de crédito, es el instrumento jurídico más importante de la circulación mercantil²³.

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

El artículo 81 del **Código de Comercio** establece:

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

Esta disposición debe completarse con el artículo 2 del **Código de Comercio** que remite al Derecho Común como supletorio de la normativa mercantil, el que por la reciente reforma a esta disposición es el **Código Civil**

²³ URÍA, Rodrigo, *Derecho Mercantil*, 21ª. ed., Marcial Pons, Madrid, 1994, núm. 654.

para el Distrito Federal. De este modo, aunque el artículo 81 del **Código de Comercio** transcrito sólo habla de supletoriedad respecto a la capacidad de los contratantes (*no "contrayentes"*) y de las ineficacias, resultan aplicables al contrato mercantil todas las disposiciones generales sobre el contrato para cualquier acto o negocio jurídico. (artículo 1859 del **Código Civil Federal**).

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

Los amplios conceptos de convenio y contrato incluidos en los artículos 1792 y 1793 del **Código Civil Federal** son aplicables al contrato mercantil. Además son aplicables al contrato mercantil - y a todo acto de comercio - las normas sobre elementos de existencia: consentimiento y objeto (artículos 1794, 1803 a 1811, 1824 a 1830 del **Código Civil Federal**); los elementos de validez (artículo 1795 del **Código Civil Federal**); la forma del contrato (artículos 78 y 79 del **Código de Comercio** y 1832 a 1834 del **Código Civil Federal**) y otras disposiciones específicas de ambos ordenamientos); la clasificación de los contratos (artículos 1835 a 1838 del **Código Civil Federal**); y la nulidad (artículos 2224 a 2242 del **Código Civil Federal**).

El artículo 77 del **Código de Comercio** establece que:

Las convenciones ilícitas no producen obligación ni acción, aunque recaigan sobre operaciones de comercio.

Este artículo resulta incompleto e inútil en nuestro **Código Mercantil**. Señala los límites a la autonomía contractual y tiene relación con los artículos

1794-II, 1795-III, 1827, 1830 y 1831 del **Código Civil Federal**, que establecen que el objeto (*ilicitud objetiva*), por un lado, y el motivo o fin del contrato (*ilicitud subjetiva*), por otro, no deben ser "ilícitos", esto es, "contrario a las leyes del orden público o a las buenas costumbres" (artículo 1830 del **Código Civil Federal**). Con respecto al objeto, cuando las obligaciones son de dar, los bienes materia de éste deben estar en el comercio (artículo 1825 del **Código Civil Federal**).

Cuando el objeto es una obligación de hacer, éste debe ser posible y lícito (artículo 1827 del **Código Civil Federal**).

2. Criterios de Distinción entre Contratos Civiles y Mercantiles

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

- a) **Criterio Objetivo.** Señala que la nota característica de los contratos mercantiles es el fin de lucro o de provecho, sin atender a la cualidad de las personas, ni a ninguna otra consideración. Este criterio se enuncia, aunque no como único elemento distintivo, en los artículos 75-I y II y 371 del **Código de Comercio**, para determinar la mercantilidad de la compraventa.

- b) **Criterio Práctico.** Establece que los contratos mercantiles son aquéllos que constituyen alguno de los actos de comercio enumerados por el artículo 75 del **Código de Comercio**. Del análisis detallado de los actos de comercio que enumera el precepto citado, se desprende que -en su mayoría- éstos se producen mediante la celebración de un contrato. Por ejemplo, la palabra contrato aparece en las fracciones IV, XV, XVI y XXII; la de las operaciones, como sinónimo de contrato, en las fracciones XII, XIII, y XIV; y hacen referencia a operaciones que se celebran por medio

de contratos las fracciones I, II, III Y XXIII. En la legislación mercantil, las normas sobre contratos mercantiles en particular corresponden al Libro Segundo del ordenamiento que se denomina: *De los actos de comercio y de los contratos mercantiles en general*.

- c) Criterio Regulatorio. Derivado de la materia que regula o debe reglamentar el Derecho Mercantil y que puede servir de base para determinar la mercantilidad de un contrato, es la que ha sostenido Rodríguez y Rodríguez sobre el contenido de esta rama del Derecho Privado. Para este autor, el Derecho Mercantil es *el derecho de los actos en masa realizados por empresas*.²⁴
- d) Criterio Empresarial. Una posición que se abre paso en la doctrina es la tesis que considera que los contratos mercantiles son aquéllos que surgen de las relaciones a que da lugar el ejercicio de una empresa o que están vinculados a la actividad empresarial.

Sin dejar de hacer referencia a los actos de comercio que enumera el artículo 75 del **Código de Comercio**, y con la consideración de que más de la mitad de ellos se refieren a la empresa en forma expresa o implícita; la mercantilidad de un acto jurídico o de un contrato estará, muchas veces, en función de la existencia de: un sujeto empresario o comerciante, del objeto cosa que sea de naturaleza mercantil (industria, buque, título de crédito, marca) o del fin de lucro o especulación que anima a la operación.

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

²⁴ RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ, Joaquín, *Curso de derecho mercantil*, 14ª. ed., Porrúa, México, 1977, p.11.

Sin embargo, en lo sustantivo no hay diferencia importante en el Derecho Mercantil con respecto al Civil. Si entramos a la consideración singular de los preceptos del **Código de Comercio**, observaremos directamente que algunos de ellos no son más que repeticiones del **Código Civil Federal**; hecho explicable por ser anterior la codificación mercantil.

3. La Forma

3.1. Concepto

Forma: Es el modo de ser del negocio; es decir, como se presenta a los demás en la vida de relación; su figura exterior. Contenido consiste en lo que el negocio es intrínsecamente considerado; su supuesto de hecho interior que representa -conjuntamente- fórmula e idea, palabra y significado; términos éstos cuya conexión es tarea de la interpretación.

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

La distinción entre contrato formal y no formal (o consensual) se funda más bien en la posición que adopta la ley respecto a la autonomía de las partes en cuanto a la elección de una forma.

Cuando la ley niega esa autonomía e impone al contrato una determinada forma, se dice que el contrato es formal. Cuando, por el contrario, deja a los interesados en libertad respecto de la forma; se dice que el contrato no es formal.

Los contratos o a los actos jurídicos suelen ser clasificados en atención a su forma en: consensuales, formales y solemnes. Los primeros son los que se perfeccionan por el mero consentimiento y los últimos, aquéllos en los que la solemnidad es forma de ser del acto y elemento de existencia, por lo que la falta de esa forma produce la inexistencia del acto.

Entre el contrato consensual y el solemne cabe el contrato que podríamos designar con el nombre de formal, en el que la forma prescrita no sea simplemente probatoria ni su omisión haga inexistente el contrato, sino que esté sancionada con la nulidad relativa del mismo.²⁵

En las legislaciones modernas, la libertad de forma conserva el rango de principio general. Los artículos 78 y 79 del **Código de Comercio** recogen esta regla y sus excepciones. El primer precepto expresa:

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

Las excepciones que señala el siguiente artículo son:

Los contratos que de acuerdo a la ley requieran formas o solemnidades para su eficacia y los otorgados en país extranjero que deben ajustarse a la regla del lugar de otorgamiento.

²⁵ BORJA SORIANO, Manuel, *Teoría general de las obligaciones*, 8ª. ed., Porrúa, México, 1982, núm. 282.

3.2. Contratos mercantiles formales y consensuales

El principio general de consensualidad sufre muchas excepciones en las leyes mercantiles, casos siempre excepcionales; y por tanto, de interpretación estricta.

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

- a) El contrato de comisión debe constar o ratificarse por escrito (artículo 274 del **Código de Comercio**).
- b) En el préstamo mercantil *toda prestación pactada a favor del acreedor, que conste precisamente por escrito, se reputará interés* (artículo 361 del **Código de Comercio**).
- c) El contrato de transporte exige que el porteador extienda una carta de porte, como "título legal del contrato" (artículos 581 a 587 del **Código de Comercio**). El artículo 66 de la **Ley General de Vías de Comunicación** establece que al momento de la contratación, los prestadores de servicios de vías generales de comunicación expedirán carta de porte a los usuarios.
- d) El contrato (*sic*) por el que se constituyen las sociedades mercantiles y sus modificaciones requieren de escritura pública ante notario o corredor público (artículos 5 de la **Ley General de Sociedades Mercantiles**).
- e) El contrato de asociación en participación debe constar por escrito (artículo 254 de la **Ley General de Sociedades Mercantiles**).
- f) La emisión de obligaciones de las sociedades anónimas requiere de acta notarial (artículo 213 de la **Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito**) o ante Corredor Público (artículo 6 fracción V de la **Ley Federal de Correduría Pública**).

- g) La mayoría de las operaciones de crédito que regula la **Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito** deben constar por escrito. Por ejemplo: el reporto (artículo 260), el descuento de crédito en libros (artículo 288, fracción III), el crédito confirmado (artículo 317), los créditos de habilitación o avío y el refaccionario (artículo 323, fracción III). "Cuando una institución de crédito es acreditante en los créditos de habilitación o avío y refaccionarios, el contrato debe constar en póliza ante corredor público, en escritura pública o en contrato privado ante dos testigos y ratificado ante fedatario" (artículo 66, fracción I de la **Ley de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares**).
- h) La prenda mercantil que queda en poder del deudor debe constar por escrito (artículo 336 de la **Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito**).
- i) El fideicomiso debe celebrarse por escrito y sólo cuando hay transmisión de bienes inmuebles en escritura pública notarial (artículo 352 de la **Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito**).
- j) El contrato de seguro, con sus especies, debe constar por escrito, para efectos de prueba (artículo 19 de la **Ley sobre el Contrato de Seguro**).
- k) La hipoteca industrial, o sobre la unidad completa de una empresa, debe hacerse por escrito (artículos 67 de la **Ley de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares**, 50 de la **Ley de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito** y 28 de la **Ley Federal de Instituciones de Fianzas**).
- l) El contrato de arrendamiento financiero debe hacerse por escrito ante notario, corredor o fedatario público (artículo 24 de la **Ley de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito**).
- m) El contrato de factoraje, que contiene cesión de créditos, debe constar por escrito en términos del artículo 2033 del **Código Civil Federal**; y también el contrato de promesa de factoraje (artículo 2046 del **Código Civil Federal**). Los dos contratos están previstos en la **Ley de**

Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito, en sus artículos 45-A, 45-B y 45-C.

- n) El contrato por el que las empresas de factoraje dan en prenda los derechos de crédito que hayan adquirido, deben hacerse por escrito (artículo 45-L de la **Ley de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito**).
- o) Los contratos de intermediación bursátil que las casas de bolsa celebren con sus clientes requiere hacerse por escrito (artículo 90 de la **Ley del Mercado de Valores**).
- p) Algunos contratos de Derecho Marítimo relativos a embarcaciones o buques, tales como la transmisión de propiedad, debe constar en instrumento otorgado ante notario o corredor públicos (artículo 68 de la **Ley de Navegación**).
- q) El contrato de fletamento debe constar por escrito (artículo 96 de la **Ley de Navegación**).
- r) El contrato de transporte de mercancías por agua debe constar en un conocimiento de embarque (artículo 98 de la **Ley de Navegación**).
- s) La compraventa e hipoteca de buques debe hacerse en escritura pública o póliza ante notario o corredor (artículo 90 de la **Ley de Navegación**).
- t) La hipoteca sobre líneas, vehículos, embarcaciones y demás bienes que formen el sistema de una empresa de vías generales de comunicación debe celebrarse por escrito (artículo 92 de la **Ley General de Vías de Comunicación**).
- u) Las ventas a domicilio previstas en el artículo 52 de la **Ley Federal de Protección al Consumidor** deben constar por escrito.
- v) Hay, además, algunas operaciones mercantiles que se perfeccionan con la entrega del bien materia del negocio; son los llamados desde el derecho romano: contratos reales. En nuestro ordenamiento mercantil mexicano tenemos como ejemplo de estos negocios el depósito mercantil (artículo 334 del **Código de Comercio**), el reporto (artículo 259 de la **Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito**) y la prenda mercantil, en

ciertos casos (artículo 334 de la **Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito**).

- w) Por aplicación supletoria del artículo 2317 del **Código Civil Federal**, las compraventas mercantiles sobre inmuebles, así como la constitución de hipotecas sobre inmuebles -aún cuando su uso o destino sea comercial- deben constar en escritura pública ante notario (artículo 78 de la **Ley de Navegación**).
- x) El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito o en un intercambio de cartas, télex, telegramas, facsímil u otros medios. La cláusula compromisoria será acuerdo de arbitraje si consta en un contrato escrito (artículo 1423 del **Código de Comercio**).

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

A pesar de esta larga enumeración, el principio de libertad de forma subsiste en una gran cantidad de operaciones mercantiles que, cuantitativamente, pueden tener mayor importancia que los negocios jurídicos listados. Éstos son, por ejemplo, las compraventas sobre mercancías o mercaderías y muchas operaciones sobre bienes muebles; por ejemplo, los contratos celebrados a través de máquinas (venta de cigarrillos, refrescos, timbres postales, cajas para operaciones bancarias mediante computadora, etc.).

Es interesante anotar que en las subastas públicas sobre objetos de gran valor, el contrato se celebra mediante señas, guiños de ojo o levantamiento de mano; otras operaciones se hacen con un simple apretón

de manos. Las operaciones de compra y venta de valores bursátiles (celebradas en Bolsa) son, también, consensuales.

En los *contratos atípicos* se presenta un problema interesante respecto a la formalidad, pues al no estar reglamentados expresamente en la ley, donde se impone la forma como requisito de validez, en principio se aplica la regla general de la libertad de forma para las partes. Sin embargo, en el análisis particular de ciertas figuras negociales atípicas, podemos encontrarlos con una gran similitud con algún otro contrato típico formal.

3.3. Nuevas formas de contratación

La evolución de los sistemas de comunicación necesariamente influyen en la forma de celebración de los actos de comercio. Esto ha sido previsto, con cierta timidez, por la **Ley de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares** y la **Ley del Mercado de Valores** que disponen: Las instituciones de crédito podrán pactar la celebración de sus operaciones y la prestación de servicios con el público mediante el uso de equipos y sistemas automatizados, estableciendo en los contratos respectivos las bases para determinar... los medios de identificación del usuario y la operación (artículo 52 de la **Ley de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares**), "Las partes podrán convenir libremente el uso de carta, telégrafo, télex, telefax o cualquier otro medio electrónico, de cómputo o de telecomunicaciones para el envío, intercambio o -en su caso- confirmación de órdenes de la clientela inversionista y demás avisos que deban darse conforme con lo estipulado en el contrato..." (artículo 91 de la misma ley).

Por analogía, esta disposición y otras normas similares pueden incluirse en variados contratos o, incluso, en condiciones generales de contratación; para establecer nuevos instrumentos de celebración de

contratos mercantiles. Estos casos deben calificarse de contratos con forma impuesta por voluntad de las partes pues éstas, previamente, en un contrato normativo han aceptado que en los futuros contratos que celebren el consentimiento se expresará de un cierto modo.

En el ámbito internacional existe la **Ley Modelo sobre Comercio Electrónico** y la **Ley Modelo sobre Transferencias Internacionales de Crédito**, ambas preparadas por la UNCITRAL. En la primera de las Leyes Modelo se define, por ejemplo, al intercambio electrónico de datos (*EDI, por sus siglas en inglés*) como la transmisión electrónica de información de una computadora a otra; donde la información está estructurada conforme a alguna norma técnica convenida al efecto.

4. La Representación Mercantil

4.1. Concepto

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

La necesidad de realizar simultáneamente negocios en lugares distintos se nota más en el campo del Derecho Mercantil, cuya base es la contratación en masa. A esta necesidad satisface la institución de la representación jurídica como forma de cooperación que permite el desdoblamiento de la personalidad y la actuación múltiple simultánea²⁶.

²⁶ GARRIGUES, Joaquín, *Curso de derecho mercantil*, Tomo II, Porrúa, México, 1979, p. 35.

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

El Derecho moderno parte de un principio opuesto al del Derecho Romano; o sea, el absoluto y general reconocimiento de la representación en los negocios jurídicos.²⁷

Hay representación, para efectos de este estudio, cuando una persona celebra a nombre y por cuenta de otra un contrato -de manera que sus efectos se producen directa e inmediatamente en la persona y patrimonio del representado, como si él mismo hubiera celebrado el contrato- se produce una relación obligatoria directa entre el representado y un tercero.

4.2 Elementos

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

- a) Los sujetos de la relación representativa son: El representado, a quien usualmente se denomina también principal o dueño del negocio, que es la persona cuyo interés gestiona el representante y en quien han de recaer -en definitiva, directa o indirectamente- los efectos de la gestión representativa. El representante, gestor o agente es la persona que actúa en interés o por cuenta del principal. El tercero es con quien o ante quien se realiza la gestión representativa. Como sujetos de la relación

²⁷ ROCCO, Alfredo, *Principios de derecho mercantil*, Ed. Nacional, trad. de Revista de Derecho Privado, México, 1966, p. 274.

representativa, en sentido estricto, deben considerarse tan sólo el representante y el representado.

- b) El objeto de la representación es el negocio o asunto que el representante realiza en nombre y por cuenta del representado. La representación es admisible, en general, en la conclusión del contrato y de todo otro negocio a cuya naturaleza no repugne una sustitución y de todo otro negocio a cuya naturaleza no repugne una sustitución de persona²⁸. A este respecto, el artículo 2548 del **Código Civil Federal** señala que puede ser objeto del mandato todos los actos lícitos para los que la ley no exige la intervención personal del interesado.
- c) La forma en que se otorga la representación es mediante el poder o *procura*.

El poder es el otorgamiento de facultades que da una persona llamada poderdante a otra denominada apoderado, para que actúe en su nombre; es decir, en su representación²⁹.

La concesión del poder de representación, tanto en la forma explícita del apoderamiento como hallándose implícita en otro negocio, consiste en una declaración unilateral recepticia o dirigida a la parte contraria; o, de cualquier modo, destinada a serle conocida; con la cuál se autoriza un acto ajeno de disposición, obligación o adquisición, recabando anticipadamente para sí las consecuencias que hayan de derivarse de ello.³⁰

4.3 Clases

Por su origen, la representación puede ser voluntaria o legal. La primera deriva de la voluntad de las partes, principalmente del representado

²⁸ BETTI, Emilio, *Teoría del negocio jurídico*, Trad. de Martín Pérez, 2ª. ed., *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1959, p. 431.

²⁹ PEREZ FERNANDEZ DEL CASTILLO, Bernardo, *Representación, poder y mandato*, 8ª. ed., Porrúa, México, 1994, p.14.

³⁰ BETTI, Emilio, *op. cit.*, p. 436.

que autoriza previamente a que los efectos de los actos jurídicos celebrados en su nombre tengan efectos jurídicos en su esfera patrimonial. La legal tiene su fuente en la ley. Nuestra legislación establece que ninguno puede contratar a nombre de otro sin estar autorizado por él o por la ley, (artículo 1801 del **Código Civil Federal**). La primera es la que interesa en la contratación mercantil. En la representación voluntaria, una persona puede ocupar el lugar de otra de dos maneras: la primera es actuando en nombre y por cuenta del representado -es la llamada representación directa-; la segunda es realizando él los actos en nombre propio, pero por cuenta del representado; que es la llamada representación indirecta. Estos dos supuestos de actuación están previstos en nuestras legislaciones mercantil (artículo 283 del **Código de Comercio**) y civil (artículo 2560 del **Código Civil Federal**).

Rocco³¹ ha resumido en una práctica y sencilla fórmula esta distinción.

El mandatario procede por cuenta ajena, pero en nombre propio; el representante procede por cuenta y en nombre de otro.

La representación voluntaria se vincula frecuentemente con el acuerdo de las partes; o sea, el contrato. En nuestro sistema jurídico, dos son los contratos a los que tradicionalmente se une o vincula la representación; a pesar de que ambos no son por si mismos negocios representativos, sino meramente de gestión de actos ajenos; ellos son el mandato en el Derecho Civil y la comisión en el Derecho Mercantil.

a) La representación directa coincide con el concepto general de representación y se da cuando la nueva situación jurídica que acompaña

³¹ *Op. cit.*, p. 285.

al negocio efectuado por el sustituto se produce directa y exclusivamente en relación con el interesado en nombre del cuál se celebró.

- b) En la representación indirecta, en la que no hay propiamente representación, el agente actúa en su propio nombre aunque por cuenta del principal. Se presenta entonces la interposición gestoría, denominada representación indirecta (representación de intereses).

4.4 Características

La representación en el ámbito mercantil ofrece dos características importantes que la distinguen de la representación regulada por el Derecho Civil, éstas son:

- a) Una representación más rígida en su contenido en cuanto que la ley, muchas veces, es la que fija las facultades del representante (por ejemplo en la representación orgánica). La representación voluntaria es un simple corolario del principio de la autonomía de la voluntad; el Derecho Mercantil, debido a las exigencias de la seguridad del tráfico y de la buena fe, introduce una visible desviación en las normas civilistas; la que consiste en admitir una amplia injerencia legal en la delimitación del contenido del poder frente al tercero.
- b) El medio por la que se establece la relación representativa es mediante actos o circunstancias menos formales que los propios del Derecho Civil, por ejemplo el nombramiento de un dependiente. Si bien la atribución del poder de representación en favor de una determinada persona tiene un origen voluntario, la configuración del poder y la delimitación de su alcance es algo que se encuentra predeterminado por la ley.

4.5 La representación mercantil en las leyes mexicanas

En el ámbito mercantil existen algunas reglas especiales a la representación comercial. En casi todos los casos, se podrán apreciar las características anotadas: rigidez, en cuanto al alcance y contenido de las facultades del representante; y rigidez en la que la representación genera por hechos jurídicos y circunstancias menos formales, que aquéllas por las que se otorga la representación en materia civil.

Algunas de las normas que regulan la representación mercantil en el Derecho Mexicano, son:

- a) En el contrato de comisión mercantil, el comisionista puede realizar los actos objeto del encargo en su propio nombre o en el del comitente. En uno u otro caso hay diferencias importantes en las disposiciones que rigen cada forma de actuación (artículos 283 y siguientes del **Código de Comercio**).
- b) Los factores y dependientes, como auxiliares del comerciante, son representantes para determinados actos de comercio -por la circunstancia de su función- y solamente para esos efectos. Esta representación se otorga con su nombramiento (artículos 309 a 311 del **Código de Comercio**).
- c) En las sociedades mercantiles, la representación corresponde a los administradores designados, quienes podrán realizar todas las operaciones relacionadas con el objeto de la sociedad. La extensión o límite de las facultades del representante se encuentran estatutaria o legalmente predeterminadas (artículo 10 de la **Ley General de Sociedades Mercantiles**).
- d) Los accionistas de una sociedad anónima podrán hacerse representar en las asambleas por mandatarios y la representación se otorga por escrito (artículo 192 de la **Ley General de Sociedades Mercantiles**). En la práctica, muchos estatutos de sociedades mencionan como formalidad la

carta poder, la cuál es una formalización más compleja (artículo 2555 **Código Civil Federal**) que el texto prescrito por la **Ley General de Sociedades Mercantiles**. Esta es una excepción a la formalidad que para el otorgamiento de poderes señala el artículo 2555 del **Código Civil Federal**.

- e) En lo relativo a los títulos de crédito, existen formalidades especiales para conceder la representación. Ésta debe ser expresa mediante poder notarial inscrito o con carta dirigida a la persona con quien va a contratar el representante (artículo 9º de la **Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito**).
- f) La **Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito** prevé la existencia de la llamada representación aparente que vincula al representado y al tercero por hechos que hacen presumir el vínculo representativo (artículo 10). Esta norma protege a los terceros que contratan confiados en la existencia de una representación.
- g) Los administradores y gerentes de sociedades mercantiles -por el hecho de su nombramiento- tienen facultades para suscribir letras de cambio, pagarés y cheques (artículos 85, 174 y 176 de la **Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito**).
- h) Los tenedores de obligaciones, a través de un procedimiento previsto en la ley y mediante una asamblea de obligacionistas en la que éstos pueden estar representados por carta poder, conceden representación al representante común de los obligacionistas. Este órgano puede obligarlos respecto a los títulos de que son tenedores (artículos 216 y 221 de la **Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito**).
- i) El consejo directivo y el director de una institución de crédito tienen a su cargo la administración de aquélla por el hecho de su nombramiento, y sus facultades generales están establecidas por la ley (artículos 21, 40, 42 y 43 de la **Ley de Instituciones de Créditos y Organizaciones Auxiliares**).

- j) La **Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos**, en sus artículos 45, 46 y 58, reglamenta las funciones de los órganos de la quiebra: síndico o interventores, a quienes concede representación para ciertos actos.
- k) El artículo 90 de la **Ley del Mercado de Valores** regula el contrato de intermediación bursátil entre un cliente y una casa de bolsa, por la que se confiere a esta última un mandato general para realizar por cuenta del cliente las operaciones autorizadas por la ley. Este contrato no requiere escritura.

5. Clasificación de los Contratos Mercantiles

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

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

En el campo del Derecho Mercantil, y con clara inspiración en la tradicional clasificación de contratos civiles, Rocco distingue entre: negocios jurídicos unilaterales y plurilaterales³². A su vez, los negocios plurilaterales pueden ser: contratos, donde los intereses de las partes son distintos y opuestos; y los actos complejos o negocios colectivos, en los que los intereses son iguales y comunes.

Según su función, causa o finalidad económica, los contratos mercantiles pueden clasificarse, siguiendo a Uría,³³ en:

- a) Contratos de cambio; los que procuran la circulación de la riqueza (*bienes y servicios*), ya sea dando un bien por otro, (*compraventa, permuta, cesión de crédito, contrato estimatorio, suministro, operaciones bursátiles*), ya sea dando un bien a cambio de un hacer o un servicio (*el transporte y los contratos de obra por empresa en general*).
- b) Contratos de colaboración, en los que una parte coopera con su trabajo al mejor desarrollo de la actividad económica (*empresa*) de la otra (*contratos de comisión, de mediación, de agencia, de concesión, de publicidad, de edición, cinematográficos, de asistencia técnica, de "leasing", de "factoring"*).
- c) Contratos de prevención de riesgos, en los que una parte cubre a la otra las consecuencias económicas de un determinado riesgo (*el seguro en todas sus clases*).
- d) Contratos de conservación o custodia de cosas (*el depósito*).
- e) Contratos de crédito, en los que al menos una parte concede crédito a la otra (entran en esta categoría *el préstamo, la cuenta corriente y los contratos bancarios en general*, aunque también *hay contratos bancarios de custodia*).
- f) Contratos de garantía, dirigidos a asegurar el cumplimiento de obligaciones (*fianza, prenda e hipoteca*).

³² Op. cit., pp. 314 a 321.

³³ URÍA, Rodrigo, *Derecho mercantil*, 21ª. ed., Marcial Pons, Madrid, 1994, núm. 665.

6. Contratos de Duración

6.1. Concepto y características

Una característica de los modernos contratos de empresa es el que las partes busquen relaciones contractuales permanentes. Es por ello que una de las causas de aparición de contratos atípicos mercantiles es que el **Código de Comercio** no regula contratos propios para la economía moderna. La gran empresa tiene una programación para la distribución de sus productos y servicios y el aprovisionamiento de materias primas de forma estable y busca eludir las dificultades que la aplicación de los esquemas legales relativos a contratos aislados y prestaciones de una economía distinta a la actual pueden crear en su gestión empresarial.

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

Son relaciones obligatorias duraderas aquellas cuyo desenvolvimiento supone un período más o menos prolongado y, por tanto, una pervivencia temporal, ya que su continuación implica una conducta duradera o una serie de prestaciones periódicas.

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

6.2 Terminación

Respecto a la terminación -a pesar de que estos contratos son a largo plazo, y el término se establece en beneficio de las dos partes (artículo

1958 del **Código Civil Federal**)- es usual que algunos contratos incluyan la posibilidad de que el mismo prorrogue sus efectos después de llegado el plazo. Esto puede suceder porque lo pida una parte a la otra, en términos de lo pactado en el contrato, o porque se prorrogue tácitamente. Una tácita continuación en la ejecución de las prestaciones previstas puede considerarse como una prórroga tácita. Los artículos 2486 y 2487 del **Código Civil Federal** previenen esta tácita reconducción para el contrato de arrendamiento, principio que puede aplicarse -por analogía- a otros contratos de duración.

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

Los Principios de UNIDROIT establecen:

Cualquiera de las partes podrá dar por terminado un contrato de tiempo indefinido, al comunicárselo a la otra con una anticipación razonable.

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

- a) El arrendamiento por tiempo indeterminado concluye por voluntad de cualquiera de las partes mediante previo aviso dado con dos meses o un año, según sea urbano o rústico el predio arrendado (artículo 2478 del **Código Civil Federal**).
- b) Si en el comodato no hay plazo, el comodante puede exigir la cosa cuando le pareciere (artículo 2511 del **Código Civil Federal**).
- c) En el depósito, el depositante puede pedir al depositario los bienes dados en custodia en cualquier momento (artículo 2516 del **Código Civil Federal** y artículo 335 del **Código de Comercio**).
- d) El mandato termina por revocación del mandante o renuncia del mandatario (artículo 2596, fracciones I y II del **Código Civil Federal**).
- e) En la prestación de servicios profesionales, el profesor puede avisar que no continuará prestando sus servicios (artículo 2614 del **Código Civil Federal**).
- f) El dueño de una obra a precio alzado puede desistirse si indemniza a la contraparte (artículo 2635 del **Código Civil Federal**).
- g) Los asociados pueden separarse de la asociación, previo aviso de dos meses (artículo 2680 del **Código Civil Federal**).
- h) El comitente puede revocar en cualquier momento la comisión al comisionista, sin embargo, éste no puede renunciar sin justa causa, pues adquiere responsabilidad frente al comitente (artículo 308 del **Código de Comercio**).
- i) Si el contrato entre el principal y sus dependientes no tiene plazo, cualquiera puede darlo por concluido con aviso de un mes (artículo 328 el **Código Civil Federal**).
- j) Los socios en las sociedades mercantiles tienen, excepcionalmente, el derecho de retiro en los supuestos previstos en la ley (artículos 50, 57, 86 y 206 de la **Ley General de Sociedades Mercantiles**).
- k) En el contrato de apertura de crédito, cualquiera de las partes pueden denunciarlo mediante aviso (artículo 294 de la **Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito**).

- l) En las ventas a domicilio, por escrito, el comprador puede revocar su consentimiento dentro de los cinco días posteriores a la celebración del contrato (artículo 56 de la **Ley Federal de Protección al Consumidor**).

6.3 Efectos

En los contratos de duración, en términos generales la regla de la retroactividad de los efectos resolutorios no se aplica cuando la resolución afecta a relaciones duraderas; las que total o parcialmente se encontraban ya consumadas (por ejemplo, *arrendamiento, suministro, etc.*).

Este principio no aparece en la legislación mexicana en forma expresa, pero se entiende que las prestaciones periódicas ya concluidas o consumidas no se pueden restituir. Algunos preceptos aluden indirectamente a este principio, por ejemplo: en la compraventa en abonos (artículo 2311 del **Código Civil Federal**) o compraventa a plazos (artículo 70 de la **Ley Federal de Protección al Consumidor**) el vendedor y el comprador deben restituirse las prestaciones, pero si el vendedor entregó la cosa tiene derecho a exigir una renta al comprador por el uso.

7 Los Principios de UNIDROIT

7.1. Introducción

En 1994, el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (conocido como **UNIDROIT**), publicó el documento *Los Principios Sobre los Contratos Comerciales Internacionales*, que en forma abreviada se designan como *Principios de UNIDROIT*.

Estos Principios son una recopilación de normas legales, más o menos generales, para aplicarse a los contratos internacionales; cuando así lo convengan las partes.

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

Los Principios, por el contrario, son una publicación privada que se dirige a los contratantes, por medio de una invitación a que los incorporen a los contratos por medio de cláusulas contractuales.

Como Principios generales de contratación; su contenido básico se refiere a la formación del contrato, su validez, interpretación, contenido, cumplimiento e incumplimiento.

Los Principios se dividen en capítulos, algunos de éstos en secciones. Todos los capítulos están formados por artículos redactados en estilo parecido al de las disposiciones legislativas de nuestro sistema, que es el Romano Germánico o de Derecho Civil y que se prefirió al estilo, más analítico, del *Common Law*.

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

7.2 Ámbito de aplicación

Los Principios contienen un preámbulo en el que se establece el propósito del texto, donde se señala que:

- a) Se aplican a los contratos mercantiles internacionales.

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

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

- a) Debe ser clara la intención de las partes de someter un determinado contrato a los Principios de UNIDROIT.
- b) No existe ningún impedimento para que las partes puedan aplicarlas a contratos estrictamente internos o nacionales. Sin embargo, tal acuerdo se encuentra sujeto a las normas imperativas del país cuyo ordenamiento jurídico sea aplicable al contrato.
- c) Cuando las partes deseen adoptar los Principios como el derecho aplicable a su contrato, conviene combinar la adopción de los Principios con un acuerdo de arbitraje. En este sentido, se establece que -a los fines de estos principios- tribunal, incluye un tribunal arbitral.
- d) Los Principios no restringen la aplicación de reglas imperativas que resulten aplicables conforme a las normas pertinentes de Derecho Internacional Privado.
- e) Salvo que en ellos se disponga algo diferente, las partes pueden excluir la aplicación de estos Principios; así como derogar o modificar el efecto de cualquiera de sus disposiciones.

7.3 Naturaleza de los Principios

Un juez o un árbitro, al considerar los Principios a la luz de una cláusula contractual, los puede considerar:

- a) Como un código de normas legales aplicables al contrato, o
- b) como un clausulado que se incorporó, por referencia, al contrato.

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

CAPÍTULO TERCERO

ALGUNAS ESTIPULACIONES Y FORMAS DE CONTRATACIÓN

1. Contratos entre Ausentes

Los escasos doce artículos -del 77 al 88 de nuestro **Código de Comercio**- que contienen las disposiciones generales sobre los contratos de comercio, ponen de manifiesto la precariedad de su regulación; por lo que se hace necesario acudir a otras fuentes del Derecho.

1.1. Perfección de los contratos mercantiles entre ausentes

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

Los contratos mercantiles que se celebren por correspondencia, quedarán perfeccionados desde que se conteste aceptando la propuesta o las condiciones en que ésta fuere modificada.

Esta disposición produce las siguientes consecuencias: la oferta podrá ser revocada hasta que su destinatario la acepte y las acciones para exigir el cumplimiento del contrato deberán ejercitarse ante los tribunales

competentes del lugar en la que se declaró la aceptación; lugar de perfección.

Los artículos 1805 y 1808 del **Código Civil Federal** son aplicables, supletoriamente, para todo lo referente a la revocación de la oferta y para fijar el plazo de caducidad. Si la oferta no tiene término, el plazo que señala esta norma es de tres días. Excepcionalmente, el artículo 21 fracción I de la **Ley Sobre el Contrato de Seguro** dispone que el contrato de seguro se perfecciona desde el momento en que el proponente tuviere conocimiento de la aceptación de la oferta. El sistema adoptado en este caso es el del conocimiento.

La segunda parte del artículo 83 del **Código de Comercio** lo repite, con texto muy similar, el artículo 1811 del **Código Civil Federal**. Este precepto establece que los contratos por telégrafo o telegrama, para producir efectos, deben contener los signos o condiciones que las partes hubieren convenido previamente. Pugna este precepto con la costumbre universalmente observada por los comerciantes y aún por los que no lo son, quienes sí atribuyen absolutamente efectos obligatorios a los contratos celebrados por medio de telegramas³⁴.

A más de cien años de que entró en vigor el **Código de Comercio**, estos preceptos se antojan obsoletos para los medios de comunicación actuales por los que se celebran los contratos. Por ejemplo, es común que una parte envíe un ejemplar de un contrato firmado por ella; y la contraparte, al mismo tiempo, envíe otro ejemplar igual firmado por ésta. ¿Cuándo se perfecciona el contrato? Probablemente al momento en que el último contratante firma el ejemplar. Hay que considerar - además - los medios del télex (ya obsoleto), el fax, el módem (de computadora a computadora), el fax a través de módem y los nuevos medios de telecomunicación propios para

³⁴ TENA, Felipe, *Derecho mercantil mexicano*, 14ª. ed., Porrúa, México, 1994, p. 309.

celebrar contratos mercantiles en la nueva tecnología. Por ejemplo, se utiliza ya en la terminología jurídica de modernas comunicaciones las siglas EDI (en inglés, *Electronic Data Interchange*), para designar al intercambio electrónico de datos, los sistemas de *chat*, - con el que inclusive ya cuenta nuestra Universidad - y muchos otros medios.

En todos estos casos, aunque geográficamente las partes no se encuentran en un mismo lugar, la simultaneidad en que se produce la oferta y la aceptación colocan a muchos de estos supuestos en el caso del contrato entre presentes. Por ahora, hay que analizar cada caso concreto y el medio de comunicación utilizado para determinar si el contrato se celebra entre presentes o entre ausentes, y aplicar en consecuencia las normas correspondientes.

1.2. Contratos en que intervienen corredores

El artículo 82 de nuestro **Código de Comercio** establece que los contratos en que intervienen corredores quedarán perfeccionados cuando los contratantes firmen la correspondiente minuta prescrita en el título respectivo. La norma resulta inútil y puede dar lugar a confusiones, pues las reglas sobre la perfección de los contratos claramente establece que el contrato se forma en el momento en que las partes están de acuerdo en los elementos esenciales, cuando propuesta y aceptación coinciden, se complementan y armonizan entre sí.

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

Caso distinto es el contrato de intermediación bursátil previsto en la **Ley del Mercado de Valores**; por el que el cliente concede a la casa de bolsa un mandato general para que a nombre de la casa de bolsa, salvo excepciones, realice por su cuenta las operaciones autorizadas por la ley (artículo 90). En este caso, los contratos se perfeccionan cuando los celebra la casa de bolsa por cuenta de su cliente.

2. La Cláusula Penal

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

En la actualidad, dada la tardanza, burocracia e ineptitud de nuestros tribunales ponen de relieve que en nuestros días las normas sobre penas contractuales ganan en la doctrina y en la práctica una creciente importancia.

El artículo 88 del **Código de Comercio** establece, para los contratos mercantiles, la posibilidad de que las partes pacten una pena convencional. El texto de esta disposición dice:

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

La cláusula penal es aquella convención accesoria añadida a una obligación, por cuya virtud se promete realizar una prestación, generalmente

pecuniaria, para el caso de que una de las partes no cumpla o cumpla irregularmente lo prometido.

2.1. Características

- a) Deriva de un pacto entre las partes;
- b) Tiene carácter accesorio de una obligación principal;
- c) Generalmente es prestación pecuniaria;
- d) Es un medio para asegurar el cumplimiento de una obligación;
- e) Representa los daños y perjuicios que el acreedor pudiere sufrir por el incumplimiento;
- f) Es un medio técnico de liquidar anticipadamente los daños;
- g) Se establece para el caso de que el deudor no cumpla o lo haga defectuosamente.

En la estructura del artículo 88 del Código de Comercio, existen dos partes:

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

Esta norma mercantil, tan escueta, debe complementarse y suplirse con las normas que el **Código Civil Federal** contiene en lo relativo a la cláusula penal (artículos 2 y 81 del **Código de Comercio**).

En este sentido, es aplicable lo siguiente:

- a) La pena es una liquidación anticipada y convenida de los daños y perjuicios que puedan causarse; de modo que si se exige la pena, no pueden reclamarse - además- daños y perjuicios (artículo 1840 del **Código Civil Federal**).
- b) Al pedirse la pena no es necesario probar que se causaron los daños y perjuicios (artículo 1842 del **Código Civil Federal**).
- c) No puede exigirse el cumplimiento del contrato y, también, la cláusula penal; pues como dice claramente el precepto: la pena convencional sustituye a la indemnización de daños y perjuicios. Nuestro **Código Civil Federal** reafirma este principio, salvo que se haya estipulado (artículo 1846).
- d) La accesoriedad de la pena convencional supone que la nulidad del contrato importa la de la cláusula penal; pero la nulidad de ésta no acarrea la de aquél (artículo 1841 del **Código Civil Federal**).
- e) La pena convencional opera por incumplimiento total o por incumplimiento parcial o defectuoso, por todo el contrato o por algunas cláusulas. En estos casos de incumplimiento parcial, hay que ajustar la cláusula penal proporcionalmente (artículos 1844 y 1845 del **Código Civil Federal**).
- f) La cláusula penal no puede exceder ni en valor ni en cuantía de la obligación principal (artículo 1843 del **Código Civil Federal**).

3. El Contrato de Adhesión

3.1. Concepto

Esta figura de auge relativamente reciente no está prevista en nuestro **Código Civil Federal** o en el **Código de Comercio**, pero ha sido incluida en algunas disposiciones de la **Ley Federal de Protección al Consumidor**.

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

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

3.2. La legislación mexicana

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

El concepto de contrato de adhesión de la **Ley Federal de Protección al Consumidor** es muy amplio e incluye también lo que se conoce como condiciones generales del contrato. El artículo 85 de la citada ley dice:

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.

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

Las consecuencias de la nulidad prescrita por la **Ley Federal de Protección al Consumidor** son particularmente enérgicas. En efecto, la regla general del Derecho Mexicano es que los actos nulos siempre producirán provisionalmente sus efectos, mientras no se decrete la nulidad por la autoridad judicial (artículos 2226 y 2227 del **Código Civil Federal**); pero esta regla no se aplica cuando se trata de cláusulas cuya nulidad prevé el artículo 90 de la **Ley Federal de Protección al Consumidor**, sino que se tienen por no escritas. Lo que implica que su nulidad no necesitaría ser declarada por la autoridad judicial.

Las cláusulas a que se refiere esta disposición legal son:

- a) Las que permiten al proveedor modificar unilateralmente el contenido del contrato o substraerse unilateralmente de sus obligaciones (artículo 90, fracción I de la **Ley Federal de Protección al Consumidor**). Esta norma repite el principio contenido en el artículo 1797 del **Código Civil Federal** en el sentido de que la validez y cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes.

- b) Las que liberen al proveedor de su responsabilidad civil, excepto cuando el consumidor incumpla el contrato (artículo 90, fracción II de la **Ley Federal de Protección al Consumidor**).
- c) Las que trasladen al consumidor o a un tercero que no sea parte del contrato la responsabilidad civil del proveedor (artículo 90, fracción III de la **Ley Federal de Protección al Consumidor**).
- d) Las que prevengan términos de prescripción inferiores a los legales (artículo 90, fracción IV de la **Ley Federal de Protección al Consumidor**).
- e) Las que prescriban el cumplimiento de ciertas formalidades para la procedencia de las acciones que se promuevan contra el proveedor (artículo 90, fracción V, de la **Ley Federal de Protección al Consumidor**).
- f) Las que obligan al consumidor a renunciar a la protección de la **Ley Federal de Protección al Consumidor** o lo sometan a la competencia de tribunales extranjeros (artículo 90 fracción VI de la citada ley).
- g) Los contratos de adhesión, cuando se celebren en México, deben estar escritos en idioma español y sus caracteres deben ser legibles a simple vista (artículo 85 de la **Ley Federal de Protección al Consumidor**).

El otro sistema, no legislativo sino de aplicación administrativa de la Ley Federal de Protección al Consumidor, es mediante el registro de aquellos contratos de adhesión que la Secretaría de Comercio - por medio de normas oficiales - determine que deben inscribirse.

- a) La Secretaría podrá sujetar contratos de adhesión a registro previo, cuando puedan implicar prestaciones desproporcionadas a cargo de los consumidores, obligaciones inequitativas o abusivas, o altas probabilidades de incumplimiento. Se excluye lo relativo al precio (artículo 86 de la **Ley Federal de Protección al Consumidor**).

- b) Si los contratos de adhesión, o sus modificaciones, requieren registro previo ante la Procuraduría Federal del Consumidor - órgano a quien se encarga el Registro - ésta se limitará a verificar que los modelos se ajusten a las normas correspondientes (artículo 87 de la **Ley Federal de Protección al Consumidor**). Una vez inscrito un contrato, por práctica, la Procuraduría obliga a que en los formatos de dicho contrato se hagan constar los datos de registro.
- c) Las normas correspondientes son tanto las enumeradas en el artículo 90 ya citado, como cualquier otra que pueda suponer prestación desproporcionada o abuso en contra del consumidor.
- d) Los interesados podrán inscribir voluntariamente modelos de contratos de adhesión, aunque no se requiera registro previo (artículo 88 de la **Ley Federal de Protección al Consumidor**).
- e) La Procuraduría deberá registrar los contratos de adhesión que lo requieran, cuando cumplan con la normatividad aplicable (artículo 24 fracción XV de la **Ley Federal de Protección al Consumidor**).
- f) Los proveedores que no inscriban en el Registro los contratos de adhesión que estén sujetos a ese requisito previo, podrán ser sancionados con multa de hasta mil quinientas veces el salario mínimo general vigente en el Distrito Federal (artículo 127 de la **Ley Federal de Protección al Consumidor**).

Sobre esta reglamentación de los contratos de adhesión en la **Ley Federal de Protección al Consumidor** podemos comentar lo siguiente:

- a) La Procuraduría es autoridad administrativa y no puede modificar un contrato de adhesión, sólo puede no registrarlo y aplicar las sanciones administrativas que procedan contra el proveedor.
- b) La Procuraduría no puede anular un contrato, pues esto sólo puede hacerlo un juez en términos del artículo 2226 del **Código Civil Federal**.

- c) La falta de registro de un contrato no afecta su validez o sus efectos, sólo puede producir - eventualmente - sanciones administrativas.

4. Las Condiciones Generales del Contrato

4.1. Concepto

Un fenómeno propio de la contratación en masa o en serie de las grandes empresas y productores, características de la economía moderna, es la aparición y proliferación de las llamadas condiciones generales de los contratos. Éstas se pueden definir como los conjuntos de reglas que un particular ha establecido para fijar el contenido de los contratos que sobre un determinado tipo de prestaciones se propone celebrar.

Las condiciones generales de los contratos son, generalmente, redactadas unilateralmente por el empresario y sus clientes sólo se adhieren a las mismas; a ellas alude, sin duda, el artículo 85 de la **Ley Federal de Protección al Consumidor** cuando dice que aún cuando dicho documento no contenga todas las cláusulas ordinarias de un contrato.

Las condiciones generales rompen con algunos de los principios tradicionales de la contratación. De todas las reglas parecen deducirse dos principios, que se alejan mucho del dogma de la voluntad y de la idea de una concurrencia de voluntades. El primer principio es que un contrato puede quedar formado cuando, dadas las condiciones en que han sido emitidas las declaraciones de voluntad de las partes, la buena fe exige que el contrato se encuentre formado. El segundo principio es que, por lo menos en muchas ocasiones, el contenido contractual se forma con criterios distintos de aquéllos sobre que las partes quisieron vincularse; de manera que, en este punto, el principio de buena fe posee un gran margen de actuación: un contrato debe presentar aquel contenido que las partes, según la confianza razonable, podían esperar que tal contrato tuviera.

Debe distinguirse entre las condiciones generales del contrato y las condiciones generales de la contratación que son un conjunto de normas o de reglas unilateralmente dictadas por una empresa mercantil o industrial, o por un grupo de empresas, con la finalidad que con arreglo en ellas se reglamenten todas las operaciones y contratos que estas mismas empresas vayan celebrando en sus actividades comerciales.

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

4.2. Ventajas y desventajas

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

- a) Permiten una delimitación detallada y casi perfecta de las presentaciones debidas, al ofrecer una regulación pormenorizada de la relación contractual.
- b) La redacción previa elimina tratos precontractuales. Una característica es que la totalidad de las condiciones generales no hayan podido ser negociadas individualmente.
- c) Gran rapidez en la celebración de negocios, por esto se dan, sobre todo, en el ámbito mercantil.
- d) Permite a la empresa uniformar el contenido de sus relaciones negociales, al facilitar enormemente la contratación mediante representantes en los más diversos lugares.
- e) Se llenan lagunas legales de los ordenamientos jurídicos positivos.
- f) Representan para el adherente una situación de igualdad para cada contratante con la empresa predisponente.
- g) Hacen posible la difusión y conocimiento de las condiciones en que se contrata.

Las desventajas destacables son:

- a) Las condiciones generales se redactan unilateralmente por el predisponente y el adherente sólo las acepta.
- b) Las partes no se encuentran en una situación de igualdad en la determinación del contenido contractual.
- c) La empresa aprovecha este vehículo para reforzar su posición contractual y debilitar al adherente.
- d) La redacción previa ofrece peligros en la formación del contrato como cláusulas en forma ininteligible, ambiguas, en letra menuda; o porque el adherente no las lee o no llegan a su poder sino una vez celebrado el contrato.

4.3. **Ámbito de aplicación y contenido**

El ámbito de aplicación de las condiciones generales es amplísimo; puede decirse que abarca todos los contratos que una empresa celebre en masa o en serie.

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

En nuestro Derecho Positivo Mexicano, existen algunas disposiciones que mencionan ya a las condiciones generales del contrato.

Las más destacadas son:

- a) El artículo 6 de la **Ley sobre el Contrato de Seguro** expresa que las condiciones generales del seguro deberán figurar en el mismo formulario de ofertas suministrado por la empresa aseguradora.
- b) El artículo 58 de la **Ley de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares** establece que las condiciones generales determinadas respecto a los depósitos a la vista, retirables en días establecidos y de ahorro, podrán ser modificados por la institución conforme a las disposiciones aplicables, mediante aviso dado con diez días hábiles de anticipación - por escrito - o a través de publicaciones en periódicos de amplia circulación o de su colocación en lugares abiertos al público en las oficinas de la propia institución.

- c) El artículo 78 de la misma Ley dice, respecto al servicio de cajas de seguridad: *Las condiciones generales y el contrato que para la prestación de este servicio celebren las instituciones de crédito.*

En algunos contratos, las condiciones generales de contratación - no sólo del contrato - pueden tener una o varias cláusulas que deriven de alguna disposición administrativa o de la aprobación gubernamental de ciertas prestaciones. Por ejemplo, en contratos de suministro de energía eléctrica, la tarifa está determinada para la generalidad de los casos; puede suceder lo mismo con ciertos precios que estén controlados, con topes máximos, o que deban ser aprobados por alguna dependencia o entidad gubernamental (artículos 7 de la **Ley Federal de Competencia Económica** y 24, fracción XXIII de la **Ley Federal de Protección al Consumidor**). A pesar de esto, la gran mayoría de las condiciones generales del contrato estarán redactadas unilateralmente, y con mucho detalle, por la empresa predisponente.

El contenido jurídico de las condiciones generales, que deben circunscribirse a los límites de la autonomía privada, habitualmente se estipulan acerca de los elementos accidentales o naturales del negocio de que en concreto se trate y respecto a los elementos esenciales sólo determinan las modalidades de los mismos (lugar, tiempo y formas de entrega de las cosa y pago del precio); los elementos esenciales son aquéllos discutidos y perfectamente conocidos por el adherente³⁵.

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

- a) Determinación de la competencia jurisdiccional para señalar como juez competente el del lugar del predisponente. Sin embargo, cuando

³⁵ GARRIGUES, Joaquín, *Curso de derecho mercantil*, Tomo I, Porrúa, México, 1979, p. 131.

el contrato de adhesión está sujeto a la Ley Federal de Protección al Consumidor, el sometimiento del consumidor a tribunales extranjeros no es válido (artículo 90 fracción VI). La prohibición no excluye el arbitraje que puede ser una ventaja para las dos partes contratantes como medio de solución de conflictos. Para el predisponente puede ser recomendable, - en ciertos negocios - el que establezca a su favor la posibilidad de elegir, en caso de que sea actor en un juicio relativo al contrato, entre su domicilio o el domicilio de la parte demandada.

- b) Limitaciones a la responsabilidad del predisponente por el incumplimiento o el defectuoso cumplimiento de sus obligaciones contractuales. Algunas veces estas cláusulas se comprenden en lo referente a garantía. La **Ley Federal de Protección al Consumidor** dispone que las cláusulas que liberen al proveedor de responsabilidad civil o la trasladen a un tercero, se tienen por no puestas (artículo 90, fracciones II y III); así como el que las garantías no pueden ser inferiores a las que determinen las disposiciones aplicables (artículo 79). Por otra parte, el **Código Civil Federal** establece que el enajenante responde de la evicción y de los vicios ocultos, pero esta norma dispositiva puede pactarse en contrario y renunciarse por el adherente (artículos 2121 y 2158 del **Código Civil Federal**). Esta norma hay que interpretarla en relación con las disposiciones relativas a las garantías que señala la **Ley Federal de Protección al Consumidor** y que son irrenunciables y de orden público (artículo 1) , pero sólo para aquellos contratos que están sujetos a esta última ley.
- c) Reducción de los plazos de caducidad de las acciones que pueda tener el adherente contra el predisponente. Estas normas podrían ser contrarias al orden público si pretenden reducir plazos procesales. La **Ley Federal de Protección al Consumidor**, cuando las contienen contratos de adhesión, establece que no son válidas (artículo 90 fracción IV).

- d) En los contratos duraderos, facultades especiales para resolución y rescisión a favor del predisponente. Algunas veces estas cláusulas se redactan como causa de terminación anticipada, sin responsabilidad para el predisponente.
- e) En contratos de seguros, cláusulas destinadas a determinar riesgos objeto de cobertura, así como los que están excluidos. El artículo 20 fracciones II a V de la **Ley sobre el Contrato de Seguro** determinan cuál es el contenido de la póliza del seguro.
- f) En contratos de suministro o compraventa en abonos, la cláusula de reserva de dominio hasta que se pague totalmente el precio. Lo anterior está previsto como modalidad de la compraventa civil, aplicable a la materia mercantil, en los artículos 2311 y siguientes del **Código Civil Federal**.

4.4. Naturaleza jurídica

La obligatoriedad de las condiciones generales del contrato deriva de su carácter contractual; una vez aprobadas y aceptadas por el adherente se convierten en parte del negocio jurídico y de éste derivan toda su eficacia.

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

Sobre la naturaleza jurídica de éstas, aparece como dos posiciones contrapuestas: la concepción normativa, la cuál estima que éstas son una verdadera fuente del derecho objetivo; y la concepción contractual para la que, en definitiva, las condiciones generales sólo son fruto de la autonomía de la voluntad de los particulares que sólo pueden originar una disciplina contractual, pero sin que tal disciplina adquiriera la categoría de derecho objetivo.

5. La Cesión del Contrato

5.1. Concepto

En el Derecho Mexicano, la cesión del contrato ha recibido reconocimiento legislativo en los **Códigos Civiles de los Estados de Guanajuato** (artículo 1552), **Guerrero** (artículos 1924 a 1928), **Jalisco** (artículos 1559 y 1560) y **Quintana Roo** (artículos 2408 a 2412).

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

5.2. Elementos

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

También deben distinguirse a las partes involucradas en este negocio: el cedente que es la parte del contrato base que pretende trasladar su posición contractual al cesionario, quien es un tercero extraño a la original relación contractual que ocupará la posición del cedente; y el cedido, que es la contraparte contractual del cedente y permanece en la misma relación, sin que exista modificación alguna al contenido del contrato base³⁶.

³⁶ MARTINEZ ALFARO, Joaquín, *Teoría de las obligaciones*, 5ª. ed., Porrúa, México, 1998, p. 346.

El objeto de la cesión del contrato es la posición contractual del cedente en la particular relación negocial que guarda respecto a un contrato. El término cesión del contrato ha sido criticado, pues no es el contrato la materia de la cesión sino las relaciones derivantes de un contrato. Lo que se cede no es el contrato considerado como una cosa o bien, sino la cualidad de contratante y la posición o situación jurídica derivada de la relación existente.

No todo contrato puede ser cedido, sino sólo aquéllos que, además de existir y ser válidos, reúnan estos requisitos:

- a) que se trate de un contrato bilateral,
- b) que sea de tracto sucesivo, o
- c) que las prestaciones derivadas del mismo no hayan sido cumplidas totalmente.

El contrato bilateral es aquél en que las partes se obligan recíprocamente (artículo 1836 del Código Civil Federal).

La cesión del contrato requiere la participación de las tres partes del negocio: cedente, cesionario y cedido. Para la perfección de la cesión del contrato, existe la necesidad de una reunión (simultánea o sucesiva) de los consentimientos, imprescindibles todos: del cedente, del cesionario y del cedido.

Sobre la capacidad y, en su caso, la representación de las partes: cedente y cesionario, éstos deben tener la capacidad general y especial requerida para la celebración del contrato base del que derivan los efectos objeto de la cesión. Por ejemplo, para que un arrendatario o un suministrado ceda su posición contractual, el cedente y el cesionario deben tener las facultades propias para celebrar esta clase de negocios.

La forma que reviste la cesión del contrato, a falta de una regulación específica de esta figura en nuestro Derecho Positivo, es la forma que para su validez debe reunir el contrato básico; materia del negocio de cesión (artículo 2033 del **Código Civil Federal**).

El **Código Civil de Guanajuato**, en su artículo 1552, establece que las formalidades de la cesión de un contrato son las mismas que se exigen por la ley para la celebración del contrato originario.

5.3. Principios

La cesión del contrato es un negocio jurídico bilateral, acto único por el que se transmite la posición contractual del cedente al cesionario y en el que el consentimiento del cedido es constitutivo del mismo negocio.

Como acto único (y figura contractual atípica en muchas legislaciones) no debe confundirse con otras figuras jurídicas que regula nuestro **Código Civil Federal**, tales como: *la cesión de deudas, la novación, la subrogación o el subcontrato* (reglamentado específicamente para ciertos contratos, por ejemplo, subarrendamiento).

A falta de una normativa legal aplicable, supletoriamente deben ser principios rectores de este negocio los siguientes:

- a) Comprende todo el complejo de relaciones derivadas de un contrato (derechos, deudas y derechos potestativos).
- b) Requiere el consentimiento del cedido, como en la cesión de deudas (artículos 2051 y 2052 del **Código Civil Federal**).
- c) La cesión tendrá efectos para el cedido cuando se le notifique (artículos 2036 a 2040 del **Código Civil Federal**), lo que generalmente será cuando preste su consentimiento.

- d) El cedente debe garantizar la existencia y validez del contrato base, pero no la solvencia del cedido (artículo 2042 del **Código Civil Federal**).
- e) El cesionario puede oponer al cedido las excepciones que tenía el cedente en la relación contractual, pero no las personales (artículos 2035 y 2056 del **Código Civil Federal**).
- f) La cesión no debe estar prohibida por la ley o por convenio entre las partes (artículo 2030 el **Código Civil Federal**).

6. El Contrato con Persona a Designar

6.1. Concepto

El contrato con persona a designar suele practicarse en México bajo diversas aplicaciones, a pesar de que no tiene un reconocimiento expreso en nuestras leyes.

El contrato con persona a designar, es aquél por virtud del cuál una de las partes se reserva expresamente designar después a la persona que adquirirá retroactiva e íntegramente los derechos y las obligaciones derivadas de dicho contrato; con lo que desaparece totalmente al estipulante, para quedar establecidas las relaciones jurídicas solamente entre el promitente y el tercero designado.

6.2. Características

Esta figura negocial presenta estas características:

- a) No se trata de un contrato, sino de una cláusula o estipulación contractual que aparece en algunos contratos.
- b) Las partes que intervienen se llaman: estipulante, promitente y tercero o parte a designar que, después de la designación será parte contractual.

- c) Una o las dos partes se reserva el derecho o la posibilidad de designar a una persona que ocupe su lugar.
- d) La vida del contrato por persona a designar puede dividirse en dos fases: la primera que es la formación o celebración; y, la segunda fase, que consiste en el eventual nombramiento del designado.

6.3. Elementos

Tres partes intervienen en este negocio. Éstas son: las dos partes que originalmente celebran el contrato en donde se incluye la estipulación de persona a designar y el tercero o persona que será designada.

Se trata de una forma de sustitución de una parte en una relación jurídica, en la que - incidentalmente - un contrato produce ciertos efectos hacia un tercero, ajeno a las partes que originalmente lo celebran. Sólo dentro de ciertos límites puede el derecho admitir una sustitución de persona en la celebración del negocio, sin que desaparezca el objeto de la tutela que le es concedida³⁷.

Para incluirse esta cláusula en un contrato se requiere que:

- a) No sea de carácter *intuitae personæ*.
- b) No se hayan cumplido las prestaciones del contrato antes de la designación.

6.4. La designación del tercero

La designación del tercero que será parte contractual es una característica esencial de esta figura. Se trata de una declaración que, por su naturaleza, es autónoma y un negocio unilateral (posterior a la conclusión del

³⁷ BETTI, Emilio, *Teoría del negocio jurídico*, Trad. de Martín Pérez, 2ª. ed., Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959, p. 418.

contrato); es expresión de una facultad e implica una elección, la que debe ser comunicada a la contraparte³⁸.

Tiene como características:

- a) Es una declaración unilateral de voluntad del estipulante, que deriva del contrato.
- b) Es necesario la aceptación de la persona designada, pues la entrada del tercero al contrato conlleva la asunción de obligaciones; no sólo la cesión de derechos.
- c) La facultad de designar suele estar sometida a un plazo que se ha señalado en el contrato. Si no hay plazo, la elección debe hacerse antes del cumplimiento de las obligaciones contractuales.
- d) La declaración debe revestir cierta forma; igual a la del contrato que contiene esta cláusula o alguna que las partes hayan establecido en el mismo contrato.
- e) Si la declaración que designe al contratante definitivo no se hace dentro del plazo, en este caso se limitarán los efectos del contrato al contratante originario.

Si la declaración del nombre se hace dentro del término, modo y forma antes indicada, la persona designada adquiere - con efecto retroactivo - el lugar de la parte; mientras el contratante originario pierde (también retroactivamente) tal lugar y, con esto, su legitimación de parte activa y pasiva³⁹.

6.5. Naturaleza jurídica

El contrato con persona a designar, se distingue de la *cesión del contrato*, de la *estipulación a favor de tercero* y de la *representación*

³⁸ MESSINEO, Francisco, *Manual de derecho civil y comercial*, Trad. Santiago Sentis Melendo, EJEA, Buenos Aires, 1986, Tomo I, p. 501.

³⁹ *Idem*, p. 504.

indirecta. Se trata de una *cláusula o estipulación atípica*, pero que válidamente puede celebrarse en el Derecho Mexicano, puesto que no es violatoria de leyes de orden público, ni atenta contra las buenas costumbres.

7. La Factura

7.1. Concepto

Nuestras disposiciones mercantiles, aún cuando mencionan la factura, no dan una definición o concepto de ésta ni señalan los elementos o requisitos que debe contener. Puede decirse que *la factura es la lista de mercancías objeto de un contrato mercantil, con la mención de sus características (naturaleza, calidad, tipo), su precio y su cantidad*. La factura se refiere siempre a un contrato mercantil que generalmente es el de compraventa⁴⁰. Hay que añadir que en la actualidad se facturan también servicios.

Sobre el contenido de una factura, que las leyes y reglamentos fiscales llaman comprobante, el artículo 29 del **Código Fiscal de la Federación** y el artículo 36 del correspondiente **Reglamento** señalan cuáles son los requisitos que ésta debe contener para efectos fiscales, no mercantiles necesariamente.

Contra la naturaleza de la factura como documento que describe mercancías o servicios, es usual en la práctica incluir cláusulas o condiciones de un contrato. Esta práctica convierte al documento en una oferta o propuesta escrita de contrato. La aceptación de una factura con estas características y, en algunos casos, la firma de la misma podría ser presunción de conocimiento y aceptación de las condiciones del contrato. En estos supuestos hay que determinar si quien recibe y acepta una factura tiene, en su caso, representación mercantil para obligar a su representado. Si

⁴⁰ GARRIGUES, Joaquín, *Curso de derecho mercantil*, Tomo II, Porrúa, México, 1979, p. 27.

la aceptación no tiene vicio alguno, se puede llegar a formar un contrato mercantil sobre la base de las condiciones o cláusulas propuestas.

El valor que pueden tener estas cláusulas - relativas a la exoneración de ciertos riesgos, sumisión a tribunales del domicilio de quien expide la factura y otras- dependerá de varios factores. Si estas cláusulas son de estilo y la ley o el uso les da fuerza, obligan porque se consideran implícitas en el contrato. Por el contrario, si es materia dispositiva - aun cuando la contraparte acepte, especialmente cuando son diversas a las del contrato originalmente pactado- no tendrá efecto entre las partes.

Los efectos jurídicos que puede tener una factura en una relación jurídica concreta son prueba contra el que la extiende por el solo hecho de su emisión, y con independencia si ha sido o no aceptada. El fundamento jurídico de esta eficacia probatoria es la confesión extrajudicial que contiene la factura prueba contra el que la recibe, sólo si fue aceptada. La aceptación puede ser expresa o tácita. La expresa, puede realizarse mediante aviso escrito u oral, y también con la simple firma estampada en uno de los ejemplares. La tácita, se desprende de actos concluyentes, como la retirada de la mercancía después de recibir y pagar la factura⁴¹.

Si la devuelve sin firmar, debe entenderse que rehusa de su contenido en cuanto al contrato que se propone o a las modificaciones que se sugieren a la factura con respecto a un contrato anterior.

7.2. Disposiciones legales

En la legislación mexicana existen varios ejemplos de disposiciones que mencionan a la factura para diversos efectos.

⁴¹ ROCCO, Alfredo, *Principios de derecho mercantil*, Ed. Nacional, Trad. de Revista de Derecho Privado, México, 1966, pp. 410 y 411.

- a) Es título ejecutivo y documento base para un juicio ejecutivo mercantil, la factura firmada y reconocida judicialmente por el deudor (artículo 1391, fracción VII del **Código de Comercio**). Esta norma se ha aplicado, por analogía, a los llamados contrarrecibos (o recibos) de facturas por revisión.
- b) Es obligatorio para los proveedores - en términos de la **Ley Federal de Protección al Consumidor** - entregar factura, recibo o comprobante al consumidor por las operaciones efectuadas (artículo 12).
- c) En el caso de remate judicial de bienes muebles, debe expedirse una factura. (artículo 602 del **Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Querétaro**).
- d) Al contratar, los prestadores de servicios de vías generales de comunicación deben expedir a los usuarios - entre otros documentos - una factura (artículo 66 de la **Ley de Vías Generales de Comunicación**).
- e) La prenda para garantizar a instituciones de crédito préstamos para adquisición de bienes de consumo duradero podrán constituirse entregando al acreedor la factura que acredite la propiedad sobre la cosa comprada; si en ella se hace la anotación respectiva (artículo 69 de la **Ley de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares**).
- f) El objeto del contrato de factoraje son derechos de crédito no vencidos que se encuentren documentados en facturas, contrarrecibos, títulos de crédito o cualquier otro documento que no acredite la existencia de dichos derechos (artículo 45-D de la **Ley de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito**).
- g) Para la inscripción de derechos sobre bienes muebles, el Reglamento del Registro Público de la Propiedad señala que el documento auténtico para dicha inscripción es la factura. Los casos en que debe inscribirse una prenda civil, son de cosechas en pie y cuando la cosa queda en poder del deudor o un tercero (artículos 2857, 2859 y 3069 del **Código Civil Federal**). Debería existir disposición igual en el **Reglamento del**

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

- h) Las leyes fiscales utilizan el nombre genérico de comprobante y no el vocablo mercantil de factura, y contienen numerosas normas sobre las mismas(artículos 29 del **Código Fiscal de la Federación**; 24-III, 119 letra I, fracción IV y 136-III de la **Ley del Impuesto Sobre la Renta**; 32-III, 33 y 36 de la **Ley del Impuesto al Valor Agregado** y los respectivos **Reglamentos de estas leyes**).

7.3. Naturaleza jurídica

La factura, como documento, no se puede equiparar a un título de crédito; porque no está destinada a circular, ni es un documento en donde esté incorporado el derecho que consigna.

A pesar de esto, hay operaciones que se realizan con facturas que les hacen aparecer como si fueran títulos de crédito. Por ejemplo, el endoso de facturas en la venta de automóviles - que es un uso que se sigue en la práctica comercial - aunque esta cesión no la da el carácter jurídico de endoso, sino que se trata de simples cesiones de derechos.

La prenda para instituciones de crédito que se anota en la misma factura, por disposición legal (artículo 69 de la **Ley de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares**), es sólo un medio de prueba de la existencia del gravamen y no un endoso en garantía, pues la factura no es título de crédito. Estas operaciones no convierten a la factura en documento endosable, ni la hacen título de crédito.

La factura es un documento privado, no negociable, de carácter exclusivamente probatorio.

En términos del **Código de Comercio**, es un documento privado (artículo 1238) que puede llegar a ser título ejecutivo si está firmado y reconocido por el deudor (artículo 1391 fracción VII) y solamente hace prueba plena en contra de la parte que la ha extendido, no de terceros.

CAPÍTULO CUARTO

LIMITACIONES A LA LIBERTAD DE CONTRATACIÓN

1. Generalidades

En el Derecho Mexicano han aparecido - recientemente - dos leyes que tienen por objeto salvaguardar la libertad de comercio y de industria, así como proteger a los consumidores. Estas leyes establecen algunas limitaciones a la libertad de contratación de los particulares, al no permitir la celebración de determinados actos jurídicos que pueden perjudicar a la libre concurrencia y abusar del consumidor. Estas leyes son la **Ley Federal de Protección al Consumidor** y la **Ley Federal de Competencia Económica**⁴².

La **Ley Federal de Protección al Consumidor** abroga a la anterior **Ley Federal de Protección al Consumidor** del año de 1975 y, con más orden y sistemática en sus preceptos que la anterior ley, resulta un ordenamiento menos protector de la parte contractual que denomina consumidor; al que identifica como clase y con principios más liberales respecto a la contratación. Establece como objeto de la misma procurar la equidad y seguridad jurídica en las relaciones entre proveedores y consumidores. (artículo 1 de la **Ley Federal de Protección al Consumidor**).

La **Ley Federal de Competencia Económica** es una novedad en nuestro sistema jurídico y recoge una tendencia mundial de proteger las libertades de competencia, libre concurrencia y prohibir los monopolios y prácticas monopolísticas. Esta ley es reglamentaria del artículo 28 Constitucional, reformado en fecha reciente, y abroga la llamada **Ley de Monopolios de 1943** y otras disposiciones de naturaleza económica, aunque

⁴² Las dos leyes fueron publicadas en el *Diario Oficial de la Federación* del día 24 de diciembre de 1992.

tiene un campo de aplicación mucho más amplio y un enfoque diverso al de las normas derogadas. Las leyes de la competencia han nacido en países de alto nivel industrial como son los Estados Unidos y Alemania, y han sido introducidas, con importantes variantes, en numerosos países europeos que forman parte de la Comunidad Económica Europea; en donde se adoptaron esta clase de disposiciones en el Tratado de Roma de 1957.⁴³

En estas dos leyes -de marcado carácter económico- las limitaciones a la libertad contractual, paradójicamente buscan proteger la libertad económica, la libre competencia y concurrencia, y al mismo tiempo proteger a los consumidores. *Se defiende la libertad, limitando la libertad.*

El libre juego de las fuerzas económicas - sin limitaciones legales y sin intervención alguna del Estado - pueden crear un abuso de poder de las grandes corporaciones, crear monopolios y generar prácticas inconvenientes a la salud social, a la economía o a cierto sector de ésta; y al interés de la colectividad.

Las principales características de estas leyes son:

- a) Se trata de leyes que rigen la actividad económica de los particulares y del Estado, o de organismos estatales cuando aquél o éstos realizan actividades económicas como los particulares (artículos 6 de la **Ley Federal de Protección al Consumidor** y 1 y 3 de la **Ley Federal de Competencia Económica**).
- b) En principio, estas leyes rigen relaciones de Derecho Privado, aunque sus normas son de orden público e irrenunciables (artículo 1 de la **Ley Federal de Protección al Consumidor**).
- c) Como leyes federales, se aplican a toda la República (artículos 1 de la **Ley Federal de Protección al Consumidor** y 1 de la **Ley Federal de Competencia Económica**).

⁴³ GARRIGUES, Joaquín, *Curso de derecho mercantil*, Tomo I, Porrúa, México, 1979, p. 243.

- d) La aplicación de estas leyes está confiada a órganos administrativos que dependen de la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial y no a órganos judiciales (artículos 20 de la **Ley Federal de Protección al Consumidor** y 23 de la **Ley Federal de Competencia Económica**).
- e) Estas leyes se inscriben dentro de la tendencia mundial del Derecho Mercantil de muchos países que han promulgado disposiciones de protección al consumidor y de restricciones a la competencia.
- f) En el texto de los ordenamientos, especialmente en la **Ley Federal de Competencia Económica**, se utilizan numerosos conceptos propios de la economía.

2. La Economía Moderna y la Ley Federal de Protección al Consumidor

Debemos aceptar que la economía moderna se caracteriza por:

- a) La aparición de nuevos sistemas de producción masiva y a gran escala;
- b) el avance tecnológico para la fabricación y venta de productos y servicios;
- c) la existencia y aparición de productos estándar; la publicidad y mercadotecnia en grandes cantidades;
- d) el gran poder económico de grandes empresas productoras y distribuidoras y
- e) la aparición de muchos consumidores individuales que se ven inmersos en un mundo de múltiples mercancías y servicios; los que son empujados por la mercadotecnia y la publicidad para que adquieran esos bienes y servicios, muchas veces innecesarios.

El término de sociedad de consumo - con implicaciones económicas, sociológicas y filosóficas - describe la situación actual de la economía y la sociedad de algunos países.

En sentido técnico estricto, la sociedad de consumo se refiere a la condición económica característica de una etapa de desarrollo industrial y

tecnológico avanzado. Se considera que es la última etapa del desarrollo por el que puede pasar una economía hasta conseguir un auténtico desarrollo industrial.

La sociedad de consumo se caracteriza por:

- a) La mayoría de las familias amplía y sustituye constantemente sus bienes;
- b) las fluctuaciones cíclicas, la inflación o la deflación, el índice de crecimiento de la economía, dependen, en la actualidad, en gran parte del consumidor;
- c) la demanda del consumidor no es ya sólo en función del dinero, sino que se ve afectada - y a veces determinada - por la disposición del consumidor hacia la compra y
- d) en pocas palabras, queda inmersa en una ley de la oferta y la demanda más despiadada que la propia legislación positiva.

La economía contemporánea, llamada de consumo, ha generado el fenómeno llamado consumismo; que consiste en el consumo acelerado de bienes y servicios. Este fenómeno, como causa, ha provocado un efecto que se ha denominado *consumerismo* y que es el movimiento y esfuerzo de los consumidores para contrarrestar los factores nocivos del *consumismo*.

La protección jurídica de los consumidores data de fines del siglo pasado, en virtud de la intervención benéfica de las jurisprudencias inglesa, norteamericana y francesa, principalmente.⁴⁴ Las manifestaciones de este movimiento - que cobra importancia en la segunda mitad del siglo - se producen en organismos defensores de los derechos del consumidor, agencias gubernamentales, tribunales y leyes de protección al consumidor.

⁴⁴ BARRERA GRAF, Jorge, *Instituciones de derecho mercantil*, Porrúa, México, 1989, p. 180.

3. Características del **Ámbito de Aplicación de la Ley Federal de Protección al Consumidor**

La **Ley Federal de Protección al Consumidor** es una ley de naturaleza mercantil que contiene - en una parte importante de la ley - normas de Derecho Privado que regulan, básicamente, relaciones entre particulares, proveedores y consumidores.

La regulación de la **Ley Federal de Protección al Consumidor** supone una ampliación de la materia mercantil, ejemplo de la llamada comercialización del Derecho Privado. Característica importante de esta ley es el que está destinada de manera preferente a limitar la libertad contractual.

Su materia natural es la regulación de los actos conocidos como mixtos o unilateralmente mercantiles. Esta ley regula actos civiles para una parte y comerciales para la otra (actos mixtos); a los que convierte en mercantiles, por disposición expresa del artículo 1050 del **Código de Comercio**.

Como *Ley Mercantil*, la **Ley Federal de Protección al Consumidor** tiene un carácter federal y está aprobada por el Congreso de la Unión con base en el artículo 73, fracción X de la **Constitución** que faculta a este órgano a dictar leyes en materia de comercio. El artículo 28 **Constitucional** establece que la ley protegerá a los consumidores y propiciará su organización para el mejor cuidado de sus intereses.

La **Ley Federal de Protección al Consumidor** se aplica a determinados sujetos y a ciertas operaciones que la misma ley indica. Como ley especial, estos supuestos de aplicación deben ser interpretados en forma estricta; es decir: en caso de que determinada situación, acto o negocio no

esté contemplado expresamente por la **Ley Federal de Protección al Consumidor**, éste se regula por el **Código de Comercio** o por el **Código Civil Federal**.

Desde el punto de vista subjetivo, la **Ley Federal de Protección al Consumidor** se aplica a los proveedores, a los consumidores y a las entidades de las administraciones públicas (federales, estatales y municipales), cuando éstas sean proveedores o consumidores (artículo 6).

Para efectos de la ley:

El consumidor es la persona física o moral que adquiere, realiza o disfruta como destinatario final, bienes, productos o servicios (artículo 2 fracción I).

El proveedor es la persona física o moral que habitual o periódicamente ofrece, distribuye, vende, arrienda o concede el uso o disfrute de bienes, productos y servicios (artículo 2 fracción II).

Sin embargo, quedan exceptuados de la aplicación de la **Ley Federal de Protección al Consumidor**, por disposición expresa de la misma (artículo 5º), las siguientes actividades económicas:

- a) *Los servicios que se presten como fruto de una relación o contrato de trabajo.*
- b) *Los de las instituciones y organizaciones cuya supervisión o vigilancia esté a cargo de las Comisiones Nacionales bancarias, de valores o de seguros y fianzas.*
- c) *Los servicios profesionales que no sean de carácter mercantil.*

En el aspecto objetivo, esta ley se aplica a una serie de actos jurídicos o contratos cuya descripción se asemeja a la delimitación de actos de comercio del artículo 75 del **Código de Comercio**; en los que proveedores y consumidores deben ser partes.

En relación a con los bienes, en principio, sólo interesan a la ley las operaciones con bienes muebles.

En el Derecho Comparado, la exclusión de bienes inmuebles en la protección al consumidor es general; por considerar que dichos bienes están sujetos a leyes y reglas especiales, que no están destinadas al consumo⁴⁵.

En forma excepcional, la **Ley Federal de Protección al Consumidor** se aplica a los inmuebles en casos limitados: proveedores fraccionadores o constructores de viviendas para habitación para venta al público y las operaciones de tiempo compartido. Por reforma a la **Ley Federal de Protección al Consumidor**⁴⁶, se derogó lo relativo a los arrendamientos de inmuebles para habitación en el Distrito Federal.

4. Estructura de la Ley Federal de Protección al Consumidor y Principios Generales

La **Ley Federal de Protección al Consumidor** contiene normas de la más diversa índole, en atención a las relaciones jurídicas que regula. Así, podemos decir que hay cuatro grupos de disposiciones.

- a) Normas de Derecho Mercantil que regulan las relaciones entre proveedores y consumidores. Constituyen éstas la parte más amplia de la ley (capítulos III a IX). Ejemplos de éstas son: las ventas a domicilio (artículos 51 a 56), los servicios (artículos 57 a 65), las operaciones a

⁴⁵ BARRERA GRAF, Jorge.- *Instituciones de Derecho Mercantil*.- Porrúa.- México, 1989.- p. 200.

⁴⁶ Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 21 de julio de 1993.

crédito (artículos 66 a 72) y lo relativo a contratos de adhesión y condiciones generales del contrato (artículos 85 a 90).

- b) Normas procesales para que la Procuraduría reciba reclamaciones de los consumidores, concilie a proveedores y consumidores, sea designada árbitro, dicte laudos y mande ejecutar sus resoluciones al Poder Judicial, para proteger los derechos e intereses de los consumidores (artículos 90 a 125).
- c) Normas administrativas que crean y organizan a la *Procuraduría Federal del Consumidor* como organismo descentralizado de servicio social con personalidad propia. Así como disposiciones relativas a atribuciones de la Procuraduría, reglas sobre vigilancia y verificación para el cumplimiento de la ley, sanciones administrativas y el recurso administrativo correspondiente (artículos 19 a 31, 96 a 99 y 123 a 143).
- d) Normas laborales que determinan que los empleados de la Procuraduría son trabajadores del Estado y tienen derecho a la seguridad social (artículos 29 a 31).

Los principios jurídicos más importantes de la **Ley Federal de Protección al Consumidor** son:

- a) Es un ordenamiento que tiene por objeto promover y proteger los derechos e intereses del consumidor y procurar la equidad y seguridad jurídica en las relaciones entre proveedores y consumidores (artículos 1, 20 y 24-I).
- b) Es una ley de orden público e interés social (artículo 1), que configura un mecanismo de ineficacias, nulidades cláusulas forzosas y responsabilidades - a veces combinadas - exclusivamente aplicable a los contratos de adquisición de bienes y servicios.
- c) Es una **Ley de Protección al Consumidor**, valga la redundancia, considerando éste - en principio - en lo individual, no como clase. Esto significa que como parte débil de la relación mercantil, las

disposiciones son irrenunciables; especialmente por los consumidores cuando se les otorgan derechos (artículo 1).

- d) Son normas supletorias de la **Ley Federal de Protección al Consumidor**, el **Código de Comercio** y el **Código Civil Federal** - en lo sustantivo - y en lo procesal el mismo **Código de Comercio** (por ejemplo, las recientes normas sobre arbitraje comercial) y el **Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Querétaro**.
- e) La Procuraduría es un organismo descentralizado de servicio social con personalidad jurídica y patrimonio propios (artículo 20); tiene como funciones principales el aplicar la **Ley Federal de Protección al Consumidor**, proteger los derechos del consumidor propiciando equidad y seguridad jurídica en las relaciones con los proveedores y procurar la solución de diferencias entre éstos (artículo 24 fracciones. I y XVI).
- f) Señala como principios básicos en las relaciones de consumo: la protección a la vida, salud y seguridad del consumidor; la información y educación al consumidor sobre productos y servicios; el acceso fácil a órganos administrativos y sus procedimientos; y la protección contra la publicidad engañosa y abusiva. Estos principios básicos se desarrollan en la ley en los diversos preceptos que la integran.

5. Disposiciones que Imponen Obligaciones a los Proveedores

La parte más importante de la **Ley Federal de Protección al Consumidor** es la que contiene las normas que regulan las obligaciones a los proveedores y las relaciones de Derecho Privado entre proveedores y consumidores.

Estas disposiciones pueden agruparse en tres categorías:

- a) Normas que establecen obligaciones generales a todos los proveedores, sin importar que el proveedor realice determinadas operaciones. Las obligaciones las impone la ley por el hecho de ser proveedor.
- b) Reglas imperativas que establecen limitaciones y obligaciones a los proveedores, sólo cuando realizan ciertos actos concretos relacionados con la actividad económica que desarrollan.
- c) Disposiciones que limitan la *autonomía de la voluntad* o la libertad de los contratantes - proveedor y consumidor - respecto a ciertos contratos o actos jurídicos en los que la **Ley Federal de Protección al Consumidor** establece requisitos, modalidades o determinados efectos jurídicos para las partes; los que son irrenunciables por voluntad de los particulares. Se trata de disposiciones que hacen excepción al principio de la libertad contractual; de tal modo que estamos en presencia de disposiciones de interpretación estricta.

6. Normas de Derecho Privado relativas a la Contratación

Estas normas de carácter general para los contratos de consumo modifican el régimen de los contratos contenidos tanto en el **Código Civil Federal** (en la mayoría de los casos, puesto que frecuentemente los contratos de consumo son civiles: compraventa al consumidor, préstamos derivados de operaciones civiles, etc.), como en el **Código de Comercio** (cuándo, aún siendo contratos de consumo, merecen la calidad de mercantiles).

6.1. De las ventas a domicilio

Venta a domicilio, mediata o indirecta, es la que se proponga o lleve a cabo fuera del local o establecimiento del proveedor.

Las principales reglas en esta materia son:

- a) Deben constar por escrito en un documento que contenga, como mínimo: nombre y dirección del proveedor, operación, bienes o servicios objeto de la misma y - en su caso - garantías. Este documento obligatorio puede ser el contenido mismo de la factura a la que se refiere el artículo 12 de la **Ley Federal de Protección al Consumidor**. Este precepto contiene una excepción al principio de libertad de forma que proclaman los artículos 78 del **Código de Comercio** y 1832 del **Código Civil Federal**.
- b) Estas normas no se aplican a operaciones realizadas por teléfono, televisión, correo, mensajería u otros; o los que se carguen a la cuenta de teléfono o alguna tarjeta de crédito u otra cuenta. En estos casos se imponen al proveedor obligaciones adicionales de identificación al consumidor, permitir devoluciones y reclamaciones, informar previamente y pagar gastos de transporte (artículos 53, 54 y 55 de la **Ley Federal de Protección al Consumidor**).
- c) Las ventas a domicilio se perfeccionan a los cinco días hábiles contados a partir de la entrega del bien o la firma del contrato, lo último que suceda. Durante este lapso, el consumidor tendrá la facultad de revocar su consentimiento sin responsabilidad alguna. La revocación hecha conforme a este artículo deja sin efecto la operación.

6.2. De los servicios

La **Ley Federal de Protección al Consumidor** es aplicable, en general, a toda clase de servicios que prestan los proveedores que se encuentran en los supuestos de aplicabilidad de la Ley. El artículo 5 expresamente excluye los servicios derivados de una relación de trabajo, los servicios profesionales y los de instituciones y organizaciones relacionadas con el crédito y otros servicios financieros.

Las principales disposiciones que obligan a los prestadores de servicios son:

- a) *Las tarifas deberán estar disponibles al público. Cuando el servicio se presta en un establecimiento, la tarifa debe exhibirse (artículo 57). Antes de prestar el servicio el proveedor debe presentar un presupuesto por escrito (artículo 59).*
- b) *Se prohíben las preferencias o discriminaciones respecto a los solicitantes del servicio (artículo 58).*
- c) *Quienes presten servicios de reparación de productos deben usar partes y refacciones nuevas, salvo autorización expresa del cliente (artículo 60). Estos proveedores tienen, además, obligación de indemnizar por deficiencias en su servicio; esta responsabilidad no es renunciable por el consumidor (artículo 61).*
- d) *Los prestadores de servicios deben expedir factura en los que incluyan las partes y refacciones utilizadas (artículos 12 y 62).*

6.3. El servicio de tiempo compartido -

Es el acto jurídico por el que se pone a disposición de una persona o grupo de personas el uso, goce y demás derechos que se convengan sobre un bien o parte del mismo; en una unidad variable dentro de una clase determinada, por períodos previamente convenidos, mediante el pago de una cantidad; sin que - en el caso de inmuebles - se trasmita el dominio de éstos (artículo 64).

Aunque la **Ley Federal de Protección al Consumidor** reglamenta el tiempo compartido como prestación de servicios que hace un proveedor, generalmente comerciante, algunas entidades federativas como los Estados de Jalisco y Quintana Roo han regulado en sus respectivos **Códigos Civiles** el contrato de tiempo compartido. La existencia de normas federales y

locales sobre una misma materia podría dar lugar a un conflicto de leyes, pues ambas regulan al acto jurídico o contrato de tiempo compartido.

Las características que derivan del concepto del servicio de tiempo compartido en la **Ley Federal de Protección al Consumidor** son:

- a) Se trata de la prestación de un servicio. Esto significa que los derechos que el consumidor tenga sobre el bien materia del tiempo compartido son siempre derechos personales, no derechos reales.
- b) El consumidor tiene derechos de uso, goce y otros que se convengan sobre un bien o parte del mismo.
- c) Los bienes objeto del tiempo compartido pueden ser bienes muebles e inmuebles. El bien no necesariamente se individualiza en el contrato como una unidad, sino que puede ser variable, pero dentro de una clase determinada.
- d) El consumidor tiene derecho a la prestación del servicio por períodos previamente convenidos.
- e) Es un contrato oneroso, pues el consumidor debe pagar como contraprestación alguna cantidad.
- f) En el caso de inmuebles no se trasmite el dominio al consumidor, pues éste sólo tiene derechos personales sobre el bien. Esta limitante - aunque la ley no lo dice - es aplicable, también, a los bienes muebles.

6.4. Las operaciones a crédito

La **Ley Federal de Protección al Consumidor** no define qué se entiende por operación a crédito. En las operaciones a crédito, desde el punto de vista jurídico, se produce una pausa entre el ejercicio del derecho por parte del acreedor y el cumplimiento por parte del deudor. En el patrimonio del acreditado entra una cosa con carácter definitivo, y al propio

tiempo nace una obligación de cumplimiento diferido. El interés aparece entonces como precio del tiempo⁴⁷.

La regulación principal de estas operaciones tiene tres clases de disposiciones.

- a) El proveedor debe informar al consumidor, en una operación a crédito, las condiciones y términos del negocio por realizar; así como la posibilidad de descuentos y bonificaciones para el caso en que la operación se haga de contado o si se reducen los plazos de pago. Entre los elementos del contrato que debe conocer el consumidor están: el precio de contado, el número de pagos y su periodicidad si es a crédito, el derecho a pagar anticipadamente, con reducción de intereses, la tasa de intereses ordinarios y moratorios y si ésta es fija o variable (artículo 66 de la **Ley Federal de Protección al Consumidor**).
- b) En las disposiciones sobre el interés, la **Ley Federal de Protección al Consumidor** contiene algunos preceptos irrenunciables que se aplican a las operaciones a crédito. La **Ley Federal de Protección al Consumidor** no define qué se entiende por interés. De sus disposiciones sólo puede inferirse que el interés es contraprestación en el contrato. El interés se causa y se calcula, exclusivamente, sobre saldos insolutos del crédito concedido, y su pago no puede exigirse por adelantado sino únicamente por períodos vencidos (artículo 69).
- c) En las compraventas a plazo de bienes muebles e inmuebles, en caso de rescisión, las partes deben devolver mutuamente las prestaciones pagadas. El vendedor tiene derecho a una renta por el uso y una indemnización por el deterioro. El comprador tiene derecho a la devolución del precio con intereses, a la tasa pactada en el contrato rescindido (artículo 70). Este precepto repite el artículo 2311 del **Código Civil Federal**.

⁴⁷ GARRIGUES, Joaquín, *Curso de derecho mercantil*, Tomo II, Porrúa, México, 1979, p. 162.

- d) Cuando hay incumplimiento por mora del consumidor en las exhibiciones o pagos periódicos de una operación, éste tiene derecho - si ha pagado más de la tercera parte - a elegir entre la rescisión o el pago del adeudo vencido (artículo 71); el que debe efectuar de inmediato. Esta disposición deroga el artículo 1949 del Código Civil Federal que concede ese derecho al demandante, no al deudor moroso.

6.5. Responsabilidad por incumplimiento

Las normas sobre el incumplimiento de las obligaciones que contiene el **Código Civil Federal** (artículos 2104 a 2162) son supletorias y complementarias de las que contiene la **Ley Federal de Protección al Consumidor** (artículos 91 a 95). Sin embargo - estas disposiciones - por estar incluidas en la **Ley Federal de Protección al Consumidor**, y a diferencia de las del Derecho Privado en general, no son renunciables (artículo 1º de la **Ley Federal de Protección al Consumidor**).

Las principales disposiciones en esta materia son:

- a) El consumidor tiene derecho a recuperar lo que pagó en exceso del precio máximo autorizado o del estipulado. Si el proveedor no cumple en cinco días, debe pagar intereses al consumidor. La acción prescribe en un año (artículo 91). Esta responsabilidad se aplica a cualquier acto de comercio de los que regula la **Ley Federal de Protección al Consumidor**.
- b) El artículo 92 concede al consumidor el derecho a la reposición del producto, a la bonificación, a la compensación o a la devolución de la cantidad pagada; cuando la cantidad entregada sea menor a la indicada en el empaque, existan faltas de calidad, no cumpla las especificaciones o tenga vicios ocultos.

1
1

f

CAPÍTULO QUINTO

EL CONTRATO ATÍPICO

1. Generalidades

1.1. Concepto

Las partes tienen libertad para celebrar un contrato y determinar su contenido. A la primera de estas libertades se le ha llamado libertad de contratar; y a la segunda, libertad contractual.⁴⁸

Nuestra legislación reconoce el principio de autonomía de la voluntad o de libertad contractual que entraña la posibilidad de celebrar contratos, ya sea que estén estructurados y regulados por el ordenamiento legal o que sean contratos en los que las partes determinan libremente su contenido.

De este modo se puede hablar de *contratos nominados o típicos*, y de *contratos innominados o atípicos*.

En esta clasificación se habla también de contratos regulados y contratos no regulados. Se prefiere, sin embargo, la terminología de típicos y atípicos; ya que de alguna manera se regulan y a su vez son conocidos con ciertos nombres; lo que podría implicar que si tiene nombre, nominados y si tienen regulación - aunque escasa y en ocasiones adversa - regulados.

La regulación del *contrato típico* implica la reglamentación en cuanto a sus características y contenido obligacional, a los efectos que el contrato produce entre las partes y - en su caso - a la existencia de normas supletorias de la voluntad de los contratantes.

⁴⁸ SANCHEZ MEDAL, Ramón, *De los contratos civiles*, 17ª. ed., Porrúa, México, 1998.

Los *contratos atípicos* - como concepto negativo de los típicos - son aquellos cuyo contenido no tiene regulación específica en la legislación, respecto a la relación de un Derecho Privado entre los particulares que contratan.

1.2. Nominados e innominados

Los conceptos de contratos nominados e innominados pueden aplicarse, conforme a su significación gramatical, a los contratos con nombre o sin nombre en la ley. Si se aplica esta distinción entre nominados y típicos a ciertos ejemplos concretos, nos vamos a encontrar que hay algunos contratos que son atípicos por no estar regulados en la relación entre partes en la ley positiva y que, sin embargo, están nombrados por alguna ley. Por tanto, de acuerdo con estas ideas, estos contratos son atípicos y nominados.

En nuestro Derecho tenemos como ejemplos el *contrato estimatorio* (artículo 159, fracción VI, a de la **Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos**) y los *contratos de corretaje o mediación, agencia y distribución* (artículo 14 de la **Ley del Impuesto al Valor Agregado**). La **Ley Federal de Competencia Económica** menciona como actividades económicas el suministro y la distribución, que generalmente se llevan a cabo por proveedores y distribuidores mediante contratos que llevan esos nombres y que, actualmente, no están regulados en el derecho mexicano.

1.3. Tipicidad y atipicidad

Los conceptos de *tipicidad* y *atipicidad* son relativos, pues el contenido siempre cambiante del ordenamiento jurídico puede incluir o excluir contratos. El fenómeno se presenta como una tendencia a regular contratos que anteriormente no estaban disciplinados. En el Derecho Mexicano encontramos varios ejemplos recientes: la regulación de los

contratos de *arrendamiento financiero* y de *factoraje financiero*, están disciplinados en la **Ley de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito**.

2. Evolución

El fundamento económico y pragmático del nacimiento de los *contratos atípicos - sustentado en la libertad contractual* - coincide con la necesidad de adaptar los contratos a fines empíricos y a las necesidades reales de las partes contratantes.

En el Derecho Romano, donde ya se plantea la existencia de los llamados *contratos innominados*, gran parte de las instituciones jurídicas se producen por deformación o adaptación de algunas figuras jurídicas a las soluciones prácticas que reclamaban las necesidades socioeconómicas. Los romanos utilizaban un negocio jurídico para fines distintos de los que habían inspirado a la institución. La prenda y la hipoteca nacieron de la venta ficticia con pacto de retroventa - *fiducia cum creditore* -, por el cuál el acreedor se obligaba a vender nuevamente al deudor el objeto con que se garantizaba el adeudo que constituía el precio de la compraventa. El objetivo real de estos contratos era el de garantía, no el de transmisión de propiedad.⁴⁹

En la etapa clásica existían contratos que se designaban con un vocablo específico y a los cuáles correspondía una acción procesal que generalmente recibía el mismo nombre del contrato: estos contratos con nombre son los nominados.⁵⁰

En su evolución, los *contractus incerti* o *negotia nova*, llegaron a tener efectos reconocidos por el sistema jurídico por medio de una acción

⁴⁹ FLORIS MARGADANT, Guillermo, *El derecho privado romano*, 5ª ed., Esfinge, México, 1979. p. 291.

⁵⁰ LOZANO NORIEGA, Francisco, *Cuarto curso de derecho civil (Contratos)*, Asociación Nacional del Notariado Mexicano, México, 1970, p. 51.

procesal única, a pesar de que no tuvieron un nombre específico; de ahí su categoría de innominados, por oposición a los nominados. Estos contratos romanos, que aparecieron hasta el período postclásico, eran siempre bilaterales y su causa era una obligación de dar o de hacer, origen de la conocida clasificación: *do ut des*, *do ut facias*, *facio ut des* y *facio ut facias*.

Las costumbres mercantiles de la Edad Media en Europa, así como algunos principios del Derecho Canónico respecto a la consensualidad, tuvieron una influencia importante en la aceptación y reconocimiento de las convenciones y contratos mercantiles que - como actos jurídicos - no tenían la exigencia formal de los contratos civiles, más sujetos a moldes y tipos establecidos.

3. Tipicidad y Atipicidad

En el Derecho actual, los *contratos atípicos* están plenamente aceptados. No cabe duda que a medida que la civilización avanza son más importantes los *contratos innominados*. Hoy se presentan a cada paso nuevos tipos de contratos que, si no tienen nombre específico, son de frecuente aplicación.

La importancia de los *contratos atípicos* ha crecido si se considera que pocos contratos presentan todas las características de los contratos típicos y se ajustan a todas las normas de la ley.

Actualmente, los conceptos de atipicidad y tipicidad amplían notablemente su campo de aplicación; así, se habla de negocios típicos y atípicos, y por extensión, de cláusulas típicas y atípicas de los negocios jurídicos, según que ellas estén recogidas expresamente dentro del esquema legal del contrato respectivo, o bien, que las partes establezcan su contenido en ausencia de disposiciones legales.

3.1. Elasticidad del tipo legal

La adición o inserción de cláusulas, pactos y condiciones a los contratos típicos en una determinada legislación suelen tener el efecto práctico de que con la utilización de un tipo contractual se resuelve una situación nueva, la cuál no se ajusta exactamente al marco del contrato típico. Esto es lo que se conoce como elasticidad de los tipos legales.

En otros casos, al contrato típico se le añadirán pactos o condiciones que generan un efecto contractual distinto al que corresponde a los normales efectos del contrato típico.

A esta dificultad de calificación de un contrato concreto dentro de un molde legal del contrato tipo hay que agregar la existencia de pluralidad de contratos, contratos unidos o vinculados, que responden todos ellos a un mismo fin económico.

Con estos planteamientos se pretende mostrar la profundidad de la problemática del tema del contrato atípico, donde las soluciones hay que buscarlas para cada caso concreto, pues no hay, todavía, criterios o reglas generales que sean fácilmente aplicables a todos los casos.

3.2. La Tipicidad Social

El concepto de *tipicidad social*, frente al de *tipicidad legislativa*, se debe a Betti⁵¹ y ha sido recogido y adoptado por gran parte de la doctrina que aborda esta temática. En palabras de este autor, *la tipicidad legislativa es la característica de los negocios y contratos que gozan de una peculiar disciplina legal.*

⁵¹ BETTI, Emilio, *Teoría del negocio jurídico*, Trad. de Martín Pérez, 2ª. ed., Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959, p. 170.

La tipicidad social tiene como nota característica que cumple, como siempre, la función de limitar y dirigir la autonomía privada pero que actúa mediante una remisión a las valoraciones de la conciencia social relativas a las manifestaciones de la *autonomía privada* que, en la medida en que el ordenamiento jurídico estima que responden a una función socialmente útil, son acogidas y tuteladas por él.

Existen contratos que pueden ser legislativamente atípicos pero que atienden a nuevas necesidades ya socialmente tipificadas, y, por lo tanto, participan de la llamada tipicidad social.

Su continuada celebración en la vida diaria, el reconocimiento de estos contratos en los tribunales y en la jurisprudencia y - finalmente - el análisis y estudio sistemático por la doctrina han logrado plasmar las características básicas de estos *contratos atípicos* que adquieren la tipicidad social.

Puede decirse que son convenios cuajados de manera paulatina en tipos socialmente bien definidos, de significación conocida y firme, que han logrado escapar de la nebulosa de los negocios atípicos; gracias a su utilización continuada, a su importancia social o a una especial elaboración doctrinal. Creaciones éstas que logran, a veces, ser recogidas por las leyes.

Estas figuras contractuales, ya definidas en algunos de sus elementos y aspectos más sobresalientes, pueden ofrecer soluciones prácticas al problema de la interpretación y, sobre todo, pudieren servir para dar algunos criterios o principios de solución a aspectos que las partes omitieron. Este concepto de tipicidad social también puede aplicarse a las cláusulas negociales atípicas que gozan de la característica de la tipicidad social.

4. La Expansión de los Contratos Atípicos

Los factores que explican la expansión de los contratos atípicos son:

- a) La extensión de la contratación a nuevos objetos: disciplina de la competencia, bienes inmateriales, conocimientos técnicos, nuevos servicios.
- b) La actividad de programación de las empresas que origina numerosos contratos de duración para la distribución de sus productos y servicios; así como el aprovechamiento de materias primas en forma estable y que busca eludir las dificultades que la aplicación de los esquemas legales relativos a contratos aislados y prestaciones de una economía diferente a la actual.
- c) El desplazamiento del centro de creación del Derecho Mercantil hacia los países anglosajones donde existe una tipología distinta de figuras contractuales, con su peculiar nomenclatura, que junto con sus inversiones y operaciones económicas ha invadido el mundo.
- d) La mayor importancia del sector servicios en economías más desarrolladas, lo que genera nuevas necesidades y nuevos contratos. Por ejemplo, servicios financieros, operaciones por computación, asesoría especializadas, modernos medios de comunicación y nuevas tecnologías.

En resumen, la actividad económica ha creado nuevas necesidades contractuales que los actuales esquemas legales de los negocios jurídicos no pueden resolver satisfactoriamente. El **Código de Comercio** regula los contratos propios de una actividad económica muy distinta de la actual. Los sistemas de producción y comercialización del siglo pasado, de operaciones y contratos aislados, no sirven para una economía que requiere contratos para producciones en masa y otros muy diversos sistemas de distribución y comercialización. Los contratos de *suministro, agencia, distribución, el*

transporte multimodal o el moderno contrato de franquicia; son ejemplos de nuevos tipos contractuales que han aparecido en una economía que no se asemeja a la del siglo XIX.

5. Conversión de Contratos Atípicos en Contratos Típicos

Los negocios atípicos - que nacen de las nuevas necesidades que la actividad económica reclama, cuando realmente satisfacen una necesidad generalizada y su uso constante confirma su utilidad - acaban por ser reconocidos en el ordenamiento jurídico de un determinado país y se convierten, así, en una figura típica desde el punto de vista legislativo. Para que este fenómeno se produzca respecto a determinado negocio jurídico o contrato - además de las diversas etapas por las que suele pasar - hay influencias muy marcadas de normas de la comunidad internacional que tienen relevancia, en algunos casos, en este proceso.

Hay dos formas importantes por las que una figura jurídica se incorpora a un ordenamiento jurídico determinado.

- a) La primera de ellas es su reconocimiento y regulación en una ley, sin que exista previamente la celebración de dicho negocio o la celebración constante de tal figura por los particulares. La voluntad del legislador de introducir en un ordenamiento una figura es la única causa de que ésta forme parte de la ley.
- b) La otra forma por la que los negocios llegan a integrarse a las normas de un país es por la evolución de figuras atípicas que se convierten en típicas.
 - Cuando los particulares - para la solución de ciertas necesidades económicas que los contratos típicos no resuelven satisfactoriamente, o quizá por algunas ventajas fiscales - celebran un contrato con ciertas modalidades que adquiere la característica de la tipicidad social.

- Determinado contrato atípico, quizá con una denominación concreta y que puede identificarse como un tipo contractual socialmente útil, origina ciertos conflictos que hacen que los jueces reconozcan la nueva figura y la acepten como válida. Por ejemplo, en México hay algunas tesis del Poder Judicial Federal que reconocen al *contrato de suministro, al de la agencia o al de distribución*, a pesar de que estos son atípicos⁵².
- La celebración constante de un contrato atípico recibe reconocimiento legal por disposiciones de carácter administrativo y fiscal que regulan algunos de los aspectos del contrato.⁵³
- Por último, la figura atípica es disciplinada en un ordenamiento que regula la relación privada entre las partes contratantes; independientemente de la reglamentación administrativa y fiscal de la figura que generalmente se conserva.

6. Clasificación

Los criterios de clasificación propuestos para los contratos atípicos son muy variados y a veces confusos, pues en ocasiones se incluyen los que corresponden a los contratos múltiples o unión de contratos que no siempre son atípicos.

Sin embargo, los podemos clasificar en:

⁵² En el Apéndice de esta Tesis se pueden consultar algunos criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al respecto.

⁵³ Para Mantilla Molina, el Derecho Mercantil ha sido rebasado por el Derecho Fiscal y es esta rama la que contiene las nuevas disposiciones mercantiles.

6.1. Contratos Atípicos Puros

Son aquellos que tienen un contenido completamente extraño a los moldes legales o tipos establecidos. Por ejemplo, la venta de empresa con cláusula de no concurrencia.

6.2. Contratos Mixtos o Complejos (*lato sensu*)

Son los que resultan de la combinación o mezcla de elementos y prestaciones que corresponden a contratos típicos. Se les llama también contratos atípicos impropios y son los más comunes en la práctica.

Existen, en relación con sus prestaciones, tres clases de contratos atípicos impropios:

- a) *Contratos Combinados o Gemelos*: cuando la prestación de una de las partes pertenece a varios contratos típicos y la contraprestación de la otra parte es propia de un solo contrato típico. Por ejemplo, el contrato por el que una parte se obliga a conceder el uso de una marca, transmitir tecnología y prestar asesoría a otra parte que sólo se obliga a pagar un precio anual en una cantidad determinada.
- b) *Contratos Mixtos (strictu sensu)*: son aquéllos en los que a determinado contrato típico le añaden las partes un elemento o prestación de otro contrato típico. Por ejemplo, un contrato de arrendamiento de un local en la que el arrendatario tiene, como obligación adicional, el acondicionar el local bajo ciertas especificaciones que le marca el arrendador.
- c) *Contratos de doble tipo*: en los que el total del contrato puede encuadrarse dentro de dos contratos típicos. Por ejemplo, una parte se obliga a conceder el uso de un inmueble para oficinas y la otra parte se obliga a prestar servicios periódicos de asesoría en computación.

7. Problemática Básica de los Contratos Atípicos

Los contratos atípicos plantean dos problemas fundamentales. El primero, consiste en dilucidar los límites dentro de los cuáles el contrato es admisible y debe considerarse válido y eficaz, y dispone de la protección del ordenamiento jurídico. El segundo consiste en determinar, a falta de una normativa legal, cuál es la disciplina a que tales contratos deben estar sometidos y, por consiguiente, puntualizar la manera como deben ser interpretados y como deben ser integradas sus lagunas o sus deficiencias.

La celebración de los contratos atípicos está plenamente reconocida en nuestro Derecho que admite la libertad contractual (artículos 1796, 1832, 1839 y 1858 del **Código Civil Federal**). Sin embargo, esta libertad contractual está subordinada a la exigencia de estar dirigidos a realizar intereses merecedores de tutela según el ordenamiento jurídico, es decir que sean lícitos. El problema de admisibilidad y validez se debe plantear respecto a cada caso concreto de contrato atípico y aplicar las normas generales sobre el contrato que contiene nuestra ley positiva acerca de los elementos de existencia y validez.

El primer criterio de análisis coincide con la jerarquía de reglas aplicables a los atípicos que establece el artículo 1858 del **Código Civil Federal**. En el campo de la validez del contrato atípico, debe pensarse también en la posibilidad de encontrar un contrato atípico válido que pueda contener una o varias disposiciones inválidas, o que la ley las considere como no puestas. Para estos casos, debe acudir a las normas generales sobre las obligaciones y a otras disposiciones legales: leyes prohibitivas, de orden público, derechos irrenunciables, cláusula penal excesiva.

8. Interpretación

La cuestión principal que plantean los contratos atípicos es determinar cómo deben interpretarse e integrarse en sus lagunas los puntos en que las partes fueron omisas. Al respecto, existen algunas teorías:

- a) Teoría de la Absorción o de la Observación.- En los contratos atípicos debe determinarse cuál es la prestación o elemento preponderante y aplicar al contrato atípico las normas del contrato típico al que corresponde tal prestación o elemento preponderante. El negocio viene a ser absorbido en la figura del contrato típico que responde a dicha prestación.
- b) Teoría de la Combinación.- Cuando un contrato atípico se conforma de prestaciones y elementos que pertenecen a distintos contratos típicos, las normas aplicables serán las que resulten de la mezcla o combinación de dichas normas de tipos contractuales. Un contrato atípico concreto debe desmenuzarse en sus prestaciones y encuadrar cada una dentro del contrato típico que corresponde. Las normas supletorias serán las de todos los contratos típicos a los que pertenezcan los elementos o prestaciones que componen a la figura atípica.
- c) Teoría de la Analogía.- Las reglas que deben aplicarse para interpretar el contrato atípico son las del contrato típico con el que tenga mayor analogía. Esta es la tesis que recoge nuestro **Código Civil Federal** (artículo 1858). La teoría no está exenta de críticas: se dice que los contratos atípicos se caracterizan por ser distintos de los típicos y no análogos o afines. Por otro lado, el sentido en el que una figura atípica debe ser análoga o semejante puede aparecer en elementos que no son esenciales para un contrato atípico concreto.

d) Teoría del Interés Dominante.- En cada caso, habrá que atenerse a la situación de los intereses que tienen las partes en un determinado contrato atípico; no debe insistirse en aplicar las reglas del mismo como supletorias del atípico, sino que será necesario acudir a las normas generales de las obligaciones y de los contratos.

9. La Legislación Mexicana

El artículo 1858 del **Código Civil Federal**, que regula lo referente a los contratos atípicos, es nuevo en el **Código Civil** pues no lo tenían los **Códigos Civiles de 1870 y 1884**. Aunque la ley civil contempla la existencia de los contratos atípicos, no les da esta denominación. El régimen jurídico de los contratos no regulados como típicos y las normas que deben aplicarse para su interpretación e integración se establecen en dicho precepto.

Los contratos que no están especialmente reglamentados en este Código se regirán por las reglas generales de los contratos, por las estipulaciones de las partes y, en lo que las partes fueren omisas, por las disposiciones del contrato con el que tengan más analogía de los reglamentos en este ordenamiento (artículo 1858).

Esta disposición señala claramente el orden que debe seguirse para aplicar al contrato atípico las normas de los contratos, que son:

- a) las reglas generales del contrato, incluidas en el propio **Código Civil Federal**; lo que incluye a las normas generales de las obligaciones.
- b) las estipulaciones de las partes y
- c) las normas del contrato típico con el que tengan más analogía.

A pesar de que el **Código Civil Federal** no lo expresa en esta disposición, hay que acudir a los usos y costumbres; los que muchas veces

son el origen del contrato atípico, especialmente si éste es mercantil. Indirectamente, nuestra ley lo reconoce en el artículo 1796 del **Código Civil Federal** y 2 del **Código de Comercio**, que ordena que los contratos obligan no sólo a lo expresamente pactado sino a las consecuencias que conforme a su naturaleza derivan de la buena fe, del uso o de la ley.⁵⁴

Los usos son supletorios de las normas mercantiles y, además, las disposiciones sobre interpretación de contratos señalan que el uso y costumbre del país se tendrán en cuenta (artículo 1856 del **Código Civil Federal**). El **Código de Comercio** establece que el tribunal arbitral decidirá con arreglo a las estipulaciones del convenio y tendrá en cuenta los usos mercantiles aplicables al caso (artículo 1445).

10. Los Contratos Coligados

En la práctica de los negocios nos encontramos algunas veces con actos jurídicos y contratos que tienen entre sí alguna vinculación. En materia contractual; este fenómeno recibe el nombre de contratos coligados, contratos vinculados o unidos, contratos múltiples o interdependientes.

10.1. Concepto

Los contratos coligados son aquellos que guardan cierta vinculación con otro u otros. De manera negativa, podría decirse que contratos unidos son aquellos que no son independientes. El tema de los contratos coligados no ha sido suficientemente explorado por la doctrina y los autores tienden a tratar esta materia dentro del rubro general de los contratos atípicos, en especial en la de los atípicos mixtos y complejos. La diferencia entre el contrato atípico y los contratos coligados es que, en el primer caso, hay

⁵⁴ El artículo 1658 del *Código Civil de Querétaro*, correlativo del 1796 del *Código Civil Federal* incluye el término equidad, por lo que para contratos civiles atípicos, en esta entidad federativa deberá también tomarse en cuenta a la equidad para la interpretación del contrato.

unidad en el contrato; y en el segundo, interesa el fenómeno de la dualidad o pluralidad de contratos. Los contratos unidos tienen una entidad distinta y tienen su propia causa jurídica⁵⁵.

10.2. Requisitos

Para que existan los contratos coligados es necesario que se presenten estos dos requisitos:

- a) que exista dualidad o pluralidad de contratos y
- b) la existencia de una vinculación jurídica y con efectos jurídicos.

El primer requisito presenta algunos problemas de aplicación práctica, pues no es fácil determinar cuándo estamos en presencia de un contrato atípico - especialmente en los llamados mixtos - o de varios contratos unidos entre sí. La consideración de interdependencia puede llevar a que se pierda por ella la tipicidad de uno o ambos negocios. La diferencia fundamental entre los dos fenómenos es que mientras que el contrato mixto se verifica una fusión de elementos contractuales diversos en un solo contrato; en cambio, en los contratos unidos el resultado es el de dos contratos ligados entre sí; pero cada uno manteniendo su individualidad, con sus características y perfiles propios. Este requisito excluye aquellos contratos que están unidos a un pacto agregado que forma parte del mismo, pues la unión se da entre dos o más contratos con individualidad propia.

En cuanto al segundo requisito, es necesario que el vínculo que une a los contratos sea de naturaleza jurídica. No hay propiamente contratos vinculados en la llamada unión externa o formal, en donde la coexistencia se da en la forma; sí puede haber contratos coligados en la unión económica.

⁵⁵ MESSINEO, Francisco, *Manual de derecho civil y comercial*, Trad. Santiago Sentis Melendo, EJE, Buenos Aires, 1986, Tomo I, p. 720.

De este modo, sólo la vinculación económica o jurídica entre los contratos los hace interdependientes entre sí; de modo que la terminación, rescisión o ineficacia de alguno de ellos tenga o pueda tener efectos respecto a los otros contratos unidos a aquél.

Es necesario que en los contratos unidos o en alguno de ellos (no necesariamente en forma expresa) se haga alguna referencia, directa o indirectamente, al contrato con los que está vinculado; para que la rescisión, terminación o ineficacia de uno tenga efectos en otro u otros de los contratos interdependientes.

10.3. Clasificación

Los contratos coligados pueden presentarse de formas muy variadas, y resulta importante analizar la naturaleza y clase del vínculo entre los contratos. Como clasificación clásica en esta materia suele exponerse la de Enneccerus, para quien la unión de contratos puede darse de tres modos:

- a) Unión meramente externa, en donde los contratos están unidos por el acto de la conclusión y no guardan relación jurídica entre sí; por ejemplo, en un mismo documento se contienen varios contratos.
- b) Unión de codependencia, bilateral o unilateral, o unión recíproca, en donde los contratos múltiples tienen un contenido de voluntad única. La voluntad de las partes al concluir los acuerdos es la de celebrar todos los contratos como un solo contrato con unidad económica; estos actos jurídicos son interdependientes y no pueden separarse unos de otros. Se habla de contratos recíprocos unilaterales y bilaterales si el vínculo sólo se da entre un contrato que para su existencia requiere de otro u otros, o si la unión de dependencia es recíproca, para dos o más contratos que dependen uno de otro en ambos sentidos.
- c) Unión alternativa es aquella en la que los contratos están unidos de tal forma que si se cumple una condición es eficaz uno de los contratos y si

la condición no se realiza, es eficaz el otro contrato. Guardan algún parecido con las obligaciones alternativas, aunque en éstas se depende de la voluntad del deudor y no de una condición.

La anterior clasificación ha sido criticada y se ha propuesto otra con base en el tipo del vínculo jurídico que une a los contratos múltiples. De este modo, se distinguen:

- a) Unión objetiva y subjetiva, que atiende al origen de la vinculación. Si ésta depende de la naturaleza misma de los contratos (unión necesaria), estamos frente a una unión objetiva; si la unión se produce por la voluntad de las partes (unión voluntaria), se llama subjetiva.
- b) Unión unilateral o bilateral, cuando la influencia jurídica se orienta hacia un solo sentido o cuando es recíproca entre ambos contratos. En la unión unilateral la relación que media entre los contratos es de subordinación, sólo uno es sensible o se ve afectado por cambios en el otro contrato; en la bilateral hay interdependencia de coordinación entre los contratos. La unión recíproca es aquella en la que se estipulan entre las mismas partes dos contratos en relación de dependencia mutua (interdependencia), en el sentido de que la ejecución (o la validez) del uno queda subordinada a la ejecución (o la validez) del otro: más o menos como en el contrato único con prestaciones recíprocas, el cumplimiento de una prestación está subordinada al cumplimiento de la otra⁵⁶.
- c) Unión genética o funcional es la que se lleva a cabo, cuando un contrato ejerce una unión vinculante respecto al otro en su formación o nacimiento, como en el contrato preparatorio o preliminar; o, unión funcional que se da en aquellos casos en que un contrato no influye en el nacimiento del otro, sino que opera en el desarrollo de la relación propiamente dicha.

⁵⁶ MESSINEO, Francisco, *Manual de derecho civil y comercial*, Trad. Santiago Sentis Melendo, EJEA, Buenos Aires, 1986, Tomo II, p. 403.

11. El Subcontrato

El subcontrato es aquel contrato derivado y dependiente de otro anterior de su misma naturaleza y surge a la vida como consecuencia de la actitud de uno de los contratantes; el cuál, en vez de ejecutar personalmente las obligaciones asumidas en el contrato originario, se decide a realizar con un tercero la ejecución de aquéllas, con base en el contrato anterior del cuál es parte.

El subcontrato supone la existencia de tres partes: el primer contratante, el contratante intermediario y el subcontratante. El primer contratante permanece ajeno a la relación del subcontrato, que sólo se produce entre el contratante intermediario y el subcontratante, aunque puede expresar su voluntad para la celebración. En muchos casos, este consentimiento es condición necesaria para la validez del subcontrato.

Las características del subcontrato son:

- a) Se trata de un nuevo contrato distinto del contrato básico en el cuál se funda.
- b) Debe tener la misma naturaleza del contrato base que le dio origen.
- c) Está restringido en su extensión y contenido por los límites del contrato anterior o principal.
- d) El subcontrato coexiste con el contrato básico.

La posibilidad de desdoblar un contrato mediante la celebración de un subcontrato o contrato derivado o filial exige que el contrato originario cumpla determinados supuestos o condiciones:

- a) En cuanto a su ejecución, el contrato originario debe ser de cierta duración; no procede en contratos de ejecución instantánea.
- b) El contrato base no debe ser *intuitu personæ*, en donde el acreedor no permita que otro ejecute el contrato. Por tanto, el obligado debe tener la posibilidad de cumplir el contrato por sí mismo o por otro. Puede ejecutar parcialmente por uno o varios subcontratantes y el obligado principal ejecutar por sí mismo tan sólo una parte, que no sea objeto del o los subcontratos.
- c) La subcontratación no debe estar prohibida por el contrato base (a menos que el primer contratante preste su consentimiento o autorice) o por la ley.
- d) El contrato originario no debe ser de transmisión de dominio (o de tracto único).

El subcontrato - en su naturaleza jurídica - es una especie de la unión de contratos y no debe confundirse con la cesión del contrato, con la estipulación en favor de tercero o con el contrato con persona a nombrar.

Como contrato coligado o unión de contratos, el contrato filial o subcontrato puede definirse, respecto al contrato originario, como una unión objetiva, unilateral y funcional.

Debido a la necesidad de que los contratos se desdoblen para una más eficiente ejecución, la importancia práctica del subcontrato se acrecienta cada día más en el campo del derecho privado. En nuestro Derecho, el subcontrato se encuentra reconocido en algunos contratos típicos del **Código Civil Federal**, como el *subarrendamiento* (artículos 2480 a 2482), el *submandato* (artículos 2574 y 2576), el de *obra a precio alzado* (artículo 2633) y el *subtransporte* (artículo 2646). También puede celebrarse respecto al *comodato* y al *depósito*. En materia mercantil, se da en la *subcomisión* (artículo 280 del **Código de Comercio**), el *subtransporte* (artículo 577) y el

subdepósito. Para algunos contratos atípicos, el subcontrato se plantea en los contratos de *corretaje, agencia, distribución y franquicia*, entre otros.

TERCERA PARTE

CONTRATOS ATÍPICOS DE DERECHO PRIVADO

CAPÍTULO PRIMERO

EL CONTRATO DE SUMINISTRO

1. Introducción

En nuestro Derecho, el *contrato de suministro* resulta un *contrato atípico*. Puede considerarse como una variante de la compraventa, aunque tiene particularidades propias que lo conforman como una figura distinta. El suministro está regulado por el **Código Civil Italiano** (artículos 1559 a 1570) dentro de los contratos que tienen por objeto transmitir la propiedad, pero se le disciplina como un contrato distinto de la compraventa, no como una modalidad de ésta. Está regulado por los **Códigos de Comercio de Honduras, El Salvador, Guatemala y Colombia**.¹

En nuestro Derecho, el **Código de Comercio** - en su enumeración de los actos de comercio - se refiere a las empresas de abastecimiento y suministros (artículo 75 fracción V) y la **Ley Federal de Competencia Económica** menciona como actividad económica, al abasto y al suministro (artículos 13 fracción I y 17 fracción I). La **Ley de Adquisiciones y Obras Públicas** se refiere a los proveedores como personas que contratan con dependencias y entidades de la administración pública (artículos 2 fracción VII y 6), respecto al suministro y al abastecimiento en algunas de sus disposiciones.

¹ DIAZ BRAVO, Arturo, *Contratos Mercantiles*, 7ª ed, Harla, México, 1997, núm. 75.

Hay referencias a las actividades de abasto y suministro en la **Ley Orgánica de la Administración Pública Federal** (artículo 34 fracciones I, VI, IX, XXI) y en la **Ley de Inversión Extranjera** se menciona al suministro como actividad económica (artículo 7 fracción IV inciso t). La **Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica** regula el suministro de energía eléctrica (artículos 25 y siguientes).

El término de abasto o abastecimiento que aparece ligado al suministro, implica una actividad que se dirige a satisfacer necesidades colectivas con el fin de crear en los mercados abundancia de ciertas mercancías destinadas al consumo.²

El contrato de suministro, según nuestra legislación mercantil, es acto de comercio cuando lo realiza una empresa.

La empresa de suministro es aquella que tiene por objeto proporcionar a sus clientes -en épocas generalmente periódicas-determinadas cosas o servicios, mediante el precio y en las cantidades y demás condiciones de antemano convenidas.³

Las empresas de abastecimientos son de alcance más amplio y general que la de suministros.

La característica de las empresas de suministro, que las distingue de las operaciones de venta y promesa de compraventa, es que el negocio tiene por objeto la prestación de un servicio.

En este caso, el comprador atiende a la adquisición de la cosa; en el suministro, a quien se le suministra atiende a obtener el servicio que el

² DICCIONARIO JURIDICO MEXICANO, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2ª ed., Porrúa, México, 1988, voz: *abasto*.

³ *Idem*.

suministrador le presta, procurándole la cosa en tiempo oportuno. El elemento esencial es la obra o trabajo de suministrarle.⁴

La diferencia entre el contrato y la empresa de suministro radica en la forma en que está organizada la prestación del servicio. En la empresa de suministro, el suministrador se vale de trabajo ajeno y especula con él.

El contrato de suministro nace para atender la necesidad del suministro de estar provisto de forma duradera de las mercancías que necesita para su consumo o su actividad empresarial, y del suministrador de planificar y asegurar la colocación de sus productos durante un plazo futuro.

2. Concepto y Características

El **Código Civil Italiano** lo define como al *contrato por el cuál una parte se obliga, a cambio de un precio, a realizar prestaciones periódicas o continuadas de ciertas cosas a favor de otra parte.*

Algunas de las características de este contrato son:

- a) Tiene unidad de vínculo, unidad externa en un solo contrato.
- b) Tiene tracto sucesivo en la ejecución y cumplimiento de ambas partes. Ésta es la característica principal: es un contrato de duración.
- c) Se fracciona el objeto total de la prestación en partes o cuotas autónomas.

Cuando el objeto del suministro son cosas o servicios prestados en régimen de monopolio o de servicios públicos, los formularios y las tarifas del suministro suelen ser aprobados por la Administración Pública. En los contratos de suministro en que el suministrado es el Estado, estamos en presencia de un contrato administrativo. Cuando el proveedor o

⁴ ROCCO, Alfredo, *Principios de derecho mercantil*, Ed. Nacional, Trad. de Revista de Derecho Privado, México, 1966, p. 65.

suministrador es particular y el suministrado el Estado, la relación jurídica se regula por la **Ley de Adquisiciones y Obras Públicas**. El suministro de energía eléctrica lo hace la *Comisión Federal de Electricidad* como organismo público descentralizado, en términos de la **Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica** que regula este servicio.

3. Contratos Afines

El contrato de suministro se distingue de otros contratos afines en lo siguiente:

- a) Con la compraventa. La compraventa de ejecución inmediata o con entrega única se distingue del contrato de suministro en que en el primero la obligación se cumple en un solo acto; mientras que en el suministro, tal cumplimiento se prolonga en el tiempo. La compraventa con entregas parciales, repartidas a lo largo del tiempo, tiene una mayor similitud y puede confundirse con el suministro. La distinción se encuentra en que en la compraventa hay una prestación única, aunque la ejecución se fraccione (en este caso la entrega); mientras que en el suministro existen varias prestaciones autónomas ligadas entre sí en un contrato único. En la compraventa hay una sola prestación y una sola obligación; en el suministro hay pluralidad de prestaciones que se corresponden con una pluralidad de obligaciones.
- b) Con el contrato de obra o prestación de servicios. En el suministro el objeto del contrato son cosas - generalmente muebles y genéricas - y la obligación es de dar; en el contrato de obra o de prestación de servicios, el objeto es realizar una obra o prestar un servicio. En el primer caso, estamos frente a un contrato de trabajo o gestión en el cuál las cosas transmitidas tienen un papel secundario. La empresa encargada de realizar

la obra responde del resultado final y no sólo de la entrega de los materiales.

- c) Con el contrato de distribución. El suministro y la distribución son contratos traslativos de dominio (de obligaciones de dar), de ejecución continuada o de duración, generalmente celebrados entre comerciantes. En el suministro, el suministrado adquiere los bienes objeto del negocio para utilizarlos - generalmente - en un proceso de transformación, fabricación o manufactura. Las cosas suministradas pasan, de ordinario, a propiedad del suministrado para ser consumidas por él. En el contrato de distribución, el comprador no transforma los bienes, sino que los adquiere para revenderlos a consumidores en el mismo estado en que los recibe. Esta reventa debe hacerla el distribuidor con sujeción a las condiciones de reventa que le impone el fabricante o el proveedor. Se puede afirmar que el contrato de suministro es para la industria y el de distribución para el comercio.

4. Clasificación

- a) Es mercantil, cuando constituye un acto de comercio prestado por empresas (artículo 75 fracción V del **Código de Comercio**).
- b) Es consensual, en tanto que se perfecciona por el mero consentimiento de las partes. Para su validez, no requiere de forma alguna por la ley, aunque generalmente se celebre por escrito y muchas veces sea un contrato de adhesión.
- c) Es obligacional⁵ (consensual en oposición a real) pues produce obligaciones de dar.
- d) Es traslativo de dominio, aunque este efecto no se produce en la celebración sino en su cumplimiento.
- e) Es bilateral, pues produce derechos y obligaciones para las dos partes.

⁵ Consideramos más correcto este término, para diferenciar ampliamente de los contratos consensuales en oposición a formales y consensuales en oposición a reales.

- f) Es oneroso, pues los provechos y gravámenes son recíprocos.
- g) Es conmutativo por lo general, excepcionalmente pudiera ser aleatorio cuando el precio o la cantidad a suministrar presentan variaciones que dependen de circunstancias posteriores a la celebración del contrato.
- h) Es de tracto sucesivo, de duración o de ejecución periódica o continuada, pues su cumplimiento se prolonga en el tiempo.
- i) Es principal, su existencia o validez no depende de una relación preexistente; tiene existencia por sí mismo.
- j) Por su función económica es un contrato de colaboración.
- k) En algunos casos puede ser un contrato administrativo sujeto a leyes especiales, como cuando lo celebra por una parte la Administración Pública Federal o en el caso del contrato de suministro de energía eléctrica.
- l) Para nuestro Derecho, como negocio de derecho privado, es un contrato atípico porque no está regulado.

5. Elementos

5.1. Elementos Personales

- a) Nombre. A las partes se les designa: suministrador y suministrado. También se les denomina suministrante, proveedor o vendedor; y, ministratario, consumidor o comprador. La **Ley Federal de Protección al Consumidor** define lo que debe entenderse por proveedor y consumidor, términos genéricos no referidos particularmente al suministro (artículo 2, fracciones I y II). La **Ley Federal de Competencia Económica** en múltiples preceptos se refiere al proveedor pero en forma más específica y aplicable - en muchos casos - al contrato de suministro, al hacer referencia a la actividad económica de producción (artículos 9 fracción III, 10 fracciones I, II y VI y 16). La **Ley de Adquisiciones y Obras Públicas** denomina proveedor a la persona que contrata la

adquisición, arrendamiento o servicios de bienes muebles con dependencias y entidades públicas (artículo 2 fracción VII).

- b) Capacidad. Las partes no requieren de capacidad especial para celebrar el contrato de suministro. Como sujetos, son comerciantes en la generalidad de los casos. Cuando el contrato lo celebra alguna persona en representación de otra, por ejemplo una sociedad o en relación con una negociación comercial, el representante requiere facultades de administración; pues el objeto del suministro son mercancías propias de la operación normal de la empresa. En algunos contratos - especialmente en los contratos administrativos de suministro, y también dependiendo del objeto por suministrar - el suministrador puede tener ciertas exigencias de su contraparte para celebrar el contrato. Por ejemplo, si es una sociedad mercantil el suministrador debe tener cierto capital mínimo o algunas condiciones de su operación que garanticen al suministrado que el contrato puede ser cumplido; si se trata de suministrar un servicio público se requiere concesión o de ciertas autorizaciones administrativas. Cuando los particulares contratan con dependencias de la Administración Pública Federal, deben ajustarse a las disposiciones administrativas de la **Ley de Adquisiciones y Obras Públicas**. Para el suministro de energía eléctrica éste tiene su propia ley y reglamentación.

5.2. Elementos Reales

- a) Los bienes. La cosa objeto del contrato de suministro debe ser un bien mueble y generalmente es un bien genérico. En materia mercantil se les llama mercancías o mercaderías y normalmente, en el contrato, suele indicarse la calidad de las cosas. El término cosas - como se utiliza para este contrato - corresponde a la de bienes tangibles o corpóreos, como especie del género bien. Las cosas futuras pueden ser objeto de este contrato y, en la mayoría de los casos, éste será el supuesto en el suministro. Las ventas comerciales son frecuentemente ventas de cosas

futuras: así sucede, sobre todo, tratándose de pedidos hechos a fabricantes que - en el momento en que los aceptan - no tienen, en general, los productos que se obligan a entregar en un plazo dado y a menudo no tiene ni las materias primas para fabricarlos⁶. El amplio concepto de cosas - como objeto del suministro - comprende a bienes como los servicios de agua potable domiciliaria, gas entubado (*gasomático*), telefonía y sus accesorios, energía eléctrica, televisión por cable o señal codificada, información por computadora (incluyendo *internet, chat, correo electrónico*), servicios de comunicación por satélite y otras más que son cosas o bienes tangibles. En los bienes aquí descritos, por la naturaleza misma de las cosas materia del contrato, las entregas por parte del suministrador serán continuadas; no entregas periódicas. La especie y calidad de los bienes objeto del contrato debe ser conforme a lo estipulado en el contrato. Si no hay pacto, no podrá exigirse al deudor otra cosa que la entrega de mercancías de especie y calidad medias (artículo 87 del **Código de Comercio**).

b) La cantidad. La cantidad por suministrar puede fijarse de varios modos:

- Por las necesidades del suministrado.
- Por la capacidad de producción del suministrador.
- Para impedir las exigencias arbitrarias del suministrado suele fijarse un mínimo y un máximo.⁷ En este caso, el primero señala la obligación de compra mínima del suministrado; y el segundo, la obligación de venta máxima del suministrante.

c) El plazo. El tiempo en las prestaciones es un elemento muy importante en el contrato de suministro. El plazo fijado es en beneficio de ambas partes (artículo 1958 del **Código Civil Federal**); excepcionalmente, puede ser pactado en beneficio del suministrante o del suministrado, pero esto hay

⁶ BORJA SORIANO, Manuel, *Teoría general de las obligaciones*, 8ª ed., Porrúa, México, 1982, num. 163.

⁷ GARRIGUES, Joaquín, *Curso de derecho mercantil*, Tomo II, Porrúa, México, 1979, p. 96.

que hacerlo constar expresamente. Respecto al plazo, las prestaciones pueden ser periódicas o continuadas, como lo marca la definición del contrato.

- Las prestaciones periódicas se repiten en el tiempo con individualidad propia y cada una puede identificarse de forma independiente.
- En la prestación continuada no existen períodos que interrumpen el cumplimiento del contrato; es decir, que éste se cumple permanentemente durante su vigencia.
- El fin del contrato no es tanto la obtención de determinada cosa concreta como la seguridad de que se obtendrá repetidamente de una forma constante y periódica, merced a la organización adecuada de la empresa suministradora.⁸

d) El precio. Es éste uno de los elementos esenciales del contrato de suministro, al igual que en el contrato de compraventa. Las normas sobre el precio de este último contrato pueden, por tanto, resultar aplicables al contrato de suministro. En los casos de suministro con carácter periódico, el precio se fija para cada prestación aislada o autónoma o puede señalarse un precio para todas las prestaciones. El precio puede ser determinable, con lo que resulta aplicable la disposición del contrato de compraventa que permite que el precio sea el que corre en el día o lugar determinados o el que fije un tercero (artículo 2551 del **Código Civil Federal**). Si las partes no fijaron el precio, algunas normas de carácter internacional nos dan algunas reglas que pueden ser aplicables a determinados contratos de suministro.

El precio no debe ser necesariamente en dinero. La falta de regulación legal de este contrato y la no existencia de una norma que determine que el precio debe ser en dinero hacen suponer que éste puede pagarse en

⁸ URIA, Rodrigo, *Derecho mercantil*, 21ª ed., Marcial Pons, Madrid, 1994, núm. 686.

especie al igual que en el contrato de arrendamiento civil (artículo 2399 del **Código Civil Federal**).

Por tratarse de un contrato de duración, en el suministro suele pactarse un precio variable en el tiempo. Una primera forma de tener precio variable es fijarlo conforme al mercado y de acuerdo con la fecha de la entrega. En prestaciones continuadas, el precio suele pagarse periódicamente, según cantidades suministradas en el período.

5.3. Elementos Formales

El contrato de suministro es consensual, se perfecciona por el mero consentimiento de las partes. Para su validez, no requiere de formalidad alguna; no tiene una forma impuesta por la ley, pues no está disciplinado. Si se aplican supletoriamente las normas de la compraventa mercantil (artículo 373 del **Código de Comercio**) o de la civil (artículo 2316 del **Código Civil Federal**), el contrato resulta consensual, pues recae sobre bienes muebles. Generalmente, el contrato se documenta por escrito; ya que se trata de un contrato de duración con alguna complejidad respecto a la descripción de bienes por suministrar, la calidad de éstos, la forma de realizar los pedidos, los incrementos en el precio, el lugar y el tiempo de entrega así como otras circunstancias que conviene fijar claramente.

En algunos contratos se estará en el supuesto que señala el artículo 86 de la **Ley Federal de Protección al Consumidor**; es decir, que sea un contrato de adhesión y pudiera darse el caso de que la Secretaría de Comercio determine - mediante normas oficiales - la necesidad de registro previo ante la Procuraduría Federal del Consumidor.

6. Limitaciones de la Ley Federal de Competencia Económica

La **Ley Federal de Competencia Económica** tiene por objeto proteger el proceso de competencia y libre concurrencia y establece limitaciones a la libertad contractual, cuando ésta puede atentar contra los principios y libertades que protege. De esta manera; la ley prohíbe las prácticas monopólicas absolutas, relativas y las concentraciones (artículos 3, 9, 10 y 16 de la **Ley Federal de Competencia Económica**). Este ordenamiento se aplica a los agentes económicos que intervienen en la producción, procesamiento, distribución y comercialización de bienes y servicios. Por esta razón, el contrato de suministro - ligado a la producción y distribución de bienes - está limitado por estas normas cuando tiene por efecto algunos de los supuestos que la ley que se comenta prohíbe.

De forma general, puede decirse que el contrato de suministro entre competidores constituye una práctica monopólica absoluta; prohibida por la ley, en estos casos:

- a) Cuando como resultado del o los contratos se pueda fijar, elevar, concertar o manipular el precio de venta o de compra (artículo 9 fracción I de la **Ley Federal de Competencia Económica**).
- b) Cuando existan obligaciones de no producir, procesar, distribuir o comercializar sino cierta cantidad restringida (artículo 9 fracción II de la **Ley Federal de Competencia Económica**).
- c) Cuando se dividan o asignen porciones o segmentos del mercado (artículo 9 fracción III de la **Ley Federal de Competencia Económica**).
- d) Cuando se establezcan posturas o abstenciones en licitaciones o concursos (artículo 9 fracción IV de la **Ley Federal de Competencia Económica**).

Otras limitaciones que señala la Ley en comento sólo están prohibidas como prácticas monopólicas relativas, cuando tengan un efecto sustancial sobre el mercado relevante (artículo 11 fracción I de la **Ley Federal de Competencia Económica**); término que requiere adecuarse a los criterios y consideraciones que la misma ley señala (artículos 12 y 13 de la **Ley Federal de Competencia Económica**). Las más importantes son:

- a) La imposición de precios y condiciones de venta (artículo 10 fracción II de la **Ley Federal de Competencia Económica**).
- b) La venta condicionada a la compra de otras mercancías o servicios distintos a los del contrato de suministro o a no usar, adquirir o proporcionar bienes o servicios a un tercero (artículo 10 fracciones III y IV de la **Ley Federal de Competencia Económica**).
- c) Acuerdos adicionales al contrato de suministro para ejercer influencia contra algún cliente o proveedor (artículo 10 fracción VI de la **Ley Federal de Competencia Económica**).

7. Obligaciones del Suministrador

- a) Entregar las cosas objeto del suministro. La primera, y quizá más importante de las obligaciones del suministrador, es entregar los bienes materia del contrato en el lugar y en el plazo pactados. Las entregas deben ser continuadas o periódicas, según la naturaleza de los bienes y el carácter del contrato. A falta de lugar establecido, debe aplicarse la disposición del **Código Civil Federal** respecto al lugar de entrega de la compraventa, pues la ley mercantil no contiene una norma supletoria al respecto. El artículo 2291 del **Código Civil Federal** determina que la cosa se entrega donde se encontraba al venderse; es decir, generalmente, en el establecimiento del suministrador. La entrega puede ser real, jurídica o virtual (artículo 377 del **Código de Comercio** y 2284 del **Código Civil Federal**), aunque por la naturaleza del contrato de suministro suele ser real o material.

- b) Los gastos de entrega son por cuenta del suministrador, salvo que se pacte otra cosa, (artículo 382 fracción I, del **Código de Comercio**). Debe tomarse en cuenta el artículo 375 del **Código de Comercio**, el cuál dispone que si se ha pactado la entrega de mercancías en cantidad y plazo determinados, el comprador no estará obligado a recibirlas fuera de ellos; pero si acepta entregas parciales, quedará consumada la venta en lo que a ellas se refiere. Aquí, el plazo está originalmente concebido en favor del comprador y la aceptación de las entregas perfecciona la venta en la entrega parcial. Debe recordarse que en el suministro el plazo se establece, casi siempre, en beneficio del suministrador y del suministrado.
- c) Transmitir la propiedad de los bienes. Otra de las obligaciones del suministrado es la de transmitir el dominio de los bienes objeto del contrato al suministrado. Como los bienes son muebles y cosas genéricas, la transmisión se efectúa cuando la cosa se hace cierta y determinada con conocimiento del acreedor (artículo 2015 del **Código Civil Federal**). Respecto a la aceptación de las mercancías por el comprador resulta aplicable el artículo 378 del **Código de Comercio** en los casos en que el suministrador entrega en su negocio y el transporte corre por cuenta del suministrado, la entrega debe entenderse realizada al porteador o transportista, con todas las consecuencias que de ello derivan: transmisión de propiedad y riesgo de pérdida a cargo del suministrado, quien tiene a su disposición la mercancía. La cantidad que se trasmite es la correspondiente a cada prestación independiente e individualizada que se identifica con cada una de las entregas. En la práctica de negocios, algunos contratos de suministro se celebran con reserva de dominio; lo que significa que la transmisión de propiedad de los bienes objeto del contrato se produce al momento del pago del precio. Esta modalidad, sin embargo, no puede aplicarse a todos los contratos de

suministro; sino sólo a la de aquellos bienes que pueden individualizarse e identificarse.

- d) Garantizar las cualidades. La obligación de garantizar las cualidades de la cosa está consignada para la compraventa mercantil en norma muy general que obliga al vendedor a la evicción y saneamiento (artículo 384 del **Código de Comercio**). Las reglas supletorias sobre evicción y saneamiento están en el **Código Civil Federal** para cualquier enajenación, pero debe distinguirse la obligación al saneamiento por defectos ocultos, de la evicción propiamente dicha. Los vicios o defectos de la cosa deben entenderse como aquellas características que la hagan impropia para su uso. En materia mercantil, una calidad diferente de la pactada puede hacerse a la cosa impropia para su uso. En este sentido, para las compraventas mercantiles, el artículo 384 del **Código de Comercio** menciona las faltas de calidad, cantidad y vicios internos; y el plazo para ejercitar las acciones de rescisión o reducción del precio es de treinta días, aunque éste ha sido ampliado a dos meses por la **Ley Federal de Protección al Consumidor** (artículos 92 y 93). En ausencia de normas más específicas en nuestras leyes comerciales, la legislación civil resulta aplicable supletoriamente en esta materia (artículos 2142 a 2162 del **Código Civil Federal**).
- e) Responder de la evicción. El suministrador tiene el deber de responder de la evicción, y en este sentido suplen las disposiciones del **Código Civil Federal** sobre el tema (artículos 2119 a 2162 del **Código Civil Federal**) y la norma general del artículo 384 del **Código de Comercio** citada. En la práctica, es difícil pensar que puedan darse casos de evicción en la transmisión de los bienes muebles objeto del suministro. Como obligación que deriva de la ley, a falta de pacto expreso de las partes, la responsabilidad al saneamiento - por evicción o por vicios ocultos - puede

renunciarse. Si no se pacta en contrario, debe entenderse como cláusula natural propia de cualquier enajenación.

8. Obligaciones del Suministrado

- a) Pagar el precio. La más importante, y prácticamente única obligación del suministrado, es pagar el precio pactado. El precio no es necesariamente en dinero, puede ser en especie; o parte en dinero y parte en especie. A falta de disposiciones legales sobre este contrato, puede aplicarse el concepto general de precio que tiene el contrato de compraventa que contiene nuestro **Código Civil Federal**. El precio puede ser determinable y el artículo 2251 del **Código Civil Federal** resulta aplicable de modo que se fije como: el que corre en día o lugar determinados, o el que fije un tercero. Respecto al tiempo y lugar de pago del precio en el suministro, son aplicables algunas normas de la compraventa mercantil y de la civil. En primer término se está, como en todo contrato, en lo pactado por las partes. Si las partes no pactan el lugar, éste será aquel donde se entregue la cosa (artículo 2294 del **Código Civil Federal**), que se pagará en la proporción de cada entrega o prestación. El plazo para el pago es también el que se acuerda en el contrato. Es usual que el suministrador conceda al suministrado un plazo para el pago de cada entrega de bienes o de cada corte si la entrega es continuada. Si no se pactó cuándo debe hacerse el pago, una norma supletoria de la compraventa señala que el tiempo del pago es al momento de la entrega de la cosa (artículo 380 del **Código de Comercio** y 2294 del **Código Civil Federal**). El artículo 85 del **Código de Comercio**, aplicable al suministro, determina en qué momento principian los efectos de la morosidad.
- b) Recibir la cosa. Otra obligación del suministrado es recibir la cosa objeto del suministro, por aplicación analógica de la compraventa civil (artículo

2292 del **Código Civil Federal**), lo que obliga al comprador a resarcir al vendedor de los daños causados por la mora de recibir.

9. Modalidades

9.1. El pacto de exclusiva

Es frecuente la adición al contrato de suministro de la llamada cláusula de exclusiva. En virtud de ella, se agrega a las obligaciones propias del suministro una obligación de no hacer. Este acuerdo adicional puede establecerse en beneficio del suministrador o del suministrado.

El pacto de exclusiva sólo produce efectos entre las partes contratantes y no puede ser opuesto a terceros, respecto de los cuáles son válidas las ventas concluidas que hayan violado el pacto.

9.2. Derecho de preferencia

Es el que se concede al suministrador o suministrante y que puede consistir en:

- a) La obligación del suministrado, en igualdad de circunstancias, de preferir al suministrador en la celebración de un nuevo contrato de suministro. Este derecho de preferencia se concede durante un plazo - contado a partir de la terminación de un contrato previo - durante el cuál el suministrado debe, en su caso, informar al suministrador de las condiciones que le propone un tercero en un nuevo contrato por celebrar. Si el suministrado no da aviso al suministrador, el nuevo contrato de suministro es válido; pero el suministrado tiene la obligación de pagar daños y perjuicios al primer suministrante (artículo 2305 del **Código Civil Federal**).

- b) Otra forma de pactar un derecho de preferencia en favor del suministrador, y el cuál es aplicable durante la vigencia del contrato, es la que se refiere a compras superiores a la cantidad pactada en el contrato o a la cifra máxima establecida. El suministrado está obligado a preferir al suministrador en las adquisiciones o compras que el suministrado requiera y que sean superiores a la cantidad o al máximo pactado por el que está obligado a suministrar el proveedor. Puede acordarse que el excedente de mercancías por suministrar tendrá siempre igual o menor precio al fijado en el contrato de suministro vigente, o que - en igualdad de condiciones - al precio ofrecido por el tercero quien se considera como un posible suministrador. El incumplimiento de esta obligación del suministrador puede dar origen a responsabilidades por daños y perjuicios, y es ejercitable respecto de cada prestación.

9.3. Comodato unido al suministro

En atención a los bienes objeto del suministro, en algunos casos se celebra un contrato de comodato conjuntamente con el de suministro. El suministrante es el comodante y el suministrado el comodatario de determinados bienes sobre los que se concede el uso gratuito con el exclusivo objeto de guardar o almacenar las cosas suministradas. El contrato de comodato resulta mercantil, por ser accesorio del contrato principal de suministro, al que lo vincula una unión de codependencia unilateral. Son aplicables a este comodato las normas que establece el **Código Civil Federal** en sus artículos 2497 a 2515.

Como contrato unido al suministro, este comodato tiene las características siguientes:

- a) Es un contrato gratuito, a pesar de ser mercantil.
- b) La entrega e instalación de los bienes objeto del comodato son, generalmente, por cuenta del comodante (suministrador).

- c) El riesgo de pérdida o deterioro es del comodatario (suministrado).
- d) El bien no puede usarse más que para guardar los bienes objeto del contrato de suministro.
- e) El incumplimiento de la obligación anterior puede ser causa de terminación del comodato y del propio suministro.
- f) El mantenimiento y la inspección, generalmente, corren por cuenta del comodante.
- g) El comodato concluye cuando termina el contrato principal del suministro.

9.4. Suministro recíproco

En esta modalidad o figura contractual, el suministrador resulta también suministrado; es decir, hay dos contratos de suministro contenidos en un solo documento, con obligaciones y términos similares para las dos partes que son - simultáneamente - suministrador y suministrado.

Esta modalidad exige que los bienes objeto del contrato sean distintos, de modo que las cosas que abastece el primer suministrador sean diferentes de las que éste se obliga a adquirir de su suministrado.

Para plantear un caso concreto de un contrato de suministro recíproco o suministro permuta, puede pensarse en que un proveedor vendiera periódicamente materia prima a un suministrado, quien después de transformarla se obligaría a suministrarle el producto terminado (maquila). En este contrato, puede pactarse que el suministrado en primer término no incumple su obligación de entrega, si el primer suministrador se ha retrasado.

Las condiciones sobre entregas, precio variable, terminación y otras modalidades se someten a las mismas reglas. Los pagos del precio se hacen parte en especie, parte en dinero; y puede acudirse al contrato de cuenta

corriente previsto en los artículos del 302 al 310 de la **Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito**, como una variable más de esta relación.

9.5. Prórroga del contrato

Algunos contratos suelen fijar un plazo que señala su duración y el derecho del suministrado de solicitar una prórroga antes de que llegue el término pactado inicialmente. La prórroga implica una extensión o prolongación del plazo previsto inicialmente en el contrato y acordado dentro del primitivo plazo de la vida de éste.

Por analogía, se podría acudir en nuestro derecho a las disposiciones sobre la prórroga del contrato de arrendamiento civil (artículos 2485 a 2487 del **Código Civil Federal**) e incluso a la llamada tácita reconducción, o sea la prórroga tácita del término, en lo que resulta aplicable a la naturaleza del suministro. Esto último, se produce cuando las partes contratantes siguen cumpliendo con sus obligaciones a pesar de que el contrato de suministro ha concluido por la llegada del término.

10. Terminación del Suministro

Las causas de terminación del contrato de suministro pueden ser:

- a) El suministro puede contar con un plazo de terminación o estipularse por tiempo indeterminado. La llegada del plazo pactado, si no hay prórroga, extingue los efectos del contrato pero subsiste, si se acordó, el pacto de preferencia por un término posterior a la terminación y sólo para estos efectos.
- b) Si el contrato se establece por tiempo indeterminado o no se fijó un plazo de terminación, cualquiera de las partes puede denunciarlo. Sin embargo, la libre revocación puede desembocar en abusos en perjuicio de una

parte; para evitarlos parece que la denuncia debe ser precedida de un aviso previo el cual debe realizarse, además, de buena fe.

- c) Por rescisión, por incumplimiento de alguna de las partes.
- d) Efectos. Un principio que es propio de los contratos de tracto sucesivo, es el que la resolución por incumplimiento afecta a las obligaciones futuras, pero no alcanza a la pretéritas. Nuestro Código Civil Federal no incluye ningún precepto claro sobre los efectos de la rescisión.

11. Naturaleza Contractual

En el análisis sobre la naturaleza jurídica del contrato de suministro se han planteado diversos supuestos para determinar si se puede incluir dentro de alguno de los contratos típicos existentes. Las principales tesis son:

- a) Como una compraventa con entregas parciales, periódicas o continuadas. El suministro es una variante o especialidad de la venta de cosas muebles⁹.
- b) Como un contrato de promesa de varias compraventas, cuyo cumplimiento se realiza al momento de la entrega o de la ejecución de la prestación. Se trata de un contrato normativo de muchas compraventas futuras. Esta postura es quizá la menos aceptable, ya que la promesa debería incluir los elementos esenciales de cada contrato definitivo; y esto desvirtúa al contrato de suministro.
- c) Como una especie, diferenciada, de compraventa.
- d) Como un contrato atípico que participa de las características de varios: compraventa, arrendamiento de cosas, arrendamiento de servicios, etc.

En realidad, el suministro no es una compraventa; pero participa de muchas de las características de este contrato.

⁹ GARRIGUES, Joaquín, *Curso de derecho mercantil*, Tomo II, Porrúa, México, 1979, p. 95.

La compraventa tiene una prestación única, aunque su cumplimiento puede fraccionarse en el tiempo; el suministro tiene varias prestaciones autónomas, pero ligadas entre sí por una unidad de vínculo y un contrato único.

12. Normas supletorias

Las normas supletorias aplicables en nuestro derecho son - en primer término - las de la compraventa mercantil, como el contrato regulado con el que las prestaciones del suministro guardan más parecido. Las normas sobre el precio pueden tomarse de la compraventa y del arrendamiento, este último como contrato de tracto sucesivo. Para las entregas, rescisión, vicios ocultos y riesgo de pérdida de la cosa; también las de compraventa resultan normas supletorias aplicables, las que debemos complementar con las disposiciones relativas a las obligaciones de dar cosas genéricas, la transmisión de propiedad y las responsabilidades generales del enajenante por evicción y vicios ocultos. Las modalidades del suministro pueden tener como disposiciones supletorias las normas del comodato, la permuta, el derecho de preferencia de la compraventa, la prórroga del arrendamiento y otras.

CAPÍTULO SEGUNDO

EL CONTRATO ESTIMATORIO O DE CONSIGNACIÓN

1. Origen

El contrato estimatorio se conoció y practicó en Roma, perteneció a la clase de los innominados y se le llamó *datio in æstimatum*. Las características que esta figura tenía en el Derecho Romano, subsisten hasta la época actual.

El *æstimatum* es en el Derecho Justiniano, un contrato innominado sancionado con la *actio præscriptis verbis æstimatoria*. El contrato estimatorio romano es aquél por el cuál el deudor - que ha recibido un objeto estimado, con encargo libre de venderlo - se obliga alternativamente a prestar la estimación convenida, conservando para sí el eventual exceso de valor; o a restituir el objeto. Los jurisconsultos le dieron una acción específica: *actio in æstimatio*.¹⁰

2. Utilidad del Contrato

El contrato estimatorio se ha aplicado, tradicionalmente, a la venta de cosas muebles - muchas veces usadas - por medio de pequeñas negociaciones comerciales. Se encuentran aplicaciones de este contrato en la venta de antigüedades, automóviles usados, libros y otras mercancías para venta al menudeo; es decir, aquéllas en las que el comerciante que puede disponer de las cosas en consignación. Desde el punto de vista económico es un medio de financiamiento al detallista.

En la actualidad, este contrato ha cobrado importancia como instrumento para promover ventas de importantes volúmenes de mercancías;

¹⁰ BAILOSTOSKY DE CHAZAN, Sara, *Panorama de Derecho Romano*, UNAM, México, 1996.

como por ejemplo, para un almacén de auto servicio que prefiere recibir mercancías bajo este contrato, con posibilidad de devoluciones parciales y sin que el pago del precio le signifique un desembolso importante. En esta clase de relaciones de negocios, el contrato estimatorio sirve a los esfuerzos de los mayoristas en simplificar y economizar gastos en sus relaciones con los detallistas.

Las ventajas para las dos partes podemos resumirlas así:

- a) Quien entrega la mercancía en consignación, conserva la propiedad y se ahorra gastos de almacenamiento, aunque financie al consignatario.
- b) Quien recibe la mercancía para su venta, asume el riesgo de pérdida, tiene gastos de almacenamiento, pero no desembolsa el precio hasta que la mercancía no se enajena a un tercero, o no llega el plazo señalado en el contrato.

3. Denominación

En su connotación jurídica, este contrato recibe el nombre de estimatorio, denominación empleada con base en su origen romano. La práctica mercantil le ha dado el nombre de consignación,¹¹ vocablo con el que lo menciona algunas de nuestras leyes fiscales.¹² La entrega del bien mueble en el contrato recibe el nombre de consignación, pero este acto no abarca todo el contrato.

Las partes contratantes se conocen como: *tradens* y *accipiens*, vocablos tomados del Derecho Romano que se refieren a la entrega y transmisión de la posesión de las cosas. A las partes se les llama también,

¹¹ CERVANTES AHUMADA, Raúl, *Derecho mercantil*, Herrero, México, 1975, p. 472.

¹² Artículo 14, fracción IV de la *Ley del Impuesto al Valor Agregado* y 159-A de la *Ley del Impuesto Sobre la Renta*.

tradente y propietario o consignante y consignatario, respectivamente. Este último vocablo de consignatario es usual en la práctica de los negocios y apropiado para este contrato que empieza a desprenderse de la terminología romana.

El término estimatorio proviene de la cosa mueble, objeto del contrato, se entrega con su estimación o precio estimado. Utilizan este vocablo los artículos 994 y 2774 del **Código Civil Federal**, el primero, relativo al usufructo de bienes consumibles por el primer uso y el segundo, a la reglamentación de la renta vitalicia.

En materia de contratos, el comodato dispone que si la cosa se pierde y ha sido estimada, el comodatario deberá entregar el precio (artículo 2506 del **Código Civil Federal**). El término consignación aparece en nuestra legislación también para otras figuras distintas del contrato estimatorio; por ejemplo, en materia de obligaciones, el **Código Civil Federal** contiene un capítulo titulado: "del ofrecimiento en pago y de la consignación", en el que se regula un medio para que el deudor se libere de su obligación (artículos 2097 a 2103).

El término consignatario, equivalente al de *accipiens* en el estimatorio, corresponde también al de una de las partes en el contrato de transporte: porteador y consignatario (artículo 26 fracción VIII del **Código Civil Federal**), aunque no se denomina así en el transporte mercantil regulado por el **Código de Comercio**, que le llama cargador. El artículo 98 de la **Ley de Navegación** habla de destinatario o consignatario en el contrato de transporte, para referirse a la persona que recibirá la mercancía objeto del contrato.

4. Concepto y Características

Con el contrato estimatorio, una parte consigna una o más cosas muebles a la otra y ésta se obliga a pagar el precio; salvo que restituya la cosa en el término establecido¹³.

En virtud de este contrato, una persona (*tradens*) entrega a otro (consignatario o *accipiens*) una cosa con el encargo de venderla y, en la época pactada, el consignatario tiene la obligación de entregar el precio señalado o de restituir la cosa.

Del concepto de este contrato se destacan las siguientes características:

- a) Da origen a una relación compleja, que resulta de la unión de un contrato de depósito, de una autorización y de una venta.
- b) Se trata de un contrato real que se perfecciona con la entrega de la cosa. La entrega de las cosas es elemento esencial para la formación del contrato.
- c) El contrato tiene por objeto bienes muebles.
- d) La obligación principal del *accipiens*, pagar el precio o devolver la cosa, es facultativa (a la que se le aplican, por analogía, las normas de las obligaciones alternativas, en nuestra legislación).
- e) Generalmente el contrato tiene un plazo.
- f) El consignatario asume el riesgo de pérdida de la cosa mientras está en su poder.

5. Clasificación

- a) Es un contrato mercantil, pues se celebra generalmente entre comerciantes y lleva implícito el fin de lucro. Puede encuadrarse en los artículos 75 fracción I y 371 del **Código de Comercio**.

¹³ Artículo 1556 del Código Civil Italiano.

- b) Es un contrato real, en cuanto se perfecciona con la entrega - consignación - de la cosa.
- c) Es un contrato bilateral, ya que produce derechos y obligaciones para ambas partes.
- d) Es un contrato oneroso, ya que existen provechos y gravámenes recíprocos.
- e) Es traslativo de dominio; cuando se configura la enajenación de la cosa a un tercero, que es de ordinario su resultado natural.
- f) Es consensual, ya que no requiere de formalidad alguna para su celebración; aunque si bien es también un contrato real.
- g) Antes de la venta del bien consignado, se puede considerar como un contrato de custodia respecto a las facultades del consignatario sobre la cosa.
- h) Es principal, puesto que su existencia no depende de otra relación. Sin embargo, como contrato previo para que el consignatario venda al tercero, puede clasificarse como preparatorio (similar a la comisión o al de agencia).
- i) Se trata de un contrato de cambio; aunque por el carácter de intermediario comercial que tiene el consignatario, puede considerarse también un contrato de colaboración.
- j) Es un contrato atípico, aunque se le mencione en la legislación (nominado).

6. Elementos

6.1. Elementos Personales

- a) Nombre de las partes. La parte que entrega o consigna el bien objeto de este contrato se llama *tradens, tradente, consignante* o propietario. La otra parte se llama *accipiens* o *consignatario*, que es la parte que recibe el bien o bienes para su enajenación o - eventualmente - su devolución al *consignante*.

b) Capacidad y representación. El *tradens* debe ser propietario del bien que consigna y, si es representante, tener facultades de disposición; debido a que la celebración de este contrato tiene como resultado final el disponer de la cosa. Si se trata del representante de una empresa o negociación mercantil o de una persona moral que es titular de aquélla, son suficientes las facultades de administración, si los bienes objeto del contrato forman parte de las mercancías que constituyen su giro; es decir, del activo circulante. En este orden de ideas; los gerentes, factores y dependientes que tienen facultades de disposición sobre la mercancía de la negociación pueden celebrar este contrato como representantes del *consignante*. El *accipiens* o *consignatario* no requiere de capacidad especial alguna para contratar y es, generalmente, un comerciante.

6.2. Elementos Reales

Los elementos reales más importantes de este contrato son la cosa y el precio, pues en él predominan elementos de compraventa. A estos dos se añade el plazo, también elemento importante en este negocio jurídico.

- a) La cosa o bien. La cosa materia del contrato estimatorio puede ser uno o varios bienes muebles, que en terminología de derecho comercial se llaman mercancías o mercaderías. Los bienes deben ser, en principio, cosas tangibles que puedan ser materia de entrega. Por su naturaleza, no existe un contrato estimatorio sobre derechos.
- b) El precio estimado. El precio de este contrato, que se conoce como estimación o simplemente precio estimado, es un elemento que está esencialmente ligado a la consecución del fin propio del contrato; porque indica el precio mínimo que ha de darse a las mercancías en las sucesivas ventas que estipule el consignatario. Las mercancías se

entregan al consignatario valoradas y esta estimación puede hacerse en forma singular o en forma global. La estimación tiene como función adicional el determinar la responsabilidad del consignatario; es decir, tiene una función de garantía para el *tradente*. El precio puede ser determinado o determinable; por ejemplo, cuando se señala como tal el del mercado o el que fije un tercero. El precio puede modificarse por las partes durante la vigencia del contrato, para ajustarse a las condiciones cambiantes del mercado.

- c) El plazo. El término del contrato debe convenirse por las partes, aunque en ocasiones no se precisa porque no es un elemento esencial, ni de validez de este contrato. El término señala el momento en el cuál el *accipiens* debe pagar el precio o devolver la cosa. El plazo puede modificarse durante la vigencia del contrato o prorrogarse antes de su vencimiento, y pueden fijarse plazos periódicos para que en un mismo contrato se pague el precio estimado o se devuelva parte de los bienes consignados. La falta de plazo no invalida la relación contractual.

6.3. Elementos Formales

Salvo por lo que se refiere a la entrega de la cosa, el consentimiento no exige otra forma de manifestación; de modo que el contrato resulta consensual. Sin embargo, como el contrato requiere para su perfección de la entrega de la cosa, es -en este sentido- un contrato real. La entrega da lugar al nacimiento de las obligaciones contractuales y esta entrega puede ser real, virtual o jurídica. Por ejemplo: el *tradens* puede transmitir al consignatario un certificado de depósito, representativo de la mercancía objeto del contrato. Con la entrega, virtual o jurídica, se da al consignatario la posibilidad de disponer de las cosas. La entrega no trasmite al *accipiens* la propiedad de las cosas, sino sólo la posesión.

7. Obligaciones del *Consignante*

- a) Entregar la cosa. Esta es la obligación más importante del consignante y la que da origen al contrato. Estrictamente hablando, esta obligación no surge del contrato; sino que le da nacimiento al mismo y es anterior en tiempo a las obligaciones propiamente contractuales. En términos de la legislación civil vigente, la entrega puede revestir las formas de entrega material, virtual o jurídica (artículo 2284 del **Código Civil Federal**); siempre que el *accipiens* pueda disponer de la cosa para su enajenación, pues éste es el fin del contrato estimatorio. En ocasiones, la cosa puede estar ya en poder del *accipiens* bajo otro título de posesión derivada (por ejemplo, en prenda, arrendamiento, comodato) y sólo cambiar el título de la posesión.
- b) Recibir la cosa llegado el plazo pactado. Si a la llegada del término del contrato el consignatario decidió devolverla en lugar de pagar el precio estimado, el *consignante* está obligado a recibirla. El incumplimiento de esta obligación puede representar para el *tradens* una responsabilidad por la mora de recibir.
- c) Indemnizar daños y perjuicios. Esta obligación del *consignante* es eventual; no se da en todos los contratos *estimatorios* que se celebran, sino excepcionalmente en aquéllos en los que el *consignante* pueda causar daños y perjuicios al consignatario (artículo 2532 del **Código Civil Federal**). Esto si se aplica, por analogía, el **Código Civil Federal** en una disposición relativa al depósito.
- d) Pagar una retribución al consignatario. Si el *tradens* pactó una retribución o comisión para el *accipiens*, por ejemplo un porcentaje del precio de venta al tercero, está obligado a pagarla al consignatario. Este deber deriva siempre de los términos en que se celebró el contrato.

8. Obligaciones del Consignatario

- a) Recibir la cosa. La primera obligación del consignatario es la de recibir la cosa como deber correlativo al deber del *tradente* de entregar. Si no recibe el bien, el contrato no se perfecciona y no nace el resto de las obligaciones contractuales. Esta entrega puede ser real, virtual o jurídica; siempre y cuando el consignatario tenga la posibilidad de disponer de los bienes muebles materia de la consignación. El *tradens* no pierde la propiedad de las cosas, ni el *accipiens* la adquiere, mientras no haya pagado el precio.
- b) Pagar el precio o devolver la cosa. La obligación facultativa que caracteriza al contrato estimatorio, la tiene el consignatario; quien debe pagar el precio o devolver la cosa a la llegada del plazo. Como en el Código de Comercio no se regula a las obligaciones facultativas, debe acudir - por analogía, en lo que resulte aplicable - a las normas de las alternativas (artículos 1962 y siguientes del **Código Civil Federal**). En el contrato estimatorio, la prestación debida por el consignatario es pagar el precio, pero, para liberarse de ella, tiene la facultad de devolver la cosa. Si la cosa se pierde, el *consignatario* no tiene ya la posibilidad de liberarse de su obligación de pagar el precio mediante la devolución de la cosa, por lo que debe pagar el precio del contrato. Otro efecto que deriva de la aplicación de este principio de las obligaciones como la prescripción, la compensación o la novación. Si el consignatario conserva en su poder la cosa, estará obligado a devolverla al *consignante*, quien es el propietario, por alguna otra razón jurídica, pero se le deberá compensar o indemnizar.
- c) Custodiar la cosa. El *accipiens* tiene obligación de custodiar la cosa como un depositario, pues su facultad para disponer de la misma no implica la

posibilidad de usarla. Tiene, por tanto, la obligación de no usar la cosa y responsabilidad por daños y perjuicios causados por malicia o negligencia y por el deterioro que sufra el bien consignado, por lo que resulta aplicable, supletoriamente, el artículo 335 del **Código de Comercio**.

- d) **Riesgo de pérdida.** Aunque no es propiamente una obligación del *accipiens*, sino una responsabilidad que deriva del contrato, la pérdida de la cosa es a su riesgo. Si la cosa se pierde, el consignatario ya no tiene la facultad de liberarse de la obligación de pagar el precio mediante la devolución de lo consignado, a menos que en la pérdida de la cosa exista culpa del *tradente*.
- e) **Facultad de vender.** Aunque el resultado natural del contrato es que las mercancías se enajenen a un tercero, esto no supone que el *accipiens* tenga una obligación de procurar la venta de las cosas objeto del contrato. Esta clase de obligación pertenece a un contrato distinto al estimatorio, que sería, quizá, un contrato semejante a la comisión de venta, en la que el comisionista sí tiene dicha obligación.

9. Modalidades

- a) **El *subcontrato*.** Debe considerarse que el consignatario, sin autorización expresa del *tradente*, puede a su vez celebrar como *tradens* un *subcontrato estimatorio*. Desde luego, el *accipiens* no puede contratar, en principio con un plazo más amplio que el concedido en el contrato base, para que se pueda hablar de *subcontrato*. El precio estimado - en el *subcontrato estimatorio* - puede ser distinto y de hecho debe ser diferente para que la celebración del nuevo contrato tenga una función económica. Como contrato traslativo de dominio, la idea de un *subcontrato* resulta cuando el consignatario - o *subconsignatario* - enajena el bien a un

tercero. Antes de ello, el contrato se asemeja al depósito, o a la comisión de venta y tanto el depósito como la comisión admiten al *subdepósito* y la subcomisión, respectivamente.

- b) Celebración de otros contratos. En su obligación de pagar el precio en un plazo y con la facultad de disponer del bien, el consignatario puede celebrar sobre las cosas objeto del estimatorio otra clase de contratos en los cuáles se obtenga colaboración para la enajenación del bien.

- c) La compraventa con derecho a devolución. No se trata de una modalidad del contrato estimatorio, pero la compraventa con derecho a devolución se menciona aquí porque es semejante a este contrato y tiene cierto arraigo en la práctica comercial de mercancías o mercaderías. Por ejemplo: una distribuidora de productos de pan empaquetados o de alimentos con cierta caducidad, acepta la devolución de mercancía no vendida - que puede haber caducado - y entrega mercancía para reponerla; lo mismo una distribuidora de revistas o productos que pasan rápidamente de moda. En este contrato, que produce efectos similares al estimatorio, el comprador tiene - a la llegada del plazo para el pago del precio - derecho a devolver parte o la totalidad de la mercancía comprada. La diferencia fundamental con el estimatorio reside en que el comprador es un verdadero propietario del bien y que la traslación de propiedad se efectúa desde el primer momento con todas sus consecuencias.

10. Naturaleza contractual

Se han formulado diversas teorías para explicar la naturaleza jurídica de este contrato. Se ha calificado de compraventa, depósito, prestación de servicios, mandato o comisión; y como figura compleja que comparte elementos de varios de los contratos enunciados.

- a) Depósito para vender. Distingue en la estructura dinámica de la operación dos fases. La primera se inicia con un depósito por causa de comercio, como medio para facilitar la venta. Cuando cesa el depósito, la propiedad de la cosa pasa al *accipiens* si éste ha pagado el precio estimado. La teoría es más bien descriptiva de las apariencias externas del contrato, pero no explica como un depósito se convierte en compraventa ni lo que sucede si el *accipiens* no compra o vende a un tercero.
- b) Comisión de venta. Lo considera como una modalidad de la comisión de venta con estas características: el consignatario actúa siempre en nombre propio y no a nombre del *consignante (comitente)*; por la naturaleza del estimatorio, el *accipiens* tiene autorizada la autoentrada y facultades para obrar a su arbitrio en el desempeño de su encargo. Por la estructura dinámica del contrato, no puede afirmarse que el consignatario actúe por cuenta propia, pues el resultado incide sobre la esfera del *tradens*.
- c) Compraventa sujeta a condición suspensiva. La condición se cumple, cuando el comprador declara dar curso al negocio, y se convierte en deudor del precio fijado en la estimación. Esta teoría es la que apoya nuestra legislación - particularmente la **Ley del Impuesto al Valor Agregado** - cuando ordena una doble facturación, el consignatario factura al tercero adquirente, mientras que el *consignante* factura al consignatario. Sin embargo, la explicación del efecto traslativo de dominio es sólo uno de los aspectos de este contrato y la teoría apuntada no comprende a otros elementos como la obligación facultativa o la condición a que se sujeta la compraventa.
- d) Contrato atípico. El contrato estimatorio, tiene particularidades propias que lo distinguen de otros contratos típicos. En este sentido el contrato estimatorio o de consignación es un contrato *sui generis*. Sin embargo, la teoría de la compraventa sujeta a condición suspensiva, la más aceptable

de las expuestas, puede resultar un auxiliar útil en la explicación de ciertos aspectos prácticos que se derivan de la celebración y ejecución de este contrato. Por ejemplo, si un consignatario tiene una mercancía que va a vender a un tercero, éste no conoce - generalmente - que las cosas están en consignación. El consignatario vende por cuenta propia y en su nombre y por lo tanto la factura o documento de la venta es una factura del propio consignatario, no del *consignante*. El consignatario, una vez que ha vendido la mercancía en consignación, pagará el precio estimado al *tradente* quien le expedirá una factura al consignatario.

11. Normas supletorias

A falta de regulación especial han de aplicarse al contrato, por analogía, las normas generales de la compraventa, y de éstas, primero las de la compraventa mercantil y después las de la civil; si las primeras son insuficientes. Se aplican también, las normas sobre el contrato de depósito, primero comercial, después civil, para la relación del *accipiens* antes de la llegada del plazo o la enajenación del bien. De las normas generales de las obligaciones y del contrato en general resultan aplicables, de manera especial, las de la condición y las referentes a las obligaciones alternativas, pues no contempla nuestra ley a las obligaciones facultativas.

1
1
1
1

1

1

1

CAPÍTULO TERCERO

EL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO FINANCIERO

1. Origen e Importancia

Si bien es cierto que este contrato ya se encuentra regulado por la **Ley de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito**, también es cierto que no se estudia de manera profunda en los cursos relativos a *Contratos Mercantiles*; de allí que se incluya en este trabajo.

Como se le conoce en la actualidad y lo regula la **Ley de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito**, el arrendamiento financiero nació en Estados Unidos de América en la década de los cincuenta, con el nombre de *leasing*, término con el que también se le identifica y estudia a este contrato. En ese país se constituyeron las primeras sociedades especializadas para celebrar contratos de *leasing*. Su nacimiento obedeció a necesidades financieras de los arrendatarios que, a través de este medio, obtenían la utilización de bienes sin ser propietarios y con un menor desembolso de fondos. En 1988, cincuenta y cinco países firmaron la *Convención UNIDROIT Sobre el Arrendamiento Financiero Internacional*.

Las ventajas de esta figura contractual que han consagrado su utilización en la práctica de los negocios, podemos agruparlas como sigue:

Para la arrendataria:

- a) Desde el punto de vista de las operaciones físicas, carece por lo común de importancia que el activo sea adquirido en propiedad o se haya tomado en arrendamiento. Para la arrendataria, la posibilidad de utilizar el bien es más importante que la propiedad.

- b) Si la renta está adecuadamente calculada, el bien arrendado se autofinancia a través de su utilización productiva.
- c) El arrendamiento financiero puede ser la única forma en que una compañía en dificultades financieras puede obtener el uso de equipo nuevo.
- d) La arrendataria tiene en su perjuicio que el bien arrendado está en su poder por un plazo largo y no puede deshacerse de él tan fácilmente como un propietario.

Para la arrendadora financiera:

- e) Concede un crédito con una garantía real específica; como propietario del objeto arrendado - bajo ciertas circunstancias - puede pedir la posesión.
- f) La arrendadora financiera, a través de los intereses y pagos de la arrendataria, obtiene un rendimiento del capital invertido.
- g) Facilita el otorgamiento del crédito, pues se conoce el destino de la inversión.

Aunque montado originalmente sobre el concepto de arrendamiento, este contrato tiene como objeto específico, entre otros, conceder crédito a la arrendataria; de ahí el calificativo de *financiero*.

Su regulación en la **Ley de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito** se infiere, que el legislador atribuye al arrendamiento financiero el carácter de operación de crédito.¹⁴

La regulación substantiva del contrato se hizo en 1982, por adición a la **Ley de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares**; el arrendamiento financiero -contrato hasta entonces atípico, aunque con tipicidad social - se convirtió en un contrato típico legislativamente, propio del Derecho Mercantil y como contrato del Derecho Bancario.

¹⁴ DIAZ BRAVO, Arturo, *Contratos mercantiles*, 6ª ed., Harla, México, 1997, núm. 87.

La **Ley de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito** recogió las disposiciones de la **Ley de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares**, prácticamente sin modificaciones importantes a las normas que lo reglamentaron.

2. Denominación y Concepto

El término *leasing*, que se aplica en forma específica al arrendamiento financiero, deriva de *lease*: arrendamiento (*en inglés*).

La **Ley de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito**, en su artículo 25 lo define:

Por virtud del contrato de arrendamiento financiero, la arrendadora financiera se obliga a adquirir determinados bienes y a conceder su uso o goce temporal, a plazo forzoso, a una persona física o moral, obligándose ésta a pagar como contraprestación, que se liquidará en pagos parciales, según se convenga, una cantidad en dinero determinado o determinable, que cubra el valor de la adquisición de los bienes, las cargas financieras y los demás accesorios, y a adoptar, al vencimiento del contrato, algunas de las opciones terminales a que se refiere el artículo 27 de esta ley.

El citado artículo 27 se refiere a las opciones terminales:

Al concluir el plazo de vencimiento del contrato una vez que se hayan cumplido todas las obligaciones, la arrendataria deberá adoptar alguna de las siguientes opciones terminales:

- a) Comprar los bienes a un precio inferior a su valor de adquisición, que quedará fijado en el contrato. En caso de que no se haya fijado, el precio

debe ser inferior al valor de mercado a la fecha de la compra, conforme a las bases que se establezcan en el contrato.

- b) Prorrogar el plazo para continuar con el uso o goce temporal, pagando una renta inferior a los pagos periódicos que venía haciendo; conforme a las bases que se establezcan en el contrato.
- c) Participar con la arrendadora financiera en el precio de la venta de los bienes a un tercero, en las proporciones y términos que se convengan en el contrato.

El precepto añade la facultad de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público para autorizar otras opciones o posibilidades a la conclusión del contrato, y permite que la arrendataria ejerza su derecho de opción al celebrarse el contrato o durante la vigencia de éste.

El arrendamiento financiero puede definirse como el contrato por el que la arrendadora se obliga a adquirir un bien y a conceder su uso a la arrendataria, quien se obliga a pagar un precio - determinado o determinable- en pagos periódicos durante un plazo forzoso a ambas partes, a la llegada del cual - o anticipadamente - la arrendataria deberá ejercitar la opción para adquirir el bien, prorrogar el contrato o participar en la venta del bien a un tercero.

3. Características

- a) La arrendadora financiera tiene obligación de adquirir el bien que dará en arrendamiento. En este sentido, nuestra Ley sólo contempla en su definición el arrendamiento financiero indirecto; no el caso en que la arrendadora financiera ya es propietaria del bien (directo).
- b) La arrendataria tiene como principal derecho el uso del bien objeto del contrato, o el uso o goce como dice la **Ley de Organizaciones y**

Actividades Auxiliares del Crédito en terminología copiada del arrendamiento civil (artículo 2398 del **Código Civil Federal**).

- c) El contrato debe tener un plazo forzoso para ambas partes. El término, determina el número de pagos periódicos y el momento en que debe ejercitarse la opción.
- d) El precio debe calcularse en su totalidad como suma de los pagos periódicos o rentas). Este precio total debe exceder del valor del bien e incluir, en términos de la **Ley de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito**, el valor de adquisición de los bienes, las cargas financieras y los demás accesorios.
- e) El precio debe pagarse en cuotas periódicas y pactarse en dinero. En el arrendamiento civil, el precio puede pagarse en especie.
- f) La arrendataria puede suscribir uno o varios pagarés a favor de la arrendadora financiera, por el monto del precio del contrato.
- g) El contrato de arrendamiento financiero contiene siempre una opción a favor de la arrendataria para que ésta elija - antes del término del contrato - entre adquirir el bien, prorrogar el contrato o participar de la enajenación de dicho bien a un tercero.
- h) El contrato debe constar por escrito y ratificarse ante fedatario por disposición expresa de la **Ley de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito**. Para efectos fiscales, debe constar por escrito.

4. Clasificación

- a) Es un contrato mercantil; como alquiler verificado con propósito de especulación comercial (artículo 75 fracción I del **Código de Comercio**), por estar regulado en una ley de naturaleza mercantil, que señala que este contrato debe celebrarse por una organización auxiliar del crédito y por las personas que en él intervienen que, casi siempre, son comerciantes.

- b) Es un contrato formal, pues debe constar por escrito y ratificarse ante fedatario e inscribirse en el Registro Público de Comercio (artículos 25 de la **Ley de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito** y 15 del **Código Fiscal de la Federación**).
- c) Es un contrato de adhesión en la generalidad de los casos, en tanto que la arrendadora financiera impone las condiciones del contrato y la arrendataria sólo se adhiere.
- d) Es bilateral, pues produce derechos y obligaciones para las dos partes.
- e) Es oneroso, ya que los provechos y gravámenes son recíprocos.
- f) Es conmutativo, sólo eventualmente puede ser aleatorio si el precio con las tasas de interés pactadas, tiene importantes variaciones en relación con las tasas del mercado durante la vigencia del contrato y esto pueda significar una ganancia para una parte y pérdida para la otra, por la misma causa.
- g) Es de tracto sucesivo y de largo plazo, ya que su cumplimiento se prolonga en el tiempo.
- h) Es principal, en cuanto su existencia no depende de otro contrato u obligación preexistente; es decir, tiene existencia autónoma, por sí mismo.
- i) En lo que se refiere a la opción, es preparatorio de otro contrato definitivo con el que se da cumplimiento a la opción elegida por la arrendataria.
- j) Es traslativo de uso para la arrendataria que tiene el uso y goce del bien.
- k) El contrato no es traslativo de dominio para la arrendadora financiera, pues la adquisición del bien no se da por el arrendamiento financiero sino por un contrato previo y distinto. No es traslativo para la arrendataria al momento de la celebración de éste. Si la arrendataria ejercita la opción de adquirir el bien, la transmisión del mismo se produce como efecto de otro acto jurídico posterior al arrendamiento financiero (una compraventa, por ejemplo).
- l) Por su función económica, es un contrato de crédito y de colaboración.

m) Es un contrato típico para el Derecho Mexicano, ya que sus efectos para las partes contratantes están regulados por la **Ley de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito**.

5. Clases

5.1 En relación con el objeto arrendado

- a) Sobre inmuebles, que incluye terrenos, inmuebles ya construidos, en proceso de construcción, instalaciones, plantas industriales, locales comerciales e inmuebles destinados a habitación. Se trata de un medio para financiar la compra de bienes inmuebles. Los contratos de arrendamiento financiero sobre inmuebles suelen tener plazos más largos. La mayoría de los países lo aceptan en su práctica.
- b) Sobre bienes muebles, que es el arrendamiento financiero más usual y - en especial- sobre los llamados bienes de capital (que se utilizan para producir otros bienes) o bienes de consumo duradero. Los muebles objeto de este contrato son aquellos sobre los que puede concederse su uso, es decir, están excluidos aquellos que se consumen por el primer uso.
- c) Los derechos, entendidos como bienes tangibles - tales como una *patente, una marca, derechos de propiedad industrial o una concesión* - pueden ser materia de un contrato de arrendamiento financiero si pueden utilizarse.

5.2 Respecto a las personas que intervienen en la relación

- a) Directo: cuando la arrendadora financiera es el productor, fabricante o vendedor del bien y el mismo celebra el contrato de arrendamiento financiero como un medio de enajenación del bien con un financiamiento.

Este supuesto puede darse conforme a nuestra **Ley de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito** en aquellos casos en que la arrendadora financiera ya es propietaria del bien.

- b) Indirecto, si el productor o propietario original del bien es una persona distinta de la arrendadora financiera. Este es el caso que se contempla en la definición de la **Ley de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito**. Aquí existen dos relaciones jurídicas diferentes: la del propietario y la arrendadora (generalmente compraventa) y la que se establece entre la arrendadora financiera y la arrendataria.

5.3 Por la operación financiera que involucra el contrato

- a) Arrendamiento indirecto en el que la arrendadora financiera adquiere de un tercero el bien que será objeto del contrato sobre el que concederá el uso a la arrendataria. Este es el arrendamiento financiero más usual.
- b) El llamado *lease-back* por el cuál la futura arrendataria propietaria de un bien lo vende a una arrendadora financiera quien lo adquiere para, a su vez, celebrar un contrato de arrendamiento financiero y conceder el uso de dicho bien. El propietario - poseedor originario del bien, sin entregarlo materialmente a la arrendadora financiera - se convierte en poseedor derivado, a título de arrendatario.

6. Otros Aspectos del Arrendamiento Financiero

- a) El arrendamiento financiero inmobiliario. Aunque las primeras aplicaciones del arrendamiento financiero se hicieron, sobre todo, en bienes de capital (bienes muebles); actualmente se celebra en forma importante con relación a bienes inmuebles. El arrendamiento financiero inmobiliario no está previsto expresamente en nuestra **Ley de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito**, pero se

comprende en todas las disposiciones que lo regulan; pues se utiliza la palabra *bienes* sin distinción entre muebles o inmuebles.

- b) El arrendamiento financiero internacional. El UNIDROIT (*Instituto para la Unificación del Derecho Privado*) preparó un proyecto de *Convención Sobre el Arrendamiento Financiero* que fue aprobado en Ottawa, Canadá, en 1988 por diversos estados entre los que figura México. Esta *Convención* comprende 25 artículos y sus tres capítulos se refieren a: *ámbito de aplicación y disposiciones generales, derechos y obligaciones de las partes y disposiciones finales*.
- c) En el texto de la *Convención* se incluyen dos contratos relacionados entre sí: el de *suministro* con una tercera parte por el que el arrendador adquiere el bien y el *arrendamiento financiero*, al que se le denomina simplemente *arrendamiento*. A las partes se les llama arrendador y arrendatario. La *Convención* se aplica para los casos en que el arrendador y el arrendatario tienen sus establecimientos en Estados diferentes que sean firmantes de la *Convención*.

El arrendamiento financiero internacional se describe como aquél en que una parte - el arrendador - conforme a las especificaciones de la otra parte - el arrendatario - celebra un contrato, el contrato de suministro, con una tercera parte - el proveedor - en virtud del cuál el arrendador adquiere instalaciones, bienes de capital u otros equipos (el equipo), bajo términos aprobados por el arrendatario en lo que concierne a sus intereses, y a su vez celebra un contrato, el contrato de arrendamiento, con el arrendatario por el que concede al arrendatario el derecho de usar el equipo mediante el pago de rentas.

d) El arrendamiento financiero como garantía. Se ha mencionado que el arrendamiento financiero es un contrato de crédito o que su fin principal es otorgar financiamiento a la arrendataria, pero hay que agregar que el crédito tiene una garantía para la arrendadora financiera, que es el bien objeto del contrato. Si el efecto económico y práctico del arrendamiento financiero es el de dar al arrendatario la mayoría de los derechos del propietario, pero no su titularidad; la operación es, en substancia, una garantía. En este sentido el arrendamiento financiero como garantía presenta estos elementos: es una operación de crédito; utiliza la conservación de la propiedad como garantía, tanto frente al usuario como frente a terceros; y, constituye una garantía sin desplazamiento, pues el deudor tiene la posesión del bien.

7. Elementos

7.1 Elementos Personales

- a) Las partes. A las partes del contrato de arrendamiento financiero se les denomina arrendadora financiera y arrendataria, en los vocablos que utiliza la **Ley de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito**. Esta ley prohíbe el uso de los términos organización auxiliar de crédito, arrendadora financiera y otros que expresen ideas semejantes a sociedades que no tengan concesión o autorización para operar como tales.
- b) Capacidad. Para ser arrendadora financiera y dedicarse habitualmente a la celebración de contratos de arrendamiento financiero, la **Ley de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito** impone la necesidad de contar con autorización de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público (artículo 5º). Las arrendadoras financieras deben ser personas morales y estar organizadas como una sociedad anónima, con ciertas características que la misma **Ley de Organizaciones y**

Actividades Auxiliares del Crédito determina. Se trata de sociedades mercantiles especializadas a las que la ley exige ciertos requisitos más estrictos o rígidos que los que la **Ley General de Sociedades Mercantiles** establece para cualquier sociedad anónima. Estos requisitos adicionales de la sociedad se aplican, en general, a todas las organizaciones auxiliares de crédito, aunque hay algunas variantes aplicables sólo a las arrendadoras financieras.

c) Características de las arrendadoras financieras. De las características generales que señala el artículo 8 de la **Ley de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito**, aplicable a las arrendadoras financieras, se mencionarán las más importantes; señalaremos su diferencia con las disposiciones generales de la **Ley General de Sociedades Mercantiles**.

- Se constituyen como sociedades anónimas y éstas pueden ser de capital fijo o de capital variable, a elección de los accionistas.
- Como sociedades mercantiles, deben constituirse ante notario o corredor público y la escritura constitutiva y sus modificaciones deben ser aprobadas por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.
- No pueden ser accionistas de las arrendadoras financieras: los extranjeros, salvo que la inversión mexicana sea mayoritaria. Tampoco pueden ser accionistas: las organizaciones auxiliares de crédito, salvo transitoriamente; las instituciones mutualistas de seguros y las instituciones de fianzas o casas de cambio. La **Ley de Inversión Extranjera**, señala que la inversión extranjera en las arrendadoras financieras pueden participar hasta en un cuarenta y nueve por ciento.
- La duración de las organizaciones auxiliares de crédito será indefinida.

- El capital mínimo para constituirse y seguir operando como organización auxiliar de crédito lo fija anualmente la Secretaría de Hacienda y Crédito Público. En la **Ley General de Sociedades Mercantiles**, el capital mínimo es de cincuenta mil pesos. Este capital mínimo, debe estar íntegramente suscrito y pagado en las organizaciones auxiliares de crédito, no así en las sociedades anónimas.

Sin embargo, si el capital social de la arrendadora financiera es superior al mínimo, puede estar suscrito el cien por ciento y pagado el cincuenta por ciento, siempre que este cincuenta por ciento sea igual o mayor al mínimo fijado anualmente por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público. Además, del capital mínimo, la **Ley de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito** exige, que el capital contable de las arrendadoras financieras no debe ser menor de al seis por ciento de la suma de sus activos y, en su caso, de sus operaciones causantes de pasivo contingente.

- Cuando se trata de arrendadoras financieras constituidas con capital variable, el mínimo sin derecho a retiro, debe ser igual o mayor al mínimo pagado establecido por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público; y el máximo, o parte variable con derecho a retiro, no puede exceder del mínimo. En la sociedad anónima de capital variable no hay limitación para determinar el máximo con derecho a retiro.
- Para las asambleas de accionistas, la **Ley de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito** disminuye el quórum para la celebración de las extraordinarias al treinta por ciento del capital. En los quórum y votaciones suplen las reglas de la **Ley General de Sociedades Mercantiles**.
- Los accionistas que representen un quince por ciento del capital social, como minoría, tienen derecho a nombrar consejero.

- La administración de la arrendadora financiera siempre estará a cargo de un Consejo de Administración, integrado por un número mínimo de cinco miembros.
- Se amplían para las organizaciones auxiliares de crédito, las prohibiciones para ser comisario; así, no pueden serlo: los directores, gerentes, miembros del consejo de administración, funcionarios y empleados de instituciones de crédito, de finanzas o de otras organizaciones auxiliares de crédito; o empleados y funcionarios de sociedades que controlen o sean controlados por la propia organización auxiliar. Las personas que sean comisarios deben reunir los requisitos que señala la Comisión Nacional Bancaria.
- Sobre la reserva legal, se señala que debe separarse un diez por ciento hasta llegar al cien por ciento del capital social.
- La fusión de las organizaciones auxiliares de crédito tiene efecto al inscribirse en el Registro Público de Comercio y ya inscrita, los acreedores - en noventa días - pueden obtener el pago de su crédito, pero no tiene derecho a oponerse, como en el caso de las sociedades mercantiles.
- Además de estas limitaciones más estrictas que concurren en la constitución y operación de las organizaciones auxiliares de crédito, las arrendadoras financieras tienen limitado su fin social.

d) Representación de la arrendadora financiera. El representante de la arrendadora financiera requiere tener facultades generales o especiales de administración para celebrar el contrato de arrendamiento financiero, pues se trata de acto ordinario o normal de operación de la sociedad.

7.2 Elementos Reales

- a) El bien. El bien objeto del arrendamiento financiero debe ser susceptible de darse un arrendamiento, es decir, aquél sobre el que puede concederse el uso o goce. Están excluidos los bienes consumibles por el primer uso, los bienes fuera del comercio o los derechos personalísimos (uso y habitación). La **Ley de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito** no menciona particularidad alguna que deban tener los bienes objeto del contrato, de modo que pueden ser bienes muebles, inmuebles, corporales o incorporeales, como los derechos (por ejemplo, de propiedad industrial). Pueden ser objeto de contrato, conjuntos de bienes como instalaciones o todo el equipo o maquinaria de una unidad industrial.
- b) El precio. La contraprestación o precio del arrendamiento financiero debe ser en dinero, determinado o determinable, y la totalidad de los pagos parciales o rentas debe ser superior al valor de adquisición del bien.
- c) El interés. Como elemento implícito en el precio debe existir un interés. Esta es una característica esencial del contrato de arrendamiento financiero y resulta una exigencia legal contractual.
- d) Pagarés. Como movilidad del precio del arrendamiento financiero, y en relación también con la formalidad del acto jurídico, la Ley previene que la arrendataria podrá otorgar (suscribir) uno o varios pagarés; cuyo importe total corresponda al precio pactado. Como requisito, debe hacerse constar en tales documentos su procedencia de manera que queden suficientemente identificados. La transmisión de estos títulos de crédito por parte de la arrendadora financiera implica en todo caso el traspaso de la parte correspondiente a los derechos derivados del contrato.

e) El plazo forzoso. El plazo forzoso es un elemento que tiene como fundamento el concepto de uso o goce temporal del bien objeto del arrendamiento financiero, y es también un elemento del arrendamiento general (artículo 2398 del **Código Civil Federal**); el plazo forzoso es obligatorio para ambas partes y un elemento básico para el cálculo total del precio o contraprestación y para determinar el momento en que debe ejercitarse la opción por parte de la arrendataria. En la definición del arrendamiento financiero, se le señala como característica propia del contrato. La falta de plazo forzoso hace que el contrato de arrendamiento financiero deje de ser tal para convertirse, por ejemplo, en un arrendamiento civil. Como las disposiciones del arrendamiento financiero son especiales, no puede aplicarse supletoriamente el **Código Civil Federal** en materia de arrendamiento de muebles; el que establece que si no se hubiere fijado plazo, el arrendatario será libre de devolverlo cuando quiera (artículo 2460). Tampoco resultan aplicables a esta figura mercantil el plazo máximo de diez años que establece el **Código Civil Federal** para los arrendamientos de inmuebles (artículo 2398).

7.3 Elementos Formales

El contrato de arrendamiento financiero debe otorgarse por escrito y ratificarse por escrito ante fedatario. En materia de arrendamiento civil, el contrato debe también constar por escrito en prácticamente en todos los casos (artículo 2406 del Código Civil Federal).

8. Obligaciones de la Arrendadora Financiera

a) Adquirir el bien objeto del arrendamiento. La primera obligación de la arrendadora financiera, en la mayoría de los casos, es la de adquirir el bien materia del contrato. Esta obligación puede ser un requisito previo a

la celebración del contrato, o formar parte del contenido de las obligaciones del mismo.

- b) Entregar el bien. La segunda obligación es entregar el bien a la arrendataria. Este deber coincide con el establecido para el arrendamiento civil (artículos 2412, fracción I, y 2413 del **Código Civil Federal**), aunque tiene algunas particularidades. Conforme a la **Ley de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito**, la entrega debe hacerla el vendedor directamente a la arrendataria, y para efectos del cumplimiento de la obligación de la arrendadora financiera, se entiende entregada la cosa.
- c) Cesión de derechos contra el vendedor. También es práctica común que la arrendadora financiera ceda a la arrendataria los derechos que tenga respecto a garantías, servicios y responsabilidad del proveedor y exonerar a la arrendadora de cualquier responsabilidad derivada de los vicios del objeto arrendado.
- d) Conservar la cosa. La obligación de conservar la cosa arrendada durante todo el arrendamiento y hacer las reparaciones necesarias, y la obligación de garantizar el uso - que en el arrendamiento civil son a cargo del arrendador (artículos 2412, fracciones II, III y 2414 del **Código Civil Federal**) - desaparecen en el arrendamiento financiero con motivo, principalmente, de la cesión de los derechos que tiene el arrendador contra el vendedor y que ejercita la arrendataria.
- e) Cumplir con la opción. Como deber que deriva del propio contrato de arrendamiento financiero, la arrendadora financiera está obligada a cumplir con la opción que - oportunamente - ejercite la arrendataria. Para hacerlo, la arrendadora financiera debe celebrar el contrato definitivo que corresponda a la opción elegida por la arrendataria. Aunque el ejercicio de la opción puede hacerse al celebrarse el contrato, durante su vigencia o un mes antes de su terminación; el cumplimiento es siempre posterior al contrato.

- f) Contratar seguro. No es ésta una obligación que en todos los casos corresponda a la arrendadora financiera; aunque es usual que contractualmente se establezca a cargo de la arrendataria. Sin embargo, si la arrendataria no lo hace y está pactado en el contrato, la arrendadora financiera puede verse obligada a contratar un seguro para el objeto arrendado. La arrendadora financiera tiene la facultad de contratar el seguro si la arrendataria no lo hace en los tres días posteriores a la celebración del contrato.

9. Obligaciones de la Arrendataria

- a) Seleccionar al vendedor. La arrendataria debe seleccionar al proveedor, fabricante o constructor de quien la arrendadora financiera adquiera el bien.
- b) Recibir el bien. La segunda obligación de la arrendataria es recibir el objeto arrendado de parte del vendedor (entrega jurídica) o de la arrendadora financiera (entrega material). Si la arrendataria es ya propietaria del bien y lo enajena a la arrendadora financiera, la arrendataria ya está en posesión del bien y la obligación de recibirlo no existe; sólo se produce un cambio en el título y la naturaleza de la posesión del bien mencionado. Así, la posesión originaria que tiene como propietaria la futura arrendataria se convierte en posesión derivada (artículo 791 del **Código Civil Federal**).
- c) Pagar el precio. El deber más importante de la arrendataria es pagar el precio en los términos pactados; es decir, las rentas periódicas. Como modalidad del arrendamiento financiero, la renta se paga antes de recibir la cosa; esta obligación continúa o persiste aunque el objeto arrendado se pierda, salvo pacto en contrario.
- d) Usar la cosa. La arrendataria debe usar el bien solamente para el uso convenido o el que sea conforme a la naturaleza o destino del bien arrendado. Es importante notar que en el arrendamiento financiero la

arrendataria puede considerarse más que un simple usuario temporal, pues su relación con el bien lo acerca a los derechos que sobre la cosa tiene un propietario (aunque carece de la facultad de disposición y los cambios sobre la cosa requieren autorización del arrendador).

- e) Conservar la cosa y darle mantenimiento. La arrendataria queda obligada a conservar los bienes en el estado que permita el uso normal que les corresponda, a dar el mantenimiento necesario para ese propósito y, consecuentemente, a hacer por su cuenta las reparaciones que se requieran. En el arrendamiento civil, estos deberes son propios del arrendador. En cambio, en el arrendamiento financiero, esta obligación de conservar se extiende - para la arrendataria - al deber de recuperar los bienes en caso de despojo, perturbación o cualquier otro acto de tercero que afecte el uso o goce de los bienes.
- f) Contratar un seguro. En los contratos de arrendamiento financiero deberá establecerse la obligación de que se cuente con un seguro o garantía.
- g) Ejercitar la opción. Planteado como derecho de la arrendataria, el no ejercicio de la opción puede provocar responsabilidad a su derecho habiente, aunque no es propiamente una obligación pues su cumplimiento no puede exigirse. Si la arrendataria no adopta alguna de las posibilidades concedidas, es responsable de los daños y perjuicios causados a la arrendadora financiera.

10. La Opción

El elemento más característico que conforma al arrendamiento financiero es la opción. Si el contrato no contiene una opción, no es arrendamiento financiero sino otra figura semejante a éste, como puede ser el llamado arrendamiento puro.

- a) Concepto. La opción como una figura contractual autónoma se puede definir así:

Por virtud del llamado contrato de opción, una de las partes, concedente de la opción, atribuye a la otra, beneficiario de la opción, un derecho que permite a esta última decidir - dentro de un determinado período y unilateralmente - la celebración de un determinado contrato¹⁵.

Para nuestro Derecho la opción puede asimilarse a un contrato de promesa unilateral, a falta de una regulación específica de la figura negocial. La opción que previene la **Ley de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito** confiere a la arrendataria optante, aceptante o beneficiario de la opción, el derecho de elegir entre: I) Adquirir el bien; II) Prorrogar el contrato de arrendamiento; III) Participar del precio de la venta a un tercero; y IV) Otras que autorice la Secretaría de Hacienda.

- b) Requisitos. Para que la opción pactada en el arrendamiento financiero se ajuste a las normas legales del contrato de promesa reglamentado en nuestro **Código Civil Federal** (artículo 2246), del que es una especie, ésta debe reunir los siguientes requisitos:
- Contener los elementos del contrato o contratos definitivos.
 - Tener un plazo para su ejercicio y otro para su cumplimiento.
 - Debe constar por escrito, requisito que se cumple conjuntamente con la formalidad del contrato de arrendamiento financiero.
 - Que la arrendataria haya cumplido con todas las obligaciones del arrendamiento financiero.
- c) Efectos. El beneficiario del derecho de opción debe notificar a la arrendadora financiera, por escrito, la elección de la opción. El concedente debe abstenerse de enajenar, gravar o comprometer el objeto; está obligado a celebrar el contrato futuro que la arrendataria le

¹⁵ OSSORIO, Ángel, *El contrato de opción*, 2ª ed., UTEHA, México, 1963, p. 81.

indique y mediante el cuál se cumpla con la promesa concertada en la opción.

d) Contratos definitivos. Concluido el plazo forzoso, y como efecto del arrendamiento financiero y de la opción ejercida, la arrendadora financiera está obligada a celebrar con la arrendataria un convenio de prórroga o alguno de estos contratos definitivos:

- Compraventa del bien arrendado para que la arrendataria quede como propietaria. El precio es el señalado en el contrato de arrendamiento financiero y debe ser inferior al valor del bien.
- Modificar las cláusulas relativas al precio y al plazo del contrato de arrendamiento financiero, para prorrogarlo con una renta inferior.
- Para la participación de la arrendataria por la venta del bien a un tercero, hay varios contratos definitivos que pueden comprender la operación. Éstos son: la mediación, la comisión, o una venta en la que el arrendatario ceda su derecho de opción a un tercero o alguna otra figura jurídica contractual que otorgue al optante derecho a percibir una participación.
- Además de los negocios analizados, la ley autoriza a la Secretaría de Hacienda a permitir otras posibilidades para la opción mediante reglas generales, por ejemplo:
 - La participación de la arrendataria, si el bien se da nuevamente en arrendamiento (civil o financiero) a un tercero.
 - Participar en alguna proporción del valor; si la arrendadora financiera, como propietaria, conserva para sí el bien.
 - Adquisición parcial del bien y copropiedad con la arrendadora financiera o un tercero.
 - Si los bienes son divisibles, participar mediante la adquisición de una parte de ellos.
 - Tener la arrendataria derecho a otro tipo de adquisición, no sólo a la compraventa.

e) Incumplimiento. Si la arrendataria no ejercita su derecho de opción, la arrendadora financiera propietario del bien puede - en principio - pedir su devolución.

11. Modalidades

- a) Cambio de objeto. El contrato de arrendamiento financiero puede incluir, como modalidad, una obligación de la arrendadora financiera de cambiar el objeto arrendado por otro más avanzado tecnológicamente. Los casos de cambio de objeto arrendado podrán contemplar cambio en la contraprestación de la arrendataria. El contrato subsiste como tal, no termina, y tampoco es necesario celebrar otro.
- b) Arrendamiento sobre arrendamiento financiero. Como la ley no lo prohíbe, bien se puede celebrar; sujeto a las modalidades del contrato original.
- c) Cesión del contrato. Esta figura de reciente auge se apoya en la cesión de crédito y deuda, reguladas por nuestra legislación civil, aunque abarca un concepto más completo que la transmisión de la relación obligatoria. Puede aplicarse al arrendamiento financiero como útil e interesante modalidad.
- Cesión total del arrendamiento financiero por parte de la arrendadora financiera, de la arrendataria o de ambas; lo que da lugar a la entrada de una nueva arrendadora financiera o de una nueva arrendataria con el mismo contrato.
 - Cesión parcial del derecho de opción antes de su ejercicio o una vez ejercitado (sólo se produce respecto a la arrendataria).
- d) Promesa. Por las características propias de este contrato las partes - tanto arrendadora financiera como arrendataria - están en posibilidad de celebrar un contrato de promesa en relación con el objeto materia del arrendamiento financiero. Así, la arrendataria puede comprometerse a celebrar un contrato de compraventa, de arrendamiento, de comodato o puede obligarse a

constituir una garantía respecto al bien arrendado; para cuando el contrato concluya. En este sentido, también puede otorgarse como modalidad un derecho de opción como variante del contrato de promesa, con un tercero ajeno a la relación contractual entre arrendadora financiera y arrendataria. Este caso es distinto de la cesión de la opción, pues se trata de un nuevo acto jurídico en donde no interviene la autorización o notificación a la arrendadora financiera. El cumplimiento de este contrato de promesa unilateral está sujeto a que la arrendadora financiera o la arrendataria puedan disponer del bien en el plazo fijado.

12. Incumplimiento

La rescisión por incumplimiento en el arrendamiento financiero es un tema de gran importancia por los efectos que produce para las partes contratantes.

Si se constituyen obligaciones de tracto sucesivo, la rescisión surtirá efectos no retroactivos, de modo que el arrendador se quedará con todas las rentas pagadas hasta la rescisión. Sin embargo, si aplicamos el criterio de obligación instantánea al arrendamiento financiero, la rescisión deberá efectuarse con efecto retroactivo, es decir, en forma análoga a la restitución mutua prevista en los artículos 2239, 2311 y 2314 del **Código Civil Federal**, de lo cual resulta que el arrendador no podrá quedarse con las rentas pagadas hasta la rescisión.

- a) Para las dos partes contratantes, existe la posibilidad de pedir la rescisión por el incumplimiento de la otra (artículo 1949 del **Código Civil Federal**).
- b) En la vía ejecutiva mercantil, la arrendadora financiera puede exigir como beneficiaria el pago del pagaré en que la arrendataria es deudora.

- c) La arrendadora financiera, con un procedimiento especial, puede pedir la desposesión del bien a la arrendataria por incumplimiento del contrato; con los requisitos que para esta acción especial previene el artículo 33 de la **Ley de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito**.

13. Naturaleza Contractual

Quienes estudiaron la figura del arrendamiento financiero antes de que el legislador convirtiera en típico este contrato, se esforzaron por encontrar una tesis satisfactoria sobre su naturaleza jurídica. Esta cuestión ha perdido cierto interés en el Derecho Mexicano a raíz de su regulación legal.

Hay una gran variedad de tesis que intentan explicar la naturaleza jurídica del arrendamiento financiero. Para mayor claridad y la descripción breve de su contenido: las que analizan uno solo de los aspectos del contrato y pretenden ubicarlo dentro de algún contrato típico; las que consideran que esta figura contractual es el resultado de la combinación o unión de dos o más contratos típicos; y, por último, las que opinan que se trata de una figura *sui generis*, de un contrato nuevo.

a) Analizan un solo aspecto, las tesis que ven en el arrendamiento financiero:

- Un mandato por el que la arrendadora financiera compra el bien que le encarga el arrendatario.
- Un arrendamiento con ciertas variantes.
- Una venta en abonos; aunque esta opinión, de gran aceptación, tiene algunas variantes.
- Como una compraventa con reserva de dominio como la modalidad que regula el **Código Civil Federal** (artículos 2312 a 2315) en la que establece que el comprador adquiere el bien

cuando cumple con el último pago parcial y durante la vigencia del contrato se le considera arrendatario.

b) El arrendamiento financiero es combinación de dos contratos típicos:

- Como arrendamiento - venta.
- La legislación fiscal mexicana no reconoce de forma expresa la naturaleza jurídica que tiene el arrendamiento financiero. Sin embargo, en sus disposiciones se le considera como compraventa y como arrendamiento, una mezcla de ambos. Esta idea se desprende de que a la arrendataria se le permite deducir el pago del precio parcialmente como inversión propia y otra parte como arrendataria. Por otro lado, se le considera enajenación para la arrendadora financiera y adquisición para la arrendataria.

c) Como un contrato *sui generis*.

- Es un contrato de crédito.
- Es un negocio jurídico de naturaleza crediticia, una técnica de financiación, una operación financiera *sui generis*.

d) La Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia¹⁶ ha definido - en dos tesis - algunas de las características del arrendamiento financiero. Estas tesis señalan que se trata de una operación compleja, que participa de las notas de una operación de crédito, se compone de elementos diversos y tiene naturaleza mercantil. Por otro lado, afirman que es un contrato diferente del arrendamiento civil y de la compraventa en abonos y, por tanto, no puede ser subsumido en estas figuras.

En conclusión; el arrendamiento financiero es un contrato típico, perteneciente a las operaciones de crédito que regula el derecho bancario. Se trata de un solo negocio jurídico que produce diversas obligaciones para

¹⁶ Véase el Apéndice.

las partes y que se complementa con otras relaciones jurídicas que no son parte del contrato; sino que, en ocasiones, lo preceden y conviven, o se derivan de él.

CAPÍTULO CUARTO

EL CONTRATO DE INTERMEDIACIÓN COMERCIAL

1. La Intermediación Comercial

En el Derecho Mercantil, la intermediación es una actividad común y de gran importancia. Originalmente, esta rama del Derecho Privado nació para regular el comercio, que es sinónimo de intermediación.

El comercio es el conjunto de actividades que efectúan la circulación de los bienes entre productores y consumidores.¹⁷

El progreso de la civilización y la amplitud incesante del mercado han ido dificultando crecientemente el cambio directo entre productor y consumidor. Posibilitar y facilitar el cambio representa aumentar el valor de los productos.

Esta función, este empleo de la actividad humana encaminada a procurar o facilitar el cambio es una de las ramas de la producción económica que constituye precisamente la industria comercial o comercio¹⁸.

El término de intermediación aparece en algunas disposiciones de leyes de naturaleza mercantil. Por ejemplo, el **Código de Comercio** señala que son actos de comercio, las operaciones de mediación en negocios mercantiles, (artículo 75 fracción XIII), referida al contrato de corretaje.

¹⁷ GARRIGUES, Joaquín, *Curso de derecho mercantil*, Tomo I, Porrúa, México, 1979. p. 9.

¹⁸ ROCCO, Alfredo, *Principios de derecho mercantil*, Ed. Nacional, trad. de Revista de Derecho Privado, México, 1966, p. 39.

La **Ley del Mercado de Valores**, en su artículo 1, se refiere a la intermediación en el mercado de valores como la actividad objeto de la regulación de dicha ley.

El artículo 4 de la misma ley señala qué se entiende por intermediación; entre otros, las operaciones de correduría, de comisión u otras, tendientes a poner en contacto la oferta y demanda de valores.

Leyes más modernas utilizan los términos de comercialización y distribución para referirse a actividades específicas de la intermediación; por ejemplo, el artículo 9 de la **Ley Federal de Competencia Económica**, y a quienes realizan esta actividad: los denomina distribuidores el artículo 95 de la **Ley Federal de Protección al Consumidor**.

La intermediación comercial es un vocablo muy amplio que abarca una diversidad de operaciones que realizan comerciantes profesionales. La gran mayoría de estas formas de intermediación tienen su origen en contratos mercantiles que celebran productores e intermediarios. En la economía de hoy, la mayoría de los productores no venden sus artículos directamente a los usuarios finales. Entre unos y otros, se alza una legión de intermediarios de mercadotecnia que desempeñan gran variedad de funciones y ostentan gran variedad de nombres: corredores, representantes, mayoristas, distribuidores, cooperativistas, minoristas, detallistas, etc.

Los contratos de comisión, mediación o corretaje, agencia, distribución o concesión mercantil y - recientemente el de franquicia - poseen determinadas características comunes a todos ellos; como tienen, también, diferencias entre sí. Conviene anticipar, de estos contratos, un análisis de lo que es común a todos ellos y, por otro, sobre lo distintivo.

2. Características Comunes

- a) Desde el punto de vista del concepto de la tipicidad social, son típicamente mercantiles; sólo el contrato de comisión resulta legislativamente típico, al estar regulado por el **Código de Comercio**. La mercantilidad de estos contratos está reconocida en el catálogo de los actos de comercio del artículo 75 de nuestra legislación comercial. La fracción X establece que son actos de comercio, las empresas de comisiones, de oficinas de negocios comerciales y establecimientos de ventas en pública almoneda; la fracción XII habla de operaciones de comisión mercantil; y la siguiente agrega: las operaciones de mediación en negocios mercantiles. En resumen, estos contratos, salvo excepciones, no se entienden fuera del ámbito del comercio.
- b) El objetivo de estos contratos, en mayor o menor grado, es la gestión de intereses ajenos; aunque esta característica se presenta de modo distinto en cada contrato. En este sentido, estas figuras contractuales tienen relación con el mandato, pues el comisionista, el corredor, el agente o el distribuidor actúan - directa o indirectamente - por cuenta de otro. Esto significa que, mediatamente, los actos de estos mandatarios tendrán algún efecto en el patrimonio de su mandante.
- c) Consecuencia de lo anterior, es que resulten normas supletorias de estos contratos - en su mayoría atípicos - las de la comisión, en primer término como mandato especial, comercial; y, después, las del mandato regulado por el **Código Civil Federal**.
- d) Otra característica es la profesionalidad del comisionista, del corredor, del agente y del distribuidor. Todos ellos son comerciantes o empresarios mercantiles dedicados habitualmente a gestionar intereses ajenos. Son auxiliares independientes o auxiliares del comercio. Son auxiliares porque ejercen una actividad con el propósito de realizar negocios comerciales ajenos a facilitar su conclusión; y son del comercio, en tanto

no están supeditados a ningún comerciante determinado y despliegan su actividad a favor de cualquiera que lo solicite¹⁹.

- e) Por su naturaleza, los contratos mencionados celebrados por profesionales y comerciantes son onerosos. De esto deriva el que el comisionista, el mediador, el agente y el distribuidor busquen un beneficio o lucro en la celebración de estos contratos. Son onerosos por naturaleza, pues la Ley - a falta de pacto - establece una norma supletoria en la comisión y el mandato; los que suponen la existencia de remuneración según los usos del lugar (artículos 304 del **Código de Comercio** y 2549 del **Código Civil Federal**). Este principio es aplicable, como regla general, a éstos contratos; salvo a la distribución.
- f) Generalmente, estos contratos contienen una obligación de resultado específico o mínimo al que se condiciona el pago de la retribución. Se distinguen así de los contratos que producen obligaciones de actividad o medio cuyos resultados dependen de factores externos a la actividad del obligado.
- g) Los contratos son *intuitu personæ*, pues se celebran en atención a las características personales y concretas del auxiliar de comercio. Esta nota implica que sean, en principio, revocables por el mandante; y también que generalmente terminen por la muerte del mandatario. Esto no se aplica de forma absoluta a todas las figuras que se comentan, pues este hecho depende del vínculo que cada contrato produce entre las partes.
- h) Como contratos de tracto sucesivo y de duración, admiten la celebración de uno o varios subcontratos. Y, como son *intuitu personæ*, la *subcontratación* exige la autorización del primer contratante. La legislación mexicana reconoce este principio para los contratos típicos de comisión y mandato (artículos 280 del **Código de Comercio** y 2576 del **Código Civil Federal**, respectivamente); normas que son aplicables, supletoriamente, al resto de los contratos atípicos análogos.

¹⁹ MANTILLA MOLINA, Roberto, *Derecho mercantil*, 28ª ed., Porrúa, México, 1992, núm. 197.

- i) Por último; en la legislación fiscal mexicana - para ciertos efectos - se iguala al comisionista, al mediador, al agente y al distribuidor. Por ejemplo, el artículo 14, fracción IV de la **Ley del Impuesto al Valor Agregado** considera como prestación de servicios independientes: *el mandato, la comisión, la mediación, la agencia, la representación, la correduría, la consignación y la distribución*, mientras que el artículo 159-A de la **Ley del Impuesto Sobre la Renta** señala que se consideran ingresos por mediaciones: los pagos por *comisiones, corretajes, agencia, distribución, consignación o estimatorio*.

3. Principales Diferencias

- a) Por la actividad encomendada, estos contratos se distinguen en que el corredor o mediador actúa por cuenta de una o de ambas partes, pero no interviene en el negocio como el comisionista. El agente promueve negocios de su principal o le aproxima clientes, pero su actividad - de cierto modo - no es totalmente por cuenta del mandante. El distribuidor o concesionario no realiza su actividad directamente por cuenta del concedente, sino por cuenta propia; aunque cumple con todas las limitantes contractuales que le impone el concedente.
- b) Por la naturaleza de los actos ejecutados, estas figuras negociales presentan las siguientes diferencias: la comisión, implica la realización de actos jurídicos concretos calificados como mercantiles; la mediación se refiere a actos materiales y algunas veces a actos jurídicos, también específicos y concretos; la agencia, comprende actos jurídicos y materiales, cuyo contenido no está determinado de forma específica entre principal y agente, pues éste en la promoción de negocios realiza muchas actividades, no sólo actos concretos; en la distribución, todos los actos del distribuidor se realizan bajo condiciones o limitaciones generales que impone el concedente; el distribuidor puede celebrar todos los actos jurídicos posibles, pero en los términos o límites fijados por el contrato.

- c) La representación en estos contratos tiene sus variantes. El comisionista, puede obrar a nombre propio o en representación del comitente; el corredor no llega a estipular contrato, sino sólo aproxima a las partes y no actúa como representante; el agente promueve y celebra contratos a nombre del comitente. El distribuidor obra por su cuenta y en su nombre.
- d) Por las instrucciones recibidas, estos contratos son distintos en lo siguiente. El comisionista y el mediador reciben instrucciones precisas y determinadas en relación con los actos concretos que deben ejecutar. El agente tiene relativamente mayor independencia, pues recibe instrucciones generales y, muchas veces, no las recibe. El distribuidor no tiene instrucciones concretas para los actos que realiza, pero éstos tienen que circunscribirse al marco de limitaciones contractuales que le impone el concedente.
- e) Respecto a la permanencia de la relación contractual - en los contratos de comisión y corretaje - el encargo es concreto, aislado; una vez que el acto se ejecuta, el contrato queda sin materia. En los de agencia y distribución, se pretende una relación duradera, a largo plazo. El agente debe promover todos los negocios posibles y el distribuidor debe vender las mercancías objeto del contrato de concesión mercantil durante la vigencia del contrato.
- f) Relacionada con la anterior distinción, está la revocabilidad del contrato. En la comisión y la mediación, el contrato puede revocarse libremente por el comitente o mandante; ya que así lo prevé la ley, en los artículos 307 del **Código de Comercio** y 2593, fracción I, del **Código Civil Federal**. En el de agencia, por regla general no es aplicable el principio de la revocación que es inherente a la comisión.²⁰ También este principio se aplica al contrato de distribución, en donde se establecen como en el de agencia, las causas en que procede la terminación del contrato por incumplimiento.

²⁰ GARRIGUES, Joaquín, *Curso de derecho mercantil*, Tomo II, Porrúa, México, 1979, p. 122.

CAPÍTULO QUINTO

EL CONTRATO DE COMISIÓN

1. Antecedentes e Importancia

Debido a que una gran mayoría de los contratos atípicos tienen características similares o parecidas a este contrato, es que se incluye - aclarando, desde luego- que por estar regulado por nuestra legislación, no es un contrato atípico.²¹

Históricamente, la comisión nació de la relación que existía entre un comerciante que encargaba a otro la compra o venta de mercancías, por lo general en una plaza o un país distintos de los del comitente. En sus orígenes, el comisionista era empleado del comitente; es decir, era un comerciante viajero. Con el tiempo, este comerciante fue haciéndose independiente y adquiriendo características propias como persona encargada de realizar operaciones mercantiles por cuenta de otro.

La Comisión es el contrato típico mercantil que señala, en forma más o menos minuciosa, los principios que rigen las actividades de gestión; además de ser el medio usual por el que, en materia mercantil, se otorga la representación voluntaria. La comisión constituye pieza fundamental del régimen legal de las operaciones bancarias y bursátiles.

2. Concepto

En el Derecho Mexicano, la comisión es un contrato típico regulado por el **Código de Comercio** en sus artículos 273 a 308, el primero de ellos lo define como el *mandato aplicado a actos concretos de comercio*.

²¹ Véase el capítulo anterior de este trabajo.

Mientras que el contrato de mandato es, en palabras del artículo 2546 del **Código Civil Federal**, *aquél por el que el mandatario se obliga a ejecutar por cuenta del mandante los actos jurídicos que éste le encarga.*

En los términos de nuestro **Código de Comercio**, el contrato de comisión se concibe de forma amplia para cualquier clase de acto de comercio; no sólo para compraventas. Además, el comisionista puede actuar en su propio nombre o en representación del comitente, pero siempre por cuenta de este último.

3. Características

- a) Se trata de un mandato particular en el que se encuentran notas especiales de carácter comercial. La comisión, se rige por principios generales similares a los del mandato.
- b) El encargo del comisionista debe ser un acto de comercio. Éste es el elemento objetivo del contrato. Para determinar cuáles son los actos de comercio, se debe revisar el *catálogo* del artículo 75 del **Código de Comercio**.
- c) El encargo consiste en la ejecución de actos jurídicos. El encargo puede comprender actos materiales, pero con el carácter de subordinados o accesorios del acto jurídico.
- d) En la mayoría de los casos, el comisionista es un profesional. Es un auxiliar del comercio, en cuanto facilita la realización de los actos de comercio que se le encomiendan; y un auxiliar independiente, puesto que presta sus servicios a los comerciantes en general.²²
- e) El contrato de comisión, en principio, establece una relación esporádica y temporal; se aplica a **actos concretos de comercio**; una vez ejecutado el acto o la serie de actos encomendados, el contrato se extingue.

²² MANTILLA MOLINA, Roberto, *Derecho Mercantil*, 28ª ed., Porrúa, México, 1992. núm. 198.

- f) El contrato de comisión, puede ser representativo o no representativo, es decir, el comisionista puede obrar en nombre del comitente o en el propio (artículo 283 del **Código de Comercio**).

4. Clasificación

- a) Es mercantil, pues su objeto son los actos de comercio, como contrato típico del Derecho Mercantil y por a calidad de comerciantes que usualmente acompaña a una o a las dos partes. Hay una referencia expresa a la comisión en la fracción XII del artículo 75 del **Código de Comercio** que la califica de acto de comercio.
- b) Es un contrato formal, porque la ley exige que se celebre por escrito o - si es pactado verbalmente - que se *ratifique* por escrito antes de que el negocio concluya.
- c) Es bilateral, pues produce obligaciones para las dos partes, aunque estas obligaciones no son necesariamente recíprocas, para el caso de que la comisión se pacte expresamente sin remuneración para el comisionista.
- d) Por su naturaleza es un contrato oneroso, aunque puede ser gratuito si las partes así lo deciden y lo acuerdan expresamente, lo que vulneraría la característica lucrativa del Derecho Mercantil.
- e) En la mayoría de los casos es conmutativo.
- f) Por su objeto, es un contrato de gestión o de trabajo: realizar actos de comercio por cuenta ajena.
- g) Como acto jurídico previo para la realización futura de otros actos jurídicos, es un contrato preparatorio.
- h) Es un contrato principal al cumplir con un fin contractual propio; tiene existencia autónoma y, para existir, no requiere de otra relación jurídica o contrato.
- i) Es *intuitu personæ*, ya que el comisionista se elige por sus cualidades personales y profesionales, debe desempeñar el encargo por sí mismo y el contrato termina por su muerte o inhabilitación.

- j) Es un contrato típico; su contenido está reglamentado por una ley mercantil.

5. Comisión y Mandato Mercantil

En la regulación del contrato de mandato del **Código Civil Federal** se distingue entre: mandato representativo y no representativo (artículos 2560 y 2561).

Tanto el **Código Civil Federal** como el **Código de Comercio** distinguen la representación del mandato, al permitir que el mandatario o el comisionista obren a nombre propio, lo que significa que nuestros legisladores separan ambas figuras al permitir que haya mandato sin representación y representación sin mandato.

La comisión puede ser, también, representativa o no representativa. Nuestra ley previene la existencia de dos formas de actuación del comisionista frente a los terceros con quienes contrata. Puede desempeñar la comisión tratando en su propio nombre o en el de su comitente.

- a) **Comisión representativa.** Cuando el comisionista obra por cuenta y a nombre del comitente, se está frente a la comisión con representación, en la que el comisionista no contrae obligaciones propias que afecten a su patrimonio (artículo 285 del **Código de Comercio**). Los efectos de todos los actos celebrados por el comisionista con los terceros recaen directamente sobre la esfera jurídica del comitente y representado, en virtud de la figura de la representación que acompaña a la comisión. Cuando el comisionista contrate en nombre del comitente, debe manifestar al tercero que **actúa** como representante y mencionar el nombre de su representado. Es esencial a la representación que quien actúe por cuenta ajena se presente a la otra parte o al **destinatario** como

dictando reglas para unos intereses que no son suyos, sino de otra persona determinada; que se presente con investidura de representante, o sea, obre en nombre de aquella otra persona²³.

Por otra parte, la comisión que puede ser representativa y no representativa, se distingue de la posición de los factores y dependientes que siempre actúan por cuenta y en nombre del principal. Pero la representación que ostentan los factores y dependientes no se rige por el artículo 285 comentado, pues estos auxiliares del comerciante tienen su propia reglamentación legal que los hace representantes del principal.

- b) **Comisión no representativa.** Cuando el comisionista obra en su propio nombre, estamos en presencia de la representación indirecta. A esta clase de comisión se refiere el artículo 284 del **Código de Comercio** al señalar que cuando el comisionista contrate expresamente en nombre propio, tendrá acción y obligación directamente con las personas con quienes contrate; sin tener que declarar cuál sea la persona del comitente. Los efectos de los actos jurídicos que el comisionista gestiona en su propio nombre pero por cuenta del comitente recaen en su esfera patrimonial y mediante un acto posterior debe transmitir dichas relaciones hacia el comitente. En esta segunda relación no interviene el tercero con quien contrató el comisionista.

6. Elementos

6.1. Elementos Personales

A las partes que intervienen en el contrato, la Ley las denomina comitente y comisionista. Cuando la comisión es representativa, el **Código**

²³ BETTI, Emilio, *Teoría del negocio jurídico*, trad. de Martín Pérez, 2ª ed., Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959, p. 432.

de **Comercio** le llama mandatario mercantil al comisionista. Sobre la capacidad de las partes:

- a) El comitente debe tener capacidad general para contratar conforme con las reglas del **Código de Comercio** y al Derecho Común. Si es representante, sus facultades deben autorizarlo a contratar con el comisionista por cuenta de su representado, en relación con el asunto o encargo materia de la comisión. En algunos casos el comitente tendrá el carácter de comerciante, pero esto no es requisito subjetivo del contrato.
- b) El comisionista debe tener la capacidad general de contratación y, excepcionalmente, la específica para ejecutar el acto mercantil encomendado, si actúa en su propio nombre. El carácter de comerciante puede derivar de que es un profesional dedicado a actuar como comisionista o ser una sociedad mercantil.

Cuando entre comitente y comisionista hay una relación de subordinación, ésta se rige por el Derecho del Trabajo (**Ley Federal del Trabajo**) y no por el **Código de Comercio**.

6.2. Elementos Reales

- a) El acto de comercio. El artículo 273 del **Código de Comercio** define al contrato como el mandato aplicado a actos concretos de comercio.
- b) La remuneración. El comisionista tiene derecho a ser remunerado, aunque no se pacte. Las bases para determinar la prestación del comisionista son muy variadas: porcentaje sobre la mercancía vendida o comprada, o sobre el monto de los contratos celebrados; una cantidad fija; porcentaje y cantidad fija, conjuntamente; la diferencia entre los precios de compra y de venta de las mercancías; parte del beneficio que

el comitente obtendrá del negocio, entre otros. El pago de la comisión puede pactarse en dinero, en especie o en ambos. El monto o las bases para determinarla, cuando no se pactan, deben establecerse de acuerdo con los usos de la plaza del comisionista.

6.3. Elementos Formales

El **Código de Comercio** señala que el contrato de comisión puede perfeccionarse por el mero consentimiento de las partes, pero que está sujeto a una ratificación escrita antes de que el negocio concluya; por lo tanto, es formal y en ocasiones requiere de registro.

6.3.1. Obligaciones Precontractuales

Existen ciertas obligaciones o responsabilidades precontractuales que pueden nacer antes de la celebración del contrato de comisión, o aun cuando éste no se celebre. Estas responsabilidades tienen como fuente a la ley.

Por regla general, estas responsabilidades corresponden al comisionista profesional y, ocasionalmente, pueden ser del comitente.

- a) Rechazar el encargo. La primera obligación del comisionista, cuando no quiera el encargo, es rechazarlo en forma expresa. Así lo dispone el artículo 275 del **Código de Comercio** al señalar que es libre el comisionista para aceptar o no el encargo que se le hace por el comitente; pero en caso de rehusarlo, lo avisará así inmediatamente. Si el comisionista no cumple con este deber legal, se hará responsable al comitente de todos los daños que por ello le sobrevengan.

- b) Conservación de los efectos. El comisionista, aun cuando rehuse la comisión, debe practicar las diligencias indispensables para la conservación de los efectos que el comitente le haya enviado; hasta que éste provea de un nuevo encargado.
- c) Proveer de nuevo encargado. El comitente, en caso de que el comisionista profesional a quien propuso el encargo rechace la propuesta, tiene la obligación de proveer un nuevo encargado. Si el comitente incumple con esta obligación, el comisionista - para los casos en que el comitente haya enviado efectos - se libera de la obligación de conservar las mercancías y efectos recibidos. La ley concede al comisionista, además, un derecho para vender dichas mercancías.

7. Obligaciones del Comisionista

- a) Ejecutar el encargo. El comisionista está obligado a ejecutar la comisión en interés del comitente, pero no necesariamente la de obtener determinados resultados. Esta obligación y la de rendir cuentas son los deberes principales que para el comisionista derivan del contrato y a éstas pueden referirse el resto de las obligaciones que enseguida se analizan. Respecto a esta primera obligación, el comisionista debe desempeñar su encargo personalmente, pues la comisión es un contrato *intuitu personæ*, que descansa en una relación de confianza entre las partes. El comisionista no puede delegar su encargo sin autorización del comitente, aunque sí puede usar dependientes bajo su responsabilidad.
- b) Respetar las instrucciones del comitente. En la ejecución de lo mandado, el comisionista tiene como obligación el respetar las instrucciones dadas por el comitente. No puede actuar contra disposiciones expresas. Conforme a la amplitud y precisión de las instrucciones, la comisión puede ser de tres clases:

- Imperativa; con instrucciones completas, precisas y minuciosas.
- Indicativa; en la que se dan instrucciones parciales y se deja el resto al arbitrio del comisionista.
- Facultativa; en donde se formula el encargo y se dejan al comisionista las circunstancias y condiciones de la ejecución.

Para determinar en un caso concreto si el comisionista cumplió con este deber, es necesario considerar la clase de comisión confiada conforme a las instrucciones del comitente.

En lo no previsto, el comisionista deberá consultar al comitente - de acuerdo, desde luego - con la naturaleza del negocio. Si no es posible consultarlo, hará lo que le dicte la prudencia y cuidará el negocio como propio. Además de seguir las instrucciones, el comisionista debe actuar observando las leyes y los reglamentos que correspondan.

- c) Deber de informar. El comisionista tiene la obligación de informar al comitente de los hechos y circunstancias que interesen al negocio. La obligación debe cumplirse mientras se ejecuta el encargo; es decir, periódicamente.
- d) Rendir cuentas. Después de ejecutado el encargo materia de la comisión, el comisionista tiene obligación de rendir cuentas. Es este un deber distinto al de informar durante la vigencia del contrato o la ejecución de lo mandado. La rendición de cuentas debe ser completa, justificada, veraz y en relación con los libros del comisionista. Este deber, en lo que se refiere al dinero y al saldo sobrante, debe entenderse aplicable a la mercancía que no vendida o adquirida por el comisionista quedó en su poder. Cuando la comisión es en nombre del propio comisionista, éste debe trasladar al comitente los efectos jurídicos y el resultado del manato ejecutado.

e) Obligaciones precautorias. Pueden señalarse como obligaciones precautorias del comisionista, las siguientes:

- La diferencia entre el patrimonio del mandatario y las sumas o mercaderías recibidas del mandante.
- La preservación de los derechos del mandante.
- La custodia de los efectos recibidos.
- El abono de intereses y de daños por las sumas distraídas.

8. Obligaciones del Comitente

a) Proveer de fondos. El comitente está obligado a proveer de fondos al comisionista y a sufragar los gastos que éste, por su cuenta, realice. El deber de poner a disposición del comisionista las cantidades que requiera para el desempeño de su encargo está previsto en la ley. Para las comisiones cuyo cumplimiento requiere provisión de fondos, el comisionista - en principio - no está obligado a ejecutarlas si el comitente no le entrega la cantidad suficiente; también puede suspenderlas por falta de fondos. La regla no se aplica en los casos en que el comisionista se obligó a anticipar los fondos, que después deberá reembolsarle el comitente. El reembolso de gastos que el comitente debe procurar al comisionista, sobre la cuenta justificada de dichos gastos, es una obligación distinta al pago de la remuneración; y ésta, complementada por el derecho de retención, que asisten al comisionista como garantía para el cobro de esas cantidades.

b) Pagar la remuneración. La obligación más importante del comitente es pagar la remuneración al comisionista, pues se trata de un contrato naturalmente oneroso. Para que la comisión sea gratuita, sin premio para el comisionista, debe acordarse expresamente. Si no se estipulan el monto o la base de la retribución, ésta debe pagarse conforme al uso de la plaza donde se ejecute el encargo.

c) Asumir obligaciones. Cuando el comisionista actúa en nombre propio, el comitente está obligado a asumir las obligaciones que contrajo el comisionista y liberarlo de las responsabilidades contraídas en ejecución del contrato. El comitente puede no ratificar, y dejar a cargo del comisionista, las obligaciones derivadas de operaciones en que éste actuó con violación o exceso del encargo. La asunción de deudas por parte del comitente supone la ejecución de todos los actos que ello requiere; tales como endosos, cesión de créditos y deudas, notificaciones. Los posibles gastos que esto origine, serán por cuenta del comitente.

9. Prohibiciones

Nuestro Código complementa las normas de actuación del comisionista con algunas prohibiciones.

- a) Actuación personal del comisionista. La primera prohibición es delegar los encargos. El comisionista debe desempeñar por sí mismo los encargos que recibe y no puede delegarlos sin estar autorizado para ello. Se permite al comisionista usar dependientes bajo su responsabilidad.
- b) No puede alterar las marcas. Otra prohibición del comisionista es alterar las marcas de los efectos vendidos o comprados por cuenta ajena, o de los efectos de una misma especie de distintos dueños, sin distinguirlos con una contramarca que evite confusión. El incumplimiento de esta prohibición es causa de revocación de la comisión y acarrea para el comisionista responsabilidad por daños y perjuicios. La prohibición tiene importancia actual por su posible aplicación, por analogía, a otros contratos afines como los de agencia, distribución y franquicia.
- c) No puede dar crédito. El comisionista no puede, sin permiso del comitente, prestar ni vender a crédito. Si el comisionista actúa contra la prohibición - o si vende a plazos sin estar autorizado por el comitente,

pero sin informar a los compradores - el comitente puede exigirle el pago de contado.

- d) **Prohibición de autoentrada.** La autocontratación debe su origen a la práctica mercantil, y se da en aquellos casos en los que una persona tiene un poder dispositivo sobre dos patrimonios independientes. En principio se admite, y excepcionalmente se prohíbe, cuando puede haber conflicto de intereses o peligro de abuso. El artículo 299 del **Código de Comercio** contiene la prohibición de autoentrada, al señalar que ningún comisionista comprará - ni para sí, ni para otro - lo que se le haya mandado vender; ni venderá lo que le haya mandado comprar, sin consentimiento expreso del comitente. Esta prohibición tiene su norma correlativa, en la compraventa, regulada por los artículos 2280 fracción II y 2282 del **Código Civil Federal**.

10. Clases de Comisión

- a) **Comisión de transporte.** El **Código de Comercio** se refiere a la comisión de transporte en sus artículos 296 y 297, aunque no es un contrato diferente al de comisión. El primero de los preceptos citados ordena que el comisionista que hubiere de remitir efectos a otro punto deberá contratar el transporte, cumpliendo las obligaciones que se imponen al cargador. El comisionista puede obrar por cuenta y nombre propio o en nombre del comitente, y su obligación consiste en contratar el transporte, pero no en realizarlo por sí mismo o por medio de sus auxiliares. El otro artículo complementa la expedición, al obligar al comisionista a asegurar los efectos, si tiene para ello la orden y fondos necesarios.
- b) **Comisión de cobranza.** Esta no es una figura distinta de la comisión, sino una disposición que se refiere a los casos en que el comisionista está obligado a la cobranza. En algunos contratos, se pacta una prima adicional o mayor a la usual, si el comisionista debe realizar la cobranza de las operaciones en que intervenga durante el ejercicio de su encargo.

Nuestra ley ordena que si éste no cobra oportunamente o no usa los medios legales para conseguir el pago, será responsable de los perjuicios.

- c) La comisión de garantía. Esta modalidad no está prevista en la regulación del contrato de comisión en el **Código de Comercio** y por tanto, resulta ser una cláusula atípica que en todos los casos debe pactarse. Esta comisión de garantía supone que el comisionista se compromete a responder, total o parcialmente, del cumplimiento de las obligaciones asumidas con quienes contrató; en virtud de esta especial responsabilidad tiene derecho a cobrar una comisión adicional.
- d) La comisión irrevocable. Aunque no está prevista expresamente por el **Código de Comercio**, debe plantearse la posibilidad de su existencia en el contrato de comisión, por aplicación analógica de las normas sobre el mandato civil que resultan supletorias.
- e) La subcomisión. El contrato de comisión, como acto jurídico *intuitu personæ*, exige que su cumplimiento lo realice precisamente el comisionista y no otra persona. Este principio admite dos excepciones: las tareas que se encomiendan a dependientes del comisionista y la autorización expresa del comitente para que el comisionista pueda delegarlos. El concepto de subcontrato puede aplicarse a todos los casos de la comisión, sea ésta representativa o sin representación; y para cualquier acto de comercio que constituya el objeto mandado. El comisionista puede encargar la realización de las operaciones que tiene encomendadas a otros comisionistas o subcomisionistas, para los que él resulta comitente. Estos comisionistas tienen, respecto al primero, la relación jurídica propia del subcontrato de comisión que se rige por las disposiciones de la figura analizada; y sus límites, son los propios de cualquier subcontrato.

11. Terminación

Además de las causas de extinción aplicables a todos los contratos: cumplimiento, llegada del plazo, mutuo consentimiento, resolución; nuestro **Código de Comercio** contiene algunos preceptos que señalan causas específicas de terminación del contrato de comisión.

Son causas de extinción del contrato de comisión: la muerte o inhabilitación del comisionista y la revocación que haga el comitente.

- a) Muerte o inhabilitación. Cuando el comisionista es una persona física, estas causas de terminación son claras. Si se trata de una persona moral, las causas comprenden la liquidación de la sociedad y la quiebra (artículo 141 de la **Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos**). No se entienden incluidas en esta causa, aunque el contrato sea *intuitu personæ*, las situaciones de cambio de socios o de administración del ente social; pues la personalidad moral subsiste con todas sus relaciones. El contrato no termina por muerte o inhabilitación del comitente; aunque pueden revocarlo sus representantes, o sus herederos o causahabientes.
- b) La revocación. El comitente no tiene limitación alguna para revocar el contrato. El comitente puede revocar el contrato en cualquier momento, antes o después de haber contratado el comisionista con un tercero. La revocación no produce efectos frente al comisionista, sino hasta que éste lo conoce (artículo 2597 del **Código Civil Federal** como supletorio). Una revocación inesperada e inoportuna - y de acuerdo con los intereses concretos del comisionista afectado - puede generar para el comitente, la responsabilidad de pagar daños y perjuicios.

CAPÍTULO SEXTO

EL CONTRATO DE CORRETAJE O MEDIACIÓN

1. Antecedentes

Desde sus inicios, el contrato de corretaje o mediación tuvo como función facilitar la aproximación entre compradores y vendedores. Posteriormente, el mediador se convirtió en un funcionario público.

En Francia, los corredores tuvieron carácter oficial, pues no existía la libertad para ejercer libremente la mediación. Hacia 1791 se permite la mediación libre en ese país, aunque era necesaria una patente que se concedía fácilmente²⁴.

Actualmente, existe cierta confusión en esta materia. Por un lado, encontramos a los corredores públicos regulados por la **Ley Federal de Correduría Pública**; y por otro, a las personas - físicas o morales - que realizan funciones de intermediación, a quienes puede denominarse *intermediarios libres*; y en otros casos, corredores ocasionales.

Una ejecutoria de la Suprema Corte de Justicia ha hecho una clara distinción entre la *correduría pública* y la *intermediación simple*, y menciona que esta última actividad puede desempeñarse sin trabá alguna.²⁵

En la descripción legal de los actos de comercio se mencionan las operaciones de mediación en negocios mercantiles (artículo 75, fracción XII del **Código de Comercio**).

²⁴ BAUCHE GARCIADIEGO, Mario, *La empresa*, 2ª ed., Porrúa, México, 1983, p. 416.

²⁵ Véase en el Apéndice la tesis judicial: *Correduría pública e intermediación simple. Son instituciones diferentes.*

2. Denominación

El contrato recibe la denominación de contrato de corretaje o contrato de mediación. Los términos tienen aplicación indistinta. Las legislaciones que se ocupan de la materia han adoptado estos vocablos.

En nuestro Derecho, la **Ley Federal de Correduría Pública** regula a los corredores y, en los actos de comercio que enumera el **Código de Comercio**, menciona a las operaciones de mediación. La **Ley del Mercado de Valores**, en su artículo 4, se refiere a la mediación y a la correduría. El artículo 14 fracción V de la **Ley del Impuesto al Valor Agregado** utiliza los términos mediación y correduría, no corretaje; y el artículo 159-A de la **Ley del Impuesto Sobre la Renta**, les llama corretajes. La Suprema Corte de Justicia al contrato le llama indistintamente de corretaje o de mediación.²⁶

En la doctrina, encontramos que los términos se usan prácticamente como sinónimos. Algunos autores le llaman simplemente corretaje o correduría. Otros sólo emplean los vocablos mediación o intermediación. En general, se utilizan los dos términos con igual significado. Dice Bauche que, en el caso de corretaje, tiene o puede tener bastante importancia que se le atribuya un sinónimo tan confuso como es el término mediación.²⁷

Frente a la terminología de origen italiano, se opta por la denominación de contrato de corretaje, de remoto abolengo histórico en nuestro derecho²⁸.

²⁶ Véase en el Apéndice la tesis: *Corretaje o mediación en negocios mercantiles*.

²⁷ BAUCHE GARCADIAGO, Mario, *La empresa*, 2ª. ed., Porrúa, México, 1983, p. 417.

²⁸ GARRIGUES, Joaquín, *Curso de derecho mercantil*, Tomo II, Porrúa, México, 1979, p. 122.

3. Concepto y Características

El contrato de corretaje puede definirse de diversa manera según se le considere, un contrato unilateral o bilateral.

Como contrato unilateral; aquél por el que una persona se obliga a abonar a otra, llamada mediador o corredor; una remuneración por indicarle la oportunidad de concluir un negocio con un tercero o por servirle de intermediario de esa conclusión.

Si se considera que del contrato derivan obligaciones para el corredor (bilateral), la definición en este sentido sería:

Es aquel contrato por cuya virtud una de las partes (corredor) se compromete a indicar a otra (comitente) la oportunidad de concluir un negocio jurídico o a servirle de intermediario en esta conclusión a cambio de una retribución, llamada comisión o premio.

Las características de este contrato son:

- a) El corredor se compromete a facilitar la conclusión de un contrato o negocio pero sin invertir en él y sin comprometerse a lograr determinado resultado. Mientras el representante sustituye al representado, en la mediación no hay tal sustitución, limitándose la intervención del mediador se limita a poner en contacto a su principal con el tercero a efecto de que ambos - y no el mediador - celebren el negocio.
- b) El corredor se limita a poner en relación a los futuros contratantes, sin participar él personalmente en el contrato.
- c) El corredor o mediador es independientemente de las partes que llevan a cabo el negocio y no las representa, actúa como colaborador independiente.

- d) El mediador no es un colaborador estable; es ocasional, esporádico. Se contrata con él para operaciones o actos concretos, no generales.
- e) La remuneración o premio del corredor pertenece a la naturaleza misma del contrato y está ligada al resultado.
- f) El corredor, puede ser contratado, por una o las dos partes interesadas; sin que exista prohibición alguna, como en el contrato de comisión (artículo 299 del **Código de Comercio**), pues no actúa por cuenta de las partes.

4. Clasificación

El contrato de corretaje puede clasificarse como:

- a) Mercantil, por su naturaleza (artículo 75, fracción XIII del **Código de Comercio**); aunque excepcionalmente puede pensarse en un negocio civil, en el que el corredor no es profesional y el contrato buscado no es comercial.
- b) Consensual, porque para su perfeccionamiento no requiere de formalidad alguna que la ley le imponga.
- c) Bilateral, cuando produce obligaciones para el comitente y el corredor. En los casos en que sólo nacen obligaciones para el comitente y el mediador a nada se obliga, el contrato tiene carácter unilateral.
- d) Por su naturaleza, oneroso; porque la retribución es un elemento importante del contrato.
- e) Prácticamente en todos los casos conmutativo.
- f) Un contrato de gestión de intereses ajenos, como el mandato.

- g) Un negocio *intuitu personæ*, ya que el cliente escoge al mediador por las cualidades personales que posee.
- h) Preparatorio, como contrato que precede a una situación o relación jurídica, como antecedente de otro acto jurídico.
- i) Principal, y no accesorio, como negocio autónomo cuya existencia no depende de otra relación.
- j) Atípico - aunque se le mencione en algunas leyes y se le regule a los corredores públicos - porque su contenido, derechos y obligaciones de las partes no están regulados en la legislación mexicana.

5. Elementos

5.1. Elementos Personales

- a) Denominación. Las partes de este contrato reciben los nombres de cliente, comitente, mandante u oferente, por un lado; y de corredor, mediador, intermediario o mandatario, por otro. El artículo 7 de la **Ley Federal de Correduría Pública** señala que sólo pueden ostentarse como corredores públicos las personas habilitadas por la Secretaría de Comercio y establece una sanción para quien no cumpla.
- b) Concepto. En la **Ley Federal de Correduría Pública** no se define al corredor público, sino sólo se le señalan sus funciones. En el texto derogado del artículo 51 del **Código de Comercio**²⁹ se definía al corredor público como:

²⁹ Este artículo fue derogado por el artículo segundo transitorio de la *Ley Federal de Correduría Pública*, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 29 de Diciembre de 1992.

El agente auxiliar del comercio con cuya intervención se proponen y ajustan los actos, contratos y convenios y se certifican los hechos mercantiles. Tiene fe pública, cuando expresamente lo faculta este código u otras leyes, y puede actuar como perito en asuntos de tráfico mercantil.

- c) Capacidad. Para celebrar el contrato de corretaje, las partes sólo requieren de la capacidad general de contratación. La capacidad para la celebración del negocio materia de corretaje, puede adquirirla el cliente después de celebrado el contrato de corretaje. Por ejemplo, un extranjero que desea adquirir un inmueble puede celebrar un contrato de corretaje, aún cuando no tenga el permiso de la Secretaría de Relaciones Exteriores; o una sociedad, antes de obtener autorización para operar como arrendadora financiera, puede celebrar un corretaje para que un intermediario le consiga negocios.
- d) Corredor público y corredor privado. Resulta importante distinguir entre corredores públicos - cuya actividad regula la **Ley Federal de Correduría Pública** - de lo que se ha llamado corredores privados o intermediarios libres, no titulados o habilitados por la Secretaría de Comercio, designados también como ocasionales.

Los corredores públicos tienen varias funciones: agente mediador, perito valuador, asesor jurídico y fedatario público. Para ser corredor público, se requiere estar habilitado por la Secretaría de Comercio y cumplir con los requisitos que la **Ley Federal de Correduría Pública** señala.

Por la actividad de mediación que realizan personas físicas y morales, como parte del contrato de corretaje, es importante determinar si el corredor o mediador es o no comerciante. La mediación, considerada en su sentido genérico, no debe revestir necesariamente esa condición

mercantil; como tampoco el mediador ha de ser obligadamente comerciante. Muchas mediaciones lo serán en negocios puramente civiles.

Como la función de mediación o correduría puede ser desempeñada por cualquier persona, física o moral, y las operaciones de mediación en negocios mercantiles son actos de comercio (artículo 75 fracción XIII del **Código de Comercio**); quien realiza habitualmente esta actividad tiene el carácter de comerciante. La mediación es una actividad comercial y libre, por lo que sólo están acotadas y reservadas para los corredores públicos las intervenciones que hagan con el carácter de fedatarios o de peritos.³⁰

Sin embargo, a los corredores públicos les está prohibido comerciar por cuenta propia o ser comisionistas (artículo 20 fracción I de la **Ley Federal de Correduría Pública**), de modo que éstos no tienen el carácter de comerciantes, aun cuando actúen como agentes mediadores e intermediarios. La actividad que realizan como intermediarios es parte de la actividad profesional que desarrollan como prestación de servicios.

5.2. Elementos Reales

- a) Los servicios de mediación. El contenido de la relación consiste, para el mediador, en poner en relación dos o más partes para la conclusión de un negocio. Los servicios del corredor pueden consistir en indicar la oportunidad de celebrar un contrato, mediar entre las partes o ambas. Esta labor del corredor debe ser determinada y lícita. Los actos de intermediación son generalmente actos materiales más que actos jurídicos. En algunos contratos, además de las labores propias de la mediación, pueden añadirse otros servicios que acompañan naturalmente a este contrato. Por ejemplo, transmitir declaraciones recíprocas, procurar

³⁰ Véase en el Apéndice la tesis judicial: *Correduría Pública e intermediación simple. Son instituciones diferentes.*

acercamiento a los contratantes, asesoría jurídica en la negociación y otras.

- b) La remuneración. La contraprestación a que tiene derecho el corredor se conoce también bajo los nombres de premio, comisión, corretaje, retribución; en el caso de los corredores públicos se les llama honorarios (artículo 13 de la **Ley Federal de Correduría Pública**).

La retribución puede pactarse en dinero, en especie o una parte en dinero y otra en especie. Puede ser una cantidad fija o un porcentaje de la operación. Cuando no se fija el monto - por aplicación analógica del artículo 304 del **Código de Comercio**; relativo a la comisión - se regula por el uso de la plaza donde se realice la comisión. En otros casos, puede acudir a un arancel - si existe - a los usos comerciales del lugar o a la equidad.

Es necesario destacar que además de la retribución, como en el caso de la comisión, existe el anticipo y el reembolso de gastos al corredor o al mediador; lo que es obligación del cliente en determinadas circunstancias.

5.3. Elementos Formales

El contrato de corretaje no requiere formalidad alguna para su perfeccionamiento. No son aplicables por analogía, las normas sobre la formalidad escrita, ratificación o confirmación del contrato de comisión (artículo 274 del **Código de Comercio**) o del contrato de mandato (artículo 2552 del **Código Civil Federal**).

Sin embargo - como en muchas ocasiones hemos señalado en la cátedra, retomando las palabras del Lic. J. Jesús Pozo Vázquez³¹ - *los contratos se celebran con personas honorables y los papeles sirven por si intentan dejar de serlo*; por lo que siempre es recomendable darle alguna formalidad al negocio jurídico relativo.

6. La Relación de Mediación

La naturaleza de la relación o del negocio de mediación puede plantearse bajo tres distintos esquemas. Puede calificarse de contrato bilateral, de contrato unilateral o de una relación no contractual. En este último caso, se habla de una relación de mediación.

El que el contrato sea bilateral o unilateral depende del contenido concreto de cada contrato de corretaje. Si las dos partes se obligan, hay un contrato bilateral; si sólo se obliga el cliente o comitente, el contrato es unilateral.

Hay que distinguir:³²

- a) El contrato unilateral de corretaje puro; cuando el corredor no se obliga a la actividad, y su prestación es únicamente una condición de su derecho a recibir una comisión.
- b) El contrato bilateral de corretaje, en el cuál el corredor asume una obligación dirigida a indicar la ocasión para concluir un contrato.

Sólo que el corredor asuma un compromiso de encontrar a una contraparte para el cliente o de indicarle la oportunidad de un negocio, se

³¹ El Sr. Lic. J. Jesús Pozo Vázquez, "*Papá Chuchito*", fue excelente catedrático de la entonces Escuela de Leyes del Colegio Civil del Estado de Querétaro a principios del siglo XX; a su vez, es bisabuelo del tesista y un aula del Patio de los Naranjos del Edificio Dr. Octavio Mondragón, lleva su nombre.

³² ENNECCERUS, Ludwig, Tratado de Derecho Civil, Tomo II, Volumen 2, s/n ed., Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1955.

puede hablar de un contrato bilateral. No resultan aplicables, para este caso, las normas sobre la relación laboral en la que se presume una relación de subordinación (artículo 21 de la **Ley Federal del Trabajo**); ni el supuesto de enriquecimiento ilegítimo como fuente de obligaciones civiles (artículo 1882 del **Código Civil Federal**).

7. Obligaciones del Corredor

- a) Procurar la conclusión del negocio encomendado. Éste es el trabajo del corredor. La conclusión del negocio es sólo circunstancial y depende más de la voluntad del oferente y de la del posible tercero, que de la del mismo corredor.
- b) Informar al cliente. El corredor debe mantener informado al cliente del desarrollo de sus gestiones, con todos los detalles que pudieren influir sobre la valoración y conveniencia del negocio. En nuestro Derecho, esta obligación se asemeja a la del comisionista y a la del mandatario; y las normas de estos negocios típicos podrán auxiliar y complementar la forma en que este deber del corredor debe cumplirse.
- c) Confidencialidad. El corredor tiene el deber de reserva respecto a las instrucciones que reciba de su cliente y respecto de toda otra noticia que llegue a su conocimiento en el curso de su gestión para la realización del negocio. Este deber lo impone expresamente, para los corredores públicos, el artículo 15 fracción V de la **Ley Federal de Correduría Pública**.
- d) Cumplir personalmente. El corredor debe cumplir personalmente, los encargos encomendados, pues el contrato es *intuitu personæ*. Puede delegar su actividad si está expresamente facultado para ello, por aplicación de los principios y reglas que rigen a los contratos semejantes de comisión y mandato. También el mediador puede usar dependientes, y esto resulta de especial interés en los casos en que el intermediario es una persona moral.

8. Obligaciones del Cliente

- a) Proporcionar datos al corredor. El cliente debe suministrar al corredor los datos necesarios y suficientes para que pueda realizar su gestión. Esta obligación comprende el auxiliar al corredor en todo aquello que pueda facilitar su actuación durante el tiempo del encargo. Por ejemplo: entregar documentos, explicar los detalles del negocio en la forma en que desea que se realice, darle acceso a los bienes o mercancías sobre las que recae el encargo para mostrarlas al posible interesado en participar en el negocio jurídico encomendado al corredor.
- b) Pagar la retribución. La principal obligación del cliente es pagar la comisión, honorarios o premio al corredor.
- En lo relativo a la cuantía, debe pagarse lo acordado por las partes, y a falta de pacto, puede aplicarse el arancel que existe para esta actividad profesional y - en su caso - tomar en cuenta los usos mercantiles del lugar donde fue concluido el negocio, por aplicación analógica del artículo 304 del **Código de Comercio**.
 - La relación de causalidad es un importante requisito que debe existir entre la gestión del corredor y la celebración del contrato, para que el mediador tenga derecho a la contraprestación. La Suprema Corte de Justicia señala que el corredor podrá reclamar su premio solamente cuando el negocio haya sido realmente realizado³³.
- c) Reembolsar los gastos del corredor. Ésta es una obligación distinta de la de abonar el premio de la comisión. El cliente debe satisfacer al contado al corredor, mediante cuenta justificada, el importe de todos sus gastos; por aplicación analógica del artículo 305 del **Código de Comercio**.

³³ Véase en el Apéndice, la tesis: *Corredor, retribución*.

9. Modalidades

- a) El pacto de exclusiva. Esta modalidad es una cláusula que en ocasiones aparece en este tipo de contratos y que, en principio, beneficia al corredor. El pacto de exclusiva significa que el cliente no puede contratar a un segundo corredor a quien se le encargue su intervención para el mismo negocio objeto de la intermediación del primero. Este derecho del mediador debe quedar sujeto a un término; pues supone para el oferente, una obligación de no contratar especie de las obligaciones negativas, que limita su libertad. Por tanto, como requisito de validez, el pacto de exclusiva debe quedar sujeto a un término. El incumplimiento del pacto de exclusiva, por parte del cliente, lo responsabiliza por los daños y perjuicios frente al mediador. Esto tiene como fundamento legal el artículo 2280 del **Código Civil Federal**, principio general de las obligaciones de no hacer. Sin embargo, el corredor no pierde su derecho a la prima y debe probar la relación de causalidad entre la gestión y el resultado del negocio concluido, a pesar de que exista incumplimiento de la exclusiva.
- b) El subcorretaje. Otra de las modalidades que pueden pactarse en este contrato, es la posibilidad de subcontratar con un tercero la totalidad o parte de la ejecución de la mediación. Como acto jurídico *intuitu personæ*, supone que al corredor se le elige por sus cualidades personales para el desempeño de su labor. Para la celebración de este contrato derivado, se requiere la voluntad del cliente, por aplicación analógica de las normas de la comisión y del mandato; las que prohíben al comisionista y al mandatario delegar su encargo sin autorización (artículos 280 del **Código de Comercio** y 2574 del **Código Civil Federal**, respectivamente).

El subcorretaje, como todos los contratos dependientes, está limitado por el contrato base de corretaje del que deriva. Al submediador, por tanto, le son aplicables todas las limitaciones y normas a que está sujeto el

corredor original y su remuneración sólo puede reclamarla al corredor con quien la pactó, siempre que el negocio se concluya.

10. Terminación

El contrato de corretaje termina, usualmente, con su cumplimiento; es decir, por la conclusión del negocio y pago de la prima. Puede también concluir por mutuo disenso, por pérdida de la cosa objeto del negocio principal o porque éste se haga imposible.

- a) El plazo. El contrato termina a la llegada del plazo; si dentro del período de vigencia, el corredor no ha logrado el resultado deseado por el cliente que lo hace acreedor a su premio. Es usual que estos contratos tengan un término, sobre todo cuando contienen el pacto de exclusiva. Sin embargo, el corredor tiene derecho a su retribución, después de transcurrido el plazo, si el negocio objeto del contrato de mediación se concluye por la actividad de intermediación realizada (relación de causalidad). En estos casos, el efecto perdura aun extinguida la relación contractual.
- b) Renuncia del corredor. Al igual que en el mandato, el corretaje puede terminar por renuncia del corredor. El intermediario que no ha asumido compromiso preciso, puede desinteresarse impunemente del negocio; sin embargo, cuando haya empezado a ocuparse de él, debe informar a las partes en cuanto al mismo se refiera. La renuncia, como el rehusé del contrato, debe ser clara y expresa, por aplicación de las normas supletorias de la comisión. Salvo pacto en contrario, el corredor que renuncia no tendrá derecho a que se le reembolsen los gastos efectuados.
- c) La revocación. Otra causa de terminación del contrato es la revocación del cliente al mediador. Si el contrato es revocado sin justificación alguna por parte del comitente, éste estará obligado a reembolsar los gastos del

corredor y - en algunos casos - al pago de daños y perjuicios, salvo pacto en contrario.

- d) La muerte del corredor. Por último, la muerte del corredor produce la extinción del contrato, dado que es un contrato *intuitu personæ*. Respecto a la persona moral que es mediador, esta causa no se aplica, pero se extingue la relación contractual por la inhabilitación para el ejercicio del comercio (quiebra y liquidación). La muerte del cliente, es causa de extinción del contrato. Sin embargo, sus herederos adquirirán la obligación de pagar el corretaje y de reembolsar los gastos; si se concluye por la actividad de intermediación realizada (relación de causalidad). En estos casos, el efecto perdura aun extinguida la relación contractual.

11. Naturaleza Contractual

En nuestro Derecho, el contrato es atípico; pero sus características y la práctica comercial le conceden una tipicidad social, con particularidades bien definidas como figura autónoma y distinta de las legisladas como típicas.

En lo que se refiere a las normas supletorias, a falta de regulación legal en la práctica habrá que estar, especialmente - en orden al contenido y efectos del contrato - a lo que establezcan los usos del comercio y las normas del contrato de comisión que puedan ser aplicadas por analogía.

La comisión, el mandato y la prestación de servicios, en este orden, resultan contratos análogos. El primero, por el marcado carácter mercantil de la mediación; el mandato como género de los contratos de gestión por cuenta ajena; y la prestación de servicios, por el contenido de algunas obligaciones del corredor que resultan actos materiales y no jurídicos. Hay que mencionar, además, la importancia que para este contrato tienen los

usos mercantiles; en lo que debe determinarse de qué plaza son dichos usos, así como la regulación de los corredores públicos que nuestra ley contiene.

CAPÍTULO SÉPTIMO

EL CONTRATO DE AGENCIA

1. Agencia, Agente y Contrato de Agencia

Se hace necesario - para analizar el contrato de agencia, primeramente - distinguir entre agencia como establecimiento, el agente y el contrato de agencia.

El término agencia tiene, según el Diccionario de la Academia, distintos significados; los que a su vez tienen contenido jurídico. Tanto se refiere al oficio o encargo de agente, como a su oficina o despacho; a la empresa destinada a gestionar asuntos ajenos o, en fin a la sucursal o delegación subordinada de una empresa.³⁴

A la agencia, como establecimiento o empresa, hacen referencia diversas disposiciones de nuestro ordenamiento legal. Por ejemplo, el **Código de Comercio** - en el artículo 75, fracción X - establece que son actos de comercio: las empresas de comisiones, de agencias, de oficinas de negocios comerciales y establecimientos de ventas en pública almoneda.

Además, los artículos 3 del **Código de Comercio** y 251 fracción III de la **Ley General de Sociedades Mercantiles** consideran comerciantes a las sociedades extranjeras o las agencias y sucursales de éstas.

El **Reglamento de la Ley Federal de Turismo** - en su artículo 2, fracción I - hace referencia a las agencias de viajes, como la empresa que contrata o actúa como intermediario en beneficio del usuario de servicios

³⁴ DICCIONARIO JURIDICO MEXICANO, 2ª ed., Porrúa, México, 1988, Voz: *Contrato de Agencia*.

turísticos. Para efectos fiscales, el artículo 2 de la **Ley del Impuesto Sobre la Renta**, establece que tienen el carácter de establecimiento permanente, entre otros, las sucursales, agencias, oficinas y fábricas como lugar de negocios en que se desarrollan actividades empresariales.

a) Al agente como persona física o moral que actúa por cuenta de otra se refieren muy distintas leyes mexicanas.

- El agente naviero es la persona moral que actúa en nombre del naviero u operador como mandatario o comisionista (artículo 19 de la **Ley de Navegación**).
- Los agentes de seguros son las personas físicas o morales que intervienen en la contratación de un seguro (artículo 23 de la **Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros**).
- El agente de fianzas es la persona que interviene en la contratación de fianzas (artículo 87 **Ley de Instituciones de Fianzas**).
- El agente de valores es el intermediario en el mercado de valores a través de las casas de bolsa, las que deben estar constituidas como sociedades anónimas (artículos 9 y 22 de la **Ley del Mercado de Valores**).
- El agente aduanal tiene como función promover, por cuenta de importadores o exportadores, el despacho de mercancías (artículo 26 de la **Ley Aduanera**).
- Por último, la **Ley Federal del Trabajo** regula a los agentes de comercio (de seguros, vendedores, viajantes, propagandistas o impulsores de ventas) y los considera como trabajadores de la empresa cuando prestan sus servicios en forma permanente y bajo una relación de dependencia con un patrón (artículos 285 y siguientes).

Hay un denominador común en los ejemplos antes enumerados, de las diversas clases de agentes, y es el elemento de la actuación por cuenta ajena; independientemente de que exista o no la representación.

- b) El contrato de agencia, en su aspecto mercantil, no está regulado como tal en nuestro derecho y es, por tanto, un contrato atípico. Tiene naturaleza mercantil cuando se celebra entre comerciantes independientes y no hay subordinación entre el agente y el empresario, pues en este último caso, la relación tiene carácter laboral y se rige por la ley respectiva. En materia fiscal, el artículo 14, fracción IV de la **Ley del Impuesto al Valor Agregado** señala que se considera prestación de servicios independientes al mandato, la comisión, la mediación, la agencia, la representación, la correduría, la consignación y la distribución. El artículo 159-A de la **Ley del Impuesto Sobre la Renta** se refiere a los ingresos por mediaciones derivados de diversos contratos como el de agencia.

2. El Agente

El agente como una de las partes del contrato mercantil es, generalmente, un comerciante. Sin embargo, puede haber diversas clases de agentes y distintas relaciones de éstos con el empresario. En ciertas circunstancias, esta relación tiene carácter laboral.

- a) Concepto. Se denomina agente de comercio al comerciante que es parte en contratos de agencia de naturaleza mercantil. Con este calificativo se distingue de otra clase de agentes. En sus orígenes, surge el agente como una figura compleja; en la que se funden elementos de otras figuras mercantiles. De los comisionistas y de los mediadores toma el agente su carácter de comerciante independiente; de los auxiliares independientes del comerciante recibe la nota de la permanencia en la relación que une a

otros comerciantes; con unos y con otros coincide su actividad como actividad mediadora y representativa³⁵.

*Agente de comercio es la persona física o moral que, de modo independiente, se encarga de fomentar los negocios de uno o varios comerciantes.*³⁶

b) Clases. El agente de comercio es comerciante, ya que realiza actos calificados de comerciales y, por la relación continuada o estable de su actividad y el requisito de independencia, generalmente tiene la condición de empresario. El agente de comercio puede o no tener la representación del empresario, pues no es inherente a su función actuar en nombre del mandante.

- Es posible distinguir al agente de comercio que tiene representación de su mandante, de aquél que actúa sin representar al empresario. Así, se puede hablar de agente representativo y agente sin representación.
- El agente de comercio puede o no ser exclusivo, y ello depende de cada uno de los contratos que celebre. Por esta razón, puede haber un agente exclusivo y un agente sin exclusividad o no exclusivo.
- Existe otra clase de agentes - aunque cada vez más en desuso - por las facilidades de las comunicaciones, agentes viajeros y agentes de ventas, por oposición a los agentes de comercio o comerciales. Los agentes de ventas tienen su misión circunscrita a determinado territorio, en tanto que los viajeros recorren una zona más o menos amplia e incluso todo el país³⁷. Las funciones del agente de ventas y del viajante son más limitadas que las del agente comercial. Los primeros suelen reducir su actividad a visitar clientes; a fomentar sus ofertas de contrato; a recoger sus pedidos para trasladarlos al empresario mercantil al que auxilian; el cuál, en este caso, debe

³⁵ GARRIGUES, Joaquín.- *Curso de Derecho Mercantil*.- Tomo II.- Porrúa.- México, 1979.- p. 118.

³⁶ MANTILLA MOLINA, Roberto.- *Derecho Mercantil*.- 28ª. ed.- Porrúa.- México, 1992.- núm. 207.

³⁷ Idem.- núm. 223.

aceptarlos; o, en pocas ocasiones, poseen poderes para concretar contratos en firme en nombre de su principal; o salvo aprobación posterior de éste. Sus facultades, e incluso su forma de retribución, suelen ser variados y dependen - frecuentemente - del ramo mercantil o de la naturaleza de la actividad que desarrollan.

En nuestro **Código de Comercio** hay una diferencia a los dependientes viajantes (artículo 323) que tienen el carácter de agentes de comercio, representativos en tanto que obligan al principal dentro de sus atribuciones expresadas en los documentos que los autoricen y su relación es de naturaleza laboral, pues son dependientes. Puede encontrarse la descripción de estos auxiliares del comerciante en la **Ley Federal del Trabajo** que se refiere a los agentes viajantes (artículo 285).

- c) Aspecto laboral. Una cuestión de gran importancia en la relación entre el agente y el principal es el determinar en qué casos se está en presencia de un contrato de agencia mercantil y en qué casos hay una relación de naturaleza laboral. La **Ley Federal del Trabajo** contiene un capítulo dedicado a los agentes de comercio y otros semejantes; en el artículo 285 de dicho ordenamiento se establece que los agentes de comercio, de seguros, los vendedores, viajantes, propagandistas o impulsores de ventas y otros semejantes son trabajadores de la empresa o empresas a las que prestan sus servicios cuando su actividad sea permanente; salvo que no ejecuten personalmente el trabajo o que únicamente intervengan en operaciones aisladas.

3. Concepto y Características

El contrato de **agencia** es aquél por el cuál una persona --llamada agente, como intermediario independiente, de forma permanente y estable - se obliga a promover y, en su caso, a concluir negocios por cuenta del

empresario, mediante una contraprestación generalmente ligada a los resultados.

Son características de esta figura contractual:

- a) El agente, que es un comerciante independiente y no un trabajador del empresario.
- b) Es un contrato de duración, por lo que generalmente se celebra para plazos largos o por término indeterminado. Se busca una relación permanente y estable, pues el agente no es un colaborador ocasional.
- c) El objeto del contrato es promover y, en su caso, concluir contratos por cuenta del principal. El contrato no se agota en actos concretos, como los contratos de comisión o corretaje.
- d) El agente obra por cuenta del empresario y puede o no ser su representante. Hay, así, dos clases de agencia: representativa y sin representación.
- e) La remuneración del agente depende, prácticamente en todos los casos, de los resultados.
- f) Es común que se pacte en algunos de estos contratos, la exclusiva para determinada zona o territorio, en beneficio del agente, del principal o de ambos.

4. Clasificación

- a) Por su naturaleza, es un contrato mercantil en los casos en que lo celebra una empresa (artículo 75 fracción X, del **Código de Comercio**) o si las partes que en él intervienen tienen la categoría de **comerciantes**. Además, será mercantil cuando el lucro sea el fin que anima al agente a actuar como tal.

- b) En relación con su función económica, es un contrato de colaboración; pues el agente coopera con su actividad económica al mejor desarrollo de la otra parte.
- c) Es un contrato que no requiere formalidad alguna para su celebración y, por tanto, es de forma libre o consensual. Por aplicación analógica de las normas de la comisión, y sólo cuando exista representación, debe hacerse de la forma que para dicho contrato prescribe el **Código de Comercio** en su artículo 285 relacionado con el 2555 del **Código Civil Federal**. Por tratarse de un contrato de duración y que se celebra entre empresas o entidades económicas importantes, en la práctica se celebra por escrito.
- d) Es un contrato bilateral, porque produce obligaciones para las dos partes: empresario o mandante y agente.
- e) Es un contrato oneroso, ya que la retribución es un elemento natural del contrato.
- f) Casi siempre es conmutativo en relación con la forma y bases que se establezcan para determinar la retribución del agente.
- g) Es un contrato de **gestión**, especie del género **mandato**.
- h) Es un contrato de duración o tracto sucesivo; es decir, su ejecución no es instantánea, sino que se prolonga en un plazo generalmente largo.
- i) Es un contrato *intuitu personæ*, pues el empresario contrata con el agente por las cualidades personales y profesionales que éste posee. La confianza pasa a convertirse en uno de los elementos configuradores básicos de la causa del contrato.
- j) Es un contrato preparatorio, como contrato que previene una situación que será antecedente de otros contratos.
- k) Es un contrato **atípico** en nuestro derecho, pues su contenido no está disciplinado en la legislación.

5. Elementos

5.1. Elementos Personales

Las partes que intervienen en el contrato de agencia se denominan: agente, mandatario o representante - por un lado - y empresario, principal, mandante o representado, por el otro. En el **Código de Comercio** se le llama principal a la contraparte de la relación con los factores y dependientes. El mandante o principal, que prácticamente en todos los casos es una empresa y por lo general una sociedad mercantil, debe tener capacidad general para contratar. Esta misma capacidad es la que debe tener el agente.

5.2. Elementos Reales

- a) La actividad del agente. El contrato de agencia difiere del mandato, únicamente, en que el mandatario se compromete precisamente a celebrar los contratos, no a conseguir clientes a la otra parte; lo que es una actividad material no jurídica. La actividad del agente se caracteriza por la promoción y, en su caso, la conclusión de negocios y contratos por cuenta del empresario. El contenido de la actividad por desarrollar puede ser muy amplio. Aunque normalmente los contratos que promueve y concluye el agente son los de compraventa, es claro que la materia del contrato de agencia puede ser cualquier negocio.
- b) La retribución. La contraprestación que recibe el agente, se denomina también comisión, premio o compensación y puede ser en dinero o en especie. Suele fijarse mediante porcentaje de los contratos concluidos o los pedidos u órdenes de compra logrados para su mandante. En la práctica, hay que tener presente cómo se fijan las bases para determinar la manera de calcularse el porcentaje y las comisiones que devenga el agente. Por ejemplo: el precio neto de venta que excluye los fletes, el empaque, derechos aduanales y otros que conviene señalar

expresamente en el contrato. Cuando no se acuerda el monto o la base de la retribución, debe acudirse a los usos de la plaza del agente o del lugar donde se concluye el negocio; por aplicación analógica del artículo 304 del **Código de Comercio** relativo al contrato de comisión.

5.3. Elementos Formales

Como contrato atípico, no regulado por ley alguna en nuestro Derecho, no hay disposición que obligue a que el contrato revista formalidad alguna para su validez. Se aplica, por tanto, la regla general de la consensualidad contractual establecida en el artículo 78 del **Código de Comercio**; es decir, se trata de un contrato de forma libre. La forma escrita en el contrato de agencia es un medio probatorio del acuerdo entre las partes, no un elemento de validez. Sin embargo, por la semejanza que la figura tiene con la comisión o el mandato, no le serán aplicables las normas de éstos en materia de forma (artículos 274 del **Código de Comercio** y 2555 del **Código Civil Federal**).

Cuando al agente se le otorga representación, y el contrato resulta en este aspecto una comisión representativa (artículo 285 del **Código de Comercio**), la agencia debe celebrarse por escrito o en escritura pública ante fedatario; según los supuestos previstos en los artículos 285 del **Código de Comercio** y 2555 del **Código Civil Federal**. Por aplicación analógica de las disposiciones de la comisión y del mandato (artículos 276 del **Código de Comercio** y 2574 del **Código Civil Federal**), el agente puede aceptar tácitamente el encargo conferido mediante la realización de actos en ejecución del contrato.

6. Obligaciones del Agente

- a) Promover o concluir negocios en interés del empresario. Por lo que el agente no tiene que esperar a recibir encargos concretos del empresario en cuyo nombre actúa, sino que tiene la obligación positiva de esforzarse en promover o concluir todos los contratos posibles en nombre y por cuenta de aquél, buscando cuantas ocasiones propicias se presenten mediante la adecuada vigilancia del mercado³⁸. Esta obligación puede aparecer descrita - con cierto detalle - en los contratos respecto a las actividades que debe desarrollar el agente los procedimientos de promoción y venta, cómo hacer llegar al empresario los pedidos y las órdenes de compra, la presentación de cotizaciones a los clientes y cómo concluir los negocios encomendados. La actividad del agente viene delimitada a tareas puramente instrumentales, destinadas a estimular en los terceros la voluntad de celebrar contratos a favor del empresario principal. En este sentido, el agente no realiza actos jurídicos; sino que procura negocios, salvo el caso de que se trate de agente con representación. Puede acordarse en ciertos contratos, la obligación del agente a concluir un volumen mínimo de operaciones durante un cierto lapso. En este caso; se puede incluir como causa de terminación anticipada del contrato, el que el agente no cumpla con la cuota de ventas señalada.
- b) Cooperar para la conclusión y cumplimiento de negocios con terceros. Esta obligación no tiene carácter indispensable. Su existencia dependerá de las condiciones del contrato. Son ejemplo de estas obligaciones adicionales: la entrega de la mercancía al cliente, la recepción del precio o la labor de cobranza que hace el agente y que debe pactarse expresamente, el servicio de posventa, la recepción de reclamaciones de los clientes y otras.

³⁸ GARRIGUES, Joaquín, *Curso de derecho mercantil*, Tomo II, Porrúa, México, 1979, p. 120.

- c) Seguir las instrucciones del empresario. El agente está obligado a ejecutar el encargo conferido, siguiendo las instrucciones recibidas y procurando en todo momento una fiel tutela de los intereses que representa. Lo característico es que pocas veces se den instrucciones al agente, dejando a juicio de éste el decidir cómo va a realizar sus actividades. Esta obligación es semejante a la del mandatario y a la del comisionista; aunque debido a la amplitud y facultades de actuación que por su función profesional tiene el agente, en razón de las instrucciones, será casi siempre facultativa.
- d) Informar al mandante. El agente está obligado a proporcionar al proponente las informaciones relativas a las condiciones del mercado en la zona asignada; así como cualquier otra información útil para valorar la conveniencia de los negocios singulares. También está obligado, en todo caso, a informar sobre la solvencia de los terceros con quienes existan operaciones pendientes de conclusión o ejecución. El deber de información, debe cumplirse periódicamente durante la vigencia del contrato. Al término del contrato debe rendir cuentas de su gestión, pero no respecto a todos los negocios relacionados con el contrato de agencia; sino solamente, con los efectuados a partir de su último informe. Debe facilitar a su principal, los informes comerciales que puedan resultar propicios para su negociación.
- e) Cumplir por sí mismo el contrato. Para la celebración de contratos de subagencia, el agente requiere de la autorización expresa del empresario. A esta obligación debe aplicarse - por analogía - el artículo 280 del **Código de Comercio**, referente a la comisión. Como en él se indica, el agente puede utilizar dependientes; lo cuál no lo exime de sus responsabilidades frente al empresario.

7. Obligaciones del Empresario

- a) Pagar la retribución o comisión en los términos pactados. La cuantía por pagar debe ser acordada por las partes. Consiste, por lo general, en un porcentaje sobre el importe de las operaciones que realice el agente. Algunas veces se señalan diversos porcentajes para distintos productos, volúmenes o clientes. Puede señalarse, también, una cantidad fija como mínimo y un porcentaje que varía de acuerdo con los negocios conseguidos. Cuando no se ha fijado la base para determinar la cuantía de la compensación del agente, debe acudirse a los usos mercantiles de la plaza o zona en que el agente ejecuta el contrato y tomar como base la de mercancías similares. El agente tiene derecho a la comisión sólo por los negocios o contratos concluidos. En este sentido, el contrato de agencia es de resultado, no de medio.
- b) El reembolso de gastos al agente cuando se pacte. El agente no tiene derecho al reembolso de los gastos de la agencia. Sin embargo, puede pactarse expresamente lo contrario en el contrato. La razón de este principio es que el agente es un comerciante independiente, que con el pago de su retribución, por los negocios que lleguen a buen fin, debe pagar sus propios gastos. En este aspecto, esta figura se distingue de la comisión, porque en la retribución del agente, se ha tenido ya en cuenta los gastos habituales de la explotación de su empresa de agencia.³⁹
- c) Auxiliar al agente en el desarrollo de su actividad. Esta amplia obligación comprende actos tales como: suministrar al agente catálogos, listas de precios, descuentos, asistencia para el conocimiento del producto o de técnicas de venta, los servicios posteriores a la venta; proporcionar ayuda publicitaria y dar asesoría comercial en general. El alcance de esta obligación debe ser pactado por las partes, aunque los usos y la práctica

³⁹ *Idem*, p. 121.

del empresario, en otros contratos afines y con distintos agentes, puedan auxiliar para interpretar sus límites.

- d) Derecho del empresario y del agente a inspeccionar. El empresario tiene facultad de inspeccionar y conocer la contabilidad y administración del agente. Esto tiene por objeto comprobar que las comisiones que paga provienen de operaciones efectivamente concluidas y que éstas se han calculado de acuerdo con la base y el porcentaje acordados. Este derecho tiene como limitación natural, no interferir en las operaciones del agente ni en la administración. El ejercicio del derecho, debe reportar algún beneficio al titular y se concede sólo para garantizar que el agente cumpla con los términos contractuales. Igual derecho asiste al agente para inspeccionar la contabilidad del principal.

8. Modalidades

- a) El contrato de agencia representativo. El contrato de agencia puede ser, como el de comisión o el de mandato, representativo o no representativo. En el primer caso, el agente actúa por cuenta y en nombre del mandante o del empresario. En el segundo supuesto, el agente sólo actúa por cuenta del principal; y la promoción y conclusión de operaciones, está sujeta a la aceptación del mandante. Cuando el contrato de agencia es representativo, requiere que el agente tenga la facultad expresa de representar al mandante y que ésta le haya sido otorgada mediante la forma que prescribe la ley. La amplitud del apoderamiento puede ser:
- General para toda clase de operaciones del principal.
 - General limitado a cierta clase de operaciones en una zona determinada o con determinado tipo de clientes.
 - Especial para una o varias operaciones concretas.

La representación otorgada al agente se rige por las normas del contrato de mandato (artículo 285 del Código de Comercio que remite al Código

Civil Federal); por tanto, las obligaciones de las partes; y las causas de terminación son las que señala el **Código Civil Federal** en esta materia.

- b) El pacto de exclusiva. En el contrato de agencia, es frecuente encontrar el pacto de exclusiva como un beneficio que tiene el agente, el empresario o las dos partes. Esta modalidad debe ser acordada expresamente.

El pacto de exclusiva tiene dos requisitos básicos. Está referido a una zona geográfica determinada o zona comercial y sujeta, además, a un plazo. La zona suele ser la que se asigna al agente como exclusiva y la duración es, generalmente, la misma del contrato. El empresario que concede la exclusiva al agente puede reservarse para sí ciertos privilegios para promover y concluir directamente ciertos negocios con determinada categoría de clientes. Si el agente viola el pacto de exclusiva y concluye negocios con terceros que están fuera de su territorio o zona comercial, los contratos concluidos son válidos; pues el pacto de exclusiva no obliga a los terceros, sino sólo al empresario y al agente. Sin embargo, por el incumplimiento del contrato, el empresario puede exigir al agente responsabilidad por los daños y perjuicios causados y la terminación anticipada del contrato por el incumplimiento. Si es el empresario el que no respeta el pacto de exclusiva, el agente tendrá derecho a percibir comisión por todas las operaciones que se hayan practicado en su zona y sin su intervención; siempre que así esté pactado en el contrato.

- c) La cláusula de garantía. Es válido pactar en el contrato de agencia la obligación del agente de responder de las obligaciones contraídas por el tercero con el que promueve o concluye negocios por cuenta del mandante. Su función principal es, por tanto, garantizar al comitente la solvencia de los terceros contratantes. Esta cláusula de garantía debe constar expresamente en el contrato de agencia y supone para el agente una remuneración o comisión especial y adicional a la propia de la agencia.

- d) La subagencia. Es ésta una figura ampliamente reconocida en la práctica de los negocios como un instrumento de organización comercial; que se produce en el contrato de agencia a través de la subcontratación que realiza el agente, como empresario, con otros subagentes. Siempre que en el subagente se den particularidades propias del agente - en cuanto profesional que actúa con ánimo de lucro - nada hay, en principio, que impida el mecanismo de la subcontratación.

Los requisitos para que se dé el segundo contrato entre el agente y uno o varios subagentes son:

- Que el empresario del contrato base autorice expresamente - o que haya autorizado en lo general - el que el agente pueda subcontratar. Esto tiene como fundamento las normas de la comisión y el mandato (artículos 280 del **Código de Comercio** y 2574 del **Código Civil Federal**) que, como bases del de agencia, suponen también una relación de confianza *intuitu personæ*.
 - Que el subcontrato no exceda al contrato originario, regla de todo subcontrato, en las limitaciones que tiene el agente; por ejemplo: la duración, el territorio, la exclusividad, el ramo de actividad y otros aspectos. La retribución del subagente, respecto a la que el agente tiene con el empresario, puede ser distinta.
 - Cuando el agente designa a los subagentes, debe responder de su actuación.
- e) Agencia distribución. En algunos contratos de agencia, el agente tiene derecho a adquirir del empresario las mercancías objeto del contrato. El agente no pierde su carácter y puede, a su elección, pedir al mandante, en ciertas operaciones, que se le venda la mercancía bajo ciertas condiciones de beneficio. El agente que adquiere para revender por cuenta propia, se convierte - respecto a esas operaciones - en un

distribuidor del empresario y, por lo tanto, el empresario puede acordar ciertas obligaciones del agente distribuidor propias de la función que desarrolla.

- f) Agente consignatario. En términos similares a la modalidad anterior, y aun conviviendo con aquélla, el agente puede ser también un consignatario de la mercancía o productos del empresario. Un contrato con esta modalidad debe contener algunas previsiones que, para ciertas operaciones, convierten a las partes en sujetos de la relación que produce el contrato estimatorio. Las mercancías almacenadas en poder del agente son propiedad del empresario, quien puede reivindicarlas a voluntad; el agente, por su parte, tiene el derecho a devolver las mercancías que durante cierto plazo no enajene. Un acuerdo de esta naturaleza es un contrato de agencia, y debe incluir las reglas sobre las condiciones de venta de las mercancías: precio estimado, el plazo o plazos periódicos en que quedarán bajo consignación las mercancías, la retribución del agente consignatario para las operaciones llevadas a cabo por medio de esta relación accesoria, los cargos de almacenaje y seguro, así como otras circunstancias.
- g) Agente depositario. Igualmente, puede pactarse que el agente sea depositario de las mercancías propiedad del empresario, quien vende y transmite la propiedad de éstas al cliente. En este caso, el agente no las adquiere en ningún momento, en los contratos de distribución o estimatorio, sí llega a adquirirlas. El agente, respecto a estos bienes, solamente entrega por cuenta del empresario, en su obligación de cooperar para la conclusión de negocios.

9. Terminación

- a) Llegada del plazo. El contrato de agencia, como contrato de duración que pretende una relación estable y permanente entre las partes, suele pactarse por plazos largos que son prorrogables. Con respecto a la duración el contrato de agencia, puede ser por tiempo determinado o indeterminado. Cuando el contrato tiene fijado un plazo de vigencia, la llegada del término **extingue** la relación contractual. Si llegado el plazo las partes continúan ejecutando el contrato, es decir el agente promoviendo negocios y el empresario pagando las comisiones correspondientes, se puede considerar tácitamente prorrogado el contrato y su terminación se debe hacer mediante un aviso en un plazo razonable de una parte a la otra; como en los casos de los contratos por tiempo indeterminado. Durante el período previo al aviso, las partes siguen sujetas al cumplimiento de sus obligaciones contractuales; hasta que llegado el vencimiento del plazo, se produzca la extinción de la relación jurídica. Por otro lado, aun terminado el contrato, existen efectos que sobrepasan este momento o que se producen a raíz de la terminación del contrato, entre otros casos: la rendición de cuentas, el pago de comisiones pendientes, la devolución de mercancías en poder del agente, la revocación de la representación, la obligación de guardar secreto o confidencialidad y la obligación de no competir durante cierto tiempo. Cuando en el contrato no se señaló un plazo de terminación, se entiende que cualquiera de las partes puede darlo por terminado unilateralmente, con un aviso dado con una prudente antelación.
- b) La denuncia unilateral. En principio, el empresario no puede revocar libremente el contrato de agencia y darlo por terminado unilateralmente si no se pactó este medio de terminación del contrato. En la comisión y en el mandato se señalan legislativamente, como causa de terminación, la revocación del comitente o mandante; pero, esta causa no se aplica de

forma tan simple al contrato de agencia. El permitir la revocación libre por parte del principal, como solución sería injusta; porque puede dar lugar a arbitrarias revocaciones en perjuicio del agente, quien habiendo cumplido fielmente sus obligaciones - creando una organización de gran valor a disposición del empresario representado mediante cuantiosas inversiones- puede verse desposeído del fruto de su trabajo a consecuencia de la revocación arbitraria de su mandante. Para el caso de que así ocurra, debe postularse una compensación económica a favor del agente y a cargo del empresario representado, si éste obtiene ventajas económicas de trabajo de aquél, si el agente sufre perjuicios y si el contrato de agencia se extingue por hecho no imputable al agente, por aplicación analógica del artículo 2596 del **Código Civil Federal**, el cuál señala que la parte que revoque o renuncie el mandato en tiempo inoportuno debe indemnizar a la otra de los daños y perjuicios que le cause; así como afirma el artículo 328 del **Código de Comercio**: que cuando el principal da por terminada la relación con el dependiente antes del plazo pactado, debe indemnizarlo.

- c) La renuncia del agente. En el contrato de mandato, no en el de comisión, se establece como causa de terminación la renuncia del mandatario (artículo 2595 fracción I del **Código Civil Federal**). En algunos contratos de agencia, suele pactarse que el agente puede renunciar en cualquier tiempo y dar por terminado el contrato, sin obligación de indemnizar al principal por esa renuncia que puede ser inesperada o inoportuna. La razón de este tipo de cláusulas está en que si el agente no desea seguir realizando una actividad de promoción de negocios para el empresario, está renunciando tácitamente a la relación contractual. Sin embargo, es conveniente señalar algunos requisitos para esta renuncia del agente; por ejemplo, un plazo para el aviso, de modo que esta terminación no resulte inesperada o inoportuna.

- d) La muerte o inhabilitación del agente. Como el contrato de agencia se produce por una relación de confianza, *intuitu personæ*, similar a la comisión y al mandato, la muerte del agente es causa de terminación de la relación contractual. En cambio, la muerte del empresario no es causa de extinción del contrato si subsiste la empresa a la que el agente presta sus servicios. Aquí resulta aplicable, supletoriamente, el artículo 308 del **Código de Comercio**, relativo a la comisión. También por inhabilitación del agente termina el contrato de agencia. Cuando el agente es una persona moral, la transformación de la sociedad, el cambio de socios mayoritarios o el cambio de administradores no son causa de terminación; porque subsiste la personalidad moral. Para que la relación de agencia terminara por estas causas, tendría que pactarse en el propio contrato.
- e) La quiebra y la suspensión de pagos. Por analogía con los contratos de comisión y de mandato, como regla general, la quiebra de cualquiera de las partes es causa de terminación del contrato de agencia. La **Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos** - en su artículo 141 - señala que los contratos de depósito, de apertura de crédito, de comisión y de mandato quedan rescindidos por la quiebra de una de las partes, a no ser que el síndico autorizado por el juez, oída la intervención, se subroga en la obligación de acuerdo con el otro contratante. En el caso de la suspensión de pagos, la resolución judicial determinará qué operaciones puede seguir realizando el suspenso (artículo 405 de **la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos**).
- f) Otras causas convencionales. La denuncia unilateral del contrato antes del vencimiento de ese plazo sólo puede hallar fundamento en alguna causa justa. Como el contrato de agencia es atípico en el Derecho Mexicano - y algunas veces se celebra entre contratantes de distinta nacionalidad - los contratos tienen, por lo general, algunas causas de

terminación expresamente acordadas por las partes. Algunas de las más usuales que se pactan en los contratos de agencia son:

- La quiebra, la suspensión de pagos o la insolvencia del agente.
- La violación del pacto de exclusiva.
- La falta de resultados en negocios promovidos, por ejemplo, no llegar a una cuota de ventas pactada.
- La contratación de subagentes sin autorización del empresario.
- La fusión de la sociedad, tanto del empresario como del agente, el cambio de socios o accionistas o de administradores.
- La huelga por un plazo importante, el embargo de la negociación o la intervención judicial a alguna de las partes.

10. Naturaleza Contractual

En nuestro Derecho, el contrato de agencia es atípico. Como figura jurídica, posee una connotación propia que la distingue de otros contratos afines a él: como los de comisión, mandato, prestación de servicios, corretaje, suministro y distribución.

La naturaleza jurídica del contrato de agencia es discutible, tiene características que le dan una esencia contractual propia, distinta de la de los contratos mercantiles ya mencionados y dentro de los cuáles no puede encuadrarse como una modalidad. Las normas de los contratos típicos que le resultan aplicables supletoriamente son - en este orden - las de la comisión, por la mercantilidad de la relación; las del mandato, como contrato de gestión de intereses ajenos y las propias del contrato de prestación de servicios, por la actividad de actos materiales que debe desarrollar el agente.

CAPÍTULO OCTAVO

EL CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN

1. Introducción

El contrato de distribución o concesión mercantil tiene por objeto regular las relaciones entre los grandes productores o fabricantes y las personas que se encargan de comercializar sus productos en los distintos mercados. Tiene como finalidad resolver un fenómeno económico de colaboración, de venta entre productores y distribuidores, propio de la economía de masas. Este contrato de reciente auge no tiene antecedentes claros anteriores al presente siglo.

El fabricante o productor de bienes utiliza a comerciantes independientes que compran sus productos, para revenderlos en una plaza determinada y - como característica propia de este contrato - bajo las condiciones de reventa que el mismo productor impone. Con este contrato, busca también el fabricante una fórmula que facilite la distribución y venta de los productos en el mercado, por medio de una reducción de la actividad y los gastos por su parte; a la vez que, al utilizar al distribuidor, consigue mejores ventas en determinada plaza.

La distribución puede ser:

- a) **Distribución intensiva; que consiste en colocar existencias de su producto en todos los establecimientos que le sea posible al intermediario. El factor dominante en la mercadotecnia de estos artículos es su utilidad de lugar, por ejemplo: artículos de compra rápida, cigarros, dulces, refrescos, periódicos, revistas, etc.**

- b) Distribución exclusiva; en la que los productores limitan expresamente al número de intermediarios que manejan sus productos. Se concede a los establecimientos el derecho exclusivo para distribuir el producto en la zona y, generalmente, se les prohíbe que manejen artículos de los competidores.
- c) Distribución selectiva; que implica utilizar a más de un intermediario, pero no a todos los que están dispuestos a manejar el producto. Esto da al fabricante mayor control y menor costo que la distribución intensiva.

2. Marco Legislativo

En la Legislación Mexicana no está regulado expresamente el contrato de distribución. Sin embargo, algunas leyes hacen referencia a la actividad económica de la distribución para regular algunos de sus efectos.

- a) La **Ley Federal del Trabajo**, en su artículo 16, señala qué se entiende por empresa: *la unidad económica de producción y distribución de bienes y servicios*.
- b) El artículo 2, fracción II, de la **Ley Federal de Protección al Consumidor** - al definir al proveedor - señala que es la persona que habitualmente - entre otras actividades - distribuye bienes, productos y servicios; también se refiere, en su artículo 95, a los proveedores y distribuidores en relación con devoluciones o reparaciones de productos por el fabricante o productor.
- c) La **Ley Federal de Competencia Económica** - en sus artículos 6, fracción II, 8, 10 fracciones I y VII y 12 - hace mención de la distribución como actividad económica mientras que el artículo 7 Fracción II se refiere a los distribuidores.

- d) La **Ley Federal de Derechos de Autor** - en sus artículos 16, 42 y 48 - utiliza el término de distribución para referirse a las formas de divulgación de una obra y a algunas actividades del editor.
- e) En materia fiscal, el artículo 14 fracción IV de la **Ley del Impuesto al Valor Agregado** considera como prestación de servicios - entre otras actividades de intermediación comercial - a la distribución y el artículo 159-A de la **Ley del Impuesto Sobre la Renta** considera ingresos por mediaciones, los pagos de comisiones por contratos de distribución.

3. Denominación

El contrato ha sido denominado de distribución o de concesión mercantil, a pesar de que hay incertidumbre terminológica en la práctica que - para referirse al mismo fenómeno - se sirve unas veces del término concesión y otras de los de representante, distribuidor e incluso agente. En la terminología de las leyes mexicanas, el término **concesión** tiene un significado propio dentro del Derecho Administrativo; el que se menciona en la propia **Constitución**, en su artículo 28 y en otras leyes de carácter administrativo; por ejemplo, la **Ley Orgánica de la Administración Pública Federal**, en sus artículos 33 fracciones II y III; 36, fracciones III, VI, IX, XII, XIX y XXIV y 43, fracción IV.

4. Concepto y Características

Son varios los conceptos que se han formulado sobre el contrato de distribución, pues la relación contractual puede tener distintas modalidades; sin embargo, bien puede considerarse que el contrato de distribución es aquél por el que el distribuidor o concesionario se obliga a adquirir, comercializar y revender - a nombre y por cuenta propia - los productos del fabricante,

productor o principal; es decir, del concedente, en los términos y condiciones de reventa que éste señale.

El empresario tendrá la facultad de imponer al distribuidor determinadas obligaciones sobre la organización del negocio para la comercialización y reventa de los productos.

Si las partes lo acuerdan, el contrato de distribución podrá contener el pacto de exclusividad limitado a cierto territorio y a cierto plazo.

Las características de este contrato son:

- a) El distribuidor; es un comerciante independiente y entidad distinta del empresario.
- b) El distribuidor; adquiere los productos del fabricante, y los comercializa y revende por cuenta y en nombre propios.
- c) El concedente o fabricante; impone al distribuidor los términos y condiciones para la comercialización y reventa de los productos.
- d) El fabricante; tiene generalmente algunas facultades para marcar directrices y supervisar la labor del distribuidor.
- e) El contrato de distribución; puede contener el pacto de exclusividad en favor del distribuidor, del fabricante o de ambos, como un elemento accesorio.

5. Figuras Afines

- a) El suministro. La distribución y el suministro son contratos traslativos de dominio, de obligaciones de dar, de ejecución continuada o de duración - generalmente celebrados entre comerciantes - ya sea personas físicas, empresas, o sociedades mercantiles. En el suministro, el suministrado adquiere los bienes objeto del negocio para utilizarlos - generalmente - en un proceso de transformación, fabricación o manufactura. En el

contrato de distribución, el adquirente no transforma los bienes, sino que los adquiere para revenderlos a consumidores en el mismo estado en que los recibe. Esta reventa debe hacerla el distribuidor con sujeción a las condiciones de reventa que le impone el fabricante o el proveedor. Se puede afirmar que el contrato de suministro es para la industria; y el de distribución, para el comercio.

b) La agencia. En el contrato de agencia, el agente actúa por cuenta del empresario y puede hacerlo a nombre de éste cuando se le concede la representación. En el contrato de distribución, el distribuidor actúa por su cuenta y en su propio nombre. El contrato de agencia es un contrato de gestión de intereses ajenos; el de distribución es un contrato traslativo de dominio en el que el distribuidor compra y adquiere los productos para revenderlos por su cuenta al consumidor, bajo las condiciones que le impone el empresario. Se asemejan en que ambos contratos son de duración, de colaboración entre empresario y agente o distribuidor; y se celebran entre comerciantes independientes.

c) La concesión administrativa. El término concesión mercantil, está inspirado en el concepto de la concesión administrativa. Existen algunos rasgos comunes a estas dos figuras. La situación contractual del distribuidor, tiene alguna semejanza con la del concesionario de una concesión administrativa.

La concesión es un acto administrativo por medio del cuál la Administración Pública Federal confiere a una persona una condición o poder jurídico, para que ejerza ciertas prerrogativas públicas con determinadas obligaciones y derechos para la explotación de un servicio público, de bienes del Estado o los privilegios exclusivos que comprende la propiedad industrial.⁴⁰

⁴⁰ SERRA ROJAS, Andrés, *Derecho administrativo*, 15ª. ed., Porrúa, México, 1992, p. 223.

Como características de la concesión administrativa, que tienen alguna semejanza con el contrato de distribución, pueden destacarse las siguientes:

- La palabra concesión viene del latín *concessio*, derivada a su vez, del vocablo *concedere*, que significa conceder.
- Para el concesionario, la concesión implica el ejercicio de ciertas prerrogativas o derechos.
- El concesionario es una persona particular que debe reunir ciertas características.
- El concesionario debe cumplir con ciertas cargas y obligaciones que le impone el ejercicio de la concesión.
- La concesión se concede sobre bienes del Estado, explotación de un servicio público o privilegios exclusivos de explotación industrial.

El régimen jurídico de la concesión administrativa está regulado por disposiciones administrativas de derecho público que aseguran el interés general, el debido aprovechamiento de la riqueza pública para fines sociales o la atención de un servicio público. Estas normas tienden a garantizar que el poder público pueda ejercer sin tropiezos el control que le corresponde sobre el objeto de la concesión⁴¹.

En la legislación mexicana, el término concesión no se utiliza con mucha precisión y puede citarse - como ejemplo de áreas relacionadas con la concesión administrativa - las de minas, aguas, transportes, radio y televisión, explotación de bienes del dominio público, educación, vías aéreas, pesca y otras⁴².

⁴¹ *Idem*, p. 232.

⁴² FRAGA, Gabino, *Derecho administrativo*, 32ª. ed., Porrúa, México, 1993, p. 259.

6. Clasificación

- a) Es mercantil, pues se celebra entre comerciantes; y la adquisición de la mercancía por parte del distribuidor se realiza con el propósito de especulación comercial. (artículo 75 fracción I del **Código de Comercio**).
- b) Es consensual, por oposición a los contratos de forma impuesta; ya que la compraventa de mercancías (bienes muebles) no requiere de formalidad legal alguna.
- c) Es bilateral, porque produce obligaciones recíprocas para las partes.
- d) Es oneroso, en tanto los provechos y gravámenes son para las dos partes contratantes.
- e) Es, generalmente, conmutativo; ya que el distribuidor conoce, a la celebración del contrato, el probable beneficio que le proporcionará el negocio.
- f) Es un contrato traslativo de dominio respecto a la mercancía que el distribuidor adquiere para revender.
- g) Es un contrato gestión, por la obligación de respetar las condiciones de reventa que tiene el distribuidor.
- h) Es un contrato de colaboración por oposición a los contratos en los que hay intereses contrapuestos o contratos de cambio. El empresario y el distribuidor tienen como fin común vender el producto, aunque esto no lo convierte en contrato asociativo.
- i) Es un contrato principal, pues su existencia es autónoma respecto a cualquier otra relación jurídica. Como contrato que genera una situación base para otras operaciones, como la reventa, puede calificarse de preparatorio.
- j) Es un contrato que se celebra con base en la confianza mutua entre las partes; es decir, es un contrato *intuitu personæ*.
- k) Es un contrato, muchas veces, de adhesión; pues en la organización de la red comercial del empresario o fabricante, éste impone unilateralmente la forma en que operarán sus distribuidores.

- l) Es un contrato atípico, ya que no está regulado por nuestro ordenamiento jurídico.

7. Elementos

7.1. Elementos Personales

A las partes que intervienen en el contrato se les denomina: concedente, fabricante, productor, proveedor, empresario o principal, y concesionario o distribuidor; respectivamente.

- a) El empresario o fabricante es, por lo general, un comerciante que fabrica los productos objeto del contrato; aunque no necesariamente es el productor quien celebra el contrato. El empresario puede ser un comerciante importador de los productos para determinada plaza, o un distribuidor que celebra nuevos contratos de distribución o subdistribución.

El concedente no requiere de capacidad especial alguna para contratar, pero sí debe tener la facultad de vender o disponer de los productos y de fijar las condiciones de reventa al distribuidor. Cuando se celebra por medio de un representante, éste requiere, por lo general, facultades para actos de administración - no de dominio - pues los bienes son parte del activo circulante del productor o mayorista.

- b) El distribuidor, persona física o moral, tiene la calidad de comerciante, pues adquiere para revender. Es un comerciante independiente que no requiere de capacidad especial para celebrar este contrato. Cuando hay representación, bastan las facultades de administración para celebrar el contrato, si no hay limitaciones estatutarias.

7.2. Elementos Reales

Los elementos reales del contrato de distribución son: el objeto, el precio y las condiciones de reventa impuestas al distribuidor.

a) El objeto del contrato de distribución es lo que se conoce como mercancías; confirmada por aquéllos productos estandarizados, fabricados en serie, con posibilidad de grandes mercados. La finalidad económica de este contrato se cumple precisamente, en la venta de aquellos bienes que vienen protegidos por una marca. Por la naturaleza de este contrato, no todos los bienes muebles pueden ser objeto del mismo. Las características que deben tener los productos objeto del contrato son: ser bienes muebles, tangibles (cosas) y generalmente fungibles. Los bienes inmuebles y los derechos (bienes intangibles) no pueden ser objeto de este contrato.

b) El precio es el segundo elemento real del contrato, y en la práctica suele imponerlo el concedente o fabricante como la más importante de las condiciones de reventa.

El precio fijado por el empresario puede modificarse durante la vigencia del contrato. El principal, acostumbra informar periódicamente de los nuevos precios a sus distribuidores y a entregarles listas de precios. Durante la vigencia del contrato, el precio es generalmente variable, así como el descuento otorgado al distribuidor, el que muchas veces varía por el volumen de compra periódica.

El precio pactado suele ser en dinero, puede ser en moneda nacional o en divisas, y nada obsta para que se acuerde un pago en especie.

c) Las condiciones de reventa constituyen un elemento importante de este contrato. El distribuidor se obliga a revender el producto objeto del

contrato con sujeción a los términos y condiciones que para estos efectos le señala el empresario.

Estas condiciones de reventa pueden ser muy variadas y dependen de la naturaleza de los productos y del acuerdo entre fabricante y distribuidor. No se incluyen en este concepto, las facultades de dirección y supervisión que el empresario pueda llegar a tener respecto al distribuidor.

El artículo 7 de la **Ley Federal de Competencia Económica** establece para determinados productos, precio controlado o ciertas condiciones de venta al público; las cuáles no pueden ser modificadas o establecidas libremente por el proveedor.

7.3. Elementos Formales

La celebración de este contrato no requiere formalidad alguna, es un contrato consensual. Como figura no regulada, no existe norma legal que le imponga la necesidad de una forma como requisito de validez. Como entre el empresario y el distribuidor se establece, fundamentalmente, una operación de compraventa de mercancías (bienes muebles); este contrato es consensual.

8. Obligaciones del Distribuidor

- a) Comercializar los productos. La obligación fundamental, que no la primera, del concesionario es la comercialización de los productos. Pero no es suficiente una comercialización cualquiera. La comercialización se encuentra cualitativa y cuantitativamente predeterminada en el contrato. Esta obligación que implica adquirir los productos del empresario para revenderlos con las condiciones de reventa que éste impone, resume la actividad del distribuidor.
- b) Adquirir los productos. La primera obligación del distribuidor es adquirir del producto o concedente los bienes o mercancías objeto del contrato,

los cuales se obliga a comercializar. El contrato es traslativo de dominio y el distribuidor es adquirente y propietario de los productos que revende.

- c) Pagar el precio. El distribuidor debe pagar el precio acordado en el contrato o el que aparezca en la última lista de precios del concedente o fabricante al momento de la entrega de los productos o de la venta de éstos al tercero adquirente, según se haya pactado; pues el precio puede variar durante la vigencia del contrato. El distribuidor que adquiere los bienes, tiene la obligación de pagar el precio al proveedor en el lugar y tiempo pactados en el contrato. A falta de pacto, suplen las normas del contrato de compraventa mercantil, en primer lugar, y después de la compraventa civil. Si no se señaló el lugar de pago, éste es el de la entrega (artículo 2294 del **Código Civil Federal**); y si se omitió el momento del pago, se entiende que debe hacerse contra la entrega de cada una de las prestaciones que recibe el distribuidor; es decir, de contado (artículos 380 del **Código de Comercio** y 2294 del **Código Civil Federal**). Si el pago no se hace a tiempo, se inicia la mora para el distribuidor (artículos 85 del **Código Civil Federal**) y estará obligado a pagar los intereses moratorios que señale el contrato (artículo 380 del **Código de Comercio**). Si no se fijó la tasa de interés, suple la del interés legal del 6% (artículo 362 del **Código de Comercio**). Si el distribuidor es declarado en quiebra antes de pagar el precio, el empresario puede pedir que las mercancías que no le han sido pagadas se separen de la masa de la quiebra, (artículo 159 fracción III de la **Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos**).
- d) Respetar las condiciones de reventa. El distribuidor está sometido a una serie de condiciones de reventa fijadas en el contrato por el concedente. Esta es la obligación que caracteriza al contrato de distribución y lo distingue de otras figuras afines. El principal interés del empresario es comercializar los productos por medio de un intermediario sobre el que pueda ejercer cierto control, respecto a la venta de sus productos. A través de una serie de imposiciones o cargas, el concedente se asegura

de que la distribución se hará en las condiciones que más prestigien a sus productos.

La condiciones de reventa más usuales son las siguientes:

- Imposición del precio de reventa. Esta limitación del precio de reventa, es la más característica del contrato de distribución. Es posible que - excepcionalmente - en algunos contratos, el distribuidor tenga la facultad de fijar libremente los precios de reventa; siempre que no afecten la imagen de los productos o al empresario y a otros distribuidores.
 - Usar la marca en la forma pactada. El distribuidor debe hacer uso de la marca, en los productos objeto del contrato, en los términos que el empresario le señale. Es común que los bienes objeto del contrato, estén amparados por una marca. Ésta es una obligación muy amplia, pues el uso de una marca implica que el distribuidor no puede variar la marca, el nombre comercial o cualquier otro símbolo o imagen que la mercancía o el fabricante tiene en el mercado. Tales variaciones o modificaciones pueden afectar al fabricante y a otros distribuidores e intermediarios. Esta amplia obligación incluye la prohibición de que el distribuidor registre a su nombre marcas o nombres comerciales del fabricante. La violación a esta prohibición general sobre el uso estricto de las marcas es, generalmente, causa de terminación anticipada del contrato.
 - Otros compromisos. En atención a lo que acuerden las partes en cada caso particular, el distribuidor puede quedar obligado a lo siguiente: seguir los sistemas de publicidad que le señale el fabricante, contribuir a los gastos de propaganda de los productos, dar las garantías y servicio de posventa a los clientes de los productos, tener en depósito mercancías o un inventario mínimo de productos para revender.
- e) Cumplir con las instrucciones sobre la organización del negocio. Ésta es una obligación distinta de la imposición de condiciones de reventa, pues no se relaciona directamente con las operaciones que realiza el

distribuidor frente a los consumidores o terceros adquirentes. Este deber del concesionario puede ser muy amplio y detallarse en una serie de instrucciones o reglas para la organización del negocio.

- f) Informar al empresario. Si así se señala en el contrato, el distribuidor debe informar al empresario el desarrollo de su actividad en lo referente a la comercialización de los productos. En algunos casos, esta obligación complementa la relativa a la de aceptar ciertos sistemas administrativos y de organización.
- g) Respetar el pacto de exclusiva. Cuando se pacta, el distribuidor debe respetar el pacto de exclusiva, no hacer competencia o adquirir productos, de otros fabricantes o empresarios, iguales o con características similares a los que son materia del contrato. Esta prohibición incluye el no actuar como agente, representante o de alguna forma ser intermediario, no necesariamente con el carácter específico de distribuidor.

9. Obligaciones del Empresario

- a) Entregar la mercancía. Las obligaciones del fabricante se resumen en las que son propias de un suministrador o vendedor. El empresario o fabricante debe, como principal obligación, entregar las mercancías al distribuidor y transmitir la propiedad de las mismas; para que el distribuidor pueda revenderlas. La entrega debe hacerse en las cantidades, calidades, plazo y lugar pactados. A falta de pacto, puede utilizarse la práctica común que tenga el empresario con otros distribuidores similares, o aplicarse las normas supletorias legales de la compraventa mercantil (artículos 375 y 376 del **Código de Comercio**), de la compraventa civil o de las obligaciones comerciales.
- b) Garantizar las calidades de los productos. El empresario debe garantizar al distribuidor la calidad y cantidad de la mercancía objeto de la distribución. El distribuidor, como adquirente, tiene las acciones propias

por vicios ocultos que señala el artículo 383 del **Código de Comercio** y complementan los artículos 2142 a 2149 del **Código Civil Federal**. Por lo que hace a la responsabilidad frente a los terceros adquirentes, la **Ley Federal de Protección al Consumidor** - en sus artículos 92 y 93 - señala que los consumidores tendrán derecho a la reposición del producto, a la bonificación, compensación o devolución de la cantidad pagada por faltas de cantidad, calidad, marca o especificaciones ofrecidas. Este derecho lo puede ejercitar el consumidor ante el distribuidor o ante el fabricante.

- c) Otras obligaciones del empresario. El contenido concreto de las obligaciones para el empresario, que se pactan en un contrato de distribución, puede ser muy variado. Entre algunas de los deberes de esta parte del contrato pueden ser: respetar los descuentos pactados, colaborar en campañas de publicidad que benefician a todos los distribuidores y al mismo empresario, proporcionar ayuda técnica, administrativa y de ventas para la comercialización de los productos.

10. Modalidades

- a) El pacto de exclusiva. Los contratos de distribución pueden contener - como elemento accesorio- un pacto de exclusiva a favor del empresario, del distribuidor o de las dos partes. El pacto de exclusiva, tiene dos requisitos básicos: el plazo y el territorio. Estos elementos deben contemplarse en el contrato en el que se pacta la exclusiva, para que la obligación de no contratar que deriva de ésta esté limitada en el tiempo y en el espacio. Los efectos del pacto de exclusiva solamente se producen entre las partes contratantes, quienes quedan obligadas a no contratar. Si una parte viola el pacto de exclusiva y contrata o recibe prestaciones de un tercero, la relación con el tercero es válida y el beneficiario de la exclusiva no puede exigir la nulidad o invalidar el nuevo acto. En todo caso, el beneficiario de la exclusiva puede exigir a la otra parte, que se le

paguen los daños y perjuicios causados. Por lo general, si el incumplimiento es grave, puede ser causa de terminación de todo el contrato.

- b) La subdistribución. El distribuidor puede, a su vez, celebrar otros subcontratos de distribución, siempre que no exceda los límites del contrato base y cumpla con los requisitos que estos nuevos contratos suponen para su celebración.

11. Terminación

- a) Plazo. La llegada del plazo es causa normal de terminación del contrato de distribución, aunque existen ciertos efectos que se producen precisamente a raíz de la extinción.
- b) Plazo indeterminado. El contrato puede ser por plazo indeterminado; es decir, que la relación entre las partes es indefinida en el tiempo. Esta hipótesis plantea dos casos.
- Que las partes estipulen expresamente un contrato de duración indeterminada.
 - Que no se determine contractualmente la duración del contrato, en cuyo caso, ésta ha de considerarse ilimitada.
- c) Denuncia unilateral. No resulta aplicable supletoriamente al contrato de distribución el derecho que la ley otorga al comitente (artículo 307 del **Código de Comercio**) de revocar la comisión al comisionista. El contrato de distribución tiene otros supuestos y no participa plenamente de las características de la comisión.
- Las partes pueden concederse - mutuamente - la facultad de denunciar el contrato, o establecerla sólo como facultad de una de ellas.
 - Puede también pactarse causas justas para la denuncia unilateral del contrato.

d) Causas justas pactadas en el contrato. Las partes suelen incluir diversas causas de terminación anticipada, que se refieren a incumplimientos sustanciales de la relación contractual. Las más usuales son: quiebra o suspensión de pagos de alguna de las partes, que el distribuidor no adquiriera la cuota mínima de las mercancías que debe comercializar, retraso en los pagos del precio de las mercancías, la no recepción de los productos, no cumplir periódicamente con las condiciones de reventa, violación al pacto de exclusiva, el contratar subdistribuidores sin la autorización del empresario, la huelga por un período importante, el embargo de activos sustanciales de la empresa o la intervención judicial.

12. Naturaleza Contractual

Las teorías que se han formulado acerca de la naturaleza contractual de esta figura son variadas. Las principales opiniones de la doctrina son las siguientes:

- Compraventa especial con imposición del precio de reventa. El concesionario ve limitado el dominio sobre la cosa adquirida al tener que venderla a un precio determinado.
- Se trata de una unidad contractual; la cual no puede ser otra que la inicial compraventa, estipulada con una o varias modalidades o cargas, tantas como se impongan al concesionario adquirente de los bienes⁴³.

Sin embargo, debemos considerar que el contrato de distribución no puede asimilarse a alguno de los tipos contractuales de nuestra legislación mexicana vigente. Se trata de una figura atípica, que se nos presenta como un fenómeno social reiterado e individualizado de general aceptación. No se puede reducir el contrato de concesión mercantil a ninguno de los esquemas

⁴³ DIAZ BRAVO, Arturo.- *Contratos Mercantiles*.- 6ª. ed.- Harla.- México, 1997.- núm. 207.

contractuales tradicionales. El contrato de concesión mercantil es un contrato atípico.

13. Normas supletorias.

Las normas supletorias de otros contratos o de las obligaciones en general que pueden ser aplicables al contrato, son las disposiciones de la compraventa mercantil; las que se completan con las de la compraventa civil, en relación con la adquisición y entrega de productos. Rigen también los principios del contrato de suministro. Respecto a la imposición de condiciones de reventa que el distribuidor recibe del empresario, las normas del contrato de comisión y del mandato pueden ser supletorias y los principios del contrato de agencia pueden auxiliar en la reglamentación de esta relación.

Cuando se pacta la exclusiva, como obligación de no contratar, son aplicables las normas sobre las obligaciones de no hacer que contiene nuestra legislación civil. Como se trata de un contrato mercantil, hay que considerar la necesidad de acudir a los usos comerciales aplicables, especialmente los de la plaza del distribuidor.

CAPÍTULO NOVENO

EL CONTRATO DE FRANQUICIA

1. Introducción

El contrato de franquicia es una creación reciente del Derecho de los Negocios y de la Economía.

La franquicia pertenece a las figuras jurídicas que en el siglo veinte han tenido su origen en los Estados Unidos y que, después de una evolución y conformación más o menos definitiva, han sido adoptadas en otros países; los que, muchas veces, cuentan con un sistema jurídico diferente al del país de origen de dicha figura, como es nuestro caso.

Desde el punto de vista económico, una franquicia es un sistema de comercialización y distribución donde a un pequeño empresario (el franquiciatario) se le concede, a cambio de una contraprestación, el derecho a comercializar bienes y servicios de otro (el franquiciante); de acuerdo con ciertas condiciones y prácticas establecidas del franquiciante y con su asistencia.

Este nuevo sistema de hacer negocios se ha expandido a todo el mundo y el interés internacional de este contrato es manifiesto.

El número de negocios que utiliza el método de franquicia para la comercialización y distribución de bienes y servicios es muy amplio, y cada día surgen nuevas ideas de negocios que utilizan a la franquicia para expandirse; entre otros: agencias de viajes, artículos para el hogar, automóviles, belleza y salud, bienes raíces, comida rápida, construcción,

entretenimientos, fotografía, hoteles y moteles, mascotas, publicidad, restaurantes, ropa y accesorios, servicios de mantenimiento, servicios para empresas y negocios, inclusive servicios educativos, etc.

2. Concepto

El término de franquicia con el que se denomina al contrato proviene de una traducción literal, quizá incorrecta, del vocablo inglés *franchise*. La palabra es de origen francés (*franchisage*).

En un Diccionario jurídico Inglés-Español,⁴⁴ *franchise* se traduce como:

Franquicia, privilegio, patente, concesión social, derecho de votar, franquicia del voto, porcentaje mínimo de responsabilidad del asegurado; y, en materia aduanera o fiscal, impuesto de privilegio o patente sobre concesión, derecho de licencia.

Las partes que celebran el contrato se denominan en inglés, *franchisor* y *franchise*, sin traducción literal aparente al español. Se les podría designar como licenciante y licenciataria o concedente y concesionario. La vigente **Ley de Fomento y Protección a la Propiedad Industrial** no utiliza nombre alguno para las partes del contrato de franquicia; sin embargo, el Reglamento de la **Ley de Fomento y Protección a la Propiedad Industrial** designa a las partes, como franquiciante y franquiciatario; términos que parecen conformes a nuestra terminología tradicional en la regulación de los contratos.

Una franquicia es una licencia del propietario de una marca o un nombre comercial, mediante la cuál permite que otro venda un producto o un

⁴⁴ DICCIONARIO DEL TRATADO DE LIBRE COMERCIO, Secretaría de Comercio y Fomento Industrial, México, 1994, voz *Franquicia*.

servicio bajo ese nombre o marca. En un sentido más amplio, la "franquicia" se ha convertido en un contrato colaborado al amparo del cuál la persona a favor de quien se otorga (franquiciatario) se compromete a manejar un negocio o vender un producto o servicio con apego a los métodos y procedimientos que establezca el otorgante (franquiciante); y el otorgante se compromete a dar asistencia a la persona a favor de quien se otorga la franquicia a través de la publicidad, promoción y otros servicios de asesoría.

El artículo 142 de la **Ley de Fomento y Protección a la Propiedad Industrial** señala que habrá 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 mismos 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.

3. Características

- a) El franquiciante concede al franquiciatario el derecho a usar una marca y a explotar una negociación mercantil en uno o varios establecimientos.
- b) La licencia debe incluir la autorización de uso de marca y, eventualmente, la de nombres y avisos comerciales y, en su caso, la explotación de patentes. El **Reglamento de la Ley de Fomento y Protección a la Propiedad Industrial** - en su artículo 65, fracción IV - se refiere a los derechos de propiedad intelectual.
- c) La franquicia tiene cierta exclusividad referida a un territorio o a uno o a varios establecimientos geográficamente identificados. El **Reglamento de la Ley de Fomento y Protección a la Propiedad Industrial** en su artículo 65, fracción VII - señala - que debe informarse sobre la zona territorial de operación de la negociación que explote la franquicia.

- d) El franquiciatario se obliga a cumplir con el control de calidad del servicio y productos en los términos y especificaciones que le señale el franquiciante.
- e) La transmisión de conocimientos o tecnología, la hace el franquiciante mediante normas, manuales, guías, capacitación al personal e inspecciones periódicas.
- f) La contraprestación que paga el franquiciatario está ligada a los resultados de la operación.
- g) Generalmente es un contrato a largo plazo.
- h) Es un contrato de colaboración, no de cambio, pues franquiciante y franquiciatario tienen intereses comunes.
- i) La franquicia es un modo de organización para la explotación de cierta clase de negocios.

4. Clases

Hay dos clases de franquicias, cada una de las cuáles tiene sus propias características y áreas de negocio donde se desarrolla.

- a) Franquicia de producto y marca, que también puede llamarse de distribución, abarca una relación de ventas entre un proveedor y un distribuidor; en la que el distribuidor (comerciante) adquiere cierta identidad de su proveedor. Ejemplos de este tipo de franquicia son los distribuidores de automóviles y camiones, estaciones de gasolina y embotelladoras de refrescos.
- b) Franquicia para crear y explotar una negociación la que se conoce también como industrial o de producción. La relación entre franquiciante y franquiciatario generalmente incluye un producto o un servicio y una marca, un sistema de comercialización, manuales de operación, procedimientos, programas de entrenamiento, apoyo de publicidad así

como asistencia y guía del franquiciante durante la operación y desarrollo del negocio.

En relación con la *exclusiva y el espacio geográfico* en que el franquiciatario ejerce su privilegio sobre la franquicia concedida, existen diversas clases de contratos.

- a) Franquicia unitaria, en la que el franquiciatario tiene el derecho de abrir y operar un solo establecimiento; usualmente en una localidad específica en un territorio designado.
- b) Área de desarrollo de franquicia, donde el franquiciatario tiene el derecho exclusivo de abrir un número limitado o ilimitado de establecimientos dentro de un territorio específico. El artículo 65, fracción III del **Reglamento de la Ley de Fomento y Protección a la Propiedad Industrial** le denomina franquiciante maestro.
- c) Contrato de opción, en el que el franquiciatario tiene el derecho de abrir y operar un establecimiento y - por una cuota adicional - puede abrir otro establecimiento más o varios establecimientos adicionales en un plazo futuro señalado en la opción.
- d) Subfranquicia que generalmente está ligada a la franquicia de área de desarrollo, en las que al franquiciatario subfranquiciante se le otorga el derecho de vender franquicias dentro del territorio exclusivo que se le ha concedido. La posibilidad de subfranquicias está prevista en el artículo 65 fracción VIII del Reglamento de la **Ley de Fomento y Protección a la Propiedad Industrial**.
- e) Conversión a franquicia; se trata de un programa que tiene como objetivo el incluir dentro de un sistema de franquicia a establecimientos independientes sobre ciertos productos o servicios que ya existen y están operando.

5. Elementos

5.1 Elementos Personales

El franquiciante y el franquiciatario son, generalmente, comerciantes. Esta característica puede derivar de que estén constituidos bajo alguna de las formas de sociedad mercantil, de que sean personas físicas que se dediquen habitualmente a los actos previstos como comerciales (artículo 75 del **Código de Comercio**) o que la celebración del contrato de franquicia los convierta en comerciantes.

La capacidad que requieren las partes para celebrar el contrato es la capacidad general para contratar, pues no se requiere capacidad especial alguna. Cuando las partes - franquiciante y franquiciatario - actúan por medio de representante, lo cuál resulta necesario para las personas morales, las facultades que requiere el representante son - en principio - las de actos de administración. Puede suceder que el franquiciante - sociedad anónima, por estatutos - requiera autorización de la asamblea de accionistas o del consejo de administración para celebrar contratos de franquicia.

5.2 Elementos Reales

- a) La marca. La función primordial de una marca es una indicación de calidad. La marca del producto o servicio objeto de la franquicia es un elemento del contrato. El artículo 142 de la **Ley de Fomento y Protección a la Propiedad Industrial** establece claramente que sólo habrá franquicia cuando exista la licencia de uso de una marca. El artículo 88 de la **Ley de Fomento y Protección a la Propiedad Industrial** define a la marca, *como el signo visible que distingue productos o servicios de otros de su misma especie o clase en el mercado; lo que da derecho a su titular a un uso exclusivo.*

b) La tecnología. Elemento esencial del contrato de franquicia es que el franquiciante transmita conocimientos técnicos o proporcione asistencia técnica. La transferencia de esta tecnología tiene como finalidad que el franquiciatario pueda producir o vender bienes o prestar servicios de manera uniforme y con los mismos 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 (artículo 142 de la **Ley de Fomento y Protección a la Propiedad Industrial**).

- El primer concepto de conocimientos técnicos se conoce como "*know-how*" (abreviatura de *know how to do it*, saber cómo hacerlo, por su traducción del inglés); comprende invenciones, procesos, fórmulas o diseños que no están patentados o no son patentables; que se evidencian a través de alguna forma física como dibujos, especificaciones o diseños; que incluyen casi invariablemente secretos comerciales y que pueden comprender experiencia técnica acumulada y habilidad práctica y que, como mejor se comunican o quizá en la única forma que puede transmitirse es a través de servicios personales. El "*know-how*", aparecerá siempre como materia del contrato de franquicia, aunque su alcance y definición específica sea muy vago. Incluye una buena parte de experiencia generalmente secreta, y puede variar durante la vigencia del contrato; por lo que el franquiciante hará saber al franquiciatario los cambios y actualidad de los conocimientos desarrollados para el mejor modo de explotar el negocio.
- El segundo concepto - asistencia técnica - es un flujo continuo de instrucciones, directivas o consejos suministrados en la medida en que son requeridos para la conducción u operación de un proceso determinado. Generalmente se presta en forma personal por técnicos o personal del franquiciante. A la asistencia técnica se refiere el

Reglamento de la Ley de Fomento y Protección a la Propiedad Industrial; en su artículo 65 fracción VI.

- La asesoría, consultoría y supervisión son complementos naturales de la transferencia de conocimientos técnicos y, en ocasiones, este supuesto está ya comprendido en algunos de los anteriores como el "*know-how*" o la asistencia técnica.
- La contraprestación. El pago de diversas cantidades que el franquiciatario hace al franquiciante está generalmente ligado a los resultados de la operación del negocio franquiciado. De estos pagos, hay dos conceptos básicos: el pago inicial o cuota que da derecho a la franquicia y las regalías como pagos periódicos. La contraprestación puede ser en moneda nacional o en moneda extranjera. En la relación entre franquiciante y franquiciatario pueden existir pagos por muy diversos conceptos.
 - Pagos iniciales:
 - c) Derecho de franquicia.
 - d) Desarrollo de la franquicia, franquicia de área.
 - e) Entrenamiento.
 - f) Aprobación del sitio adecuado para el establecimiento del negocio.
 - g) Diseño arquitectónico.
 - Pagos periódicos:
 - h) Regalías.
 - i) Por servicios diversos.
 - j) Contribución de publicidad y mercadotecnia.
 - k) Cargos por servicios especiales como contabilidad, servicio de computación, preparación de facturas, financiamiento, entrenamiento, consultoría y asistencia técnica especializada.
 - Pagos de renta:
 - l) Del inmueble.
 - m) Equipo, instalaciones, anuncios y señales.

- Pagos por ventas de:
 - n) Equipo, instalaciones, anuncios y señales.
 - o) Producto terminado que vende el franquiciatario al cliente.
 - p) Materia prima, materiales e ingredientes.
 - q) Servicios de distribución y comisiones a agentes vendedores.
 - r) Material de publicidad.
 - Comisiones a terceros proveedores del franquiciatario.
 - Intereses por préstamos al franquiciatario.
- c) La exclusividad. En el contrato de franquicia, el espacio geográfico puede delimitarse mediante un territorio en donde el franquiciatario podrá explotar la franquicia por medio de diversos establecimientos, área de desarrollo de franquicia, con posibles subfranquicias; o para un establecimiento o negociación mercantil concreto y determinado, en la que el franquiciante autoriza la localización.

5.3 Elementos Formales

Uno de los elementos más importantes del contrato de franquicia, es la autorización o licencia del uso de una o varias marcas (artículo 142 de la **Ley de Fomento y Protección a la Propiedad Industrial**) o nombres comerciales. Este acto jurídico sí requiere, para su validez frente a terceros, el que se otorgue por escrito y que se inscriba.

El contrato debe inscribirse en la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial para que produzca efectos en perjuicio de terceros (artículo 142 de la **Ley de Fomento y Protección a la Propiedad Industrial**). El medio para inscribir un contrato es que se otorgue por escrito, ante fedatario público.

6. Obligaciones y Derechos del Franquiciante

- a) Conceder la licencia de uso de marca. Es ésta una de las obligaciones esenciales de este contrato y la que va a distinguir un contrato de suministro, distribución o de simple transferencia de tecnología, de uno de franquicia.
- b) Autorizar el uso del nombre comercial. El nombre comercial o el aviso comercial, así como la explotación de una o varias patentes, no siempre será materia del contrato de franquicia; aunque en ciertos productos o servicios puede ser de la mayor importancia y estar ligados a las marcas autorizadas.
- c) Proveer tecnología. Esta obligación es muy amplia para el franquiciante y debe estar referida a los conocimientos técnicos que se transmiten para una eficaz explotación de la negociación mercantil que es objeto de la franquicia. Es necesario detallarla en el contrato o en manuales o anexos del mismo contrato. Los medios o procedimientos para la transmisión permanente de la tecnología pueden ser muy variados (manuales, videos, programas de capacitación). Esta obligación puede cambiar durante la vigencia del contrato respecto a diversa tecnología que el franquiciatario requiere en etapas distintas del desarrollo del negocio.
- Proporcionar información sobre el lugar geográfico conveniente para la instalación del establecimiento o lugares concretos donde se va a explotar la franquicia.
 - Aprobación de los diseños, decoración, equipo, instalaciones, estándares, distribución de planta, especificaciones, normas, mobiliario, signos distintivos, publicidad externa, etc.
 - Enviar manuales, guías, procedimientos de operación de la negociación; e información completa que permita la óptima explotación del negocio. Esta documentación contenida en el manual operativo, no es estática; ha de ser dinámica y constantemente actualizada y puesta al día por el franquiciante.
 - Enviar técnicos, supervisores y personal calificado y con experiencia que conozca la explotación del negocio para efecto de capacitar a las

personas que por parte del franquiciatario explotarán y llevarán la operación de la negociación. En algunos casos, hay programas de capacitación y entrenamiento previamente desarrollados por el franquiciante.

- Prestar asistencia técnica y toda clase de asesoría útil y necesaria al franquiciatario para la aplicación de la tecnología. Esta obligación debe cumplirse durante la vigencia de todo el contrato.
- d) Determinar estándares de calidad. Esta obligación del franquiciante, es también complemento de su derecho a inspeccionar y supervisar periódicamente al franquiciatario. Durante toda la vigencia del contrato, el franquiciante tiene un derecho para inspeccionar, supervisar y conocer en detalle la operación y desarrollo de la explotación de la negociación por parte del franquiciatario.
- e) Otras obligaciones.
- Si la franquicia está referida a un negocio de naturaleza comercial en la que el franquiciatario requiere del producto fabricado o suministrado por el concedente para la explotación del negocio; éste tendrá las obligaciones propias de un suministrador para entregar periódicamente el producto en el volumen, cantidades, plazos y establecimientos pactados.
 - En contratos de franquicia, en los que el concesionario es distribuidor, el franquiciante puede otorgar en comodato el uso del equipo o instalaciones apropiadas para la explotación de la negociación.
 - En algunos casos, realizar la publicidad necesaria para la venta o conocimiento del producto o servicio materia de la franquicia. Puede obligarse al franquiciatario a colaborar con la aportación de un porcentaje de sus ventas por ese concepto.
 - Procesar la información contable, financiera, de producción y comercial del franquiciatario.

- En algunos contratos, el franquiciante se obliga a financiar al franquiciatario o, por lo menos, a auxiliarlo en la obtención del financiamiento para el desarrollo de la franquicia.

7. Obligaciones Legales y Reglamentarias

La **Ley de Fomento y Protección a la Propiedad Industrial** - que regula al contrato de franquicia - establece como una obligación del franquiciante, el que éste debe proporcionar a quien se la pretende conceder - previamente a la celebración del convenio respectivo - la información relativa sobre el saldo que guarda su empresa, en los términos que establezca el reglamento de esta ley.

El artículo 65 del **Reglamento de la Ley de Fomento y Protección a la Propiedad Industrial** establece que el titular de la franquicia deberá proporcionar a los interesados - previa celebración del convenio respectivo - por lo menos, la siguiente información técnica, económica y financiera:

- a) Nombre, denominación o razón social, domicilio y nacionalidad del franquiciante;
- b) Descripción de la franquicia.
- c) Antigüedad de la empresa franquiciante de origen y, en su caso, franquiciante maestro en el negocio objeto de la franquicia.
- d) Derechos de propiedad intelectual que involucran la franquicia.
- e) Montos y conceptos de los pagos que el franquiciatario debe cubrir al franquiciante.
- f) Tipos de asistencia técnica y servicios que el franquiciante debe proporcionar al franquiciatario.
- g) Definición de la zona territorial de operación de la negociación que explote la franquicia.

- h) Derecho del franquiciatario a conceder o no subfranquicias a terceros y, en su caso, los requisitos que deba cubrir para hacerlo.
- i) Obligaciones del franquiciatario respecto a la información de tipo confidencial que le proporcione el franquiciante, y
- j) En general, las obligaciones y derechos del franquiciatario que deriven de la celebración del contrato de franquicia.

Se debe agregar:

- a) Las obligaciones que tiene el franquiciante y que enumera el artículo 65 del Reglamento de la Ley de Fomento y Protección a la Propiedad Industrial, que son obligaciones que derivan de la Ley y complementa el Reglamento.
- b) La información a que se refiere la ley y el reglamento deben proporcionarse previamente a la celebración del contrato.
- c) La información descrita es el mínimo que debe proporcionar el franquiciante.

8. Obligaciones del Franquiciatario

- a) Situar el establecimiento en el lugar autorizado. El franquiciatario debe seleccionar y determinar el lugar donde se ubicará el establecimiento para la explotación de la negociación; sujeto a la aprobación y a las especificaciones de construcción, instalación, decoración, publicidad, distribución del local, mobiliario, equipo, etc. que le señale el franquiciante.
- b) Usar las marcas. El franquiciatario no sólo tiene derecho a usar las marcas de productos o servicios que le autoriza el franquiciante, sino tiene - en ocasiones - deber u obligación de usarlas. La falta de uso de las marcas como usuario autorizado; para determinado país o territorio puede originar que las marcas caduquen para su titular (artículos 141 y

152 fracción V de la **Ley de Fomento y Protección a la Propiedad Industrial**). El uso autorizado de una marca se equiparará al efectuado por el titular de la misma para todos aquellos efectos a que haya lugar.

- c) Usar los nombres comerciales y explotar las patentes. Igual que con las marcas, el franquiciatario tiene derecho a usar los nombres comerciales y los avisos comerciales así como explotar las patentes. Pero estos derechos significan también obligaciones para el franquiciatario, quien debe usar y explotar el nombre comercial, pues el derecho se pierde si no se usa en un establecimiento.
- d) Cumplir los requerimientos de uso y aplicación de los conocimientos técnicos. El uso de la tecnología y su aplicación en la explotación de la negociación - con todo lo que ello implica - debe hacerlo el franquiciatario de acuerdo con las reglas, normas y estándares que fija el franquiciante.
- e) Seguir las especificaciones sobre organización del negocio. Esta obligación es muy amplia, pues supone que durante la operación de la negociación deberá ajustar su actuación en diferentes áreas de administración y organización a lo que señale el franquiciante.
- f) Pagar la contraprestación. Conforme con lo acordado en el contrato; se debe pagar la contraprestación en los plazos previstos, en el lugar que indica el contrato y en la moneda nacional o en divisas, al tipo de cambio pactado.
- g) Adquirir un mínimo de mercancías o materia prima.
- h) Informar periódicamente. El franquiciatario debe informar al franquiciante, ~~et desarrollo~~ de la negociación mercantil. Este informe es básicamente económico, sobre los resultados de la negociación: ventas, costos, utilidades y productos vendidos.
- i) Guardar secreto. El franquiciatario está obligado a no divulgar a terceros ninguna información confidencial sobre tecnología, la operación misma de la negociación o la propia franquicia. El artículo 84 de la **Ley de Fomento y Protección a la Propiedad Industrial** establece que en contratos donde se transmitan conocimientos técnicos se podrán incluir la cláusula

de confidencialidad. El **Reglamento de la Ley de Fomento y Protección a la Propiedad Industrial** se refiere a esta obligación del franquiciatario (artículo 65 fracción IX).

- j) No vender o explotar otros productos o servicios. El franquiciatario es, en principio, un usuario exclusivo de la tecnología y solamente puede utilizarla para explotar un negocio en los términos que se contrató la franquicia; con prohibición de vender u ofrecer productos distintos.
- k) No ceder, traspasar o sublicenciar. Como el contrato de franquicia es *intuitu personæ*; el franquiciatario no puede ceder, traspasar o celebrar contratos de subfranquicia sin autorización expresa del franquiciante.
- l) Cooperar en la publicidad. En algunos productos o servicios la publicidad que realiza el franquiciante beneficia a todos los franquiciatarios; de modo que algunas veces se impone a éstos la obligación de contribuir a los gastos de publicidad.
- m) Aceptar inspecciones. Obligación correlativa del derecho a inspeccionar y supervisar que tiene el franquiciante, está la obligación del franquiciatario de aceptar y colaborar en las inspecciones, visitas, supervisiones, auditorías, etc. que hace el franquiciante para comprobar el cumplimiento de las obligaciones del contrato, de las directrices, normas e instrucciones.
- n) A la terminación. Cuando termina el contrato, el franquiciatario tiene obligación de dejar de usar las marcas, nombres y avisos comerciales y la explotación de patentes; así como de utilizar toda la tecnología y toda la información proporcionadas por el franquiciante.

9. Terminación

- a) Preaviso de alguna de las partes. Este preaviso suele estar pactado en el contrato con un plazo mínimo y alguna formalidad para hacerlo saber a la contraparte.

- b) Terminación anticipada por incumplimiento de alguna de las partes, o rescisión. En el contrato, suele pactarse cuáles son las violaciones graves que dan lugar a la terminación anticipada.
- c) Quiebra del franquiciatario o del franquiciante; causal a la que suelen agregarse otras que afectan a la operación normal del franquiciatario, como puede ser la huelga, cuando se prolonga por determinados días; el embargo de toda la negociación o de ciertos activos importantes, con posibilidad de intervención en la administración por parte de la autoridad judicial; la expropiación; o la suspensión de pagos.
- d) La llegada del término del contrato no requiere aviso o acto alguno de las partes. Algunas veces las partes deciden continuar con el contrato por un plazo igual al inicial. En ciertos casos se pacta la renovación automática, a menos que se dé aviso en contrario en un plazo y forma pactada.
- e) La muerte del franquiciatario es causa de terminación, cuando el concesionario es una persona física. Puede establecerse en el contrato, que el contrato de franquicia continúe vigente con los herederos o que se termine en un plazo razonable, en el cuál el franquiciante tiene derecho a "*recomprar*" la franquicia o dar alguna indemnización a los herederos.

En relación con los efectos de la terminación de la franquicia, como se trata de un contrato de tracto sucesivo, la rescisión por incumplimiento o la terminación anticipada produce efectos hacia el futuro, no en forma retroactiva.

10. Naturaleza Contractual

Esta novedosa figura contractual no puede encuadrarse fácilmente en las relaciones típicas que regula nuestro Derecho.

- a) Relación laboral. Cuando el franquiciatario es persona física; entre el franquiciante y él no existe relación laboral alguna, pues no hay subordinación en la relación que es estrictamente contractual y de

naturaleza comercial. El contrato celebrado por una empresa con determinadas personas, en el que les concede la exclusividad para que vendan los productos de aquéllas en tal o cual región, no es un contrato de trabajo.⁴⁵

- b) Suministro. El contrato de franquicia no es un convenio de suministro, sino que abarca una serie de elementos adicionales que lo distinguen claramente. La marca, el método franquiciado y el interés continuo en el producto final del franquiciado son elementos totalmente ajenos al convenio de suministro.
- c) Comisión o representación. Esta compleja relación contractual de la franquicia no es un contrato de comisión. Los franquiciatarios no son representantes del franquiciante, pues no obran por cuenta del franquiciante ni en nombre de éste; sino que el franquiciatario obra por su propia cuenta y en su propio nombre.
- d) Distribución. Aunque la franquicia puede confundirse con el contrato de distribución o concesión mercantil, especialmente la franquicia de producto y marca, dos elementos importantes la distinguen: la licencia de uso de marca y la transmisión de conocimientos técnicos.
- e) Contrato asociativo. Tampoco debe buscarse una analogía entre el contrato de franquicia y el derecho de sociedades o asociaciones. No hay contrato asociativo, sino de colaboración; pues las partes contratantes son independientes y no corren el mismo riesgo como sucede en las figuras asociativas.

⁴⁵ Véase en el Apéndice, la tesis *Concesiones exclusivas para la venta de productos de una empresa, naturaleza de los contratos de*.

- f) Licencia de marca. El contrato de franquicia es algo más que una licencia de marca, pues contiene como rasgos esenciales la obligación del franquiciante de proporcionar "*know-how*" y asistencia técnica.
- g) Figura *sui generis*. Para nuestro Derecho, la franquicia es un contrato atípico, pues no está regulada la relación de derecho privado entre el franquiciante y el franquiciatario. Sin embargo - conforme a la **Ley de Fomento y Protección a la Propiedad Industrial y su Reglamento** - el contrato de franquicia contiene, además de otros elementos, una licencia de uso de marca.

CAPÍTULO DÉCIMO

EL PACTO DE EXCLUSIVA

1. Introducción

La exclusividad es un concepto que aparece con frecuencia en las relaciones de Derecho Privado derivadas de contratos mercantiles. En la práctica actual de los negocios, numerosos contratos entre empresas contienen alguna referencia a la exclusividad como elemento importante de actos jurídicos que buscan relaciones duraderas.

El pacto de exclusividad se puede encontrar en contratos como el de suministro, de transferencia de tecnología, de agencia, de distribución o de franquicia; e incluso en relaciones con comisionistas y mediadores. Algunas de estas figuras de reciente auge en el Derecho Mercantil, no reguladas todas ellas por nuestras leyes y por tanto atípicas, pueden ir acompañadas de un acuerdo de exclusividad que no siempre se pacta en forma clara y que da lugar a dificultades en su interpretación y alcances.

En nuestra legislación existen algunas referencias a la exclusividad. Por ejemplo, el artículo 28 de la **Constitución** se refiere a los privilegios que se conceden a autores y artistas para la protección de sus obras y para el uso exclusivo de sus inventos que se otorgan a inventores. El artículo 89, fracción XV, de la misma **Ley Fundamental** señala como facultad del Presidente de la República, conceder privilegios exclusivos a inventores. La **Ley Federal de Competencia Económica** - en su artículo 10, fracción I - menciona a la distribución exclusiva como actividad económica que puede ser, si se dan ciertas circunstancias, una práctica monopólica relativa. En los artículos 9, 87, 99 y 105 de la **Ley de Fomento y Protección a la Propiedad Industrial** se reconoce el derecho exclusivo de explotación a los titulares o

licenciarios de una patente, y el derecho exclusivo al uso de una marca, de aviso o de nombre comercial a sus titulares o usuarios autorizados. También en dicha ley se reconoce el contrato de franquicia; el que entraña una cierta exclusividad para el franquiciario, respecto a un territorio o a uno o varios establecimientos.

2. Concepto

El término pacto de exclusiva no es definitivo. Se conoce también como cláusula de exclusiva o de exclusividad, derecho de exclusividad, modalidad de exclusiva y como adjetivo que acompaña al nombre de un contrato, por ejemplo: representación exclusiva, agencia exclusiva o suministro con exclusiva. El término pacto a que nuestras leyes aluden en algunas disposiciones debe tomarse como sinónimo de convenio (artículo 1792 del **Código Civil Federal**), de compromiso o simplemente de acuerdo.

En el Derecho Romano, el pacto fue el acuerdo que - en sus orígenes - no tenía acción. Posteriormente el *pretor* reconoció que los pactos podían modificar una relación jurídica y aparecen generalmente concertados en el acto mismo del contrato. Se les conoce como *pacta adjecta*, unidos a una relación principal.

La exclusiva, en su aspecto negativo, representa una limitación a la libertad contractual; al imponer al concedente de la exclusiva, la obligación de no celebrar una clase determinada de contratos con personas físicas al concesionario o a éste la de no concluirlos con otro que no sea el concedente.

En términos más amplios, y no sólo como limitación a la libertad contractual, ha sido concebido como una obligación de no recibir de terceros

una determinada prestación; bien de no realizarla a favor de terceros o bien ambas obligaciones recíprocamente.

En este pacto, es esencial la obligación de no realizar ciertas prestaciones o de no concluir determinados contratos; sino únicamente con las personas a quienes se les reconoce la exclusiva.

Este pacto de exclusiva - que excluye a los terceros la realización de determinados negocios - significa para el beneficiario de la exclusiva, un valor en su patrimonio, un privilegio y, algunas veces, un monopolio. Es evidente, que un contrato con pacto de exclusiva tendrá un valor económico distinto al del contrato que no tenga ese beneficio.

3. Accesoriedad del Pacto

El pacto de exclusiva no puede acordarse en forma abstracta y general. No puede ser un acuerdo autónomo o independiente de una relación fundamental. Se habla así de un contrato de agencia o de distribución exclusiva, de un suministrador o proveedor exclusivo, de una relación principal; y por ello resulta un acuerdo accesorio, adicional, que acompaña a algún contrato.

El contrato al que va unido el pacto de exclusiva es generalmente un contrato de ejecución continuada o diferida; es decir, que produce entre las partes una relación duradera, más o menos permanente. La exclusividad no se presenta en contratos de ejecución inmediata. Los casos de contratos en que frecuentemente se pacta la exclusiva (suministro, agencia, distribución, franquicia), presentan esta característica de la duración.

Se ha considerado que hay contratos cuya esencia o naturaleza, son siempre la exclusividad; de modo que el pacto de exclusiva, forma parte esencial o natural de la relación contractual y no puede separarse de ésta.

El pacto de exclusiva puede ser esencial, natural o accidental para algunos contratos.

También puede considerarse que la exclusiva resulta cláusula esencial en los contratos de intermediación. En otros casos, el pacto de exclusiva es un elemento natural del contrato al que está ligado; esto significa que, si las partes no lo acuerdan, la ley que regula al contrato lo establece.

Por último, el pacto de exclusiva se produce como elemento accidental de la mayoría de los contratos cuando las partes así lo acuerdan. Es éste el caso más usual en la práctica.

4. Requisitos

El pacto de exclusiva tiene dos requisitos básicos. En general, se sostiene la necesidad de que la exclusiva quede sometida a límites de tiempo y de espacio que deberán ser respetados por las partes.

a) Respecto al área geográfica; ésta puede ser muy amplia, y muchas veces se detalla en un anexo del contrato; por ejemplo: todo el mundo; o todo el mundo con excepción de México, Guatemala y Honduras. Si no se ha señalado claramente la zona geográfica, no habrá más límite que el de la efectiva actividad económica del beneficiario de la misma. La fijación del territorio y su aplicación al pacto de exclusiva puede ser muy compleja. Hay distintas cláusulas de territorialidad con diferentes efectos en los obligados por la exclusiva; éstas se conocen como: territorialidad simple,

territorialidad reforzada, territorialidad absoluta o territorialidad con reserva. Cada uno de estos conceptos entraña una mayor o menor protección a la zona exclusiva.

- b) Como el pacto de exclusiva supone una limitación a la libertad, este acuerdo debe estar sujeto a un cierto término. Si el pago de exclusiva no tiene señalado un plazo específico de duración, debe entenderse que el término es igual al del contrato principal al que está unido.
- c) Por último - ya no como requisito, sino como materia importante que debe contener el pacto - es importante concretar a qué prestaciones, productos o mercancías se refiere la exclusividad. Esto resulta de gran utilidad práctica para aquellos casos de exclusiva en donde existen productos o mercancías similares a las que por la relación contractual principal tiene el obligado a la exclusiva.

5. Clases

- a) En atención a los obligados, el pacto de exclusiva puede ser de simple o doble signo, o unilateral o bilateral. Es decir, un contrato puede contener el pacto de exclusiva a favor de una parte; por ejemplo del agente del empresario o de ambos. Para los contratos de agencia, distribución o franquicia puede pactarse de la siguiente manera: el obligado por la exclusiva; si es el agente, el distribuidor o el franquiciatario, no puede trabajar en su zona para otros empresarios u otros competidores. En los contratos de suministro, agencia y distribución, en los que el suministrado, el agente, el distribuidor o el franquiciatario es el que está obligado por la exclusiva, suele llamársele exclusiva de abastecimiento o aprovisionamiento. Cuando el obligado por la exclusiva es el empresario, éste no puede designar a otros agentes, distribuidores o franquiciatario en la zona o para los productos concedidos al beneficiario de la exclusiva; e

incluso, en ciertos casos de contratación más compleja, evitar que sus productos sean introducidos a la zona por conductos distintos a la actividad del beneficiario de la exclusiva.

- b) En atención al efecto del pacto de exclusiva respecto al territorio, éste puede ser de territorialidad simple, de territorialidad reforzada o de territorialidad absoluta.
- En la llamada cláusula de territorialidad simple, el concedente ha reconocido - mediante la misma al concesionario - el privilegio de aprovisionarle en exclusiva para esta zona, y el de que el concesionario venda en exclusiva en ella. Pero no se ha obligado a protegerlo contra la posible concurrencia de los demás concesionarios de otras zonas que puedan invadir la suya.
 - La finalidad de la cláusula de territorialidad reforzada es que los concesionarios adquieran el compromiso de respetar el monopolio territorial de los otros, de modo que ninguno de ellos puede adquirir un cliente no domiciliado en su territorio sin afectar una de las obligaciones del contrato donde está acordada la exclusiva. En la cláusula de territorialidad reforzada, el concedente se obliga a imponer el respeto de la zona geográfica de eficacia de la concesión a los demás concesionarios. Esto se consigue a través del pacto de respetar las zonas geográficas de cada concesionario y que aparece en los contratos individuales de concesión. Su efecto es, por tanto, impedir la concurrencia interna dentro de la red de concesión mercantil.
 - La cláusula de territorialidad absoluta, se da cuando los concesionarios exclusivos se comprometen respecto del concedente; no sólo a no revender a clientes que no están domiciliados en sus sectores, sino igualmente a imponer a sus clientes la obligación de no exportar la mercadería fuera del sector donde ella ha sido comercializada. Ella no puede ser practicada excepto si el concesionario es un mayorista exclusivo o revendedor a minoristas que abastece en un sector

concedido. En esta última clase de exclusiva; el concesionario - a su vez - impone al cliente, comerciante minorista o subdistribuidor la obligación de no revender fuera del territorio concesionado. Aquí se produce un fenómeno económico interesante, pues los productos objeto del contrato de concesión se convierten en mercancía de no libre circulación.

6. Efectos

Es principio de todos los contratos y convenios que éstos sólo obligan a quienes intervienen como partes: *res inter alios acta*. El principio establece que sólo a las partes aprovecha o perjudica el contrato, ya que únicamente para ellas dimanar los derechos o las obligaciones de éste; y por contrapartida, todos los terceros extraños no se benefician ni se perjudican directamente; pues no les obliga ni les otorga derechos ese negocio jurídico⁴⁶.

El efecto general que el pacto de exclusiva produce entre las partes es una obligación de no hacer y más específicamente de no contratar. Pero este deber sólo se produce entre las partes que intervienen en el pacto de exclusiva. De este modo, si una parte incumple el pacto de exclusiva y contrata o recibe prestaciones de un tercero, esta nueva relación con el tercero es válida y el beneficiario de la exclusiva no puede exigir la nulidad o invalidar el nuevo acto; pues el tercero con quien se contrató no estaba obligado por el pacto de exclusiva. Por tanto, el contrato celebrado entre el obligado por el pacto de exclusiva y el tercero es válido.

Para el acreedor o beneficiario del pacto de exclusiva, el deudor que lo viola debe resarcir los daños y perjuicios causados; por aplicación del principio general del incumplimiento de las obligaciones negativas (artículo 2028 del **Código Civil Federal**).

⁴⁶ SANCHEZ MEDAL, Ramón, *De los contratos civiles*, 16ª ed., Porrúa, México, 1998, núm. 35.

7. Incumplimiento

Ante el incumplimiento del pacto de exclusiva por una parte (unilateral) o las dos partes (bilateral) obligadas, las consecuencias o efectos del incumplimiento se producen únicamente entre las partes. Este incumplimiento - como el incumplimiento general de cualquier contrato bilateral, de prestaciones recíprocas - da derecho a la parte perjudicada a exigir, a la otra parte, el pago de daños y perjuicios así como el cumplimiento forzoso o la rescisión del contrato (artículo 1949 del **Código Civil Federal**).

Es frecuente - por tanto - que dada la importancia que el pacto de exclusiva tiene para algunos contratos mercantiles como el de agencia, el de distribución o el de franquicia; el incumplimiento del pacto sea causa de terminación general de todo el contrato. Para el resarcimiento de los daños y perjuicios, pueden las partes plantear contractualmente varias soluciones.

Con las soluciones que contractualmente garantizan el cumplimiento del derecho de exclusiva, puede lograrse que el contrato y el pacto - en ciertos casos que no sean graves - subsistan y que no sea necesario acudir a la terminación de la relación contractual; por la compensación parcial y concreta que en el incumplimiento a la exclusiva recibe su beneficiario.

8. Naturaleza Jurídica

El pacto de exclusiva, es un acuerdo accesorio que requiere de una relación básica, generalmente contractual, para su existencia. Por tanto, en primer término, el pacto de exclusiva es una cláusula o un acuerdo accesorio a una relación principal de la cuál depende. No puede pensarse en un pacto de exclusiva en general, abstracto.

El pacto de exclusiva, por los efectos que produce, cabe dentro del concepto general de las obligaciones negativas u obligaciones de no hacer, pues significa para el deudor de éste, un deber de abstención: de no recibir o realizar prestaciones, de no contratar con persona distinta al beneficiario de la exclusiva. La obligación de no hacer, está regulada en el artículo 2028 del **Código Civil Federal** el cuál señala que quien estuviere obligado a no hacer alguna cosa, quedará sujeto al pago de daños y perjuicios en caso de contravención.

La obligación negativa puede ser, a su vez, abstención de actos materiales o de actos jurídicos. El pacto de exclusiva - como obligación negativa - implica así, sobre todo, una abstención de actos jurídicos que se conoce como obligación de no contratar.

El pacto de exclusiva - como limitación a la libertad contractual - se produce en contratos de duración, generalmente de naturaleza mercantil. Para nuestro Derecho, el pacto será siempre una cláusula accesorio o accidental que debe ser convenida expresamente por las partes.

Cuando se pacta la exclusiva, deben tenerse presentes el contenido y los límites de la misma respecto al obligado y el beneficiario de la exclusiva, el espacio o territorio, el plazo por el que se concede y los posibles efectos por su incumplimiento.

9. La Exclusividad y la Ley Federal de Competencia Económica

La **Ley Federal de Competencia Económica** tiene por objeto proteger el proceso de competencia y libre concurrencia; mediante la prevención y eliminación de monopolios, prácticas monopólicas y demás restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados de bienes y servicios. La Ley prohíbe las prácticas monopólicas que dañen la

competencia o impidan la libre competencia y, para estos efectos, enumera distintos supuestos de prácticas monopólicas absolutas y relativas.

Para que exista una práctica monopólica absoluta se requiere que el convenio o contrato por el cuál se atenta contra la competencia o libre competencia, se celebre entre agentes económicos competidores. Los acuerdos jurídicos de esta naturaleza no producirán efectos jurídicos y los agentes económicos serán sancionados. El efecto que buscan las partes que intervienen en estos acuerdos es fijar o manipular el precio de venta, establecer obligaciones de no producir o distribuir o segmentar el mercado.

Se considera que hay prácticas monopólicas relativas en aquellos acuerdos entre agentes económicos - generalmente no entre competidores - en los que se pretenda como objeto o efecto desplazar indebidamente a otros agentes del mercado; impedirles sustancialmente su acceso o establecer ventajas exclusivas a favor de una o varias personas. Sin embargo, para que la práctica monopólica relativa se encuentre dentro de los supuestos previstos en la propia ley como sancionables, es necesario que se compruebe que mediante esa práctica el responsable tiene poder sustancial sobre el mercado relevante. A diferencia de las absolutas, su determinación requiere del análisis cuidadoso de las circunstancias en que se gestan y de sus efectos en la competencia y libre competencia.

Los supuestos de un pacto de exclusiva están previstos dentro del texto que describe a las prácticas monopólicas relativas.

Dice el artículo 10, fracción I de la **Ley Federal de Competencia Económica**:

Se consideran prácticas monopólicas relativas los actos, contratos, convenios o combinaciones 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 o por período de tiempo determinados, incluidas la división, distribución o asignación de clientes o proveedores; así como la obligación de no fabricar o distribuir bienes o prestar servicios por un tiempo determinado o determinable.

Para que un pacto de exclusividad se encuentre dentro de los supuestos de una práctica monopólica relativa, es necesario que se presenten las siguientes condiciones:

- a) Que tenga como efecto desplazar indebidamente o impedir en forma sustancial el acceso al mercado a otros agentes económicos, así como establecer ventajas exclusivas a cierta persona.
- b) Que por medio del contrato, el responsable logre un poder sustancial en el mercado relevante.
- c) Que en uso del poder sustancial, el agente pueda fijar precios unilateralmente en el mercado o tenga cierto control respecto al acceso al mercado de otros competidores.

CAPÍTULO DÉCIMO PRIMERO

EL CONTRATO DE *JOINT VENTURE*

1. Introducción

Importada del Derecho Anglosajón y de la práctica de negocios, especialmente de los de Estados Unidos, en México se utiliza la figura del *joint venture* para conjuntar intereses de dos o más partes. La expresión *joint venture* aparece siempre como una fórmula de uso apta para ilustrar diversas formas no precisadas de cooperación industrial.

El término *joint venture*⁴⁷, se puede traducir como:

- a) *Joint*. Colectivo, asociado, conjunto copartícipe, mancomunado.
- b) *Adventure*. Aventura
- c) *Venture*. Riesgo, aventura, ventura
- d) *Joint Adventure*. Riesgo colectivo, empresa colectiva, sociedad en participación, empresa común.
- e) *Joint Venture*, es la abreviatura comercial y judicial de *Joint Adventure*, que se usa en los Estados Unidos desde 1808⁴⁸.

El término *joint venture* se usa para referirse a varios conceptos diversos:

- a) *Informal joint venture*: es el negocio entre dos o más personas físicas o morales para la realización de un trabajo o proyecto conjunto y que no

⁴⁷ ROBB, LUIS A., *Diccionario de términos legales (Español-Ingles, Inglés-Español)*, 1ª ed., 12ª reimp., Limusa, México, 1982, Voces *Joint, Adventure, Venture*.

⁴⁸ ASCARELLI, Tullio, *Iniciación al derecho mercantil*, Bosch, Barcelona, 1964.



1
2
3
4
5
6
7
8
9
10
11
12
13
14
15
16
17
18
19
20
21
22
23
24
25
26
27
28
29
30
31
32
33
34
35
36
37
38
39
40
41
42
43
44
45
46
47
48
49
50
51
52
53
54
55
56
57
58
59
60
61
62
63
64
65
66
67
68
69
70
71
72
73
74
75
76
77
78
79
80
81
82
83
84
85
86
87
88
89
90
91
92
93
94
95
96
97
98
99
100

1
2
3
4
5
6
7
8
9
10
11
12
13
14
15
16
17
18
19
20
21
22
23
24
25
26
27
28
29
30
31
32
33
34
35
36
37
38
39
40
41
42
43
44
45
46
47
48
49
50
51
52
53
54
55
56
57
58
59
60
61
62
63
64
65
66
67
68
69
70
71
72
73
74
75
76
77
78
79
80
81
82
83
84
85
86
87
88
89
90
91
92
93
94
95
96
97
98
99
100

En México, las traducciones de los contratos de *joint venture* son variadas. Se les nombra como contratos de asociación en participación, de empresa mixta o de sociedad en participación, de empresa de capital mixto, de sociedad de inversión mixta. Sin embargo, la utilización de algunos de estos términos puede originar confusión; por ejemplo, el término de asociación en participación es aplicable a un contrato típico mercantil, regulado por los artículos 252 a 258 de la **Ley General de Sociedades Mercantiles**, que no siempre produce el resultado y la relación jurídica que usualmente buscan las partes contratantes del *joint venture*; aun cuando la asociación en participación es un negocio al que con frecuencia se acude, sobre todo en relación con la inversión extranjera, como una de las varias manifestaciones del *joint venture*, inclusive como forma de agrupación de empresas para el logro de una finalidad común. La expresión empresa mixta se presta a confundirla con las sociedades en que participan conjuntamente los particulares y el Estado. Las denominaciones empresa de capital mixto y sociedad con capital o inversión mixta, que puede ser un término apropiado, resultan de uso menos frecuente a la terminología jurídica mexicana.

El contrato preliminar de sociedad o precontrato de sociedad coincide, en algunos aspectos, con la especie de *joint venture* que tiene como propósito dar nacimiento a una nueva sociedad⁴⁹.

3. Aplicaciones y Ventajas

Una aplicación importante del *joint venture* es la creación y organización de sociedades de colaboración industrial de empresas pertenecientes a países económicamente avanzados, en países en vías de desarrollo. Esto obedece a la necesidad de expansión de grandes empresas y a las limitaciones legales de países en vías de desarrollo que imponen la

⁴⁹ BARRERA G., Jorge, *Las sociedades en el derecho mexicano*, UNAM, México, 1983, p. 285.

necesidad de que sean nacionales, al menos en una parte de la participación, quienes exploten recursos naturales o establezcan empresas en determinadas ramas de la industria.

La parte extranjera, por oposición a la parte o socio local o nacional, utiliza esta figura para hacer negocios en un país distinto del de su nacionalidad.

Usualmente, la sociedad que nace de *joint venture*, se constituye en el país y bajo las leyes del socio nacional. En algunos casos; lo que se pretende aprovechar son marcas, tecnología, canales de distribución, experiencias, activos o sistemas de organización de los participantes en el negocio social.

El *joint venture* internacional - como contrato entre empresas de distinta nacionalidad, ya sea como contrato asociativo o que de origen a una sociedad - puede tener como origen diversos factores que significan, en ciertos casos, ventajas para las dos partes contratantes.

4. Extranjeros

Para la parte extranjera las ventajas pueden ser las siguientes:

- a) El deseo de entrar en nuevos mercados, para compañías que están en mercados maduros.
- b) La necesidad de ajustarse a las medidas económicas nacionalistas del país extraño. Las leyes locales exigen que en los nuevos negocios participen y tengan injerencia en la administración los propios nacionales.
- c) Las necesidades de materia prima para el socio extranjero.

- d) El deseo y el interés de compartir el riesgo económico de los nuevos negocios y aprovechar la experiencia y conocimientos del socio local en su medio.
- e) Tener una base para exportar en la región.
- f) Vender tecnología al *joint venture*.

5. Nacionales

Las ventajas que puede tener la parte o socio nacional en esta clase de contratos son:

- a) Compartir el riesgo de una nueva operación o área de negocio de la empresa.
- b) Lograr una inversión extranjera que incremente el capital necesario para el negocio particular o sociedad.
- c) Hacerse de una tecnología más eficiente.
- d) Obtener financiamiento y recursos con mejores condiciones que las del mercado.
- e) La posibilidad de tener nuevos negocios, la capacitación y aprendizaje de técnicas más avanzadas en todos los campos de la empresa, la compra de materias primas y maquinaria a precios más bajos, la obtención de nuevos productos, la posibilidad de exportar.

Una desventaja para el socio nacional puede ser la pérdida del control en el manejo del negocio.

6. Utilidad

El contrato de *joint venture* se puede utilizar como un medio para resolver problemas internos de una organización -- ya sean la comercialización o distribución de productos - asociándose con una empresa que tenga experiencia en esta área de negocios; o para la adquisición o creación de una nueva línea de productos con materia prima, tecnología o

sistemas de producción de otra empresa; así como para complementar procesos de producción, comercialización o financiamiento.

Aunque tradicionalmente el *joint venture* como contrato se utiliza para ampliarse a nuevos negocios, también ofrece alguna utilidad en la transición de una reestructuración o compra de una organización o empresa.

CAPÍTULO DÉCIMO SEGUNDO

COMERCIO ELECTRÓNICO, DOCUMENTO ELECTRÓNICO Y SEGURIDAD JURÍDICA

1. Introducción

Sin duda llegará un momento en que las fronteras nacionales serán líneas dibujadas en los mapas, mientras que el flujo de negocios y comercio correrá libremente en una economía digitalizada sin fronteras; baste recordar todos los aspectos que al respecto trata el Tratado de Libre Comercio de Norteamérica.

Tradicionalmente, el comercio mundial consistió en el intercambio de mercancías y documentos. Cuando uno pasa por una aduana, se declaran las mercancías que se transportan y en casos específicos se obtienen o se muestran los documentos que amparan dichas mercancías, no los bits. Incluso la música grabada mediante tecnología digital, se distribuye en discos compactos plásticos – conocidos como CD – con importantes gastos de embalaje, envío y costos de inventario.

El envío de música grabada en forma de piezas de plástico, como así también el lento manejo humano de la mayor parte de la información – en forma de libros, revistas, periódicos y videocasetes – está por convertirse en la transferencia instantánea y a bajo costo de datos electrónicos que se mueven a la velocidad de la luz. De esta manera, la información se vuelve universalmente accesible. Thomas Jefferson creó el concepto organizativo de las bibliotecas públicas y estableció el derecho de todo individuo a retirar un libro en préstamo sin costo alguno. Pero nunca consideró la posibilidad de

que veinte millones de personas puedan tener acceso electrónico a una biblioteca digital y retirar su contenido libre de cargos.

No debemos olvidar que Informática deriva de información, pero de una información autorizada o tratada con ayuda de ordenadores electrónicos. De ahí que se pueda decir que la Informática es la rama de la tecnología moderna que se ocupa del proceso y almacenamiento de informaciones mediante soportes automatizados. Pero además, la exigencia de transmitir a distancia esas informaciones mediante redes interconectadas ha determinado la aparición de la telemática; que consiste en la tecnología de las comunicaciones para el intercambio de información entre equipos informáticos.

Ahora bien, todo ese impresionante desarrollo de las tecnologías de la información y de la comunicación ha terminado por afectar las diferentes áreas del Derecho tradicional: en el Derecho Civil, identidad virtual, derecho a la intimidad, manifestación de la voluntad; en el Derecho Laboral, el trabajo y las migraciones que éste produce; en el Derecho Mercantil, medios de pago electrónicos, juntas de socios virtuales, intercambio electrónico de datos, publicidad comparativa, efectos de los contratos; en el Derecho Probatorio, la validez del documento electrónico y de la firma digital; en el Derecho Bancario, la transferencia electrónica de fondos; en el Derecho Bursátil, la desmaterialización de los títulos valor; en el Derecho Internacional Privado, jurisdicción aplicable frente a un negocio celebrado en la red de Internet o un delito cometido en la misma; en la propiedad intelectual, el derecho de acceso, quizá será más importante que el derecho de reproducción.

2. Desmaterialización

Por toda esa necesidad de cambio y adaptación que va a implicar para el Derecho, el desarrollo de la telemática responde en el criterio a un concepto filosófico – antes que jurídico, generalizante – que se conoce con el nombre de desmaterialización.

En efecto, es físicamente palpable por nuestros sentidos una gradual e ineludible desmaterialización de la realidad. Se observa con nostalgia o satisfacción el derrumbe de lo físico, el alto grado de obsolescencia de lo material, la poca permanencia y duración de los objetos y la pérdida de su individualidad, así como de lo ético o valorativo.

El término desmaterialización se ha inmerso en las especulaciones sobre la función de la ciencia y de la tecnología en el presente siglo. En dichas especulaciones, se debe analizar el impacto de las tecnologías que van naciendo; informática, telecomunicación, bioingeniería, robótica; el que probablemente llevará a un progresivo rebajamiento de la materialidad del mundo, a una desmaterialización de nuestra realidad en su conjunto. Se producirá una contracción del universo de los objetos materiales, objetos que serían sustituidos por procesos y servicios cada vez más abstractos.

¿Pero autoriza esta comprobación a hablar, como suele hacerse con harta desenvoltura, de un proceso efectivo de desmaterialización? ¿Es creíble que nuestra realidad futura llegue a ser un mundo constituido sólo por presencia inefable, un mundo desprovisto de materialidad y de carácter físico? ¿Es razonable pensar que tendremos que vérnoslas sólo con realidades= intangibles; con imágenes ilusorias, evanescentes; con alta semejanza a un mundo poblado de espectros, de alucinaciones, de ectoplasmas?⁵⁰.

⁵⁰ MALDONADO, Tomás, *Lo real y lo irreal*, Gedisa, Barcelona, 1992, p. 14.

Es difícil pensar que el deseo del hombre sea el de desprenderse totalmente de lo físico. Quizá ante esa desmaterialización propuesta, estemos en presencia de lo que Tomás Maldonado⁵¹ llama un abuso metafórico, o se agregaría una licencia literaria o una nueva categoría conceptual a la que nos tienen acostumbrados los teóricos. Pero lo cierto es que en una sociedad como la actual, en donde la información está asumiendo una función fundamental, algunos tiendan a ver en el proceso de información en marcha una especie de desmaterialización global y hasta de espiritualización del mundo en que vivimos.

Estar en la sociedad de la información implicará que nos acostumbremos, cada día más, a las abstracciones a representaciones del mundo real: dinero plástico; moneda digital; transferencia electrónica de fondos; digitalización de obras literarias, musicales y artísticas; ediciones electrónicas; obras multimedia; bancos de datos con archivos digitales centrales de información; banco en casa; comercio electrónico a distancia; compra por catálogo mediante la Internet, donde se vuelven obsoletos conceptos tales como la *traditio*, en cualquiera de sus modalidades.

Trayendo el concepto filosófico de la desmaterialización al campo jurídico y fundamentalmente al Derecho Probatorio, se puede decir que con el término desmaterialización o desincorporación se conoce al fenómeno mediante el cual se suprime el documento físico y se reemplaza por un registro contable, que en la mayoría de los casos, por ser archivos de computadora, se les ha dado el calificativo de documentos informáticos.

Ahora bien; esa desmaterialización, desincorporación o espiritualización que para el estudioso del Derecho Privado se expresa fundamentalmente en la despersonalización de las relaciones mercantiles, en

⁵¹ *Idem.*

los medios de pago electrónicos, en la transferencia electrónica de fondos, en el documento electrónico, en la desmaterialización de los títulos valor, en el auge del comercio electrónico o sin papel ha llevado a considerar la crisis de una sociedad de papel y se proponga un nuevo modelo social o cultural, en donde el papel será reemplazado por medios informáticos con soportes digitales y transferencia electrónica.

Esa realidad de registros magnéticos y de la presencia de la electrónica en la celebración de negocios jurídicos ha producido la crisis de conceptos jurídicos tradicionales, tales como el de documento jurídico y el surgimiento de muchas interrogantes en la mente del jurista del siglo XXI.

3. La computadora en la actividad negocial

El grado de injerencia o funcionalidad de la computadora en la actividad negocial se puede sistematizar de la siguiente manera:

- a) La computadora incide sólo indirectamente en el proceso de formación de la voluntad negocial, al ofrecer información económica necesaria para concretar la relación contractual.
- b) La computadora puede ser un instrumento de comunicación mediante el cuál se transmite al exterior, normalmente al destinatario de la declaración de la voluntad, un acto ya perfeccionado.
- c) La computadora incide directamente en el proceso de formación del consentimiento que concreta el negocio. En este caso, el usuario introduce datos u otros mecanismos similares para elaborar a partir de allí la consiguiente decisión.

- d) La computadora puede constituirse en el lugar de encuentro de las voluntades ya perfeccionadas. Es el caso de la red electrónica de transacciones en el mercado público de valores.

4. Perfeccionamiento del contrato electrónico

La expresión actos jurídicos electrónicos designa a los actos jurídicos realizados mediante medios informáticos. Y la expresión contratos informáticos designa contratos concluidos mediante medios informáticos, es decir, contratos concluidos dentro del comercio electrónico (por Internet, correo electrónico) o contratos de bolsa dentro de un circuito telemático.

Hoy en día existe una gran cantidad de contratos concluidos mediante la computadora. En la Internet, por ejemplo, existe una amplia gama de contratos que se celebran: compraventas; se puede reservar la habitación del hotel o alquilar un auto; tomar un seguro de vida, se puede adquirir un software o un tiempo compartido de un apartamento, así como contratar los consejos de un especialista sobre cualquier tema.

La utilización de la informática y de la telemática ha tenido una gran expansión en el sector de la transferencia electrónica de fondos. Las regulaciones específicas de la transferencia electrónica de fondos, más relevantes, se encuentran en el modelo de ley que para el comercio electrónico ha elaborado la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI o UNCITRAL).

La regulación jurídica de la transferencia electrónica de fondos está constituida por las relaciones contractuales entre los bancos y el sistema telemático; relaciones contractuales de los bancos entre sí y por relaciones entre cliente y banco. A estas últimas se les aplicarían las normas de la Ley

General de Títulos y Operaciones de Crédito sobre el contrato de cuenta corriente.

Los contratos de la bolsa pueden ser definidos como contratos informáticos: es decir, contratos concluidos mediante la computadora. Un sujeto que quiera concluir un contrato de bolsa, normalmente se dirige a su banco y éste a su vez se dirige a un intermediario. Según el título, la orden puede ser negociada por el banco o por la sociedad intermediaria.⁵²

La conclusión de un contrato por medio de sistemas informáticos presuponen la existencia de una organización compleja: la parte que emite el acto; la parte que lo recibe; la red telemática; un sujeto que opera la red; un sujeto propietario de la red. Se destaca de la descripción anterior, que las partes no están directamente unidas a la red; sino que su unión se realiza mediante la intervención de otros sujetos.

Uno de los instrumentos más difundidos para la creación y transición de actos jurídicos electrónicos está constituido por el EDI (Electronic Data Interchange).⁵³ Se trata del intercambio electrónico de documentos por la vía informática entre sujetos diferentes. El intercambio electrónico puede ocurrir entre sujetos que pertenecen a una misma organización o en organizaciones diferentes; aunque éste debe operar entre entes independientes: si es dentro de una misma empresa; no es propiamente EDI, sino organización interna.

Las empresas que practican el comercio electrónico concluyen acuerdos cuadro o, en términos más jurídicos, contratos normativos que definen los problemas relacionados con la determinación del tiempo y el lugar de conclusión del contrato o de la emisión del acto, la eficacia probatoria del documento electrónico, la firma, la seguridad de los

⁵² El día 11 de enero de 1999 se inició este sistema en la Bolsa Mexicana de Valores.

⁵³ En español, intercambio de datos por vía electrónica.

semejantes, la responsabilidad de los diversos sujetos que hacen parte del sistema telemático, etc.

Los problemas que surgen, en principio, son los de dónde y cómo se perfecciona el contrato. En este aspecto, Internet o cualquier otra red de computadoras no es diferente de cualquier tipo de perfeccionamiento de un contrato se considera concluido en el momento y en el lugar en que el mensaje de aceptación de la oferta contractual es recibido por el sistema informático del destinatario. Se aplica pues, la misma lógica de la formación del contrato entre ausentes que contempla el artículo 1806 del Código Civil Federal; ya que la legislación mercantil es omisa al respecto.

5. Eficacia probatoria de los documentos electrónicos

Pero lo realmente novedoso del negocio jurídico electrónico no es el de su perfeccionamiento. Ya hemos visto que aplicando la disciplina que se tiene del contrato entre ausentes, se llega a una fácil solución. Lo realmente novedoso y problemático es el medio, y por ende la prueba del negocio jurídico informático.

Por lo general, los medios de prueba tienen que ver con las costumbres. Hasta el presente, la costumbre comercial aceptaba los contratos verbales pero prefería los escritos.

El contrato cuadro que sobre el EDI preparó la Comisión de la Comunidad Europea en mayor de 1991 dispone que, en caso de litigio, las partes no pondrán en discusión la admisibilidad de la prueba de los mensajes intercambiados y archivados. Dispone además que si no se dispone otra cosa, los mensajes EDI intercambiados tendrán entre las partes un valor comparable a los documentos escritos. Si, en cambio, los mensajes han sido transmitidos según el procedimiento de la firma digital, tendrán un valor

comparable a los documentos firmados, en ambos casos, se considera que su valor será el de los documentos privados.

En los sistemas EDI más complejos son previsto también los servicios de notariado electrónico y de certificación. El servicio consiste en crear la prueba del envío y de la recepción del mensaje.

6. El documento

La escritura surge de la imperiosa necesidad de otorgar permanencia a lo imaginado, pensado o percibido por el hombre. El ser humano siente la necesidad de captar y perpetuar el hecho producido, con el propósito de poder reproducirlo ya que le resulta necesario.

Surge así la necesidad de la forma, o sea, la búsqueda de un elemento material sensible que sirva para envolver y retener la realización de un acto o hecho que interese. Y cuando ese acto o hecho tiene connotaciones jurídicas, surge la idea de forma jurídica; esto es, todo elemento sensible que envuelve exteriormente un fenómeno jurídico.

En el derecho moderno, el documento vino a constituirse en la forma jurídica por excelencia, por las siguientes ventajas:

- a) El documento es, por un lado, permanencia del acto en cuanto lo retienen en todas sus características y elementos. Ya no depende de la frágil memoria humana, ni de los intereses, ni sentimientos en juego para recordar las condiciones bajo las cuáles se otorgó un acto jurídico determinado.
- b) El documento supone la representación de un hecho en la misma forma como se realizó; es decir, presentado nuevamente pero bajo

forma escrita. El acto será ahora lo que surja del documento y serán necesarias pruebas más eficaces para poder demostrar lo contrario y desvirtuar su valor probatorio.

- c) El documento implica la conservación del acto en cuanto a la fijeza del mismo y de su representación por lo tanto, está asegurada la reproducción del acto, en el sentido de una concordancia fiel entre el original y sus representaciones.
- d) El documento sirve como firma de prueba, en caso de desacuerdo entre las partes, en relación con el alcance y contenido del acto realizado.
- e) Desde el punto de vista psicológico, el documento excita la prudencia y la reflexión antes de firmarlo. Parece que la forma escrita fuera una serie de despertador de conciencia, que lleva a pensar y reflexionar antes de aceptar.

Desde otro punto de vista, el documento es un objeto físico cuya finalidad es conservar y transmitir informaciones mediante mensajes.

La función del documento es la de hacer disponible un mensaje. El documento está, por consiguiente, constituido por un material idóneo para conservar y evidenciar los resultados de una actividad de representación física mediante un mensaje comprendido a los destinatarios.

El documento, como entidad objetiva, es el soporte material de la información y ésta constituye el contenido de aquél. En otras palabras, la interacción entre el documento e información consiste en que la forma documental tiene la función de propiciar el conocimiento mediante la fijación y la conservación de la información.

Ya en el campo jurídico, el documento es el elemento esencial dentro del sistema informativo del derecho. Constituye el soporte material de la actividad intelectual del jurista. Allí donde no se requiere lo escrito porque la ley no lo exige, el jurista lo prefiere.⁵⁴

El documento es el resultado de una actividad jurídica específica tanto interna como externa. La primera, va dirigida a la ideación del contenido conceptual y la representación lingüística. La segunda, a la materialización, la imputabilidad y la disponibilidad. De allí que se considere que el documento tiene, entre otros elementos:

- a) Ideación. El documento contiene descripciones de sujetos, de objetos y en el caso de documentos negociales, de expresiones de voluntad, de acuerdos, de declaraciones expresadas en lenguaje natural;
- b) Representación lingüística. Léxico jurídico que es una variedad del lenguaje natural. Existe una cultura documental por lo que los documentos legales, con efectos análogos, tienen una estructura lingüística similar.
- c) Materialización. Garantiza la permanencia del mensaje. El pasaje de la piedra al papiro, a la cera, al pergamino, al papel indica un progresivo mejoramiento de la tecnología documentaria, una mayor economía y uso para conservar el máximo nivel posible de permanencia;
- d) Disponibilidad. El documento, como portador de informaciones, está dirigido más allá del ámbito subjetivo del autor, e
- e) Imputabilidad. Se refiere a la identificación del autor y ésta se asegura con la firma. No se trata del mensaje lingüístico, sino de un signo, por cuanto la característica más relevante no es la legibilidad, sino el reconocimiento de correspondencia al original. Sin embargo, hay que

⁵⁴ La opinión del Mtro. Jesús Pozo Vázquez era en el sentido que los contratos se celebran con personas honorables y los papeles sirven para cuando quieren dejar de serlo.

señalar que nuestra legislación no define expresamente qué es la firma; aunque en algunos preceptos la menciona.

Bien puede afirmarse que las características esenciales del documento – y al mismo tiempo, los intereses tutelados por él – sean la capacidad de incorporar mensajes en modo permanente, la certeza del autor y de la información y sobre todo la certeza de que el mensaje documental pueda llegar y efectivamente llegue al destinatario o a los destinatarios finales.

7. El documento electrónico.

El documento electrónico se puede definir como el objeto físico dirigido a conservar y transmitir informaciones mediante mensajes en lenguaje natural, realizado con la intermediación de funciones electrónicas.

Ahora bien, si las características esenciales y los intereses tutelados por el documento son la legibilidad, la permanencia, la procedencia, la capacidad de llegar al usuario final; el punto es determinar si esos intereses tutelados por el documento tradicional también se pueden encontrar o tutelar con el documento.

Al parecer los obstáculos son más de orden legal que de orden técnico, dado que todos esos intereses los puede brindar el documento electrónico. Lo aconsejable es guardar la información en un medio permanente e inalterable, como un disco óptico; lo que haría más fácil demostrar un reclamo en caso de disputa.

8. Validez del documento electrónico e nuestro Derecho

En los términos del artículo 1054 del Código de Comercio, es legislación supletoria en materia procesal; en nuestro caso particular, recurrimos al

Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Querétaro, al que se recurre, por ser omisa la Ley Mercantil.

El artículo 385 del Código de Procedimientos civiles para el Estado de Querétaro, señala que para acreditar hechos o circunstancias que tengan relación con la cuestión que se ventile, las partes pueden presentar fotografías, cintas magnetofónicas, cintas cinematográficas u otros medios de reproducción; así como registros dactiloscópicos, notas taquigráficas, sistemas computacionales y demás elementos que puedan producir convicción en el ánimo del juzgador.

Desde siempre se ha discutido en torno al número y clase de medios de prueba, así como de su eficacia probatoria.

En un mundo cada vez más desmaterializado, sería un absurdo decir que el documento electrónico no tiene reconocimiento como medio probatorio. No, las definiciones – aún las legales – hay que adaptarlas a los tiempos; y más porque es obvio, en este caso, que el documento electrónico puede tener carácter representativo o declarativo. La información, por tener origen en la actividad del hombre, puede ser llevada al proceso; con el fin de probar el hecho que representa.

Esa libertad probatoria permite, al juez y a las partes, valerse de los distintos medios probatorios que la tecnología ofrece; específicamente de las técnicas modernas reflejadas en la prueba por documentos; porque por lo regular no es que se originen nuevos medios o instrumentos de prueba, sino que a los tradicionales se les aplica los usos y nuevos métodos técnicos y científicos que operan en el campo de la obtención de la prueba sí como en el control de su veracidad y en la misma valoración que de ella hace el juez; donde el mundo de los registros es el más revolucionario de todos.

Sería absurdo acoger, en cuanto a la valoración de la prueba, el sistema de la sana crítica y de otra parte limitarla mediante el señalamiento taxativo de los medios de prueba. Es decir, existe una lógica congruencia entre la libertad probatoria y la sana crítica. La libre formación del convencimiento del juez, tiene como presupuesto la libertad en cuanto a la selección de los diferentes medios de prueba.

Las dos grandes concepciones o sistemas explicativos del documento como medio de prueba son la concepción estructural y la funcional. Para la primera, el documento se identifica con el texto escrito (papel, cartón, tela, madera, etc.); es decir, la expresión del pensamiento se debe materializar en signos escritos.

En la segunda, se deja de lado la idea del documento como necesariamente referida al instrumento escrito o a la firma; por tal razón serán también documentos – además de los escritos – las fotografías, las cintas cinematográficas, los discos, las grabaciones magnetofónicas, las radiografías, etc. Esta concepción acogida por nuestro legislador. En consecuencia, los archivos electromagnéticos serán documentados a la luz de nuestra legislación. Es decir, serán documentos todas aquellas formas de expresión producto del desarrollo de las técnicas de la comunicación y de la informática.

En efecto, los documentos electrónicos y los registros magnéticos son instrumentos de comunicación que pueden contener hechos externos al proceso y que son materia de investigación.

9. Alcance probatorio

Si no existe un desconocimiento legislativo del documento electrónico, el punto por analizar es, ¿qué valor o alcance probatorio tendría?

Frente a la interrogante se sostiene que la prueba informática se le tomaría:

- a) Como un indicio;
- b) Como complemento de una prueba escrita; o
- c) Como el comienzo de una prueba escrita; o
- d) Asimilable a un instrumento sin firma.

Lo cierto es que siempre ha habido desconfianza frente a lo nuevo. Cuando se descubrió la escritura, se dijo que ese nuevo instrumento de comprensión del mundo iba acabar con la incógnita facultad de recordación y memoria que posee el hombre.

Cuando apareció la fotografía, los impresionistas franceses la cuestionaron porque ellos consideraron que era sólo mediante la pintura que se podía reflejar la realidad; cuando apareció la fotocopia, nos podremos imaginar los mares de tinta que se vertieron para cuestionar o aceptar su validez probatoria; lo mismo seguramente sucedió respecto de las grabaciones sonoras y visuales.

Hoy, en una cultura dominada por la presencia del papel, la desconfianza está dirigida al documento electrónico, pero al final de cuentas, se terminará aceptando la coexistencia de lo escrito en soporte material con lo expresado mediante impulsos electrónicos, así como coexisten – por ejemplo – la pintura y la fotografía.

A pesar del contenido del artículo 385 del Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Querétaro, el valor probatorio del documento electrónico es incontestable. Con base en una interpretación lógica y funcional del Derecho, la forma electrónica debe ser asimilada a la forma escrita. En consecuencia, en un proceso judicial, el documento

electrónico constituiría plena prueba de lo que está representado, si la persona contra quien se dirige o se esgrime no lo controvierte.

10. Firma digital

La firma digital consiste en encriptar un texto con la clave privada del firmante. Encriptar significa tornar un documento legible (texto plano) en uno ilegible (texto cifrado), de acuerdo con una fórmula matemática (ejemplo, una tarjeta de crédito), para proteger la inviolabilidad de los documentos almacenados. El documento sin encriptar es vulnerable en sí mismo, mientras que el documento encriptado con clave secreta requiere al divulgación de la clave para ser leído.

El Estado de Utah, en los Estados Unidos,⁵⁵ dispone – desde mayo de 1995 – de la primera Ley de Firma Digital en el mundo. Esta ley le otorga seguridad jurídica a los documentos electrónicos o digitales firmados únicamente por medio de la criptografía de clave pública. No admite ni contempla técnicas alternativas.

La criptografía sirve para mantener la confidencialidad; puede emplearse para crear firmas digitales, para autenticar mensajes electrónicos y para verificar su integridad; lo cual, en el contexto de los negocios electrónicos, es de vital importancia.

Un documento que consiste únicamente en registros de computadora, ausente de imágenes, es fácil de alterar. De ahí la necesidad de emplear el encriptado para el almacenamiento de documentos electrónicos importantes; especialmente en orden a preservar su validez legal.

⁵⁵ Según artículo publicado en el periódico *The New York Times*, de fecha 15 de agosto de 1995. p. 14-A.

Es criterio propio que la firma escrita debe definirse y, a su vez, contemplarse modalidades de ésta; como será la huella digital, la firma electrónica, la voz, la huella ocular; lo que deja abierta la posibilidad de incluir otros medios de identificación indubitable.

11. Trascendencia de la firma digital

- a) La informatización de la sociedad es un fenómeno irreversible: la experiencia de todos los días demuestra cómo la información de masa o es informatizada o no realiza más sus propósitos cognoscitivos.
- b) Podemos afirmar que el contrato telemático se concluye en el momento y en el lugar en que el mensaje de aceptación de la oferta contractual es recibido por el sistema informático del destinatario. Es decir, se aplica la misma lógica de la formación del contrato entre ausentes.
- c) En un plano histórico; el hecho que la seguridad de la prueba haya sido asignada – primero – a la modalidad oral y después a la escrita, induce a pensar que lo escrito no representa el único medio posible de prueba.
- d) En el ámbito de los negocios privados donde el ordenamiento no exige formalidad especial, y por lo tanto la modalidad documental se deja a la libertad negocial, es ya posible que las partes – mediante contratos normativos – establezcan las formas que ellas retengan más oportunas para sus sucesivas relaciones documentales.

- e) Con base en una interpretación funcional, la forma electrónica puede ser asimilada a la forma escrita y la firma – o mejor, el signo digital – a la firma autógrafa.
- f) La seguridad documental es producto de la combinación de la tecnología (técnicas de encriptación) y el control humano.

12. La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL)

La Ley Modelo de la UNCITRAL sobre los aspectos jurídicos del intercambio electrónico de datos y otros medios conexos de comunicación de datos fue aprobada por la Comisión el 16 de diciembre de 1996 en cumplimiento de su mandato de fomentar la armonización y unificación del derecho mercantil internacional; con miras a eliminar los obstáculos innecesarios ocasionados al comercio internacional por las insuficiencias y divergencias del derecho interno que afecten a ese comercio.

Fue preparada a raíz del cambio fundamental registrado en los medios de comunicación entre las partes. Tiene la finalidad de servir de referencia a los países en la evaluación y modernización de ciertos aspectos de sus leyes y prácticas en las comunicaciones con medios computarizados y otras técnicas modernas, y en la promulgación de legislación pertinente cuando no exista legislación de este tipo.

12. 1 Principios generales.

Los principios generales en que se basa la ley son los siguientes:

- 1) Facilitar el comercio entre los países y dentro de ellos;

- 2) Validar las operaciones efectuadas por medio de las nuevas tecnologías de la información;
- 3) Fomentar y estimular la aplicación de nuevas tecnologías de la información;
- 4) Promover la uniformidad del derecho; y
- 5) Apoyar las prácticas comerciales.

Dichos principios son útiles para efectos de su interpretación. En efecto, el artículo 3 de la ley modelo de la UNCITRAL afirma que las cuestiones relativas a materias que se rijan por la presente ley y que no estén expresamente resueltas en ella serán dirimidas de conformidad con los principios generales en que ella se inspira.

En 1985, la UNCITRAL, examinó un informe del Secretario General titulado valor jurídico de los registros computarizados. En él señaló que uno de los obstáculos jurídicos más graves para el empleo de la informática y de las telecomunicaciones de terminal a terminal en el comercio internacional radicaba en la exigencia de que los documentos estuviesen firmados o consignados sobre papel.

La finalidad principal de la ley es adaptar los requisitos legales existentes para que dejen de constituir obstáculos a la utilización del EDI y otros medios de comunicación de datos. Además, no está destinada únicamente a ser aplicada en el contexto de las técnicas de comunicación existentes, sino más bien, como conjunto de reglas flexibles que deberían dar cabida a los adelantos técnicos previsibles. La ley podía incorporarse en forma de ley especial o integrarse en diversas partes de la legislación existente.

La Comisión partió de la base de la incertidumbre acerca de la naturaleza y la validez jurídica de la información presentada en forma distinta al tradicional documento sobre papel.

12.2 Objetivos

Los objetivos de la ley son: permitir o facilitar el uso EDI y de los medios conexos de comunicación de datos y conceder igual trato a los usuarios de documentación con soporte de papel y a los usuarios de información con soporte informático.

12.3 Ámbito de aplicación

El ámbito de aplicación es el comercio electrónico. Entre los medios de comunicación comprendidos en el comercio electrónico, se cuentan las siguientes modalidades de transmisión basadas en el uso de técnicas electrónicas: la comunicación por medio del EDI definida en sentido estricto como transmisión de datos entre computadoras en formato normalizado, la transmisión de mensajes electrónicos con arreglo a normas patentadas o asequibles en forma pública, y la transmisión de textos de formato libre por medios electrónicos; por ejemplo a través de Internet.

Se advirtió también que, en ciertas circunstancias, la noción de comercio electrónico podría comprender el uso de técnicas como el télex y la telecopia.

12.4 Enfoque basado en los equivalentes funcionales

La ley modelo se basa en el reconocimiento de que los requisitos legales que prescriben el uso de documentación tradicional con soporte de papel, constituyen el principal obstáculo para el desarrollo de medios modernos de comunicación. En la preparación de la ley modelo, se estudió la posibilidad de abordar los impedimentos al uso del EDI, creados por los requisitos de la legislación nacional donde amplían el alcance de conceptos como los de

escrito, firma y original; con miras a abarcar las técnicas basadas en informática.

Así pues, la Ley Modelo sigue un nuevo criterio – a veces denominado enfoque basado en los equivalentes funcionales – que se fundamenta en un análisis de los propósitos y funciones de la exigencia tradicional de documento consignado sobre papel con miras a determinar cómo podrían cumplirse esos propósitos y funciones con técnicas de EDI; por ejemplo, entre las funciones que desempeñaba un documento consignado sobre papel cabe destacar las siguientes:

- a) Permitir que un documento fuese legible por todos;
- b) Permitir que un documento se mantuviera inalterado a lo largo del tiempo;
- c) Permitir la reproducción de un documento de manera que cada una de las partes tuviera una copia de los mismos datos;
- d) Permitir la autenticación de los datos mediante una firma; y
- e) Permitir presentar un documento en forma aceptable ante las autoridades públicas y los tribunales.

Con respecto a todas esas funciones, cabe señalar que los documentos electrónicos pueden ofrecer el mismo nivel de seguridad que el papel y, en la mayoría de los casos, un mayor grado de fiabilidad y una mayor velocidad, especialmente con respecto a la determinación de la fuente y del contenido de los datos, siempre que se cumplan varios requisitos técnicos y jurídicos.

La Ley Modelo no trata de definir un medio informático equivalente a cualquier tipo de documento consignado sobre papel; pero en cambio, sí determina las funciones básicas de los requisitos de forma para los documentos sobre papel, con miras a fijar criterios que – de ser cumplidos por los mensajes de datos – pueden permitir a éstos disfrutar del mismo nivel de reconocimiento legal que los correspondientes documentados consignados sobre papel que desempeñen la misma función.

CAPÍTULO DÉCIMO TERCERO

CONTRATOS INFORMÁTICOS

1. Introducción

La incorporación a la vida económica y jurídica de la Informática ha traído como consecuencia una serie de circunstancias que deben ser reguladas para conservar el estado de derecho que garantice la convivencia pacífica de los hombres dentro de esta sociedad; ya que el cambio que vino a generar la aparición de las computadoras, dio lugar a profundas transformaciones en todos los ámbitos de la actividad humana y las relaciones sociales.

A partir de los años cincuenta, se cristalizó una revolución tecnológica; la que debe su existencia a tres factores:

- a) Un factor social, ya que eran tiempos en que se requería un incremento en la producción y en el capital.
- b) El factor técnico científico, ya que varias líneas de pensamiento se reunieron, lo que hizo necesaria una ciencia que facilitara su interrelación y desenvolvimiento.
- c) Un tercer factor, el histórico, porque surge de la necesidad del nacimiento de una ciencia de unión que controle y vincule a todas las demás.

Esta revolución surge de la inquietud racional del hombre, ante la creciente necesidad de información para una adecuada toma de decisiones. La Informática – junto con sus micros, minis y macrocomputadoras, los

bancos de datos, las unidades de tratamiento y almacenamiento, la telemática, etc. – están transformando nuestro mundo; baste señalar que al ir de compras a un supermercado la caja registradora se basa en la lectura de una etiqueta con un código de barras, en el cuál está contenido determinada información para el cobro de la mercancía; esta serie de datos son manejados por un programa informático; las operaciones bancarias que ahora pueden realizarse a través de un dispositivo llamado tarjeta electrón; con la cuál se pueden realizar pagos en tiendas, retiros de efectivo en cajeros automáticos (o ¿electrónicos?).

Todo esto es posible gracias a un programa informático que maneja los diversos bancos de información; la informatización de las oficinas que hacen más rápido y ágil su funcionamiento, así como la disminución del desgaste en la realización de tareas repetitivas. Una consulta al Registro Público de la Propiedad, antes se realizaba a través de tarjetas o índices o se solicitaba una búsqueda por personal del Registro que tardaba varios días; y ahora, basta con hacer una consulta en pantalla en una computadora que maneja un banco de datos en el cual están incluidos todos los registros de propiedades y sus movimientos, lo que nos ahorra tiempo y permite su actualización.

Los ordenamientos jurídicos no son perfectos ni contemplan todas las situaciones, esto lo convertiría en un derecho casuístico; sino que busca establecer las normas generales aplicables a una serie más amplia de circunstancias, sin embargo, el trabajo legislativo – por ser un acto humano – tiene errores y omisiones, lo que ocasiona lagunas legales al momento de interpretar o hacer cumplir un contrato y deja la puerta abierta a la comisión de ilícitos, no sancionados por la ley, lo que afecta a una de las partes más que a la otra y provoca un desequilibrio que atenta contra la convivencia de los hombres.

Asimismo, ante la informatización del mundo, esta revolución tecnológica va tomando sus propios cauces; así surge la necesidad de establecer, de manera urgente, los procedimientos adecuados para la solución de posibles controversias; y como es un imposible lógico en cuanto a presupuesto y especialización de personal, se deberá aprovechar la estructura existente para la impartición de justicia, mediante la capacitación del personal para saber hacerle frente a esta carga de trabajo.

2. Definición de informática

La informática es la ciencia del tratamiento sistemático y eficaz – realizado especialmente mediante máquinas automatizadas – de la información, contemplada como vehículo del saber humano y de la comunicación de los ámbitos técnico, económico y social.

La Informática – en su relación como instrumento del Derecho – permite optimizar la labor del abogado, el jurista y el juez; lo que da lugar a el surgimiento de una rama especializada: la Informática Jurídica; la aplicación correcta de la informática al Derecho comprende los sistemas de archivo y documentación jurídica, de asistencia en las tareas administrativas de apoyo a las actividades jurídicas y la construcción de modelos para la comprensión del sistema jurídico.

3. Ramas de la Informática Jurídica

- a) Informática Jurídica Documentaria. Su aportación es principalmente a proceder – con el auxilio de las técnicas de tratamiento electrónico de la información – a la selección de datos, legislación, jurisprudencia, doctrina; a ser almacenados para su posterior recuperación por el jurista, al proceso de programación que permita el ingreso y modificación de documentos y su posterior consulta; así como la

necesaria uniformación del lenguaje que facilite la correcta búsqueda de los documentos componentes de la base de datos.

- b) Informática Jurídica de Gestión. También es conocida como Ofimática o la Burótica; bajo este rótulo se inscriben todos los avances tendientes a la automatización de las tareas rutinarias que se llevan a cabo en cualquier oficina. Se trata de la realización a través de soportes informativos o telemáticos de operaciones destinadas a recibir y transmitir comunicaciones de cualquier tipo, de leer y escribir textos; de formar, organizar y actualizar archivos y registros; exigir y recibir pagos; estipular condiciones y controlar su cumplimiento.
- c) Informática Jurídica Decisional. Se halla integrada por los procedimientos dirigidos a la sustitución o reproducción de las actividades del jurista, a proporcionarle decisiones y dictámenes, a ofrecerles soluciones de problemas y no mera documentación.

4. Derecho Informático

El Derecho Informático es el conjunto de normas, principios e instituciones que regulan las relaciones jurídicas emergentes de la actividad informática.

Se parte del punto de relación entre la Informática y el Derecho, donde la Informática está al servicio del Derecho como instrumento para optimizar la labor del técnico jurídico; ahora se propone el estudio de la Informática como objeto del Derecho; donde la norma jurídica busca regular las relaciones jurídicas emergentes de la informática; ya que el impacto que producen ha causado una importante transformación en el conjunto del orden jurídico tradicional.

5. Naturaleza jurídica de los contratos informáticos

En un plano general, la contratación informática – debido a su trascendencia y a la especificidad de su objeto – requiere una estructuración de una tipología contractual específica y propia.

Se hace necesaria la estructuración de normas reguladoras de la contratación informática que respondan al interés de garantizar condiciones de contratación más equitativas; por lo que han surgido instituciones y principios propios como elementos básicos para el perfeccionamiento del contrato y del efectivo nacimiento de las obligaciones de las partes, las características propias de la responsabilidad civil.

Los recursos informáticos son un medio para contraer obligaciones, realizar contratos, convenios y manifestar voluntades; lo que da lugar a una serie de circunstancias y elementos que cambian el panorama; ya que surge la necesidad de regular el tratamiento de los flujos de datos; al hacerse más frecuente el uso de la Internet, surge el documento electrónico como medio a través del cual se plasman las voluntades de las partes, por lo que es necesario regular el valor probatorio de las relaciones contractuales perfeccionadas con la utilización de medios telemáticos.

Debe plantearse el problema del perfeccionamiento del consentimiento cuando se contrata a través de un medio informático, así como el valor probatorio que pueda tener.

6. Contratos informáticos

La evidente sistematización de las actividades cotidianas de nuestra sociedad lleva nuevas situaciones jurídicas que requieren regularse,

atendiendo a la adecuación que debe existir entre el Derecho y las conductas del hombre; la definición clásica del acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones se le denomina convenios y los que crean y transfieren obligaciones y derechos toman el nombre de contratos; este tipo básico legal puede proyectarse a los contratos informáticos. Los contratos relativos a los procesadores pueden afectar tanto hardware como software, para dar lugar a una amplia gama de contratos. Los criterios por analizar obedecen a dos perspectivas de enfoque: la objetiva, que parte de la naturaleza de la actividad a cumplir con el procesador; y la subjetiva, que atiende a la posición y naturaleza jurídica de las relaciones de los contratantes. La especificidad del objeto y estructura de los contratos informáticos, incluyen una serie de facultades y obligaciones diversas pero interdependientes, por lo que se le considera como un sistema de contratos.

La necesidad de crear un aparato especial para los contratos informáticos, surge ante la complejidad de los mismos; ya que si bien es cierto que en múltiples aspectos se asemeja a los contratos clásicos; sin embargo, la complejidad de su estructura lo distingue de ellos, existe una multiplicidad de contratos debido a la especificidad de su objeto. El propósito de estos contratos informáticos es generalmente múltiple, que además se acentúa con la pluralidad de partes que la conforman.

7. Clasificación de los contratos informáticos

- a) Informática Objeto. Se centra en la transferencia de tecnología, equipamiento, servicios computacionales; es decir, su objeto son los sistemas computacionales.
- b) Informática Medio o Instrumento. Contratos que se realizan a través de los medios informáticos.

Las principales implicaciones producidas por este tipo de contratos se refiere al notorio desequilibrio entre las partes; provocado por el mayor y mejor conocimiento de los elementos técnicos por parte del proveedor; y la condición desfavorable del usuario, quien generalmente se ve obligado a aceptar las condiciones contractuales impuestas por el proveedor, entre otros motivos por al utilización de contratos de adhesión.

Ante esta situación, la dimensión subjetiva de estos contratos tienen especial importancia asegurar la equidad de las partes, la que no se ha logrado por la existencia de relaciones jurídicas en las que el proveedor posee un conocimiento e técnico de los aspectos básicos del contrato, decisivamente más profundo que el usuario consumidor; esta situación conduce a buscar un nuevo entorno subjetivo de los contratos informáticos, para resolver la problemática general de la tutela de los consumidores y usuarios.⁵⁶

En los contratos informáticos, como partes existen plenamente identificados los proveedores y los usuarios; quienes se encuentran en un plano de desigualdad. Por ello hace necesario establecer una serie de principios básicos que regulen las relaciones entre ambos, supliendo las lagunas que existan en los contratos, así como las características propias de la responsabilidad civil, la vigencia y garantía vinculada a la modalidad, compatibilidad y apoyo técnico, que caracterizan la estructura de la contratación informática.⁵⁷

⁵⁶ CORREA, Carlos M., *Contratos informáticos*, Depalma, Argentina, 1987, p. 155.

⁵⁷ *Idem.*, p. 153.

8. Documentos precontractuales

Dentro de esta fase contractual, se suscriben diferentes documentos que funcionan como antecedente al compromiso definitivo; en ellos se conforma la voluntad y las condiciones en que se deba dar el contrato informático.⁵⁸

a) Acta de discusión.

Es una simple reseña de hechos u opiniones, estas actas constituirán un elemento probatorio útil para la posterior determinación de la real expresión de voluntad de las partes y del eventual incumplimiento de sus obligaciones; surgen del análisis de la complejidad y especificidad del objeto de los contratos informáticos.

b) Acuerdos marco

Su objeto es el de oficializar el avance de las negociaciones y establecer las grandes líneas de análisis funcional, por medio de la incorporación en algunas circunstancias, de cláusulas especiales vinculadas al plazo de la negociación, arbitraje, etc.

c) La oferta y la aceptación.

Como exteriorización de conclusión de la etapa de estudio de factibilidad, la oferta, debe contener especificaciones precisas en relación con el objeto del contrato y sus características, plazos de entrega, instalación y puesta en marcha, término otorgado al documento de aceptación, garantías, mantenimiento, precio y demás modalidades esenciales del

⁵⁸ ALTMARK, Daniel Ricardo, *Informática y derecho, la etapa contractual de los contratos informáticos*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1991, p. 23.

contrato. Las consecuencias de la oferta residen en su obligatoriedad; una vez recibida por el destinatario, la necesidad de mantenerla o bien por el término en la misma oferta, o bien por un lapso razonable en atención a la complejidad del objeto del contrato. La aceptación deberá remitirse a cada uno de los puntos esenciales de la oferta, para la puesta en marcha o conclusión del contrato definitivo.

Sus documentos específicos son:

- a) Compromiso de exclusividad. Tendiente a evitar el desenvolvimiento de negociaciones paralelas.
- b) Compromiso de confidencialidad. Obligación de guardar secreto profesional, respecto de las características de la organización y necesidades del usuario.
- c) Compromiso de no servirse del producto del trabajo del proveedor. En particular del contenido de los estudios preliminares eventualmente protegidos por los regímenes de propiedad intelectual.⁵⁹
- d) Compromiso arbitral. Para resolver futuras controversias.

La concentración del poder de negociación en una de las partes da origen a una situación de desigualdad entre éstas, lo cual se vuelve atentatorio de la libertad contractual, ya que abusando de su conocimiento el proveedor especializado trata de exonerarse de responsabilidades o limitar sus consecuencias, para atenuar sus obligaciones o facilitar la ejecución a su cargo; por eso es necesario la intervención del Estado en un papel de vigilancia y supervisión, al crear normas que garanticen la equidad y la

⁵⁹ *Idem*, p. 39.

igualdad de las partes contratantes, al prevenir el abuso y la injusticia y al regular los siguientes aspectos:

- a) El carácter determinado o determinable del precio.
- b) El pago a la consistencia de la cosa o a su entrega.
- c) La carga de los riesgos.
- d) La extensión de responsabilidades y garantías.
- e) Las condiciones de ejecución.
- f) La rescisión.
- g) La resolución o reconducción de las convenciones.
- h) Lo concerniente a renuncia de recursos en justicia.
- i) Lo relativo al equilibrio de las obligaciones en caso de inejecución del contrato.

Estos contratos deberán forzosamente estar integrados por un clausulado que dará estructura particular a aquella fuente de derechos y obligaciones derivadas, en un carácter general, del convenio pactado de manera bilateral. Algunos de los elementos que resaltan son los siguientes:

- a) Objeto. La modalidad de los derechos y obligaciones respecto a los bienes o servicios informáticos.
- b) Duración y rescisión. El término de vigencia del contrato, el cual podrá verse interrumpido en caso de trasgresión de cláusulas por algunas de las partes.
- c) Precio. Caracterizado por ser justo, verdadero y valuable en dinero.
- d) Facturación y pago. Condiciones específicas establecidas por mutuo acuerdo.
- e) Control, supervisión y acceso. Esto recaerá en la responsabilidad de los usuarios, con la finalidad de que las actividades informáticas se den en las condiciones más favorables sin injerencias – internas o externas – inadecuadas.

- f) Asistencia y formación. Todo esto con el propósito de que las mencionadas actividades informáticas se den en los términos más apropiados y evitar, de esta manera, probables actitudes negligentes o impropias por falta de un conocimiento técnico pertinente por parte del usuario.
- g) Propiedad de los programas. Este es uno de los aspectos más controvertidos, ello con base en la ausencia de un adecuado régimen regulador respecto a los programas de cómputo.
- h) Protección material de la información. Esto es, en el caso de aquella información, propiedad del usuario que esté bajo resguardo del proveedor con la finalidad de desarrollar un programa.
- i) Secreto y confidencialidad. Esto en cuanto a las informaciones que se provean ambas partes con motivo de la celebración del contrato.
- j) Responsabilidad y garantías. Entendamos por responsabilidad, aquellas obligaciones inherentes a la firma de un contrato, en este caso, informático. Así, por ejemplo, tenemos las referidas a la seguridad material del equipo, reparación del sistema, pago de daños y perjuicios, etc.; y por otra parte, las garantías, como las obligaciones pactadas con el propósito de asegurar el goce o disfrute de una cosa, en este caso, un bien o servicio informático; así, tenemos a las de conformidad , buen funcionamiento, contra vicios ocultos y de evicción.
- k) Disposiciones generales. Tales como la no credibilidad de las obligaciones, preeminencia del contrato sobre otros documentos, incumplimiento del contrato en caso de nulidad, necesidad de anexos, etc.
- l) Cláusulas diversas. Son aquéllas que se refieren a un concepto en especial, y que las partes convienen en insertarlas para una mejor relación contractual.

9. Clasificación

Por la materia del acto que se celebre.

- a) Equipamiento.
- b) Software.
- c) Servicios.

Por el negocio jurídico que se celebre.

- a) Compraventa.
- b) Leasing o locación.
- c) Mantenimiento.
- d) Prestaciones intelectuales.
- e) Prestación de servicios.

10. Naturaleza jurídica

El contrato informático, al no estar regulado por nuestro Derecho, tiene el carácter de contrato atípico; aunque lagunas de sus formas se asemeja a los contratos clásicos. Sin embargo, la complejidad de su estructura lo distingue de aquellos, además de que existe una multiplicidad de contratos, debido a su especificidad de su objeto; la diversidad de prestaciones es otro punto dentro del cual encontramos, por ejemplo, los estudios y análisis de los problemas de automatización, suministro de equipos y de software, la adaptación de un software a las necesidades individuales del usuario; prestaciones a cargo del proveedor; lo que acentúa con la pluralidad de partes – ya que además de los proveedores y usuarios – tenemos a distribuidores, productores de equipos originales, entidades prestadoras de servicios y consultores en informática, analistas de sistemas, etc.

CAPÍTULO DÉCIMO CUARTO

CONTRATO DE OUTSOURCING

1. Introducción

Para concluir con el tema del comercio electrónico y de los contratos informáticos, sirva este contrato para entender el alcance de las novedades que actualmente se tienen y para prever las que en un futuro inmediato tendremos que afrontar.

Las características del conjunto de actividades que debe llevar a cabo una pequeña o mediana entidad – profesional, privada y, por supuesto, una particular – aconsejan la contratación externa de los mismos, frente a soluciones diversas; especialmente la gestión por un departamento propio de informática y redes.

El outsourcing,⁶⁰ cuya traducción literal es fuera de la fuente, viene a regular esta temática y cubre los huecos que un contrato de servicios tradicional podría representar; motivo por el cuál los paquetes de la infopista jurídica⁶¹ lo emplean como mecanismo de regulación en sus relaciones con los clientes.

2. Definición

El outsourcing consiste en la subcontratación de la gestión de los sistemas informáticos, mediante un acuerdo de colaboración con una empresa tecnológica externa que se integra en los planes estratégicos del

⁶⁰ ROBB, LUIS A., *Diccionario de términos legales, (Español-Inglés, Inglés-Español)*, Limusa, México, 1982, s.v. Outsourcing.

⁶¹ La infopista jurídica es una empresa dedicada a la contratación informática, con domicilio virtual en la red Internet, en España, localizable en <http://www.jurídica.es>.

usuario con la finalidad de diseñar una solución adaptada a sus necesidades exactas y aumentar su competitividad.

De esta definición se desprende que el outsourcing tiene una finalidad de desconcentración tecnológica en la empresa o socio industrial y traslada la resolución de las necesidades informáticas de éste a un socio tecnológico; que se hará cargo de todos los elementos necesarios para tal resolución, a cambio de un precio.

El outsourcing es una fórmula jurídica cuya aplicación se ha iniciado en el escenario de la gran empresa; en la que el socio tecnológico aporta cientos o miles de ordenadores, desarrolla el software y mantiene todo el sistema; además de que carga con la obsolescencia tecnológica. Sin embargo, creemos que es un el escenario de la pequeña o mediana empresa, por no mencionar el particular, donde el outsourcing – en su vertiente parcial - supone una innovación más beneficiosa.

En efecto, los costos y la dificultad de instrumentar una presencia en la red Internet en condiciones de competitividad real, suponen un grave obstáculo; el que ahora puede ser fácilmente superado, gracias a esta fórmula contractual.

3. Naturaleza jurídica

Aunque existen disensiones doctrinales acerca de la calificación de este contrato – sobre si debe considerarse como arrendamiento de obra o de servicios – sin embargo, el outsourcing no puede consistir en un arrendamiento de obra; debido a determinados elementos que son objeto de contratación necesariamente en régimen de servicios y a la práctica imposibilidad inicial de definir plenamente la obra por realizar.

Por estos motivos, consideramos que el outsourcing es siempre un contrato de servicios informáticos que se diferencia de otros contratos de servicios por la existencia de una serie de prestaciones específicas.

Por supuesto, esta caracterización implica la aplicabilidad del régimen ordinario del arrendamiento de servicios, en todo aquello no regulado por el contrato.

4. Elementos personales

Como hemos mencionado, se tiene a un socio industrial; quien solicita al socio tecnológico que se haga cargo de los servicios informáticos que se desea hacer externos a la empresa. Mientras que para el denominado socio industrial, la obligación principal es el pago del precio, además de una serie de prestaciones accesorias destinadas a permitir la prestación de los servicios por parte del socio tecnológico; éste se encuentra con toda una constelación de servicios y obras que forman su obligación, entre los que se pueden citar:

- a) Asesoría tecnológica.
- b) Instalación del hardware.
- c) Análisis de necesidades.
- d) Diseño funcional.
- e) Programación según diseño.
- f) Instrumentación y aplicación de los programas.
- g) Mantenimiento del sistema.
- h) Formación del personal del socio industrial.
- i) Responsable de seguridad en redes y copias de datos.
- j) Carga de la obsolescencia tecnológica.

Como se puede ver del listado anterior, es muy difícil encuadrar algunos de tales elementos dentro de un arrendamiento de obra.

Este programa de diez puntos resulta ciertamente muy genérico, algo perfectamente normal, puesto que los contenidos concretos se determinarán en la fase precontractual; por lo que es aconsejable que tal determinación se parte como anexo del contrato principal; el que debe estipular:

- a) Obligaciones principales.
- b) Plazos de entrega.
- c) Duración del contrato.
- d) Propiedad intelectual.
- e) Garantías.
- f) Sistema de responsabilidad y
- g) Sumisión a arbitraje tecnológico.

Una vez señaladas las obligaciones principales, se debe mencionar la necesidad de establecer plazos de entrega, como condicionantes a la actividad prestacional del socio tecnológico: es evidente que el outsourcing supone, en muchos casos, una integración del socio tecnológico en los planes de actuación de la empresa; por lo que deberá ajustar su actuación hasta el punto de ser conveniente establecer cláusulas penales – como medida coercitiva – cuya finalidad sería evitar los perjuicios que la falta de diligencia del socio tecnológico causarían al socio industrial.

Por lo que hace a la duración del contrato – al tratarse de un sofisticado arrendamiento de servicios, en principio – puede ser por tiempo determinado o bien indefinido; en cuyo caso podrá ser rescindido a voluntad del socio industrial en cualquier momento. Sin embargo, en este caso entrarán en funcionamiento las cláusulas por extinción sin causa: el outsourcing supone una enorme inversión inicial para el socio tecnológico, quien recupera los

costos precisamente atendiendo a la duración indefinida; por ello, una rescisión injustificada no ha de causar daños al socio tecnológico, el que tiene derecho a proteger su inversión mediante el correspondiente sistema de responsabilidad.

Básicamente lo que se haría en este caso es deslegitimar al socio industrial en el uso de los elementos de hardware y software; para luego recuperarlos físicamente.

A la inversa, es conveniente regular también las consecuencias de una rescisión culpable por parte del socio tecnológico; quien puede dejar al socio industrial sin capacidad de tratamiento de datos; es decir, sin capacidad operativa alguna, si consideramos con base en la actual dependencia de las empresas de los sistemas informáticos. En este otro caso, se suele emplear el mecanismo ya comentado de los plazos de entrega y cláusulas penales.

Hay que regular también el régimen de cesiones de los elementos sujetos a derecho de autor, como los programas desarrollados en el marco del outsourcing. Se hace muy difícil concretar las posibilidades que dependerán de la situación concreta y de criterios económicos y empresariales.

5. Elementos reales

El contrato de outsourcing no presenta características que deban ser especialmente tenidas en cuenta en lo que respecta al tema de las garantías. La protección del socio industrial suele llevarse a efectos mediante el sistema de plazos de entrega y cláusulas penales: entendemos que este sistema no cubre una posible extinción pactada o no culpable, por lo que puede ser conveniente pactar un depósito de código fuente para el caso de que el socio tecnológico se encontrare con la imposibilidad de continuar su actividad empresarial.

Respecto a riesgos y responsabilidades, el contrato debe dejar claro quién debe asumirlos. Entre ellos destacan especialmente:

- a) Riesgo de obsolescencia: es una característica propia del contrato de outsourcing, la transmisión del riesgo de obsolescencia del sistema al suministrador del sistema al suministrador del servicio.
- b) Solución inadecuada: en los casos de outsourcing total, el socio tecnológico participa en las decisiones estratégicas relativas a la configuración del sistema y define cuál es la solución idónea para las necesidades presentes y futuras del usuario. En caso de elegir una opción incorrecta, es lógico que la responsabilidad recaiga sobre el suministrador del servicio.
- c) Mal funcionamiento: se definirán las responsabilidades y el tipo de daños de los que cada parte deberá responder.
- d) Pérdida de datos: también se establecerá el régimen e responsabilidades respecto a la destrucción o pérdida de la información.
- e) Es aconsejable incluir, en el contrato, la obligación de ambas partes de adquirir un seguro de responsabilidad civil que cubra las responsabilidades a cada una puedan corresponder.
- f) Cláusula arbitral: es conveniente someter la resolución de los conflictos que puedan surgir a un arbitraje tecnológico, debido al menor costo económico, complejidad procesal y alta especialización en la materia del árbitro; muy útil en el momento de la valoración de las pruebas periciales que se realicen.

6. Supletoriedad

Todos los demás elementos y características del contrato de outsourcing son similares a los del contrato de suministro que estudiamos en este documento, por lo que en obvio de repeticiones, se abrevia.

CUARTA PARTE

LA VOLUNTAD NEGOCIAL EN EL MARCO DE LA NOCIÓN DE LA AUTONOMÍA PRIVADA

CAPÍTULO PRIMERO NORMA JURÍDICA Y NEGOCIO

1. Introducción

Antes de afrontar el examen de la autonomía privada entendida como poder normativo, es decir, antes de buscar sus caracteres diferenciales o específicos dentro de la categoría general del poder jurídico, quisiera enfocar otro aspecto, es decir, el negocio como fuente normativa.

Hemos llegado así a tocar uno de los problemas que están en el vértice de la ciencia jurídica: se trata de delinear el concepto, no tanto de fuente del derecho, cuanto, incluso, de norma jurídica. Para poder afirmar que el negocio es fuente normativa, es necesario, en efecto, que establezca en primer término qué se debe entender por norma jurídica. El concepto de fuente normativa quedará con ello ilustrado automáticamente.

Aunque los civilistas rehuyen habitualmente plantearse tal problema, limitándose a alguna indicación en los textos institucionales y dejando la tarea de resolverlo a los cultivadores del derecho público o de la filosofía del derecho, no me parece serio afrontar un tema como el de la autonomía privada, que es crucial para el derecho privado, sin una preliminar puesta a punto de los instrumentos de trabajo, entre los cuales figura como principal el concepto de norma jurídica. Esto, ante todo, por una necesidad de profundizar sinceramente sentida y, en segundo lugar, para evitar la actuación de haber partido de premisas cuyo valor y alcance se ignora.

Dicho esto, es casi superfluo precisar que se trata de delinear el concepto científico de norma jurídica y no de responder a la pregunta filosófica: ¿qué es el derecho?

Pretendo, por lo tanto, plantear y resolver el problema en el terreno limitado o especializado de la ciencia del derecho y no en el universal o total de la filosofía. E incluso en este terreno limitado, el problema será circunscrito ulteriormente en relación con el fin específico de nuestra investigación.

Una vez establecido qué deba entenderse por norma jurídica, se tratará de ver si las normas negociales tienen los caracteres que hayamos estimado propios de las normas jurídicas.

Añado que el problema de los caracteres de la norma jurídica no debe confundirse, en mi opinión, con el de su validez o legalidad. Mientras que la juridicidad de una norma depende de notas a ella intrínsecas, la validez depende de su relación con otras (no directamente preceptivas), y no es, por lo tanto, un factor o elemento intrínseco de la norma que haya de colocarse en el mismo plano de la imperatividad, de la socialidad, etc. El problema de la validez es un problema ulterior respecto al de la juridicidad, aunque dependa de éste.

Una norma puede ser jurídica, pero inválida: una norma no deja de ser jurídica por el hecho de ser inválida. Pero si una norma no es jurídica, el problema de su jurídica validez no se puede plantear siquiera.

Como punto de partida pondremos en evidencia la primacía de la norma jurídica, es decir, del derecho objetivo, respecto de las posiciones jurídicas subjetivas. Observaremos después cómo la norma establece

siempre deberes y cómo este su carácter esencial no excluye el que la norma pueda ser construida como juicio.

Aclaremos que los deberes son impuestos no como fines en sí mismos, sino para atribuir a otros facultades o derechos. De aquí el concepto de relación jurídica y el carácter de la bilateralidad, multilateralidad, intersubjetividad o socialidad de la norma jurídica.

La norma jurídica impone deberes. ¿El jurista pueda ir más allá del concepto de deber? Puede decir que el deber es el correlato de una voluntad. Esto es lo que se quiere expresar cuando se afirma que la norma es un mandato, un imperativo. La proposición requiere una aclaración: si hablamos de voluntad, de mandatos, significa que pensamos en alguien que quiere y que manda. Así, pues, ¿quién quiere el derecho? ¿Quién manda? Nadie quiere, nadie manda: ésta es la respuesta que el jurista debe dar y que nosotros daremos; respuesta que señala también una de sus limitaciones. El derecho es para el jurista voluntad de nadie o voluntad objetiva, que es lo mismo.

Establecido esto, deberemos preguntarnos si todo ello vale para la norma negocial; en particular, si el negocio jurídico puede encontrarse una voluntad objetiva distinta del querer de las partes. La respuesta afirmativa que daremos a la pregunta encontrará una confirmación en la consideración y examen de la naturaleza y del objeto de la interpretación del negocio jurídico, que desarrollaremos con predominante referencia a nuestro derecho, y siempre dentro de los límites determinados por las finalidades del presente estudio.

Trataremos finalmente del carácter de la abstracción e hipoteticidad de la norma jurídica y del problema de la sanción, así como del de la pretendida

coactividad de la norma jurídica, siempre, naturalmente, en los límites antedichos, es decir, sin perder de vista la norma negocial.

2. Norma y Deber

La norma jurídica es una norma que establece un deber; el concepto de norma jurídica y el de deber están estrechamente vinculados.

A mi parecer se funda en un error la opinión que admite la existencia de normas jurídicas que no establecen deberes, es decir, de normas no imperativas.

Se aducen como ejemplos de normas no imperativas las que contienen la definición legal de conceptos jurídicos, las normas llamadas permisivas, las que derogan otras normas y, en fin, las interpretativas.

Es fácil replicar que estas normas, que no tienen los caracteres de la imperatividad, no son en realidad, por sí solas, verdaderas normas jurídicas, pero adquieren tal valor al ser consideradas en relación con imperativos jurídicos cuyo alcance amplían o restringen.

Igual razonamiento hay que hacer para las normas de autorización mediante las que el derecho regula su formación confiriendo a ciertos sujetos un poder normativo. Tales normas no tienen una función directamente normativa, es decir, creadora de deberes, pero integran otras normas (directamente normativas éstas) de las que constituyen el fundamento de validez.

El derecho consiste, pues, solamente en normas que establecen deberes. El concepto de deber agota el de norma. No hay en la norma jurídica, además, una parte positiva atributiva de derechos, de facultades, que se coloque al

lado de la negativa con la que se crea un deber. Los derechos y las facultades o libertades no aparecen junto a los deberes en una relación de yuxtaposición, sino que están con éstos en una relación de dependencia o derivación. Lo mismo que existe una primacía de la norma respecto de las posiciones jurídicas subjetivas, así hay entre éstas una primacía del deber respecto de los derechos, de las facultades, de las libertades. Con mayor razón se debe negar la existencia de normas que tengan por único objeto crear derechos o sancionar libertades sin imponer los deberes correlativos. Una libertad o un derecho no puede ser sancionado y garantizado si no es con la imposición de un deber.

3. Norma y Juicio

Destacar este aspecto de la norma jurídica significa en sustancia adoptar una concepción imperativista o voluntarista del derecho. La norma es entendida como precepto o como mandato y, por tanto, como voluntad.

Esto no implica negación de otros aspectos. No excluye que la norma pueda ser considerada, al mismo tiempo, como juicio y precisamente como juicio hipotético, o como valoración abstracta de comportamientos humanos.

Norma es, en consecuencia, la palabra más adecuada para indicar la unidad elemental del derecho, porque es palabra llena, preñada de significado.

4. Primacía del Derecho Objetivo

En cambio, hay oposición entre la concepción imperativa del derecho y el subjetivismo jurídico. Adoptar la concepción imperativa quiere decir aceptar la primacía de la norma, esto es, del derecho objetivo, sobre las posiciones jurídicas subjetivas; quieren decir admitir que los derechos

subjetivos son consecuencia y efecto de normas jurídicas, de mandatos jurídicos, y no al revés, éstos la consecuencia de aquéllos.

Tal admisión puede parecer obvia, pero no siempre se ha pensado así. Al contrario, hay que reconocer que en épocas pasadas, sobre todo por influencia de principios que, enunciados por la escuela del derecho natural, se han abierto camino con la Revolución Francesa prevaleció la concepción subjetivista del derecho, fruto del exasperado individualismo que arranca precisamente de esta revolución. Según esta concepción, los derechos subjetivos representan *el prius* y el derecho objetivo se ha formado en torno a ellos para mejor asegurarlos y garantizarlos. El ordenamiento jurídico no es la base, la fuente de los derechos subjetivos, sino que éstos existen independientemente de aquél. El ordenamiento jurídico no fundamenta los derechos subjetivos, sino que simplemente los reconoce y tutela¹.

Es interesante subrayar que el mismo derecho natural cristiano no parte de una concepción del individuo aislado, titular de derechos imprescriptibles, sino que pone más bien el acento sobre la ley y el derecho objetivo y ve al hombre como una parte integrante del orden establecido por Dios.

No se puede negar que el individualismo, en su aspecto jurídico de subjetivismo, ha tenido un papel importante al limitar los poderes de la sociedad y del Estado frente al individuo, al que se le reconocen derechos anteriores a la sociedad misma y al Estado, intangibles para éstos,

El derecho subjetivo no puede existir sin una norma sobre la cual fundarse y, añadimos, no puede concebirse si no se le coloca en una relación. El derecho subjetivo es esencialmente pretensión de un sujeto hacia otro u otros sujetos; está, por lo tanto, por su naturaleza, destinado a vivir en

¹ Esta concepción ha tenido muchos seguidores entre los juristas.

una relación. Es un hecho social y no meramente individual, como es un hecho social el derecho objetivo, la norma².

No podían dejar de darse cuenta de esto los juristas alemanes del siglo XIX y del principio del XX, que han sido los primeros en someter a atenta revisión los conceptos jurídicos tradicionales, fundando la moderna teoría general del derecho.

Cada nacimiento, modificación o eliminación de normas jurídicas es al mismo tiempo nacimiento, modificación o extinción de una relación. En Francia me limito a recordar a Duguit y Roubier como dos de los más vigorosos defensores de la primacía del derecho objetivo; en Norteamérica, Holmes.

5. Individualismo y Subjetivismo

Apenas es necesario advertir que esta toma de posición nuestra va dirigida contra el individualismo concebido como doctrina que pretende, en el campo de la ciencia jurídica, atribuir a los derechos subjetivos (se entiende, positivos) una primacía o una precedencia respecto a la norma, al derecho objetivo (igualmente positivo). El individualismo se convierte, en efecto, en el plano jurídico positivo, en subjetivismo; es decir que levanta todas sus construcciones sobre el presupuesto de la prioridad del derecho subjetivo.

Nada tenemos que objetar, por el contrario, al individualismo entendido como doctrina filosófica. Si filosofía implica consideración del hombre total, el individualismo tiene, evidentemente, una razón de ser en el plano filosófico, en cuanto que exalta precisamente un aspecto de la vida

² En este punto estoy de acuerdo con DUGUIT cuando afirma que la doctrina individualista es una hipótesis sin fundamento.

humana concebida en su integridad o totalidad; esto es, que exalta el momento individual de la vida en antítesis con el momento social.

En el plano jurídico, en cambio, el individualismo no tiene ningún sentido. El momento individual de la vida humana cae fuera del derecho; para éste tiene únicamente importancia el momento social; o mejor, el derecho es el momento social (aunque no toda la socialidad se resuelve o agota en el derecho).

Son numerosos todavía los juristas que se proclaman individualistas o critican la tendencia llamada social, que consideran como una grave amenaza para las libertades económicas y políticas. Sus asertos han de valorarse en el plano filosófico o en el de la política legislativa, no en el de la ciencia jurídica.

6. Individualismo y negocio jurídico

El individualismo se manifiesta como una doctrina insostenible no sólo en cuanto propugna una primacía del derecho subjetivo respecto del objetivo, sino también en cuanto pretende atribuir a la voluntad individual una originaria virtud creadora de relaciones jurídicas y, por lo tanto, de derechos subjetivos.

El individuo como tal, es decir, fuera de un ordenamiento social no es concebible ni como titular de derechos subjetivos ni como creador de ellos.

Si puede realizar negocios jurídicos, de los que derivan deberes y derechos, lo hace sólo en cuanto miembro de una sociedad jurídicamente organizada, y en cuando autorizado o habilitado por la organización jurídica.

Existen en los ordenamientos jurídicos positivos normas particulares que confieren precisamente a los sujetos privados el poder de concluir negocios jurídicos. En esas normas encuentra su fundamento la validez de estos negocios.

Los negocios jurídicos, en el ámbito de la autonomía privada, manifiestan una voluntad (normativa) sometida o subordinada a las normas emanadas por fuentes superiores y, por consiguiente, no originaria o soberana.

Precisamente, como se ha hecho notar con acierto, la ciencia del derecho se distingue de la filosofía en que considera como objeto de estudio los diversos ordenamientos jurídicos desde el punto de vista de su valor positivo y, en consecuencia, no puede considerar al negocio jurídico más que en el marco de una sociedad jurídicamente organizada.

7. Intersubjetividad del derecho

Mientras que el subjetivismo parte del lado primario del individuo concebido aisladamente, el objetivismo jurídico parte del dato de la vida asociada.

El derecho es regla de conducta social, el ordenamiento jurídico realiza la vida social. Por ello la norma jurídica tiene naturaleza intersubjetiva. No se puede admitir la existencia de derechos en individuos que vivan fuera de una sociedad, de un orden jurídico y social,³ así como fuera de éste no podría concebirse a la persona.⁴

³ No se puede concebir una regla de derecho para un individuo aislado; el concepto de derecho contiene la idea de orden social.

⁴ Ser jurídicamente persona significa valer como tal frente a otros.

El mandato jurídico no es un fin en sí mismo, no es un mandato inmotivado. Se manda en tanto en cuanto se asegura a otros una facultad o una potestad. Toda norma de derecho, se ha dicho, expresa siempre y sobre todo el contenido de una relación. También, que el derecho se despliega bilateralmente, en cuanto su efecto es engendrar una relación.

Este aspecto social o institucional del derecho sirve también para diferenciarlo más netamente de la moral. Lo hacemos notar de un modo incidental. El mandato jurídico lleva consigo dualidad de sujetos y bilateralidad de efectos. La ley moral se refiere a un solo sujeto; es puramente autónoma; y es obligatoria en virtud de su conexión con el orden supraempírico. En la moral el individuo se encuentra solo frente a sí mismo (y frente a Dios), mientras que el derecho crea siempre una relación entre dos o más sujetos.

El derecho está fuera de nosotros y nos manda. La moral está dentro de cada uno de nosotros; es un hecho de la conciencia individual.

El derecho es un hecho objetivo, la moral es un hecho subjetivo. El derecho existe incluso si se ignora, de donde el principio de que <la ignorancia de la ley no excusa>, precisamente por la objetividad de la norma jurídica; mientras que el precepto moral es tan sólo si es conocido: el conocimiento del precepto es condición para su existencia. La moral influye sobre la conducta desde dentro: el vínculo que deriva de la norma moral es una autovinculación. El derecho actúa desde fuera y es un vínculo objetivo.

8. Norma y negocio jurídico

Si las relaciones jurídicas derivan siempre de normas, si de éstas y solamente de éstas derivan deberes y derechos, ¿cómo se justifica la

doctrina⁵ que contrapone a la fuente de derecho objetivo, o fuente normativa, la fuente de derechos subjetivos o de deberes, es decir, de relaciones jurídicas, como dos conceptos distintos, separados, inconciliables?

Tal doctrina, que niega que el negocio sea fuente de derecho objetivo precisamente porque lo considera fuente de relaciones, no puede justificarse de ningún modo.

Estos autores adoptan un concepto de norma arbitrariamente restringido: para ellos son normas sólo las normas legales (o en general las normas de formación pública); y por esto se han encontrado, en lo que respecta al negocio jurídico, en la necesidad de negar que el negocio (que ellos ven sólo como hecho y no como fuente de normas) sea fuente de derechos y deberes y de enlazar siempre éstos a la norma legal.

De este modo se han visto obligados a abandonar el principio tradicional según el cual el contrato es fuente de obligaciones.

Por el contrario, el negocio (y, por tanto, el contrato) sigue siendo fuente de deberes, de facultades, de derechos (y, por lo tanto, también de obligaciones), precisamente porque es fuente normativa; es decir, tiene un contenido de normas⁶. Si los deberes y, por consiguiente, las facultades y los derechos derivan siempre del derecho objetivo, contrariamente a lo que piensa el subjetivismo individualista, y si del negocio derivan deberes y facultades, esto querrá decir que también el negocio crea derecho objetivo.

Es verdad que la concepción tradicional coloca al contrato, como fuente de obligaciones, junto al acto ilícito, mientras que nosotros no podremos considerar nunca el acto ilícito como fuente normativa. Se trata de

⁵ Que sigue, entre otros, SAVIGNY.

⁶ La voluntad de las partes no es fuente de las obligaciones, pero precisamente porque pensamos que son fuente de las obligaciones las normas contenidas en el contrato.

un encuadramiento que, si puede venir determinado por razones de oportunidad en la clasificación – y esto explica quizá su éxito –, no tiene fundamento racional, porque coloca en el mismo plano elementos heterogéneos, esto es, la norma y el hecho.

Una y otro, en la <causación> de los efectos jurídicos, es decir, de los deberes, de los derechos de las facultades, actúan en planos totalmente distintos.

Aquí sólo importa poner en evidencia que los caracteres reconocidos hasta ahora al derecho objetivo y a la norma jurídica no sólo no son obstáculo para la inclusión de las normas negociales en el ámbito de las normas jurídicas sino que constituyen una prueba de la necesidad de tal inclusión.

Sobre todo me parece que debe resultar claro que, si la intersubjetividad o socialidad es nota del derecho objetivo, de la norma, no es difícil descubrir los caracteres de la juridicidad en los preceptos o normas negociales.⁷ En efecto, también éstas concurren al perfeccionamiento, a través de una minuciosa articulación, de la estructura social que es precisamente el derecho objetivo. Nada prueba su limitada eficacia, su restringido radio de acción cuando puede comprobarse fácilmente que el tejido social está formado en gran parte por normas negociales, que nuestro comportamiento en la sociedad, nuestra posición, está tan a menudo condicionada, limitada, por la presencia de normas de tal naturaleza.

Todo esto no excluye que exista una diferencia, dentro del *genus* de las normas jurídicas, entre normas negociales y normas no negociales.

⁷ Desde este ángulo es exacta la afirmación de JELLINEK según la cual el derecho privado es derecho social.

La diferencia no es, sin embargo, de estructura ni de objeto, ni – diríamos – de funciones, sino de fines. La diferencia atañe al fin perseguido por quien establece las normas; es, por consiguiente, una diferencia que más que a las normas en sí se refiere al poder que da lugar a su creación.

Interesa precisar, en fin, que el concepto de derecho como norma o sistema de normas, que hemos adoptado, ilumina también el otro concepto fundamental de fuente del derecho. En primer lugar se debe tener presente que fuente del derecho (objetivo) es para nosotros expresión sinónima de fuente de normas jurídicas o de fuente normativa. Pero con la norma se crea un deber y, en relación de derivación o de dependencia de éste, se establecen derechos, facultades. Por lo tanto, la fuente del derecho o fuente normativa es, al mismo tiempo (aunque sea mediatamente, es decir, a través de las normas), fuente de deberes, de derechos, de facultades. Estas figuras no son, en efecto, más que la proyección de la norma en dirección a los sujetos.

Se ha señalado que la palabra fuente es utilizada en sentido metafórico para indicar hechos y fenómenos diversos. Fuente es aquello de donde extraemos conocimientos de alguna cosa o sobre lo que fundamos nuestro saber; fuente es lo que crea alguna cosa (se habla en este sentido de fuente o manantial de la vida). Ahora bien, cuando hablamos de fuente del derecho, lo hacemos preferentemente en este segundo significado. Hablamos de fuente como de acto mediante el cual se crea derecho, es decir, se crean normas jurídicas. Fuente es, por consiguiente, sinónimo de acto normativo.

Queda así delimitada también la distinción entre fuente del derecho y norma, que es precisamente la distinción entre acto normativo y norma y, en consecuencia, entre negocio y norma.⁸

Todo esto no excluye que, en otro sentido, también puedan ser consideradas fuentes las normas jurídicas, y entre ellas las negociales. Ellas son, en efecto, las que dan origen a toda situación jurídica subjetiva (deberes, derechos, facultades, etc.); por lo tanto, son, en cierto sentido, la fuente o la causa inmediata de estas situaciones.

9. Imperatividad de la norma jurídica

Hemos partido de la premisa irrefutable de la primacía del derecho objetivo respecto de las posiciones jurídicas subjetivas; después hemos intentado delinear la estructura de las normas por las que el derecho objetivo está constituido y hemos podido comprobar cómo tales normas son normas que crean deberes.

Este concepto se suele expresar diciendo que la imperatividad (o la obligatoriedad) es elemento constitutivo imprescindible de la norma jurídica.

Mientras que la socialidad o bilateralidad de la norma jurídica sirve para diferenciarla de la norma moral, la imperatividad u obligatoriedad es la nota que la distingue más claramente de las otras normas de convivencia social.

La observancia de estas últimas normas es, en efecto, requerida por la conveniencia o por la oportunidad, que actúan en diverso grado según los

⁸ En la doctrina no es rara la confusión entre norma y acto normativo, y por consiguiente, entre norma y fuente.

casos y las circunstancias, pero no se eleva nunca a comportamiento obligatorio.

La norma jurídica, por el contrario, alcanza siempre el grado de la obligatoriedad;⁹ es por ello una norma imperativa o, como también se ha dicho, necesaria. Esta idea de la necesidad surge comúnmente a propósito de las normas consuetudinarias que, según la doctrina dominante, se convierten en normas jurídicas cuando ha madurado, en un determinado ambiente, la convicción de que se trata de normas cuya observancia es necesaria (la llamada *opinio iuris seu necessitatis*). No obstante, la necesidad (o necesidad), entendida como carácter de ser socialmente debida la observancia, es una nota, un carácter, que distingue la norma jurídica (cualquier norma jurídica) entre las normas sociales.

En este sentido se puede decir que la norma depende del hecho. La formulación hipotética es propia de toda norma jurídica, porque toda norma, como luego veremos mejor, está ligada a una hipótesis de hecho, por ella explícita o implícitamente prevista. Pero esto no significa transformar el deber en carga. El sujeto no se encuentra ante una *elección*; no debe comportarse de un cierto modo, determinado por la norma, *si* quiere que se verifique o que no se verifique un cierto acontecimiento; sino que, verificados los presupuestos de hecho de la norma, *debe* comportarse de modo conforme a lo que ésta prescribe; si no se comporta de aquel modo, la norma da su comportamiento un juicio negativo que, con término técnico, se llama sanción.

No se debe confundir la sanción así entendida con la entrada en función de imperativos o normas secundarias, conectadas y ligadas a la violación de normas primarias. No siempre existe tal conexión; no siempre la

⁹ Las normas supletorias no son menos obligatorias que las demás normas jurídicas, cuando se han verificado los presupuestos de hecho de su aplicación.

violación de una norma jurídica determina la entrada en función de una norma secundaria (sancionadora); por el contrario, a la violación de la norma se une siempre una valoración negativa: el juicio, que en la norma es abstracto, se concreta en la sanción.

Desde este punto de vista se puede decir que el derecho tiene al mismo tiempo carácter hipotético y categórico. La norma es hipotética porque es obligatoria solamente cuando se verifican ciertos presupuestos de hecho; categórica, porque, verificados tales presupuestos, la norma *debe* ser obedecida: no hay libertad jurídica de elección, como ocurriría si fuera indiferente para el derecho cómo se comporte el obligado por la norma; el comportamiento que viola la norma es comportamiento ilícito, esto es, contrario al derecho y por éste condenado.

10. Norma y voluntad

La norma crea un deber; pero ¿qué es el deber sino lo *exigido* por una voluntad?. Y ¿qué es esta voluntad, cuyas exigencias son elevadas a deberes, cuyo querer es imperativo, mandato jurídico?

Siguiendo el camino abierto por otros, hemos dicho que se trata de voluntad no atribuible a ningún sujeto. Voluntad que es establecida por sujetos (al menos en la mayor parte de los casos), pero que, en cuanto norma, es voluntad separada, voluntad objetiva.

La norma jurídica no es volición entendida como acontecimiento psíquico o situación psicológica, sino querer permanente y constante, precisamente porque no es querer de alguien, sino querer de nadie.

Esto no excluye que el derecho, en su formación, proceda la mayoría de las veces de una voluntad entendida en sentido subjetivo o psicológico y

que sea voluntad subjetiva exteriorizada o manifestada, es decir, llevada de lo interior a lo externo, convertida de subjetiva en intersubjetiva, esto es, social. En la base del derecho tenemos entonces un acto normativo: una manifestación de voluntad. Hay un procedimiento en el que la voluntad sin adjetivos (es decir, la voluntad subjetiva) se convierte en voluntad objetiva, se convierte en derecho.

Pero hay también un derecho que se forma sin proceder de una voluntad; que nace por formación espontánea, y que nace ya como voluntad objetiva: el derecho consuetudinario.

El derecho consuetudinario lleva a la máxima evidencia el carácter objetivo de la voluntad normativa, porque no siendo el resultado de un acto normativo, no siendo siquiera actuación de poder, no puede ser identificado con la voluntad de ningún sujeto; ni siquiera con la del Estado.

En la costumbre el elemento subjetivo o factor personal, que no es nunca necesario para la existencia en sí del derecho (objetivo), no interviene ni aun en el momento de la creación.

CAPÍTULO SEGUNDO

PODER, DERECHO Y ESTADO

1. El Derecho y el Estado

La concepción del derecho como voluntad objetiva no excluye el que la norma pueda ser creada por sujetos. Solamente es necesario tener presente que, después de agotarse el proceso creador, cualquier imputación del derecho a un sujeto deja de ser lícita. En el momento mismo en el que el derecho surge se extingue toda conexión con el sujeto y con la voluntad de éste. El corte es claro e irrevocable. Pero se trata precisamente de un corte; lo que implica un originario y estrecho nexo entre voluntad subjetiva y norma. La voluntad subjetiva actúa como matriz y el momento en que el derecho nace es precisamente aquél en el que la norma se convierte en tal separándose de su matriz, es decir, en el que se concluye el proceso de objetivación de la voluntad.

Es necesario, pues, reconocer que detrás de la fórmula jurídica se encuentra siempre un acto de voluntad de algún sujeto, o de una pluralidad de sujetos, es decir, un acto normativo.

Una concepción del derecho como voluntad del Estado, si ha de tener sentido, implica en primer lugar que el Estado no se identifica que con el ordenamiento jurídico o con una parte de él; ya que en tal hipótesis el derecho sería el Estado y no la voluntad de éste; en segundo lugar implica que el Estado sea un sujeto real (lo que no significa que tenga existencia física), el cual quiera siempre, por definición, la voluntad del derecho. Está claro que también las personas jurídicas tienen una voluntad subjetiva o real: la que les prestan sus órganos.

Ahora bien, establecido esto, se puede preguntar por qué razón el Estado es colocado, como sujeto de derecho, en un pedestal más elevado que los demás sujetos, personas físicas y jurídicas; por qué su voluntad (es decir, la voluntad de sus órganos), es considerada plusvalente, tanto que se la identifica con el derecho, mientras que la voluntad de los otros sujetos permanece siempre en la zona del hecho.

Esta atribución de la voluntad del derecho al sujeto Estado, tiene su origen en una concepción del derecho como coacción y en la idea de la coercibilidad como nota esencial de la norma jurídica. Es fácil ver que en tal concepción la existencia del Estado, a diferencia de la de los otros sujetos, es necesaria para la existencia del derecho. El derecho está condicionado por el Estado, actuarlo depende del Estado y, por lo tanto, es actuación de la voluntad de éste.

Ahora bien, aunque se estime nota esencial del derecho la coercibilidad y se considere necesaria la presencia del Estado, sin la cual el derecho no pueda existir, no se debe admitir por esto solo que el derecho es la voluntad del Estado.

A este respecto, hay que tener presente que los mantenedores de la coercibilidad como uno de los caracteres del derecho no piensan en absoluto que las normas jurídicas sean iguales a las leyes de la naturaleza, para las cuales no existe libertad. Por el contrario tienen muy en cuenta que las normas jurídicas se dirigen a sujetos dotados de libertad, y, por ello, capaces de trasgredirlas, tanto que la coacción la conciben como sanción, esto es, como algo que entra en juego cuando la norma es trasgredida.

Esta consideración debería bastar para eliminar toda identificación más o menos velada del derecho con la fuerza. La fuerza puede servir al derecho, pero no se identifica con éste.

Por tanto, admitido que las normas jurídicas son tales en cuanto el Estado haya de entrar en liza con su aparato coactivo en caso de trasgresión, no se deriva de ello, como lógica consecuencia, la identificación del derecho con la voluntad del Estado.

El Estado, cuando interviene para aplicar sanciones por la violación de mandatos jurídicos, puede hacerlo muy bien en calidad de realizador o ejecutor de una voluntad que no es la suya. Esta posibilidad se convierte en una necesidad lógica si se piensa que el Estado, como sujeto, está, al igual que los demás sujetos, vinculado por el derecho; que los actos coercitivos los realiza el Estado por deber jurídico y que tales actos son, por consiguiente, objeto de calificación por parte del derecho. Hay una subordinación del Estado a la ley creada por él y, en general, una subordinación del Estado al derecho; subordinación que tiene sentido sólo si se admite que la voluntad del derecho no se identifica con la voluntad del Estado.

El momento de la constrictión no pertenece al derecho y la actividad constrictiva ejercida por el Estado, precisamente porque está disciplinada por el derecho y al servicio de éste, no es actuación de poder, sino ejecución de querer jurídico.

El derecho (objetivo), en cuanto voluntad o mandato, deja intacta la libertad física de aquellos a quienes se dirige. Los mandatos del derecho tienen sentido únicamente con el necesario presupuesto de la libertad. El derecho es voluntad, se dirige a los hombres como sujetos que saben y quieren y, por ello, puede ser desobedecido. La constrictión, en cambio, es fuerza que no se dirige a la voluntad de los hombres, sino que opera sobre los hombres y sobre las cosas considerados por igual en su existencia física.

Por otra parte, el poder, en el campo jurídico, es siempre poder normativo y no puede manifestarse más que a través de mandatos jurídicos, es decir, mediante la creación de normas; por lo tanto, la actividad constrictiva, que es siempre meramente ejecutiva, no constituye nunca ejercicio de poder.

Es necesario en este punto hacer notar que la atribución del derecho al Estado es muchas veces la resultante de tendencias netamente objetivistas. El derecho es voluntad del estado precisamente porque no es voluntad de nadie; porque la soberanía no puede residir en una persona ni en varias sino que es expresión de la voluntad general.

En esta concepción el Estado es creado con el único objeto de atribuirle la voluntad en que consiste el derecho; más aún, y mejor, el Estado no tiene otra existencia real que no sea esta voluntad con la que viene a identificarse.

El Estado deja de tener una personalidad para convertirse en la personificación del derecho. El derecho no es ya la voluntad del estado sino que el derecho es el Estado.

2. Igualdad ante el Derecho

El subjetivismo, que es decididamente el más tenaz adversario de la concepción normativa del negocio jurídico, vuelve a enfrentárenos bajo otra forma. Esta vez parte de la noción de poder. No podemos dejar de aludir aquí a un erróneo concepto del poder, según el cual el campo de esta figura subjetiva se amplía hasta incluir la idea de norma, de mandato jurídico. Según tal concepción se daría en el poder una verdadera gravitación hacia la norma con el resultado de que ambos conceptos quedarían alterados.

Se afirma que el poder de crear normas jurídicas implica, en quien está investido de él, una supremacía o superioridad respecto de quienes están vinculados por las normas así creadas. Esta opinión está basada precisamente en el presupuesto de que la fuerza vinculante del derecho reside en la voluntad, en sentido subjetivo o psicológico, de los sujetos que lo crean; tiene, por consiguiente, una base netamente subjetivista. La fuerza vinculante del derecho sufre una trasposición y se convierte en fuerza vinculante de la voluntad de los sujetos que lo establecen. De aquí la necesidad de que el sujeto en el que reside la voluntad del derecho, sea un sujeto superior (jurídicamente) a los que deben obedecer aquel mandato. Los mandatos han de dirigirse necesariamente a subordinados: entre iguales no pueden darse mandatos, sino solamente acuerdos o contratos. De aquí la negación del contrato como mandato jurídico y, en general, la negación del contenido normativo de los negocios jurídicos, los cuales son creados por sujetos que se encuentran en pie de igualdad jurídica.

Estas tesis están infectadas de subjetivismo y que caen automáticamente en cuanto se conciba el derecho como voluntad objetiva.

Con la adecuada reflexión se descubre, por ejemplo, que la tan proclamada igualdad de todos los sujetos frente a la ley, es decir, al derecho, puede adquirir un preciso significado técnico o científico.

Según la mayoría, cualquier declaración de igualdad no constituye más que la platónica afirmación de un principio ideal o iusnaturalista o, quizá, un expediente de propaganda política. Generalmente se piensa que la igualdad significa que el derecho debe reservar a cada uno el mismo tratamiento o, como se ha dicho, que debe tratar lo igual como igual y lo desigual como desigual, y por esto se ve en el principio de la igualdad, todo lo más, una directriz para el legislador, una llamada a un ideal de justicia.

Por el contrario, creemos que hay que entender la igualdad como inexistencia de cualquier forma de subordinación o de supraordinación entre los sujetos de un ordenamiento.

Un ordenamiento en el que el Estado crea derecho sin estar vinculado a él, es un ordenamiento que no cuenta entre sus sujetos al Estado, el cual se identifica con la persona del monarca absoluto, que es *legibus solutus*, es decir, que está sobre y fuera del derecho, y no es sujeto de derecho. El Estado, el poder público, queda fuera del derecho aunque, de hecho, colabore en la actuación del derecho. Esto explica cómo en el pasado, y durante siglos, se ha considerado como verdadero derecho únicamente al privado.¹⁰

Hoy, en el llamado Estado de derecho, nadie duda que también el Estado y sus órganos están sometidos al derecho. Por lo tanto, hay también para el Estado subordinación y no superioridad.

El célebre principio de la igualdad de todos ante el derecho, que es presentado como una conquista de las modernas revoluciones, corresponde a una exigencia intrínseca de todo ordenamiento jurídico. La idea del derecho implica la de la igualdad y esta idea, este principio, domina tanto en el derecho privado como en el público, siempre que tal derecho esté, como hoy lo está, totalmente integrado en la esfera jurídica.

Frente al derecho todos los sujetos son iguales; y todos subordinados. Cada uno está de igual modo vinculado por el derecho que haya sido válidamente creado; y cada uno crea válidamente el derecho si se mantiene dentro de los límites de su competencia normativa.

¹⁰ La introducción del concepto de Estado de derecho, ha elevado el derecho público a la dignidad de verdadero y propio derecho.

Si hemos tenido que afirmar la existencia de un sistema jerárquico de las fuentes, en cambio, debemos negar la existencia de una jerarquía entre los sujetos frente al derecho.

En el momento en el que el derecho se crea, cuando está todavía en la esfera del sujeto creador, no hay mandatos jurídicos, no hay quien manda y quien debe obedecer; el mandato jurídico, la voluntad que ordena a las voluntades, nace precisamente en el instante en que la voluntad subjetiva se separa del sujeto y se hace objetiva; pero en este momento, precisamente en virtud de esta su objetivación, no se puede ya hablar del poder de mando de un sujeto: quien manda es ahora únicamente el derecho. Todo el poder se agota en la creación de mandatos jurídicos válidos y la fuerza vinculante de tales mandatos no es ya reconducible al poder, sino que es precisamente la fuerza vinculante del derecho.

La única forma de subordinación que puede admitirse en el campo jurídico es, repetimos, la subordinación al derecho, así como la única forma de imperio es el imperio del derecho. Todos nosotros, como particulares y como órganos del Estado, estamos sometidos al derecho. Si hubiera que admitir una subordinación de un sujeto a otro, sería preciso admitir también que esta subordinación prescinde de la existencia del derecho, es decir, de normas jurídicas, que es, por lo tanto, una subordinación metajurídica.

Se dice comúnmente (o por lo menos se piensa) que estamos sometidos al poder legislativo del Estado (es decir, al sujeto Estado titular de aquel poder), aunque el Estado no legisle y antes de que legisle; que el menor está sometido a la patria potestad (es decir, al padre titular de ella), aunque el padre no la ejerza por medio de mandatos. Todo esto podría hacer pensar en una sujeción del menor al padre, en una sujeción de todos nosotros al Estado como persona jurídica. Pero se trata de un punto de vista erróneo. Si el Estado no legisla y el padre no manda, no existe ninguna

sujeción porque no hay ningún mandato al que estemos sometidos que emane del Estado o del padre. Debemos estar a la espera de tales mandatos, es verdad, y sabemos ya desde antes que serán mandatos vinculantes para nosotros. Antes de la emisión del mandato hay precisamente una situación de espera que se quiere designar como sujeción.

Pero este estado de espera, si bien se mira, no es de subordinación a un sujeto; es todavía sujeción al derecho, es decir, a una norma, superior a la que emanará del Estado o del padre, la cual nos obliga a obedecer las leyes y los mandatos paternos. En resumen, la sujeción o subordinación que parece existir aun en ausencia de mandatos no es sujeción o subordinación a un sujeto sino que es en realidad, todavía, sujeción, esto es subordinación, al derecho objetivo: en la hipótesis, a una norma superior.

3. Subordinación al Derecho Objetivo

No existe sujeción jurídica que no sea sujeción al derecho objetivo. Esa tesis resultará plenamente demostrada si se admite el principio de que poder jurídico es igual a poder normativo y que, por lo tanto, no existen poderes jurídicos que no sean poderes normativos.

Podrá quizá objetarse aquí que precisamente en esta posibilidad se manifiesta la subordinación que nosotros negamos. Es fácil responder que frente a la fuerza no se puede hablar de sujeción o subordinación en sentido jurídico. Aquí entramos en el campo de los fenómenos físicos; la fuerza, incluso cuando actúa para el derecho, sigue siendo un dato físico. Frente a la fuerza no se da subordinación o sujeción jurídica, sino física necesidad de someterse. El empleo de la fuerza no es actividad con la que se creen mandatos jurídicos. Cuando entra en acción la fuerza, el derecho, que es voluntad que se dirige a voluntades, deja de actuar.

Los que juzgan esencial para la existencia del derecho una relación de subordinación entre sujetos, o hablan del Estado como ente colectivo que manda, confunden en realidad el derecho con la fuerza, el poder jurídico con el poder físico.

Esto por lo demás, aparece claramente en sus mismas expresiones, como en la afirmación de que el derecho es fuerza jurídicamente limitada o de que es fuerza jurídica. La exteriorización de la fuerza, aun cuando está al servicio del derecho, no es nunca ejercicio de poder jurídico que, para nosotros, es sinónimo de poder normativo. La fuerza no deja de ser fuerza por el hecho de estar limitada.

El derecho está hecho para los hombres solamente, la fuerza puede manifestarse también sobre las cosas. El derecho es cualificación de la acción humana, la fuerza no cualifica nada. El derecho es norma, la fuerza es hecho.

4. Derecho Público y Derecho Privado

Negada la existencia de sujetos supraordinados y de sujetos subordinados y aceptada la igualdad de todos los sujetos frente al derecho, pierde gran parte de su valor la distinción entre derecho formado unilateralmente y derecho formado sobre la base de un acuerdo; entre el derecho llamado *super partes* y derecho *inter partes*; entre derecho de subordinación y derecho de coordinación; entre formación autónoma y formación heterónoma del derecho.

Desde que las relaciones entre soberano y súbdito han entrado en el ámbito del derecho y se ha formado un derecho público no hay ya relaciones de subordinación. Hay sujetos dotados de diversa competencia normativa y el derecho vincula (incluso en el campo de las relaciones entre Estado y

ciudadanos), no porque emane de un sujeto superior, sino porque está creado en conformidad con las reglas dictadas por el derecho mismo para su formación. La fuerza vinculante del derecho está toda en función de su validez y ésta, a su vez, reposa sobre normas.

Ciertamente no se puede negar que existe diferencia entre ley y acto administrativo y entre éste y el contrato, pero esta diferencia se refiere más bien a la técnica de formación del mandato jurídico que estos actos contienen, que no al mandato en sí. De cualquier modo, la distinción, anteriormente citada, entre formación unilateral y formación bilateral – o por acuerdo – del derecho, no puede servir de base para separar el derecho público del derecho privado, las fuentes normativas públicas (constitución, ley, reglamento), de las fuentes normativas privadas (contrato y testamento).

Dejando el derecho internacional público, no faltan tampoco en el derecho público interno casos en los que ciertos actos, para adquirir eficacia vinculante, deben ser aceptados por los interesados; como, por ejemplo, el ascenso de empleados públicos. Y no debe olvidarse que en un Estado democrático hay una participación casi total de los ciudadanos en la formación de las leyes: todos, excluidos los menores, participan, aunque sea indirectamente, esto es, a través de las elecciones, en la función legislativa, es decir, en la creación de aquellas leyes que deben después observar y participan en nombre propio y no como órganos o representantes del Estado.

Si, además, se añade que las leyes vinculan también a los órganos del Estado y son, en este aspecto, creación <autónoma> de derecho; que el derecho consuetudinario, que puede actuar no sólo en el campo privado sino también en el público, es siempre obra, aunque sea inconsciente, de aquellos que le están obligados, se comprobará cómo incluso para las fuentes normativas públicas es poco correcto hablar exclusivamente de formación heterónoma o *super partes* del derecho.

Por otra parte, en el derecho privado, si el contrato, en que precisamente el derecho es creado sobre la base de un acuerdo, representa la forma más importante de negocio jurídico, no es, ciertamente, la única.

Existe también un negocio unilateral, el testamento, para el cual se debe hablar de formación unilateral o heterónoma del derecho. En verdad no han faltado autores, en el pasado, que tendían a colocar el testamento en el plano del acuerdo, mediante su combinación con el acto de aceptación del heredero; pero hoy tal tendencia no goza de ningún crédito, porque se observa que no puede existir un encuentro de voluntades o convención entre difunto y heredero, en cuanto en el momento de la aceptación la voluntad del testador ya no existe. Se dice también que el testamento es ya un acto perfecto antes de la aceptación y antes incluso de la muerte del testador, y que estos acontecimientos funcionan como condición de eficacia.

Pero debo reconocer en este punto que el primer argumento no tiene un valor absoluto en cuanto la ley misma admite que el contrato pueda perfeccionarse después de la muerte o sobrevenida incapacidad del que hizo la oferta, cuando se trate de empresario mercantil. El segundo argumento, por un lado, prueba demasiado y no es decisivo por lo tanto; en efecto, se podría replicar, aunque fuera forzando un poco las cosas, que también en la formación de los contratos la aceptación es condición de eficacia de la oferta, y, por otra parte, contiene una petición de principio.

Lo que a mi entender es decisivo a favor de la formación unilateral o heterónoma del derecho contenido en el testamento es el considerar que la aceptación no es <aceptación del testamento>. Ésta es una consideración obvia, pero poco frecuente. El llamado, al aceptar, no manifiesta ninguna adhesión o aceptación a la regulación de la sucesión dictada por el testador.

Prueba de ello es que la aceptación es plenamente válida, aunque el aceptante ignore la existencia del testamento y es evidente que no se puede adherir a aquello que no se conoce. El llamado aceptante si, por ejemplo, es también heredero legítimo, puede muy bien ignorar el testamento, como puede impugnar el testamento después de haber aceptado la herencia. Nótese además que si no ha habido ya aceptación, la impugnación del testamento puede incluso constituir aceptación tácita de la herencia, lo que sería un verdadero contrasentido si la aceptación representase de algún modo una adhesión al testamento.

Por lo tanto, no se debe aceptar la afirmación de que los negocios producen efectos sólo cuando existe un cierto consentimiento de las partes interesadas. En la hipótesis del testamento el consentimiento del llamado puede de hecho existir, pero no es en absoluto necesario, por lo menos si se entiende, como se debe entender, como consentimiento a las disposiciones, es decir, a las normas, contenidas en el testamento.

CAPÍTULO TERCERO

EL NEGOCIO JURÍDICO COMO FUENTE NORMATIVA

1. Introducción

El problema que se plantea en primer lugar es el de determinar si en el negocio jurídico existe una voluntad que pueda ser considerada como voluntad objetiva.

Hemos negado todo fundamento racional al subjetivismo individualista, que sin embargo ha tenido tanta influencia en las doctrinas civilistas; después hemos combatido el subjetivismo en sus más moderna encarnación de subjetivismo estatal, forma ésta, como la anterior, incompatible con la idea del negocio jurídico como fuente de derecho. Finalmente, hemos sometido a crítica las teorías, bastante comunes, que ven relaciones de subordinación y supraordinación, de inferioridad y superioridad, entre los sujetos de derecho, y que colocan en esta disparidad de posición, y precisamente en la superioridad de un sujeto, el fundamento de la fuerza vinculante del derecho.

Identificada en la objetividad la nota esencial de la voluntad del derecho, del mandato jurídico, el problema del negocio jurídico se nos presenta ahora como búsqueda de una voluntad objetiva, es decir, de un contenido normativo del que el negocio es la forma o la fuente.

Este enfoque puede considerarse nuevo en nuestra doctrina. La doctrina dominante se entretiene todavía en la tradicional y rancia polémica entre los mantenedores del dogma de la voluntad y los del dogma de la declaración, adoptando una u otra solución, aunque sea moderada por las teorías intermedias de la confianza y de la responsabilidad.

Este ya antiguo debate y la importancia central y básica que todavía se le concede, demuestran cómo las diversas corrientes están muy lejos de pensar o de suponer la existencia, dentro del negocio, de una voluntad objetiva.

Los mantenedores del dogma de la voluntad identifican la voluntad negocial con la voluntad subjetiva de los autores del negocio; reducen la primera a la segunda, negando más o menos explícitamente que el negocio jurídico pueda contener otra voluntad que no sea la interna o psicológica de los sujetos. Hacen de la voluntad subjetiva, es decir, de la voluntad como acontecimiento psíquico, el elemento esencial del negocio jurídico y no ven en él ninguna voluntad normativa u objetiva.

Cuando afirman que debe prevalecer la voluntad sobre la declaración, no piensan en absoluto en una voluntad objetiva, sino únicamente en la voluntad real de las partes. La antítesis que creen que tienen que resolver no es la que se establece entre la declaración, es decir, la forma o la letra del negocio jurídico, y su significado (objetivo) no literal, su espíritu, sino que es la antítesis entre la declaración y la voluntad real o subjetiva de las partes¹¹. Además, piensan que la declaración sirve sólo de vía o de vehículo para llevar al exterior una voluntad subjetiva, cuya existencia y cuyo contenido puede ser demostrado también *aliunde*. Se preguntan constantemente qué es lo que han querido las partes, qué es lo que ha querido el testador y no cuál es el significado (objetivo) de esta cláusula contractual, de aquella disposición testamentaria.

A los mantenedores del dogma de la declaración hay que objetarles que el negocio jurídico no es únicamente declaración, es decir, palabras, y que no puede degradarse a mera forma externa. Tiene, en todo caso, un

¹¹ Es significativo, en cambio, que los mismos juristas romanos dieran un planteamiento exacto al problema entendiendo la antítesis entre *verba* y *voluntas* precisamente en el sentido de antítesis entre el sentido literal y el espíritu de la declaración.

contenido, un significado propios, una realidad interna que está debajo o dentro de la declaración. Este contenido, esta realidad interna, se le llama voluntad negocial, queriendo dar a la expresión el mismo significado que se atribuye, en su campo propio, a las expresiones <voluntad de la ley> o <voluntad del legislador>.

Lo mismo que la voluntad del legislador no es la voluntad de un sujeto, ni siquiera la voluntad del sujeto Estado, sino la voluntad objetiva o normativa de la ley, así la voluntad negocial no es más que la voluntad normativa u objetiva del negocio.

Lo mismo que una voluntad no declarada no podrá nunca valer como voluntad negocial (lo reconocen así los mismos partidarios del dogma de la voluntad), igualmente no podrán existir una declaración de voluntad que sea únicamente forma o exterioridad sin contenido. Aun cuando a la declaración no corresponda un interno querer de las partes, no le faltará un contenido, esto es, un significado normativo u objetivo.¹²

Sólo la concepción normativa del negocio jurídico puede explicar la existencia de una intención, *rectius* de una voluntad interna, que no se identifique con la voluntad de las partes; de una *voluntad interna al negocio*, es decir, de una voluntad objetiva.

El negocio jurídico es, como cualquier otra fuente normativa, un acto creador, porque las normas no son solamente reveladas o declaradas por medio del negocio, sino creadas con él.

Por el contrario, la doctrina dominante, la que se mantiene fiel al dogma de la voluntad, piensa, como se ha dicho ya, que la declaración o

¹² En caso de divergencia entre voluntad y manifestación, la forma del negocio no descende a mera forma externa, sino que continúa teniendo un significado interno, *a se* y autónomo.

manifestación tiene por objeto la voluntad interna o psicológica de los sujetos, la cual precisamente es descubierta, exteriorizada, tal como es, por medio del negocio. Se considera, por tanto, tal voluntad como elemento esencial del negocio jurídico, puesto que evidentemente para que pueda exteriorizarse o manifestarse una cosa, es necesario ante todo que esa cosa exista.

Analizando el contenido de esta voluntad, la doctrina dominante distingue en ella una voluntad de la manifestación y una voluntad contenido de la manifestación. Se trata siempre de voluntades subjetivas, es decir, de voluntades-intención, dado que la voluntad-contenido no es más que la voluntad, que los sujetos tienen, de los efectos del negocio jurídico; sin perjuicio de decidir después si lo que importa es la voluntad de los efectos prácticos (intención empírica) o la voluntad de los efectos jurídicos (intención jurídica).

No negamos que pueda ser requerida, para el nacimiento del negocio jurídico, una voluntad subjetiva; lo que negamos es que esta voluntad pueda ser identificada de ningún modo con la voluntad negocial (que es voluntad normativa) y negamos que sea, al igual que ésta, esencial al concepto del negocio.

La voluntad subjetiva, la intención, no es más que la energía o fuerza creadora del derecho,¹³ pero no es regla de derecho, mandato, que es un elemento objetivo.

Esta postura nuestra nos permite superar fácilmente las dificultades con que tropieza la doctrina dominante, cuando se encuentra en la necesidad de justificar la existencia de negocios jurídicos válidos aun en ausencia de un correspondiente querer interno.

¹³ Tal fuerza es en efecto atribuible a elementos subjetivos.

Habitualmente la doctrina dominante, frente a tales dificultades, se ve impulsada a declararse vencida, aun admitiendo que el concepto de negocio jurídico y el de autonomía privada resultan con ello seriamente lastimados.

Este problema se disminuye, es decir, se reduce a su real alcance, si se estima que también en el negocio jurídico, como en la ley, nos encontramos frente a una voluntad normativa, esto es, ante mandatos jurídicos.

En particular, este último punto de vista nos permite, si no eliminar, al menos superar parcialmente la antítesis existente entre el dogma de la voluntad y el de la declaración, saliendo del formalismo en el que se debaten los partidarios del dogma de la declaración, sin caer en el subjetivismo de la corriente opuesta; nos permite además defender la teoría del negocio jurídico contra las tendencias disgregadoras que niegan su razón de ser. El negocio jurídico, como concepto, es decir como instrumento de trabajo del jurista, se salva únicamente con la plena aceptación de la concepción normativa.

2. Voluntad, Declaración e Interpretación

Debe quedar claro que los casos de falta de voluntad interna y los de divergencia entre voluntad y declaración, considerados por la doctrina del negocio jurídico, no son casos en los que exista solamente una mera declaración o una mera forma. El negocio jurídico tiene un significado interno, un espíritu, distinto del querer interno del declarante y no puede existir una mera declaración, una forma negocial, que no esté animada por un contenido de voluntad objetiva.¹⁴

¹⁴ La forma del negocio no desciende nunca a ser mera forma externa.

La falta de la volición o la existencia de una volición contraria no implica ausencia de un <significado> interno, es decir ausencia de una voluntad normativa u objetiva. Y esto nos da la justificación de la posible existencia y validez de negocios a los que no corresponda, o incluso falte, un querer.

Hacer depender la validez de un negocio de la existencia de una volición correspondiente (hecho psicológico), o prescindir de ella, es un problema de política legislativa que puede tener una solución o la contraria, sin que sufra por ello la concepción unitaria del negocio jurídico.

Mediante el negocio jurídico es creada una voluntad: la voluntad objetiva que en él se manifiesta y se expresa. Ésta es esencial para la existencia del negocio.

De la misma manera que en la costumbre, la voluntad normativa se forma sin ser <querida> por ningún sujeto, igualmente puede haber, aunque sea de modo excepcional, negocios en los que, faltando un querer interno, la creación del derecho sea <involuntaria> (al menos para alguna de las partes), no sea la manifestación, es decir, la exteriorización, de una voluntad interna.

Si un negocio puede ser válido aun en ausencia de una voluntad subjetiva que lo sostenga, evidentemente no se puede afirmar que esta voluntad sea la causa de los efectos jurídicos negociales. Causa de los efectos es, pues, la voluntad objetiva contenida en el negocio, no la voluntad subjetiva o individual.

Solamente podrá decirse que el negocio jurídico, en esta hipótesis extrema, deja de ser un acto normativo para convertirse en un mero hecho normativo, como es un hecho normativo, la costumbre.

Pero lo que revela al jurista el derecho en su esencia de voluntad, de imperativo, lo que demuestra del modo más evidente que el deber jurídico es, sin duda, el correlato de una voluntad, pero de una voluntad objetiva, es la interpretación.

El procedimiento interpretativo tiene la función de buscar y descubrir la voluntad objetiva de la que está constituido el derecho, de poner al desnudo el mandato jurídico, actuando sobre las fuentes del mismo derecho.

Objeto de la interpretación es la ley, el negocio, etc., es decir la fuente normativa. El intérprete no actúa sobre las normas o sobre un sistema de normas: actúa sobre las fuentes normativas, es decir, sobre el negocio, sobre el reglamento, etcétera.

Esta precisión resulta válida frente a cualquier texto que contenga normas jurídicas, frente a cualquier fuente normativa.

La fuente no es la norma, el texto no es la norma, como el continente no es el contenido, o la forma no es la sustancia; frente a una fuente normativa, debemos buscar siempre la norma, es decir revelar el contenido (de la fuente), extraer la sustancia (lo que está debajo).

Tanto en la ley como en el negocio existe un contenido normativo que el intérprete busca, precisamente, descubrir y sacar a la luz, así como intenta aprehender los nexos existentes entre las normas y rastrear los principios generales latentes en el sistema de las normas.

El procedimiento interpretativo es tal en su finalidad que presupone claramente la existencia, tanto en la ley como en el negocio jurídico, de una

voluntad objetiva, es decir de normas jurídicas, cuya revelación es precisamente su objetivo típico y esencial.

Esta voluntad, estos imperativos, no son, pues, voluntad de sujetos determinados, sino voluntades objetivas, mandatos anónimos; son, en otras palabras, derecho.

La interpretación, en materia jurídica, tiende siempre y solamente a fijar el contenido y el alcance del mandato jurídico y, por consiguiente, del deber, de la facultad, etc., que derivan de él; y el mandato jurídico, sea negocial o legal, es siempre voluntad objetiva.

Lo que la doctrina dominante no ha visto siempre (al menos en el campo negocial) es que la voluntad por descubrir no es la subjetiva o psicológica de un individuo o de determinados individuos, sino la voluntad objetiva de que está formada la norma jurídica.

Los mantenedores de la teoría objetiva hacen que el texto de la ley es portador de un sentido o significado inmanente que ha de ser entendido y respetado y que es independiente de la voluntad del legislador histórico; afirman coherentemente que el deber del intérprete consiste en descubrir el significado objetivo del texto, es decir, revelar esta realidad interior que es independiente de toda conciencia individual; pero no aclaran en qué consiste este significado, este sentido oculto que se debe buscar tanto en la ley como en el negocio; no dicen que este sentido no es otro que la norma, el mandato jurídico.

La norma es, precisamente, el objetivo o la meta de la actividad interpretativa.

Se puede decir que la interpretación jurídica es normativa en cuanto tiende a descubrir la norma, es decir la voluntad objetiva, que *porta* el texto de la ley o la declaración negocial.

Ciertamente el problema de la interpretación del derecho es de tal complejidad que no podemos pretender resolverlo en unas pocas proposiciones. Sin embargo, podemos fijar algunos puntos.

Un primer punto es que la interpretación tiene una función cognoscitiva de la norma. Es decir, que el procedimiento interpretativo tiene un carácter y una función de conocimiento o declarativa, no creadora por lo tanto.

No pueden aceptarse las tendencias que circulan con el nombre de modernismo (jurídico) y tienden a hacer de la interpretación un proceso creador de derecho.¹⁵

Para el jurista el ordenamiento está acabado y se trata de conocerlo tal como es y no de crearlo o recrearlo mediante la interpretación.

Es inadmisibles una interpretación evolutiva; no es la interpretación lo que evoluciona sino el ordenamiento jurídico que es objeto de la interpretación.

Las consideraciones desarrolladas nos permiten tomar en su verdadero valor y significado la opinión, ampliamente sostenida desde hace tiempo en la doctrina, según la cual en la interpretación de los negocios jurídicos se debe tener en cuenta el comportamiento entero del declarante y no la sola declaración. Tal opinión debe ser aceptada dentro de estos precisos límites: las circunstancias externas a la declaración pueden servir

¹⁵ La interpretación no crea derecho, es decir, no se convierte nunca en fuente ni siquiera cuando procede por analogía.

para ilustrar el significado de ésta; nos pueden proporcionar medios útiles para la interpretación de la declaración, es decir, del negocio, que sigue siendo sin embargo el único verdadero objeto de la interpretación¹⁶.

Las circunstancias externas no pueden, por consiguiente, en ningún caso, desbordar la declaración; ni es lícito reconstruir sobre la base de ella, una voluntad normativa que no pueda de algún modo deducirse de la declaración.

Esto resulta particularmente cierto en los negocios para los que la ley prescribe una forma determinada. Si las circunstancias precedentes, concomitantes, y hasta subsiguientes pudieran tener tanta importancia como para vencer incluso a la declaración, se llegaría fácilmente a eludir la carga de una forma. Pero aun donde no existe prescripción de forma, una forma no puede faltar nunca; sería grave error pensar que los negocios no formales puedan prescindir de la forma: ésta es el modo de manifestación de la voluntad negocial, el modo en que se manifiesta el precepto jurídico negocial.

Ahora bien, tal manifestación es el único verdadero objeto de la interpretación, aunque ciertos elementos y circunstancias que la preceden, la acompañan o, eventualmente, la siguen, puedan suministrar un valioso auxilio al intérprete, precisamente para interpretar la manifestación. Además, no se traspasan los límites que acabamos de señalar, ni siquiera en aquellos casos en los que, mediante el examen de hechos extraños a la declaración, se llega a rectificar su contenido literal o, incluso, a integrar una laguna suya.

Cuanto hemos sostenido nos permite señalar los límites precisos del concepto de declaración: declaración es solamente lo que constituye la forma de la voluntad negocial, el modo de su manifestación. Las circunstancias en

¹⁶ Las circunstancias de lugar y de tiempo, las mismas relaciones mantenidas entre los sujetos de que se trate, pueden dar a la declaración un significado absolutamente diverso, aun permaneciendo ésta materialmente la misma.

las que la manifestación se produce, el comportamiento del declarante, precedente o posterior a la manifestación, quedan fuera del concepto de declaración y no son propiamente objeto de interpretación, así como quedan fuera del concepto de ley y no son objeto de interpretación los trabajos preparatorios y las exposiciones de motivos.

3. La interpretación de la Ley

También en la interpretación de la ley puede ser útil extender el examen a hechos que están fuera de la <declaración> legislativa.¹⁷ ¿No es de todos los días el recurrir el intérprete a los trabajos preparatorios, el estudio y la investigación sobre hechos precedentes que constituyen los presupuestos sociales de una determinada ley, con el objeto de descubrir mejor el significado de las fórmulas legislativas?

Se entiende que, también para la ley, ir fuera de la declaración, es decir, fuera del texto legislativo, es lícito y posible, pero sólo con el objeto de descubrir el sentido de la declaración.

Las circunstancias concomitantes a la declaración (que no pueden incluirse en la declaración si se da a ésta un preciso significado técnico), son o pueden ser importantes para el intérprete, tanto en la interpretación del negocio, como en la de la ley.

También para la ley el comportamiento conjunto de aquellos que la han redactado puede suministrar elementos útiles al intérprete; sobre todo, se entiende, cuando tal comportamiento está en estrecha conexión con la ley misma, como ocurre con los trabajos preparatorios que necesariamente preceden a la ley y las exposiciones de motivos que la acompañan y la siguen, los discursos parlamentarios, etc. Actos éstos en los que los

¹⁷ En particular, acerca de la utilización de los trabajos preparatorios, cuando se trate de ley reciente.

redactores de la ley muestran un comportamiento que puede ser de la máxima significación para el intérprete. Naturalmente, está claro que siendo la función legislativa una función pública, poca importancia tendrá el comportamiento privado de aquéllos que están investidos de tal función.

CAPÍTULO CUARTO

LA NORMA JURÍDICA NEGOCIAL

1. La norma jurídica negocial

Se da por sentado el carácter de abstracción y generalidad que la doctrina dominante considera propio de la norma jurídica.

Sin embargo, hoy va arraigando entre los juristas la idea de que el derecho objetivo está integrado también por preceptos individuales. No existen fundadas razones históricas o dogmáticas, para no adoptar tal idea, que constituye un presupuesto de la concepción normativa del negocio jurídico.

Una norma no deja de ser norma jurídica si se dirige a un sujeto determinado. El mandato dirigido a uno o a varios puede ser un mandato jurídico, lo mismo que el mandato que se dirige a todos los sujetos, o a aquellos sujetos, no individualizados singularmente, que se encuentren en una determinada situación. En este sentido debe decirse que la generalidad no es un elemento esencial de los mandatos jurídicos.¹⁸

Cosa distinta hay que decir sobre el atributo de la abstracción. Parece indispensable precisar que generalidad y abstracción no son en absoluto dos conceptos sustancialmente coincidentes. Mezclar generalidad y abstracción es, por lo menos, un error de método. Los dos conceptos deben mantenerse bien separados, precisamente porque sólo la abstracción (y no la generalidad) es atributo esencial de toda norma de conducta, y por lo tanto,

¹⁸ A menos que se entienda el atributo de la generalidad en el sentido de que de la generalidad no es la multiplicidad de los sujetos, sino la tipicidad de un número indefinido de conductas.

también de la norma jurídica. La norma no es necesariamente general, mientras que es necesariamente abstracta.

Es abstracta como voluntad. La norma es voluntad, pero voluntad objetiva, o como otros prefieren decir, estabilizada; ya no volición, es decir voluntad en acto, síntesis del querer y del obrar, sino abstracción, esquema querido opuesto al querer, a la actividad concreta.

La norma no es acción o conducta pero atiende a la acción, a la conducta, para calificarla jurídicamente. La acción será conforme o no conforme al mandato jurídico, que es siempre abstracto aun cuando sea individual. La acción será lícita en el primer caso, ilícita en el segundo; ella es en cualquier caso el objeto de la calificación jurídica. No hay acción humana que se sustraiga a este juicio de valor derivado de la norma, es decir, que sea jurídicamente indiferente. También aparece como abstracta la norma si se la considera como juicio. La valoración de la norma no es, bien mirado, valoración de un concreto comportamiento sino de un comportamiento existente únicamente en la previsión normativa, es decir, de un comportamiento abstracto. El juicio de la norma es anticipado respecto a su objeto concreto y recae mientras tanto sobre un comportamiento previsto o hipotetizado.

Por lo tanto, es abstracto o hipotético tanto el mandato contenido en la ley, dirigido a los órganos del Estado, de castigar al culpable de homicidio, o dirigido al autor de un acto ilícito, de resarcir el daño, como el mandato (contenido en un negocio jurídico) dirigido a sutano de pagar cien a mengano. El comportamiento de los órganos del Estado y el comportamiento del autor del daño son valorados abstractamente por la norma legal, como es valorado abstractamente por la norma comercial el comportamiento de sutano.

La norma manda a los órganos del Estado castigar al culpable, al autor del acto ilícito resarcir el daño, a sutano pagar cien a mengano y al hacerlo valora desde ahora positivamente el comportamiento de los órganos del Estado que castigan, del autor del daño que paga la indemnización, de sutano que paga a cien a mengano; negativamente el comportamiento de los órganos del Estado que no castigan, etc. Pero la valoración es, en todo caso, abstracta¹⁹ porque es valoración de un comportamiento que no se ha concretado todavía en un sentido o en otro, de un comportamiento que existe sólo como previsión o como esquema en la norma y no en la realidad concreta.

Después, cuando los presupuestos de hecho de la norma se hayan realizado, la valoración abstracta o hipotética de la norma se convierte en valoración o cualificación de un comportamiento concreto, es decir, se convierte en sanción. El comportamiento podrá ser calificado de lícito o de ilícito.

Aclarado en qué sentido debe entenderse la abstracción de la norma jurídica, desde este punto de vista no hay absolutamente nada en el plano lógico que contradiga la inclusión de las normas negociales entre las normas jurídicas.

También las normas negociales tienen los caracteres de la abstracción. Hay también en los negocios normas que regulan la conducta humana, esto es que preven o suponen acciones u omisiones. Verificados los presupuestos de hecho de tales normas, el comportamiento humano no puede sustraerse a la calificación que se deriva de la norma negocial, lo mismo que de las demás normas jurídicas.

¹⁹ Se trata de una valoración abstracta porque está fundada en una concepción abstracta de la acción.

El hecho de que en el caso de violación de normas negociales (y, en particular, de normas contractuales), esto es, de actividades no conformes a tales normas, los juristas no hablen habitualmente de comportamiento o de acto ilícito, sino de incumplimiento (por lo menos cuando del contrato nacen obligaciones), no quita nada a la esencial identidad conceptual de tal caso con el de violación de normas legales.

La diversidad entre las dos hipótesis reside en un mero accidente, esto es, en el hecho de que, en general, el comportamiento conforme a una norma contractual – normalmente el cumplimiento de la obligación – determina la abrogación de la norma misma, esto es, la extinción de la obligación, mientras que el comportamiento conforme a la norma legal no determina la derogación de la ley.

2. La norma negocial como fuente de efectos jurídicos

Es imposible que una fuente de normas no sea también al mismo tiempo fuente de deberes, facultades, libertades, es decir, derechos subjetivos, porque la característica de la norma es siempre la de establecer deberes de los que se derivan facultades, libertades, derechos.

Es evidente, por consiguiente, que la ley y el negocio, fuentes normativas, son igualmente fuente (aunque sea mediatamente, es decir, a través de las normas que crean) de deberes y, por lo tanto, de facultades, etc.; en una palabra, son fuentes (o causas) de efectos jurídicos. Sin embargo, no excluimos que la calificación de fuente (inmediata) de los efectos jurídicos pueda ser atribuida directamente a las normas legales o negociales.

Pero aquí es necesario advertir en seguida que la norma, cualquier norma, para causar efectos jurídicos, es decir, para hacer surgir relaciones

concretas, tiene siempre necesidad del hecho. También en este sentido se dice que toda norma jurídica es hipotética.

Tenemos, pues, en la norma, dos hipotetizaciones distintas: la primera, que podríamos llamar hipótesis-valoración se refiere al comportamiento humano, objeto precisamente de la anticipada o hipotética valoración normativa; la otra se refiere a los presupuestos de hecho condicionantes de la eficacia de la misma norma. En este sentido se puede decir que efectos jurídicos y hecho son parte integrante de la norma y, por consiguiente, comparten la naturaleza conceptualmente abstracta de ésta. Pero el hecho y los efectos jurídicos considerados en la previsión normativa, son cosa bien distinta del hecho concreto y de los conceptos efectos jurídicos que a éste acompañan.

Esta observación se enlaza con el problema de la causalidad jurídica, que es precisamente el problema de la naturaleza de la relación existente entre hecho concreto y efectos jurídicos concretos. Creo que se puede continuar diciendo, con la doctrina dominante, que el hecho es la causa de los efectos jurídicos, con tal de que se tenga bien presente que en el origen hay siempre una norma de la cual depende la juridicidad del hecho y en la que los efectos jurídicos están previstos y regulados. Si es verdad que el hecho es la causa de los efectos, no es menos verdad que es la norma quien convierte en causal al hecho.

Si se mira directamente a la relación entre norma y efectos jurídicos (concretos), antes que a la que hay entre hecho y efectos, es menos adecuado hablar de causalidad y es correcto, en cambio, decir que la norma es la fuente de tales efectos; fuente significa también aquello de lo que algo extrae la vida y los efectos jurídicos son más bien generados por la norma que causados, incluso porque su relación de parentesco con la norma es evidente. El surgir de los efectos jurídicos no es más que la entrada en

acción de la norma, el actualizarse de aquella regulación de los efectos que está contenida en la norma y que es uno de los elementos de ésta.

Otro error de la doctrina dominante es decir que la mayoría de los autores estiman que el mandato individual contenido en el negocio no es norma y que el negocio, en consecuencia, no es fuente normativa, porque piensan que los efectos jurídicos se ligan al negocio (o son ligados a éste) directamente, sin la mediación del hecho (incluso porque, según ellos, el hecho es el mismo negocio) mientras que, observan, a la norma legal no deben ligarse, de modo inmediato, relaciones jurídicas, derechos y deberes.

Es fácil demostrar la falsedad de este argumento. Es cierto que toda norma fija los presupuestos de hecho de su eficacia, determina las condiciones para su aplicación concreta, y es cierto que los efectos jurídicos concretos surgen siempre como consecuencia de la realización de estos presupuestos de hecho; pero no es menos verdad que también están condicionadas por el hecho las normas contenidas en los negocios jurídicos. Es preciso no dejarse engañar por la apariencia contraria y no se debe pensar que del negocio y, por lo tanto, de la norma negocial, nacen efectos sin que se verifiquen las condiciones de hecho explícita e implícitamente previstas en él, o que en la norma negocial no exista tal previsión.

Piénsese en la norma negocial que manda a sutano entregar una cosa a mengano. ¿Se dirá que aquí el deber de sutano nace incondicionadamente apenas exista el mandato, es decir, el negocio que lo contiene? En verdad se trata de una apariencia errónea. El presupuesto de hecho no falta, aunque no esté previsto explícitamente, y como tal puede considerarse, en este ejemplo, la posibilidad, de hecho, de la entrega. Nos damos cuenta con ello de que el presupuesto de hecho es necesario para que surja el concreto deber, cuando, al faltar, hace desaparecer la eficacia del mandato.

Un presupuesto de hecho mínimo que no pueda faltar nunca, en la previsión normativa implícita, es la existencia de un sujeto, al menos obligado a observar la norma y un comportamiento posible de hecho.

Así, pues, también los mandatos, o normas negociales, son siempre hipotéticos en este sentido, porque preven y ponen en hipótesis, aunque sea implícitamente, un hecho del que depende su eficacia.

Por lo demás, también de ciertos mandatos generales, contenidos en la ley, se puede pensar a primera vista que no están condicionados por el hecho. Piénsese, por ejemplo, en la norma que ordena no matar. Una norma de tal contenido, aun cuando no esté explícitamente formulada, existe en nuestro ordenamiento. ¿Se dirá quizá que el deber negativo que nace de tal norma no está condicionado por el hecho? Nada más erróneo. Las condiciones de hecho para que nazca el deber concreto están ahí, aunque no se deduzcan expresamente de esa norma sino de otras. La prohibición de matar origina deberes correspondientes sólo en circunstancias normales, las cuales son, pues, el presupuesto de hecho de su eficacia. En circunstancias excepcionales como la guerra, el estado de necesidad, la prohibición de matar no origina deberes correspondientes.

Ciertamente la necesidad del hecho y su función condicionante es muy de otro modo evidente en ciertas normas legales como la que manda a los órganos del Estado castigar al culpable de homicidio o al autor del acto ilícito resarcir el daño. Pero existen también normas negociales que están condicionadas por el hecho de modo igualmente evidente. Por ejemplo, la norma negocial que manda al asegurador pagar la indemnización al que ha padecido un siniestro (contrato de seguro) o al banco pagar los cheques emitidos por el cuentacorrentista (contrato de cuenta corriente), etc.

La diferencia entre estos últimos casos y los examinados anteriormente estriba en la naturaleza del hecho puesto en hipótesis. Mientras que en los primeros el presupuesto de hecho es permanente o continuo, por lo cual ni siquiera se advierte su existencia, en los segundos es discontinuo o intermitente.

Además, en muchas normas condicionadas por hechos permanentes la existencia del presupuesto está ya, por así decirlo, descontada de antemano porque la misma norma contiene su constatación. En esta última hipótesis, sin embargo, tampoco se puede decir que la existencia del presupuesto es un dato cierto e indefectible, porque una cosa es la constatación (contenida en la norma) de un hecho como ya existente y otra su existencia real y concreta.²⁰

En conclusión: para que la norma, que es siempre abstracta, produzca sus efectos jurídicos, para que, en otras palabras, la valoración abstracta o anticipada de la norma se transforme en calificación de un comportamiento humano concreto, es siempre necesaria la mediación del hecho.

Verificado el presupuesto de hecho, explícito o implícito en la previsión normativa, nace el deber que la norma crea abstractamente, y el comportamiento humano resulta automáticamente calificado con ello.

Si hay un deber concreto, el comportamiento no podrá sino ser conforme con él o estar en contraposición con él; en este segundo caso tendremos una calificación de ilicitud.

²⁰ Así, por ejemplo, una ley por la que se asigne una pensión a la viuda de una ilustre personalidad contiene implícita la declaración de la supervivencia de ésta, pero, incluso aquí, el hecho hipotetizado y constatado podría no corresponder a la situación real y concreta.

En cambio, no podemos decir que en el primer caso el comportamiento pueda calificarse siempre como lícito.

Mientras que basta la contraposición a una norma para calificar un comportamiento como ilícito, no basta la no contraposición a ella para calificarlo como lícito. La licitud es la no contraposición a ninguna norma jurídica. Por consiguiente, la licitud es siempre valoración o calificación que se deduce de todas las normas de un ordenamiento jurídico, mientras que la ilicitud se deduce incluso de una sola norma.

Es verdad que todo lo que no está prohibido está permitido, esto es, es lícito; pero, precisamente por ello, para determinar si un comportamiento es lícito es necesario tener en cuenta todos los mandatos y todas las prohibiciones y, por lo tanto, todas las normas.

3. El negocio jurídico y el incumplimiento

En materia de obligaciones, un comportamiento contrario a la norma es llamado normalmente incumplimiento. El incumplimiento no es otra cosa que un comportamiento calificado como ilícito (por su contraposición a una norma negocial, cuando se trate de incumplimiento de obligaciones nacidas de negocio): el concepto de lo ilícito abarca también al incumplimiento.

La doctrina civilista distingue el incumplimiento de la mora, pero la diferencia entre estas dos figuras no reside en la calificación jurídica; se trata en todo caso de comportamiento contrario a una norma y, por lo tanto, ilícito.

Si, por ejemplo, hay una prestación que realizar dentro de un cierto plazo en el domicilio del acreedor, el vencimiento de tal plazo está entre los presupuestos de hecho de la norma negocial; sólo en aquel preciso instante

se tendrá la calificación jurídica concreta, sólo en aquel instante surge el deber, se entiende como deber concreto y actual.

La opinión de que el deber concreto, y, por consiguiente, la concreta calificación jurídica, existe ya antes, es evidentemente infundada.

Si existiera antes, tendría que darse también antes el comportamiento ilícito (en la hipótesis: mora), lo que no ocurre: el deudor de la prestación puede esperar hasta el último instante anterior al vencimiento sin incurrir ni en mora ni en incumplimiento.²¹

Si no está determinado el tiempo en que la prestación debe efectuarse, la ley establece que el acreedor puede exigirla inmediatamente.

Esto no significa que cuando no esté establecido el tiempo de la prestación ésta sea debida inmediatamente, esto es, que el deber concreto haya nacido ya: el deber y la consecuente calificación nacerán cuando el acreedor exija la prestación; lo que significa que el exigir la prestación (en

²¹ La jurisprudencia ha sido llamada a resolver el problema de si, en las obligaciones recíprocas, la parte dispuesta a cumplir puede, en determinadas circunstancias, solicitar la resolución por incumplimiento incluso antes del vencimiento del plazo fijado para la prestación de la otra parte. Existen situaciones en las que antes de tal momento se puede tener la seguridad matemática de que el deudor no hará honor a su compromiso, y entonces, ¿por qué obligar al acreedor a esperar inútilmente el vencimiento, impidiéndole así liberarse a su vez de su obligación sin más retraso?

¿Se debe pensar, pues, que el principio que hace de la terminación del plazo un supuesto de hecho de la eficacia de la norma contractual sufre excepciones en esos casos?

No se trata de excepciones. Debe admitirse la existencia de deberes preliminares, implícitos en la reglamentación contractual, que adquieren eficacia antes del vencimiento del plazo y no cuentan por consiguiente entre sus supuestos tal vencimiento. Estos deberes preliminares pueden estar condicionados por términos elásticos no determinados, pero deducibles del contrato.

Piénsese en el contratista que, debiendo construir un edificio y entregarlo terminado en una determinada fecha (edificio para cuya construcción no pueda emplearse menos de un año), un mes antes del fin del plazo no haya iniciado siquiera las excavaciones para la cimentación. Sería sumamente injusto imponer al arrendatario de la obra que dejara pasar también el último mes antes de pedir la resolución.

Todo esto demuestra que hay incumplimiento ya antes del vencimiento, y que ya antes de éste han surgido deberes, que yo llamaría preliminares, y que el contratista, precisamente, ha violado.

Aquí también habría que distinguir entre la situación de mora, con sus efectos particulares, producidos por la reclamación del acreedor, y el deber de cumplir que existe sin ésta.

virtud de esta norma supletoria integradora de la voluntad negocial) está entre los presupuestos de hecho de la norma negocial.

4. El negocio jurídico como fuente de normas jurídicas

El obstáculo que impide a la doctrina dominante reconocer la naturaleza normativa del negocio jurídico es puramente ficticio y estriba en la unilateralidad del punto de vista adoptado. Se ve en el negocio jurídico sólo el presupuesto o la condición necesaria para el paso de la abstracta disposición de la norma a una figura particular de concreta calificación jurídica, es decir, el presupuesto o la condición de los efectos jurídicos, y en la autonomía privada una autorización para crear hipótesis de hecho que caigan bajo el imperio de la única norma jurídica admisible, esto es, de la estatal. Y no se advierte que el negocio no es solamente hecho o comportamiento sino que es un hecho o comportamiento que tiene un contenido normativo propio, es decir, que es a su vez fuente de normas y, por lo tanto, mediatamente, de calificaciones jurídicas.

La doctrina dominante reconoce todo lo más a los negocios jurídicos una doble relevancia de presupuesto de hecho y de objeto de valoración normativa. Pero se detiene en estos dos aspectos ignorando que para los negocios jurídicos existe también un tercero: el de fuente normativa.

El acto jurídico, además de presupuesto de hecho y objeto de valoración de una norma, puede ser también fuente de normas. Ocurre esto cuando el acto jurídico es un negocio jurídico. Aún más, en el negocio, como en la ley y en cualquier otra fuente normativa, este último aspecto es el que domina a cualquier otro.

El negocio jurídico es el presupuesto de hecho de ciertas normas negociales: por ejemplo, de las normas legales supletorias o de las fiscales

que imponen el registro de ciertos contratos; al mismo tiempo el negocio, como acto, esto es como comportamiento humano, es objeto de calificación por parte de otras normas: puede darse un negocio ilícito; añádase a esto, a su vez, fuente de valoraciones abstractas de comportamientos humanos, es decir, fuente normativa²² y en tal función prevé y determina las condiciones, los presupuestos de hecho de su concreta eficacia. Fuente normativa, comportamiento objeto de valoración, presupuesto de hecho, son indudablemente conceptos distintos, pero son también conceptos relativos y, por consiguiente, no excluyentes.

En la concepción todavía dominante en la doctrina, el negocio jurídico es únicamente la circunstancia que condiciona un mandato jurídicamente obligatorio que proviene del ordenamiento jurídico; en otras palabras, el negocio es el hecho presupuesto por una norma para su entrada en vigor.

Por consiguiente, es un poco volver del revés la verdadera situación afirmar que, en el caso de los negocios, la fuente de los deberes está en la ley y no en el negocio²³, cuando, por el contrario, las normas están en el negocio y son normas del negocio, y la ley se ha limitado, en orden a los negocios, a conferir poderes y a determinar presupuestos y condiciones para un ejercicio válido de éstos y no a crear deberes.

La ley se limita, en el caso de los negocios, a mandar obedecer a mandatos que serán emitidos en el futuro, y al hacerlo no establece un verdadero mandato jurídico porque ninguna valoración de comportamientos humanos concretos, ningún juicio, es posible todavía sobre la base de su mandato. Este es solamente el fundamento de la validez de mandatos futuros, es decir, en la hipótesis, de mandatos negociales.

²² Un acto es normativo cuando a él se debe acudir para valorar la conformidad de la acción al derecho.

²³ El efecto o los efectos son internos al acto.

No debe inducir a error la existencia de una disciplina legislativa de especiales esquemas negociales y pensarse que el negocio no tiene otra función que la de hacer entrar en acción tal disciplina.

Estos esquemas son creados por la ley para una mayor comodidad de los individuos, es decir, para aligerarles de la carga de dar, en cada caso, una detallada reglamentación de sus relaciones. A ello suple la ley, la cual se sirve en esta materia de una milenaria experiencia que pone al servicio de los individuos. De aquí el concepto de normas supletorias. Estas normas se vierten, por así decirlo, en el negocio y vienen a integrar su contenido normativo, colocándose junto a las normas directamente establecidas por los particulares.

Hay que tener presente, por lo demás, que el negocio no puede estar formado exclusiva e íntegramente por tales normas; deben tener también un contenido normativo propio; es necesario que exista una voluntad negocial susceptible de ser encontrada a través del procedimiento interpretativo. Si no fuera así, el negocio se reduciría a mero presupuesto de hecho de la entrada en vigor de normas legales y no tendría sentido hablar de interpretación del negocio como búsqueda de una voluntad o de un pensamiento objetivados en él.

Ha de señalarse además que las normas supletorias no constituyen un límite para la autonomía privada porque los individuos son libres de dictar una regulación distinta o simplemente de excluir su aplicación o hacer referencia a un ordenamiento diverso del establecido por la ley.

Tampoco se debe pensar que exista un límite consistente en los principios fundamentales de un determinado esquema legislativo de negocio, porque las partes son libres de alterar el esquema hasta el punto de hacerlo irreconocible. El problema que se plantea en este caso no es el de ver si el

negocio así configurado es válido, sino el de ver si entra en ese esquema o en otro, con el fin de aplicarle la regulación supletoria correspondiente, o bien si se trata de un negocio al que no corresponde ningún esquema legal (en el ámbito de los contratos: un contrato innominado).

Existen, en verdad, negocios jurídicos rígidamente tipificados (los títulos de crédito), con los cuales los individuos pueden conseguir determinados efectos, por ejemplo, en orden a la transmisibilidad o fungibilidad de los sujetos; pero no se debe pensar que en estas hipótesis particulares exista un límite de la autonomía privada. El estar dentro del esquema es una carga para la parte que quiera alcanzar aquella particular eficacia y no un límite. Y el cumplimiento de tal carga no implica exclusión de cualquier poder preordenador de las partes en orden al contenido del negocio, es decir, exclusión de poderes normativos.

Piénsese en la facultad que tienen las partes, en el negocio cambiario, de fijar el importe de la suma debida, el vencimiento, etc. Esto vale con mayor razón en todos los casos en los que el negocio, aun siendo minuciosamente regulado por normas legales supletorias, no está vinculado a un rígido esquema formal como ocurre con los títulos de crédito.

Es verdad que en esta disciplina supletoria de los contratos se encuentran insertas también normas inderogables, establecidas para tutelar intereses superiores, las cuales constituyen verdaderos límites de la autonomía privada, pero no se debe olvidar que si un esquema negocial, estuviera, por hipótesis, compuesto sólo de normas de tal naturaleza, como ocurre, por ejemplo, para el matrimonio y otros actos del derecho de familia, no nos encontraríamos ya ante un verdadero negocio jurídico, porque no habría ya lugar para la autonomía privada, la cual es poder normativo.

Hemos aludido al hecho de que el negocio jurídico es también objeto de valoración o calificación jurídica: un contrato, por ejemplo, puede ser calificado como ilícito. La afirmación merece una aclaración porque podría parecer a primera vista que está en oposición con nuestra tesis de que el negocio es fuente normativa. Por su naturaleza abstracta, la norma, y por consiguiente la negocial, no puede ser ilícita. Para superar la dificultad es necesario distinguir el negocio como acto, esto es, como comportamiento humano, de las normas jurídicas que crea. Es una distinción que es oportuno recordar. Así, la ilicitud puede referirse precisamente al negocio en sí, como acto jurídico, y, por consiguiente, como comportamiento humano. En cambio, las normas, por sí mismas, no son nunca ilícitas: pueden ser inválidas. Pero para poder hablar propiamente de negocios ilícitos es necesario superar otra dificultad. Es necesario poder demostrar que a pesar de la ilicitud, el negocio crea normas válidas. Si el derecho negase en todo caso validez al negocio ilícito, éste se convertiría en una acción *inútil y vacía*, y, por lo tanto, no podría ser considerado ni siquiera ilícito. El derecho habría hecho imposible jurídicamente su propia violación.

Negocio ilícito es propiamente el negocio que, no obstante su contradicción con un mandato jurídico, ha de considerarse válido (es decir, crea normas válidas).

En el caso de contratos de enajenación de cosas ajenas, realizados de mala fe, se da indudablemente por parte del enajenante un comportamiento ilícito (incluso, a veces, un delito); pero no siempre tales contratos son inválidos, es decir crean normas inválidas. Cuando el adquirente sea de buena fe podrá ocurrir que las normas establecidas mediante un comportamiento (contractual) ilícito por parte del enajenante sean válidas sin embargo. Esto sucederá cuando se trate de cosas muebles y se haya transmitido su posesión. Análogo razonamiento puede hacerse para la segunda enajenación de un mismo inmueble a quien inscriba en

primer lugar; con la diferencia de que en este caso ni siquiera la mala fe del adquirente perjudica a la validez del contrato traslativo.

El cuadro se puede enriquecer recordando los contratos concluidos violando una obligación de no enajenar establecida convencionalmente o de un pacto que limite la concurrencia. También aquí el contrato es ilícito, porque para nosotros un comportamiento contrario a normas contractuales es, *lato sensu*, ilícito, y sin embargo es válido, no obstante la mala fe de ambos contratantes.

Podrían aportarse interesantes ejemplos del terreno de las sociedades comerciales y, más en general, de las actividades de ejercicio de la autonomía privada por órganos colegiados. La doctrina ha indicado casos de acuerdos sociales válidos que, sin embargo, son para determinado votante actos ilícitos, fuentes de obligaciones de indemnización de daños.

Ilícito es todo comportamiento que sea contrario a normas jurídicas y son normas jurídicas no sólo las llamadas normas imperativas, sino también las normas negociales y las mismas normas supletorias, que son igualmente imperativas cuando se han realizado los presupuestos para su entrada en vigor.

5. Negocio jurídico y sanción

Algunos autores se basan en el concepto de sanción para negar que el precepto negocial sea un precepto jurídico. Se ha escrito que la sanción está dada siempre por una norma, la cual es regla de conducta general y abstracta, y que por lo tanto el precepto negocial, al no contener sanciones, no puede ser norma.

Hay ante todo una tendencia que identifica la sanción con la coacción. Esta tendencia parte del supuesto de que uno de los caracteres del derecho es la coercibilidad y ve en la coacción la esencia del derecho. En esta línea está Kelsen cuando afirma que la coacción es elemento esencial del derecho.

¿Qué es lo que se quiere decir cuando se afirma que el derecho tiene carácter coactivo, que la norma jurídica tiene el carácter de la coactividad? La respuesta parece fácil: el derecho tiene carácter coactivo en cuanto se imponen con la fuerza a los reacios. Pero quien quiera profundizar en la cuestión se encuentra en seguida frente a graves dificultades. La primera deriva de la necesidad y de conciliar dos términos que parecen contrarios: derecho y fuerza. Debe admitirse que está en el común modo de sentir y que cualquiera entiende que una cosa es tener derecho a que se comporte de un cierto modo y otra es tener la fuerza de imponer tal comportamiento.

La dificultad se podría superar con una distinción: observando que hay una fuerza antitética al derecho, una fuerza que cierra el paso al derecho, pero que hay también una fuerza al servicio del derecho, tanto que se ha dicho que el derecho es una organización de la fuerza.

Parece resultar, en sustancia, que a la idea del derecho no es extraña la idea de la fuerza. Por lo menos, si debe mantenerse la distinción entre los dos términos, parece que se debe establecer entre ellos una estrecha alianza. Pero como es fácil advertir que el monopolio de la fuerza organizada corresponde al Estado, debería concluirse que existe una vinculación entre Estado y derecho.

La coacción lleva inevitablemente a ligar el derecho al Estado, como portador exclusivo (o casi exclusivo) de la fuerza coactiva.

Por otra parte, el problema de la coactividad se diluye en el de la estatalidad del derecho. Es evidente, sin embargo, que cuando se habla del Estado no debe hacerse referencia solamente al Estado moderno, sino a todas aquellas formas de organización social que tengan en su interior un aparato coactivo aunque sea rudimentario.

Frente a esta tendencia se colocan todos aquellos que niegan que la coactividad sea una nota esencial e indefectible del derecho. En el plano histórico presentan como ejemplo de derecho incoercible el derecho internacional público y el derecho de la Iglesia. En el plano lógico observan que no puede existir coacción para el órgano que está en el vértice de la jerarquía social, el cual está también, en el moderno Estado de derecho, sometido a la ley.

Se presenta entonces un concepto de sanción no entendida ya como coacción sino en un sentido distinto. La sanción es entendida genéricamente como la reacción del ordenamiento jurídico frente a la violación del *deber ser*. Incluso, más exactamente, la sanción llega a ser, desde este punto de vista, un aspecto o un elemento de la norma: precisamente el sancionador. El otro aspecto sería el preceptivo.

En esta teoría la sanción está en la norma y la sanción se convierte ella misma también en derecho. Mientras la norma en cuanto precepto o en cuanto juicio hipotético está dirigida hacia el futuro, es decir, se refiere a un hipotético comportamiento futuro, es un juicio anticipado respecto a su objeto, la misma norma, después de que el comportamiento se ha realizado, se convierte en sanción.

En suma, la sanción no es más que la calificación del comportamiento realizada por el derecho, la valoración positiva o negativa del

comportamiento, según su conformidad o disconformidad con el ordenamiento de las normas.

No oculto mi preferencia por un concepto de norma jurídica que prescindiera de la nota de la coercibilidad. Me parece que la antítesis derecho-fuerza, que está en el común modo de pensar, tiene su fundamento en la concepción, adoptada por nosotros, del derecho como voluntad y como mandato. El mandato es una voluntad que se dirige a otras voluntades, las cuales en cuanto tales, es decir, en cuanto voluntades, pueden obedecerla o desobedecerla. En esto se diferencia la norma jurídica de las llamadas leyes naturales, para las cuales no existe libertad.

Es verdad que los mantenedores de la doctrina coercitiva no piensan en absoluto que toda norma jurídica tenga siempre en sí la fuerza de doblegar a los recalcitrantes a su obediencia. Conciben la coerción precisamente en términos de sanción, es decir, como algo que entra en acción cuando la violación de la norma ha sido consumada. Sin embargo, no consiguen superar del mismo modo el obstáculo consistente en la existencia de normas jurídicas en relación con las cuales no es posible ninguna sanción en sentido coercitivo.

Así, pues, la fuerza se pone a veces, pero no siempre, al servicio del derecho. En los casos en que esto ocurre, el empleo de la fuerza es elevado a deber jurídico. No constituye la esencia del derecho el hecho de constreñir, sino el tener el poder y el deber de hacerlo; la coacción, en cuanto pertenece al derecho, ha de reducirse, a su vez, a normas.

No sería exacto pensar que, concebida la norma jurídica como desprovista de la nota de coercibilidad, no se distingue de la moral. Basta poner de relieve la bilateralidad o multilateralidad, es decir, la socialidad, del derecho en contraposición a la naturaleza individual y subjetiva de la moral.

El carácter de la coercibilidad no es necesario ni siquiera para distinguir las normas jurídicas de las normas de la conveniencia y del uso social. Para distinguir las normas jurídicas de estas otras normas basta entender en su justo valor el carácter de la imperatividad u obligatoriedad.

El carácter limitado o imperfectamente vinculante de las normas de la conveniencia y del uso social no se confunde con la imperatividad que implica necesidad social de obediencia y no sólo mera oportunidad. Esta distinción está, por otra parte, en el común modo de pensar. La costumbre se eleva precisamente a derecho solamente cuando es acompañada de la *opinio iuris seu necessitatis*. Está llena de significado en esta expresión la aproximación y asimilación del concepto de derecho al de necesidad: una norma es jurídica cuando es obligatoria y, por lo tanto, necesaria su observancia en el seno de una comunidad. Está claro que la palabra necesidad no debe entenderse aquí en sentido físico y ni siquiera se debe entender que la norma jurídica sea necesaria en su existencia; lo necesario es la obediencia a su mandato.

No resta entonces sino concebir la sanción como calificación jurídica de un comportamiento humano o como concreción de la valoración abstracta e hipotética contenida en la norma.

De todos modos, en la concepción que hace de la coactividad una nota esencial del derecho, concepción que parece rechazable, tampoco hay nada que contradiga el principio de que el negocio jurídico contiene o crea derecho objetivo. Es fácil comprobar que también las normas negociales son coercibles, en cuanto de su violación nace el deber de los órganos del Estado de realizar actos coercitivos.

La organización coercitiva estatal se pone al servicio de los particulares que tienden a alcanzar la satisfacción del interés tutelado por la norma negocial contra quienes no respetan voluntariamente tal norma. No se puede negar que, en el campo de las normas de formación privada o negociales, la técnica del derecho se aparta en parte de la seguida en los demás campos; pero la diversidad no se revela en orden a la coacción en sí considerada, que es siempre, en todo caso, empleo de fuerza, sino en los presupuestos (necesidad de que el interesado excite a los poderes públicos) y en el fin, que no es estrictamente sancionador, sino, más bien de resarcimiento. Sobre este último punto, por lo demás, hay que destacar que, en el fondo, resarcimiento y sanción no son dos conceptos distintos e incompatibles, sino que el resarcimiento es una *species* del *genus* sanción; es la sanción típica del derecho privado.

Tampoco en la otra doctrina, la que niega que la coercibilidad sea una nota esencial del derecho, debería haber dificultad para admitir la juridicidad de las normas negociales. Si se construye la sanción en términos de derecho, es decir, en términos de norma, y se ve en la sanción nada más que un aspecto de la norma (el sancionador que figura siempre junto al estrictamente preceptivo) – si se admite que la norma es un juicio de valor anticipado respecto a su objeto o un juicio hipotético o abstracto, de tal modo que la sanción no es más que la concreción o la actualización del juicio hipotético o potencial -, no debe haber dificultad ninguna para reconocer que también las normas negociales, en cuanto normas y por consiguiente juicios hipotéticos, son susceptibles de esta actualización, de esta concreción.

La opinión de que los preceptos negociales, por ser preceptos concretos, no son susceptibles de concreción ulterior, es decir, de sanción, es absolutamente infundada, porque también el precepto negocial, en cuanto norma jurídica, tiene los caracteres de la hipoteticidad y de la abstracción.

QUINTA PARTE

DERECHO SUBJETIVO, PODER JURÍDICO Y AUTONOMÍA PRIVADA

CAPÍTULO PRIMERO

DERECHO SUBJETIVO

1. Introducción

En la Cuarta Parte señalamos que, para poder sostener que el negocio es fuente normativa y que, en consecuencia, la autonomía privada es un poder de *crear* normas jurídicas, no podíamos prescindir de una noción de norma jurídica.

Lo anterior nos ha permitido comprobar directamente la debilidad de ciertas posturas tradicionales que se oponen al encuadramiento de la norma negocial dentro de la norma jurídica, y, en particular, nos ha permitido precisar cómo debe entenderse el atributo de la abstracción, que acertadamente se considera propio de la norma jurídica (o mejor, de cualquier norma de conducta) y que parecía, a la mayoría, un obstáculo insuperable para la concepción normativa del negocio jurídico.

Mientras que usualmente se estudia la norma jurídica teniendo presentes únicamente dos fuentes normativas: la ley (comprendida en ella cualquier otra fuente normativa pública) y la costumbre, nosotros la hemos considerado como *contenido* del negocio jurídico, como norma negocial; lo que, ciertamente, no es común. Esto nos ha permitido un ensanchamiento del concepto de fuente y un apuesta a punto de la distinción y, por

consiguiente, de la relación, entre fuente normativa y norma jurídica y, en particular, entre negocio y norma.

La ampliación de la categoría de las fuentes normativas, con la agregación a ella del negocio jurídico por una parte, y la distinción entre fuente normativa y norma por otra, nos han proporcionado la posibilidad de ofrecer como lógica consecuencia una noción unitaria de la interpretación jurídica.

La interpretación, tanto si es considerada en relación con la ley, como en relación con el negocio, tiene siempre por objeto la fuente normativa y por finalidad el descubrimiento o el hallazgo de aquella *voluntad objetiva*, en que la norma, sea legal o negocial, consiste.

En esta quinta parte nos encontramos con un concepto igualmente básico: el de poder jurídico, sobre el cual se dirige ahora nuestra investigación.

Para delinear una noción precisa del poder jurídico, es necesario proceder a una decidida separación de este concepto y el de derecho subjetivo. El concepto de poder no surgirá sino después de haber sido *desenredado* del de derecho subjetivo.

Mientras el poder sea considerado como contenido del derecho subjetivo y el derecho subjetivo sea concebido como poder o suma de poderes, cualquier intento de delimitar ambos conceptos resulta vana fatiga.

Tenía razón en el fondo la Escuela del Derecho Natural al concebir el derecho subjetivo esencialmente como libertad. Habíamos creído que sólo sobre la base de una orientación ideológica o política se podía ver el derecho subjetivo como libertad y, por lo tanto, en función de la tutela de la persona,

que en la libertad encuentra el terreno para su natural expansión y afirmación, pero no habíamos pensado que la libertad estuviese en la esencia misma del derecho, en su estructura lógica; no habíamos supuesto que la solución de un problema técnico o dogmático, como es el del derecho subjetivo, sirviese para poner en evidencia que la idea de la libertad está implícita en la de derecho y que el derecho subjetivo no es otra cosa que libertad.

En la Cuarta Parte de este trabajo he intentado demostrar que no existe norma jurídica que no establezca un deber; ahora debo agregar que no hay deber al que no corresponda una facultad, una libertad; esto es, un derecho subjetivo.

No hay ningún sector del derecho que esté vedado al derecho subjetivo. Esta figura tiene el mismo campo de acción que la norma jurídica y el deber jurídico. La relación jurídica significa precisamente la indefectible correlación entre las dos figuras del derecho subjetivo y del deber jurídico.

Por su parte, el poder jurídico -y no el derecho subjetivo- pertenece a la dinámica del derecho. El poder jurídico no es más que el poder de crear normas jurídicas de las que después derivarán deberes y libertades; esto es, derechos subjetivos. Todo ordenamiento jurídico es un ordenamiento dinámico, es decir, un ordenamiento en continua evolución, y el poder jurídico es el instrumento por medio del cual el derecho mismo autoriza y regula su propio desarrollo.

Sobre la base de estos conceptos podremos ahora aproximarnos de nuevo a la autonomía privada (la cual no es más que un tipo de poder jurídico). Se trata de la búsqueda de los caracteres diferenciales de tal específico poder en el ámbito de la categoría general del poder jurídico.

2. Derecho Subjetivo

El derecho se nos presenta como límite de nuestro obrar; por consiguiente, como algo negativo o restrictivo de nuestra libertad.

Este aspecto negativo del derecho, entendido como privación de la libertad, es decir, del bien sumo a que el hombre puede aspirar, aparecerá en seguida bajo una luz distinta en cuanto se piense que el derecho crea el límite para asegurar, para garantizar, la libertad.¹

La sociedad, esto es, el derecho que es precisamente estructura social, no significa una privación o un empobrecimiento del individuo, sino un enriquecimiento de su vida, una indispensable integración. Cualquiera puede darse cuenta hoy de la extrema pobreza moral y material a que se vería reducido el hombre que viviera en un hipotético e irreal estado de naturaleza.

Es claro que el individuo no sólo recibe de la sociedad y del derecho, sino que también debe dar, y debe dar un aparte de su libertad natural. Pero lo que recibe es, con gran diferencia, más importante que lo que da. E incluso el dar, el enajenar, es en definitiva un recibir, porque el individuo, al dar, al colaborar con los otros, realiza sus fines, manifiesta, desarrolla, completa su personalidad.

El mismo concepto de *persona* implica el de sociedad. Sólo en la vida social la existencia individual se hace persona, y de otra parte, en la persona se considera ya la sociedad, puesto que la primera se da juntamente con la segunda.

¹ La *libertad jurídica* es una libertad protegida por un deber, es decir, por una limitación impuesta a otro.

Hablar de la preminente dignidad de la persona humana significa presuponer la existencia de la sociedad jurídica, en la cual precisamente pueda la persona realizarse a sí misma. Un individuo aislado o colocado entre otros individuos que no sean, jurídicamente hablando, personas, no puede ser un sujeto de derecho, una persona. Del derecho se espera, pues, no sólo el respeto de la persona humana, sino, en el sentido indicado, la misma existencia de la persona.

Ser jurídicamente persona significa valer como tal frente a otros. La misma individualidad del sujeto presupone la existencia de otros sujetos; el yo es tal sólo si los otros existen, y los *otros* son necesarios a su *ser yo*. Y esto exige precisamente el respeto de las individualidades de los demás. Ahora bien, la personalidad y el mismo ser individuo no pueden afirmarse como tales sin libertad; esto es, sin aquella libertad que el derecho asegura y garantiza: libertad coordinada con la libertad de los demás o, mejor, fundada sobre la libertad de los demás.

El derecho coordina, organiza, limita, para garantizar a cada uno un ámbito de libertad. Y este ámbito es el derecho subjetivo, el cual, a su vez, no sería concebible sin la persona, sin el sujeto.

Es muy significativo que en nuestra lengua la palabra derecho sea empleada para indicar tanto el mandato, la norma; esto es, la limitación, el derecho objetivo en fin, como la facultad; esto es, la libertad, el derecho subjetivo. Y es igualmente significativo que la palabra derecho, en sentido subjetivo, sea sustituida a menudo, como sinónimo, por la palabra libertad.

Libertad jurídica: he aquí una expresión aparentemente contradictoria. El adjetivo parece negar o destruir al sustantivo. Pero ahora hemos de agregar, como complemento, que el derecho nos manda para hacernos libres; impone deberes para asegurarnos libertades, facultades, esto es,

derechos. No hay, pues, antítesis entre derecho y libertad, sino que ésta es el fin de aquél. También los derechos subjetivos, que son libertades realizadas a través de la imposición de deberes, esto es, libertades jurídicas, son derecho. No se puede describir el fenómeno jurídico dejando fuera el derecho subjetivo.

El derecho limita, obliga, para garantizar un ámbito de libertad. El derecho no es sólo limitación, deber. Hay en el derecho un aspecto positivo. El deber jurídico de un sujeto no es un fin en sí mismo, sino que se integra con el derecho correspondiente de otro u otros sujetos.

El carácter atributivo del derecho consiste precisamente en que la imposición de un deber y la atribución de un derecho son el resultado de una sola proposición jurídica; derecho y deber son dos caras de una única realidad,² aunque, desde un punto de vista meramente lógico, preceda el deber al derecho, que se presenta como consecuencia del primero. El derecho subjetivo no está frente al derecho objetivo como algo independiente de él.

La llamada bilateralidad del derecho no significa otra cosa sino la correlación de derecho y deber, es decir, la *relación jurídica*. Y, por consiguiente, no sólo del deber nace siempre el derecho, sino que el derecho nace solamente del deber. En el terreno jurídico el deber es siempre hacia otro, y este otro tiene siempre la facultad correspondiente.

De la relación jurídica al ordenamiento jurídico, a la organización social, el paso es corto. En la realidad histórica no encontramos relaciones sueltas o normas jurídicas sueltas, sino un conjunto de relaciones coordinadas en complejas organizaciones sociales, y, por tanto, una serie de

² Imponer una obligación por una parte y atribuir una facultad por otra no es hacer dos cosas distintas, sino una sola determinación jurídica.

normas que forman un sistema, esto es, una ensambladura unitaria y homogénea.³

Organización, institución, no implican negación de la libertad, constricción de la persona en los engranajes de una maquinaria asfixiante, porque, por el contrario, la persona se afirma como tal solamente en la organización social. El hombre se convierte en persona, como hemos visto, solamente en el ámbito de una sociedad jurídicamente organizada; está colocado en un *orden* en el que se integra.

La libertad natural se transforma, por la gracia del derecho, en la libertad en la sociedad, en libertad jurídica, esto es, en derecho subjetivo. De tal modo que mientras con nuestro comportamiento conforme a los mandatos del derecho aseguramos la libertad a los demás, de los demás continuamente la recibimos.

En este trueque, en esta integración, la libertad se transforma, se enriquece, se convierte en libertad sentida, vivida, por la cual y en torno a la cual la humanidad trabaja continuamente en un esfuerzo incesante de progreso. Cada uno de nosotros se convierte en fuente de libertad para todos los demás y recibe la libertad de todos los demás. La esencia de la vida estriba en esta cooperación para la libertad, en este comunicarse entre sujetos que se perfeccionan en una integración recíproca.

La figura del derecho subjetivo es, pues, una figura general. Lo mismo que no puede existir una norma jurídica sin que exista un deber por ella impuesto, igualmente no puede darse un deber sin un correlativo derecho subjetivo, que representa, por así decirlo, su otra cara.

³ El caso límite de un ordenamiento jurídico formado por una sola norma es pensable apenas como hipótesis, bien lejana de la realidad.

La correlación derecho-deber, de la que está formada la relación jurídica, no es eventual, sino necesaria, indefectible. Derecho subjetivo y deber se corresponden siempre el uno al otro.

Se puede afirmar que sin deber no es concebible ni licitud, ni libertad, ni derecho subjetivo. La figura del derecho subjetivo es una figura general, común a todos los campos del derecho, como el mismo derecho objetivo.

3. Deber Jurídico y Libertad

La libertad está tan estrechamente ligada al concepto de derecho, que llega más allá del mismo derecho subjetivo, para impregnar también al deber. El comportamiento de obediencia al mandato jurídico, el cumplimiento del deber jurídico, es siempre, en definitiva, el resultado de una adhesión al precepto, de una aceptación del sacrificio que éste impone.

El derecho actúa suscitando motivos en la mente del individuo agente. Y cuando el mandato ha sido trasgredido por el agente, el derecho no actúa ya sobre el trasgresor, sino sobre quien debe aplicar la sanción, creando en éste nuevos motivos. En otras palabras, el trasgresor sufrirá la coacción no por deber jurídico, sino por necesidad física; si en orden a la coacción se puede hablar de deber, éste no puede ser sino deber de quien aplica la coacción y no de quien la padece.

El derecho se apoya sobre el consentimiento, el cual presupone, precisamente, la libertad. Y si muchas veces el hombre actúa por temor al mal que la norma amenaza, la mayor parte de las veces se comporta de acuerdo con lo que el derecho prescribe por una exigencia más íntima. Un ordenamiento jurídico que jugase solamente con el miedo y no con la convicción no podría a la larga mantenerse. Y esto se explica aún mejor si se considera que lo que el derecho manda es a menudo impuesto también por

la moral, y que la moral impone obedecer a las leyes aun en aquellos preceptos que no tienen carácter moral o que son incluso injustos.

Por eso decimos que no está incluida en la idea del derecho la coacción, sino la libertad. La coacción, aun cuando pueda servir al derecho – y aun cuando le esté conectada normalmente-, es extraña a su más íntima estructura, si es que no está en contradicción con ésta. Hay una imperatividad, o si queremos una necesidad, ínsita en la idea del derecho; pero se trata de una necesidad que se impone a seres libres y conscientes: en una palabra, a personas.

Además, el deber, al mismo tiempo que sirve al derecho subjetivo, está a su vez condicionado por él; y esto es base para establecer un nuevo e íntimo vínculo entre deber jurídico y libertad. El cumplimiento del precepto jurídico debe ser posible de hecho y lícito de derecho.

La obligatoriedad de un comportamiento presupone la licitud de éste, y la licitud es precisamente libertad jurídica, derecho subjetivo. Si yo debo comportarme de una cierta manera, quiere decir que me es lícito hacerlo. Si estoy obligado a cumplir un deber, tengo también derecho de cumplirlo. A mi deber acompaña siempre un derecho mío y a éste corresponde deberes de los demás de no estorbar mi actuación en la esfera de lo lícito, esfera que comprende también lo obligatorio.

Y esto es verdad en el derecho público, que es, por decirlo así, el reino del deber. Incluso el Estado, como se ha observado acertadamente, está investido de un derecho de libertad, esto es, de derechos subjetivos; y esto se dice no sólo con referencia a su capacidad patrimonial privada, sino precisamente con referencia a sus incumbencias institucionales; hay disposiciones en el Código Penal que sancionan a quien impida a los funcionarios el ejercicio de sus funciones: estas disposiciones no hacen más

que tutelar la libertad de los funcionarios como tales, es decir, la libertad del Estado.

Es verdad en el derecho de familia. Los poderes que en él se usan, y en particular la patria potestad, están atribuidos en el interés superior de la familia, y por lo tanto, están al servicio de una función. También estos poderes y estas funciones muestran el armamento del derecho subjetivo frente a quien intente usurpar sus atributos o impedir su ejercicio. El padre, como se ha observado acertadamente, tiene un derecho a la patria potestad, el marido a la potestad marital, y ambos tienen derecho a realizar los actos de ejercicio de éstas.

En verdad en el campo del derecho privado patrimonial. Consideremos la obligación y en particular la posición del deudor. Este tiene un deber de cumplir, pero tiene también un derecho a cumplir. Toda la compleja regulación del ofrecimiento de pago y la consignación se explica sobre el presupuesto de este derecho, al que evidentemente corresponde un deber del acreedor. Impedirle cumplir, no ponerlo en condiciones de poder cumplir, significa violar su esfera de libertad, impidiéndole realizar un acto que el derecho le impone y al mismo tiempo le garantiza.

No se puede negar que de la voluntad del acreedor depende el que la obligación siga existiendo y que al extinguirse la relación desaparece también este derecho accesorio del deudor; pero esto no implica en absoluto que, mientras la obligación existe, pueda el acreedor privar al deudor del derecho a cumplir.

Este derecho del deudor a cumplir no se manifiesta sólo frente al acreedor, sino que se manifiesta también frente a cualquiera que intente impedirle el cumplimiento. Cualquier acto dirigido a impedir el cumplimiento es un acto lesivo de la libertad del deudor, esto es, de su derecho.

Lo que acabamos de sostener no siempre ha sido visto por los juristas y teóricos generales del derecho, quizá precisamente porque han partido del prejuicio de que la licitud, y por consiguiente la libertad, puede ser también, y normalmente es, el resultado de la *ausencia* de normas jurídicas. En ausencia de normas jurídicas, se dice, *todo es lícito*.

La aparición de las normas jurídicas determinaría una progresiva reducción de la esfera de lo lícito, que desaparecería del todo en el hipotético Estado totalitario, en el cual todo es obligatorio. En esta concepción, el derecho aparece verdaderamente en antítesis con la libertad, es la negación de la libertad. Pero esta hipótesis está fuera de la realidad histórica y en oposición con la lógica.

La licitud, como la ilicitud, es la calificación de un comportamiento, y postula, por lo tanto, la existencia de normas calificadoras. Sin normas no tiene sentido hablar de licitud, como no tendría sentido hablar de ilicitud. En el llamado estado de naturaleza no existe lo lícito, del mismo modo que no existe lo ilícito. Se podría decir que existe una libertad natural contrapuesta a la libertad jurídica; pero es un absurdo hablar de licitud, que es precisamente libertad jurídica.

Con la opinión criticada se emparenta la teoría que admite la existencia, en el seno de una sociedad jurídicamente organizada, de un espacio vacío de derecho, esto es, de una esfera de actuar humano no regulada jurídicamente. Según esta teoría, el ordenamiento jurídico es incompleto, por la existencia de lagunas en él. He aquí que aparece otro grave problema que ha atormentado a generaciones de juristas.

A nuestro parecer, no es que el ordenamiento jurídico sea incompleto: es incompleta y parcial la visión que tienen del ordenamiento los partidarios de la teoría de las lagunas. Éstos se han dejado extraviar por la concepción imperativista del derecho que ve sólo el deber y olvida el derecho subjetivo. En su modo de ver, el derecho al avanzar, al aumentar el número de sus mandatos, al espesar la red de los deberes, restringe progresivamente la esfera de lo lícito, esto es, la esfera de la libertad concebida como espacio vacío de derecho.

Si cada derecho, cada licitud, implica la existencia de un deber, la masa de las licitudes o esfera de lo lícito no podrá prescindir de la masa de los deberes, y la masa de los deberes no podrá dejar de fundar una masa de derechos.

Es verdad que un excesivo ensanchamiento del aparato normativo y una demasiado acentuada especialización de éste termina –por querer garantizar demasiado- trabando un poco a todos y un poco haciendo a estos esclavos; pero esto ocurre precisamente porque se quieren asegurar demasiados derechos y se quiere extender demasiado la protección y la tutela.

Este fenómeno, que es un poco la plaga de los tiempos modernos, no tiene nada que ver con el concepto de Estado totalitario. No es el número y la cantidad de los deberes impuestos lo que determina si un Estado es totalitario, sino su contenido.

Al deber de un sujeto no sólo corresponde siempre un derecho en otro sujeto, sino que corresponde, además, un derecho en el sujeto mismo del deber; por otra parte, el derecho de un sujeto implica y presupone siempre, además de un deber en otro sujeto, un deber en el mismo sujeto del derecho.

El derecho subjetivo es licitud, esfera de licitud, y esto reclama la idea del límite y por consiguiente la del deber.

Donde termina el derecho comienza el deber. Una norma, pues, que impone un deber a una persona no sólo atribuye al mismo tiempo a otra persona el derecho de exigir su cumplimiento, sino que atribuye también un derecho al mismo titular del deber; por otra parte, el titular de un derecho no es nunca solamente tal, sino que es siempre también titular de un deber.

Este continuo invertirse los papeles, este vaivén de relaciones de opuesto signo entre los mismos sujetos, representan un aspecto ineliminable de la compleja estructura del derecho.

Por consiguiente, no podríamos encontrar una sociedad donde haya personas que tengan sólo derechos y otras personas que tengan sólo deberes.

Tener derechos significa tener libertades jurídicas, es decir, libertades protegidas y limitadas. El derecho subjetivo es licitud y ésta presupone a su contrario. No se puede concebir un actuar dentro de la propia esfera de licitud, esto es, un ejercicio del derecho, si no se admite la posibilidad teórica y práctica de la salida de esta esfera de lo lícito para caer en lo ilícito: esto significa que incluso para el titular del derecho existe siempre una ilicitud, y por lo tanto hay mandatos que se dirigen a él y que le imponen deberes.

El monarca absoluto que no tenga deberes hacia nadie no tendrá tampoco derechos: está encima y fuera del derecho y no es persona jurídica. La formación del Estado de derecho adviene precisamente con la afirmación de la personalidad jurídica del Estado⁴ y esto implica que el Estado se

⁴ El Estado no puede tener derechos si no se le considera como contrapuesto a otras personas y por consiguiente, como persona.

convierte en titular de derechos y de deberes. No tenemos ya el monarca *legibus solutus*, que dicta leyes *ab extra*, esto es, permaneciendo fuera del derecho, sino órganos supremos que viven dentro del ordenamiento jurídico y están limitados por éste.

Análogamente, pero a la inversa, el esclavo no tenía personalidad jurídica, y por lo tanto no podía ser titular no ya de derechos, sino ni siquiera de deberes. Los deberes presuponen una relación jurídica, esto es, exigen que frente a ellos exista un derecho, por lo tanto una esfera de libertad limitada, mientras que el amo no tenía ningún derecho frente al esclavo, sino solamente un derecho sobre el esclavo como cosa.

La libertad es el sustrato de todo derecho subjetivo, representa su más íntima esencia. En tanto existen derechos subjetivos en cuanto hay libertad o capacidad jurídica es aptitud para ser titular de derechos, personalidad o capacidad jurídica no pueden darse sin libertad.

El esclavo en el Derecho romano no tenía personalidad jurídica porque no podía tener derechos, y no podía tener derechos precisamente porque no tenía libertad.

Lo mismo que todos los derechos –y no sólo los que se suele llamar derechos de libertad- tienen por contenido la libertad, son por lo tanto derechos de libertad, del mismo modo todos los derechos –y no sólo los que suelen llamarse derechos de la personalidad- tienen por presupuesto y por fin la persona del sujeto, y son por lo tanto, en este aspecto, derechos de la personalidad. Todo derecho defiende la personalidad de su sujeto, ayuda a su expansión, permite su afirmación.

Entre los derechos llamados de la personalidad y todos los demás derechos no hay, en este aspecto, más que una diferencia de grado. Los

primeros defienden la personalidad de una manera más inmediata y más esencial; los segundos permiten una expansión, una afirmación cada vez mayor de ella.

Piénsese en el derecho de propiedad. Quien hace suya una cosa es como si la invistiese con su personalidad y la hiciese parte de su personalidad. Esto se ve todavía mejor cuando la adquisición de la propiedad se produce por medio de la misma creación de la cosa: piénsese, en la especificación, en la creación de la obra del ingenio.

Es verdad que este sentido de la propiedad, del poseer, del hacer propia una cosa, este sentirse afectado por la ofensa a la cosa propia, se atenúa un tanto, o incluso desaparece, cuando la propiedad alcanza proporciones inhumanas; pero en este caso, precisamente, el derecho de propiedad pierde su vigor y declina.

El fenómeno jurídico resulta de preceptos negativos y positivos, de deberes negativos y de deberes positivos. El derecho no sólo prohíbe la lesión, sino que ordena la cooperación, la solidaridad.

En conclusión, producen libertades, esto es, derechos subjetivos, no sólo los deberes negativos (de no impedir, de no turbar, etc.), sino también los positivos que implican la realización de una acción cualquiera: todo comportamiento humano que sea objeto de un deber tiene siempre por finalidad enriquecer, esto es, acrecentar la libertad de alguien. No hay en el campo jurídico limitaciones, restricciones, en una palabra deberes, que no atribuyan libertades, que no vayan a aumentar la esfera de lo lícito en sus múltiples manifestaciones.

CAPÍTULO SEGUNDO

PODER JURÍDICO

1. Introducción

Las consideraciones sobre el derecho subjetivo no son más que una premisa necesaria para el estudio del concepto de poder jurídico. La noción del poder jurídico surge con toda claridad solamente de su distinción de la figura del derecho subjetivo.

Para introducir el concepto de poder es preciso partir de lo que es uno de los caracteres de la norma jurídica o del ordenamiento jurídico, tal como se nos presenta en el plano histórico o contingente: nos referimos al carácter de la positividad.⁵

No sabemos si los términos *imponer*, *imposición*, *positivo*, por una parte, y *poder*, por otra, tienen origen común, como parece indicar la coincidencia de las raíces. Lo cierto es que la positividad del derecho, esto es, el hecho de que el derecho es establecido mediante actos de voluntad, o actos normativos, postula el concepto de poder.

Tener presente la positividad del derecho no implica adoptar una postura negativa ante el problema de la existencia de un derecho natural, entendido como realidad absoluta racional o universal;⁶ implica sólo reconocer que todo ordenamiento jurídico, en su realidad fenoménico-histórica, no es un ordenamiento inmutable y concluso, sino un ordenamiento que nace, se desarrolla, atraviesa vicisitudes, abierto como está al influjo de todos los factores humanos que operan en la historia.

⁵ El derecho posee una realidad fenoménica o positiva, tenga o no, además, otra realidad metaempírica o puramente ideal.

⁶ Del mismo modo que la admisión del derecho natural no implica negación del derecho positivo.

Mediante su positivación, el ideal de justicia encuentra una realización histórica y por ello contingente e incompleta, condicionada por toda una serie de elementos ocasionales o ambientales. La búsqueda de un orden más justo, más racional, no admite detenciones. Los ordenamientos jurídicos están en continua evolución.⁷ La mutabilidad o positividad es un carácter diferencial del ordenamiento jurídico, de todo ordenamiento jurídico, del mismo ordenamiento del derecho canónico, frente al orden moral.

Ahora bien, el derecho cambia, el derecho evoluciona, precisamente mediante la creación de nuevas normas (o la modificación o derogación de normas existentes), y el poder jurídico es la potencia que se *actúa* al establecer nuevas normas jurídicas (o al modificar o derogar normas existentes), esto es, mediante actos normativos.

Algunos autores dan tanta importancia a este aspecto dinámico del derecho que llegan a afirmar que el derecho mismo es actividad o acción. De cualquier modo, es cierto, me parece, que el jurista no puede olvidar este *hacerse* del derecho; y no puede en cuanto que también este *hacerse* está regulado por el derecho, precisamente mediante la figura del poder jurídico, es decir, del poder normativo.

2. Poder Jurídico y Derecho Subjetivo

Si el derecho que consideramos aquí es el positivo, el poder –que es capacidad de establecer el derecho- está antes del derecho y fuera de éste. El poder, en efecto, no es norma, no es deber, no es derecho, sino que está antes de la norma, del deber y del derecho.

⁷ El proceso de elaboración del derecho es por su naturaleza continuo.

Pero el derecho tiene, por decirlo así, conciencia de su evolucionar, de tal modo que confiere a ciertos sujetos poderes normativos, disciplinando, además, su ejercicio. Si todo cambio jurídico se actuase mediante una revolución se podría hablar, en verdad, de inmovilidad del derecho: el cambio advendría *ab extra*, es decir, fuera de cualquier disciplina normativa y por efecto de *poderes de hecho*. Pero los cambios advienen en gran parte por evolución y son cambios que se desarrollan en el ámbito del derecho, es decir, en virtud de *poderes jurídicos*. Son cambios operados desde el interior del ordenamiento jurídico, *ab intra*.

Con esto no se pretende desconocer el factor personal en la creación del derecho; solamente se afirma que quienquiera que cree derecho en un ordenamiento determinado, lo hace en cuanto autorizado por una norma de tal ordenamiento.

Es mediante el poder jurídico como los intereses, las necesidades, las ideologías, las pasiones y el sentimiento de justicia influyen sobre el derecho, determinan su continua evolución. El poder se encuentra precisamente en el confín entre el mundo jurídico, que es el mundo de la abstracción, de los esquemas, y el mundo concreto de la vida, con sus necesidades y sus ideales; entre el mundo de la norma, que es fijeza, estabilidad, y el mundo de la realidad social, que es evolución, cambio.

El poder jurídico es poder de mandar de modo vinculante, es decir, poder de establecer normas jurídicas que están constituidas por voluntad abstracta y objetiva. Pero esta voluntad, que es mera voluntad, es —a su vez— una voluntad dominada en su formación por fuerzas sociales: por aquellas mismas necesidades que empujan a los individuos a agruparse en sociedad.

El concepto de poder corresponde de modo típico a la teoría general, porque la evolución es común a todos los sectores del derecho. La opinión

de que el poder se da sólo en el derecho público, está fundada en una concepción restringida de la norma jurídica, que deja fuera del número de éstas a los preceptos negociales. Demostrado que tales preceptos son normas jurídicas, hay que considerar los negocios jurídicos como actos normativos, y como poder normativo la autonomía privada de la que los negocios son manifestación.

Otra razón por la que en el derecho privado (excluido el de familia) el concepto de poder no es fácilmente configurable por la doctrina es la falta de una noción segura del derecho subjetivo. Los recientes estudios sobre el derecho subjetivo han tenido el mérito de separar, de extraer, por así decirlo, del derecho subjetivo el poder jurídico, haciendo notar que ni en el derecho subjetivo ni en su estructura entran los poderes.

El poder no es derecho subjetivo, ni el derecho subjetivo es poder. En cuanto el ejercicio del poder incida en la esfera de lo lícito jurídico, habremos de reconocer que el ejercicio del poder es también, al mismo tiempo, ejercicio de un derecho. Pero es evidente que en ningún caso debe confundirse conceptualmente el ejercicio del derecho subjetivo con el ejercicio del poder.

Incluso cuando el ejercicio del poder está condicionado por la existencia de un derecho, es decir, es al mismo tiempo ejercicio de un derecho; incluso cuando, en otras palabras, el poder se mueve en la esfera de lo lícito —como por lo demás ocurre normalmente—, ejercitar un poder es siempre algo más que un simple obrar según derecho, porque es un obrar según derecho que crea nuevo derecho. Cuando entra en liza el poder, cualquier manifestación suya se concreta en el establecimiento de nuevos mandatos jurídicos.

La diferencia entre poder y derecho subjetivo aparecerá claramente sólo cuando se advierta que el poder pertenece a la dinámica del derecho y el derecho subjetivo a su estática.

El derecho subjetivo es el producto, el resultado, de normas existentes. Un derecho subjetivo puede existir sólo en cuanto exista un deber correspondiente, y éste, a su vez, presupone una norma.

El ejercicio del derecho, mientras sea solamente eso, no puede llevar a ninguna modificación del ordenamiento jurídico; es un actuar según derecho, un actuar lícito, un actuar protegido por el derecho objetivo. Al moverme en la esfera que me reserva el derecho objetivo, no modifico su contenido ni su amplitud. Sólo al ejercitar un poder, esto es, al establecer o modificar normas jurídicas, modifico la esfera de lo lícito ensanchándola o restringiéndola.

Es de importancia básica la distinción entre derecho subjetivo y poder jurídico, y a ella hemos llegado con claridad solamente después de haber entendido en qué relación está la libertad con el derecho, es decir, después de haber entendido qué es, en su más auténtica esencia, el derecho subjetivo. Éste es libertad, pero libertad respetuosa de las libertades de los demás, es decir, coexistencia de libertades; la limitación que está ínsita en la idea del derecho es una limitación formada, constituida, por libertad: es la libertad del otro, la libertad del prójimo.

Pero la libertad humana no es un vacío, es la individualidad del sujeto, su personalidad. El derecho está hecho para los hombres y tiene por fin el respeto de la personalidad humana, la tutela de cada individualidad en su desenvolvimiento, en su fuerza de expansión hacia las cosas y hacia las otras personas.

Ahora bien, partiendo de tal concepto del derecho subjetivo tiene que parecer ilógica y contraria a la esencia última del derecho la orientación, quizá dominante todavía en la doctrina, que, colocando el poder jurídico dentro de la relación, ve en él la fuente de una supremacía de un sujeto sobre otro sujeto y concibe el derecho subjetivo como señorío jurídico o esfera de potestad frente a la cual existe una sujeción, una subordinación del titular del deber.

Esta concepción del derecho, que sustituye un mundo de sujetos iguales frente al derecho por un mundo de amos y siervos, ha podido surgir y ser quizá dominante todavía sólo porque no se ha visto, en primer lugar, cuál es la esencia del derecho subjetivo, se ha creído que el derecho subjetivo y, por consiguiente, la relación, comprende también el poder y, por fin, se ha pensado que el poder implica supremacía de un sujeto sobre otros sujetos.

En cambio nosotros estimamos, por una parte, que el derecho subjetivo es extraño al concepto del poder jurídico, y, por otra, que el poder jurídico no es poder del hombre sobre el hombre, sino poder de crear derecho objetivo, al cual solamente se debe homenaje y subordinación. Si debo 100 a mengano, no me siento en absoluto subordinado a mengano o a la voluntad de mengano; la única subordinación que reconozco como subordinación jurídica es la subordinación al mandato jurídico.

Incluso cuando la relación jurídica es más estrecha, más comprometedora y más me vincula, yo no me siento, ni debo sentirme nunca, afectado en mi personalidad, porque mi sujeción es jurídica, es sujeción al derecho objetivo, sujeción que se desenvuelve, por lo tanto, necesariamente, con respecto de mi personalidad.

No hay duda de que la concepción del derecho subjetivo que acabamos de criticar, además de ser errónea desde el punto de vista

dogmático, es gravemente deseducadora, porque presenta el derecho subjetivo como instrumento de dominio del hombre sobre el hombre; además, engendra fácilmente en el titular del deber correspondiente un sentimiento de rebeldía que deriva de la opinión de estar sometido, no ya a la majestad de la ley –del derecho objetivo en sus múltiples formas que van desde la ley en sentido propio y restringido al mandato negocial- sino a la voluntad arbitraria de un individuo.

En toda actividad, incluso la más humilde dependencia de otro hombre, esto es, en términos técnico-jurídicos, en la relación de trabajo subordinado, no hay ni debe haber sentimiento de subordinación a ninguna persona (respeto, sí, pero éste debe ser siempre recíproco), sino sentimiento de subordinación al deber jurídico, que, en definitiva, es sentimiento moral, conciencia del deber.

La distinción entre poder jurídico y derecho subjetivo, tal como la hemos planteado, nos hace aparecer como desviaciones lógicas todas las teorías que contraponen el deber al poder como entidades correlativas o correspectivas.

Frente al poder no existe ningún correlativo deber,⁸ porque el poder, al manifestarse en actos normativos, crea los deberes, no los presupone. Es verdad que puede existir el deber de ejercitar un poder (y esto ocurre para todos los poderes que están puestos al servicio de funciones), pero ésta es otra cuestión, porque tal deber no es correlativo o está contrapuesto al poder, sino que concurre con él en la titularidad del mismo sujeto.

⁸ La sujeción no debe ponerse en correlación con el poder, sino más bien con los imperativos jurídicos, es decir, en definitiva es sujeción a la majestad de la ley, es decir, al derecho objetivo. En una sociedad jurídica que haya proscrito del todo el uso de la fuerza (salvo de la puesta al servicio del derecho) no puede existir ninguna forma de sujeción que no sea sujeción al derecho objetivo.

En un error análogo incidirá quien confunda poder y facultad, sin advertir la neta heterogeneidad que existe entre los dos conceptos. En efecto, la facultad o la litud⁹ es el correlato del deber, precisamente porque la facultad no es más que el derecho subjetivo. No así el poder, que no es derecho subjetivo y no puede de ningún modo colocarse dentro de la relación jurídica.

Es verdad que con el poder puede concurrir la facultad, el derecho subjetivo: normalmente quien tiene el poder tiene la facultad, o sea el derecho de ejercitarlo y, por lo tanto, normalmente, los actos de ejercicio del poder son actos lícitos, pero esto no implica que puedan confundirse o subrogarse los dos conceptos.

Facultad y poder son figuras totalmente diversas. Facultad es sinónimo de litud, esto es, de derecho subjetivo; mientras que potestad o poder es concepto que se aprehende sólo si se lo coloca en un plano distinto: en el de la dinámica del derecho, o sea de su formación.

⁹ La facultad, en el campo jurídico, se identifica con la litud.

CAPÍTULO TERCERO

AUTONOMÍA PRIVADA

1. Introducción

La autonomía privada no es sólo ni principalmente libertad; sus manifestaciones no son mero ejercicio de un derecho subjetivo, como lo son andar o arar las fincas propias. La autonomía privada es, ante todo, poder, y los negocios jurídicos son manifestaciones de poder.

Concluir un contrato, hacer testamento, es algo más y algo distinto que andar o arar. La ley no se limita a disciplinar la actividad negocial, como hace con el andar o el arar, y ni siquiera se limita a prohibir cualquier acción dirigida a impedir su libre actuación, sino que interviene, ante todo, para conferir a los particulares un poder.

El contrato tiene fuerza de ley entre las partes; la herencia se transmite por ley o por testamento. Es significativa la aproximación que en ambas normas puede verse entre ley y negocio. En la primera se identifica, en cuanto a la *fuerza*, el negocio con la ley (se entiende que el primero en un ámbito más restringido); en la segunda se ponen ley y negocio en una situación alternativa de competencia para regular la transmisión de la herencia.

Ahora bien, ¿quién se atrevería a decir, con relación a la ley, que el Estado tiene un simple derecho o una simple libertad de legislar? El Estado tiene, indudablemente, ese derecho y esa libertad, pero antes que nada tiene un poder: la potestad legislativa.

Lo mismo ocurre para los particulares; éstos tienen un derecho a concluir contratos y a testar, pero tienen también el poder correspondiente.¹⁰

¿Sobre qué se apoya la validez de los contratos o de los testamentos si no es sobre la existencia de un poder conferido por la ley a los particulares?

La realidad es que lo mismo que se olvida para el Estado que junto al poder existe también el derecho de legislar, para los particulares se olvida, por el contrario, pero con igual facilidad, que, junto al derecho, existe también el poder de realizar negocios jurídicos.

2. Poder y Autonomía Privada

Es innegable que en el derecho privado, si se exceptúa el derecho de familia, el concepto del poder encuentra dificultades para encontrar acomodo.

La afirmación de que los negocios jurídicos son expresión o manifestación de poder, puede parecer a primera vista insólita. Comúnmente se dice que son manifestación o ejercicio de libertad, o que son actos de ejercicio de derecho subjetivo. No es usual que la autonomía privada sea considerada como poder. Pero tampoco es del todo raro que esto ocurra. La validez de los negocios jurídicos tiene su fundamento en una potestad jurídica, concedida por el ordenamiento jurídico. Se habla frecuentemente de poder, y precisamente de poder de voto, en el especial sector de la autonomía privada que se refiere a los acuerdos de las juntas de asociaciones, sociedades, comunidades y condominios.

La palabra poder es usada frecuentemente, con referencia a los negocios jurídicos, en la expresión *poder de disposición*. Esto significa que en nuestra

¹⁰ El derecho atribuye a los particulares una competencia para crear la regla al considerar las convenciones como leyes para aquellos que las han hecho.

tradición la idea del poder no es en absoluto extraña a la idea del negocio y que es común la intuición de que el poder es un presupuesto subjetivo del negocio jurídico.

Es verdad que entre los civilistas reina la máxima discordancia sobre el concepto del poder de disposición. Hay quien sostiene que tal poder es manifestación de la capacidad jurídica; quien sostiene que de la capacidad de obrar; quien piensa que está incluido en el derecho subjetivo, que es anterior a éste; quien hace de él un poder general, un poder propio y exclusivo de un sujeto dirigido hacia un determinado derecho; quien lo considera antecedente únicamente de los contratos con eficacia real; quien también de los contratos meramente obligatorios; en fin, quien no lo considera verdadero poder, sino mera posibilidad objetiva o de hecho.

Pienso que esta desorientación es el resultado de la falta de una precisa noción jurídica de la autonomía privada. Poder de disposición y autonomía privada son el mismo concepto. El negocio jurídico es, por su naturaleza, *dispositivo y no puede ser otra cosa que dispositivo*, y lo es precisamente porque es un acto de ejercicio del poder de disposición; esto es, de la autonomía privada.

A un concepto distinto alude la palabra *legitimación*, la cual expresa la idea de legitimidad y por consiguiente de licitud. Puede emplearse mejor si no se hace coincidir en su significación con el poder de disposición en sentido estricto, o con la titularidad de éste, sino que se la emplea para indicar la *licitud* del ejercicio del poder.

Mientras que el poder de disposición, en el sentido indicado, es la *cantidad de autonomía privada que un sujeto puede ejercitar válidamente en determinadas circunstancias*, la legitimación podría, a nuestro parecer, significar la *cantidad de autonomía privada que un sujeto, en circunstancias*

igualmente determinadas, puede ejercitar lícitamente. La legitimación sería, en resumen, la licitud referida a los actos de ejercicio de poder, es decir, en el campo del derecho privado, a los negocios jurídicos.

Puede ocurrir que nos encontremos ante derechos o relaciones que se incluyan en el ámbito de la autonomía privada, es decir, que formen parte de la llamada materia disponible y que, además, un determinado sujeto tenga el poder de disposición sobre ellos. No está dicho con ello que ese sujeto esté *legitimado* para disponer de ellos; es decir, no está dicho que pueda disponer de ellos lícitamente, que esté facultado para hacerlo. A la existencia del poder puede acompañar la ilicitud de su ejercicio.

Un ejemplo aclarará nuestra idea. Si Juan Pérez se compromete con Miguel Rodríguez, mediante un contrato, a no enajenar una determinada cosa de su propiedad y, sin embargo, enajena esta cosa a Pedro García, realiza un acto para el que tiene el necesario poder (tanto que la enajenación es válida) pero no la necesaria legitimación. El hecho de que Juan Pérez tenga el poder demuestra que no ha sobrepasado sus límites, sino que se ha mantenido dentro de ellos. Sin embargo, ha realizado un negocio ilícito, por lo menos según un concepto amplio de ilicitud que incluye el comportamiento contrario a normas negociales y esta ilicitud se ha consumado mediante la realización de un acto normativo (en el supuesto: un negocio jurídico) y, por consiguiente, es ilicitud de un acto normativo. Al sujeto le falta la legitimación, no el poder.

Nos parece, pues, que si no se quiere hacer de la legitimación una inútil réplica del poder de disposición o de la titularidad de este poder, que es lo mismo, no queda otra solución que emplear el término para significar la licitud del ejercicio del poder.

En el derecho público la dificultad no estriba, como en el derecho privado, en encontrar lugar para el concepto de poder, sino en hacer lugar al concepto de derecho subjetivo. La figura del poder domina de tal modo el derecho público que incluso oscurece la figura del derecho subjetivo.

Algunos autores piensan que son verdaderos derechos subjetivos sólo los de los particulares frente a otros particulares y en consecuencia niegan la figura del derecho público subjetivo.

En efecto, se observa que, si el derecho subjetivo es poder o potestad, no puede admitirse en el campo del derecho público otro poder que no sea el del Estado. Se olvida así que el concepto de derecho subjetivo es tan indispensable a la estructura del derecho como lo es el de derecho objetivo y el de deber jurídico. Que, si en el derecho público existen deberes, no pueden faltar los correspondientes derechos subjetivos.

Este arbitrario relegar al campo del derecho privado el derecho subjetivo, llega a hacer coincidir la esfera de acción de éste con la propia de la autonomía privada, con el consiguiente peligro de trueque o confusión de ambos conceptos. Así hemos visto que se coloca el poder de disposición, que no es nada más que el poder en que se concreta la autonomía privada, dentro del derecho subjetivo y que se pretende hacer del acto de disposición y por consiguiente del negocio jurídico un acto de ejercicio del derecho subjetivo. La misma autonomía privada es configurada, según vimos, como derecho subjetivo. Se confunde lo que es ejercicio de derecho con lo que es manifestación de poder.

Los derechos de que el sujeto puede disponer, esto es, los derechos que entran en la esfera de la autonomía privada, no son todos los derechos; junto a los derechos disponibles están los indisponibles y tales son los derechos atribuidos en el ámbito del derecho público y del derecho de familia.

Pero si el concepto de poder domina el derecho público, no por eso deja de discutirse su configuración.

En el derecho público, la célebre tripartición de los poderes en poder legislativo, ejecutivo y judicial postula la existencia de un género común que se especifica en tres formas distintas y particulares.

Es evidente que, si no queremos ponernos contra toda la tradición, es preciso aceptar un concepto de poder que se preste a abarcar las tres formas indicadas. Ahora bien, ¿podremos sostener que se trata en los tres casos de poder normativo, con arreglo a nuestra tesis de que todo poder jurídico no es otra cosa que poder normativo?

Para el poder legislativo se influye fácilmente que la calificación de poder normativo le cuadra perfectamente; pero los actos administrativos y los jurisdiccionales ¿son también manifestación de poder normativo? Creemos que la respuesta debe ser afirmativa.

Alguien ha objetado que al hacer de los actos administrativos y jurisdiccionales actos normativos, es decir, actos que crean derecho, se termina por llegar al absurdo de que todas las funciones del Estado se resumen en la de crear derecho. Pero ¿por qué rechazar esta conclusión?

Después del ensanchamiento del concepto de acto creador de derecho, no debería haber dificultad para considerar el poder ejecutivo y el judicial como poderes normativos. Reservar al legislador y negar al juez y al administrador la figura del *conditor iuris* constituye una falsa representación de la realidad.

También otros autorizados juristas se han colocado en esta misma postura: afirman que los actos administrativos y los jurisdiccionales son fuentes de

derecho, esto es, actos normativos. Para superar eventuales objeciones a tal concepción basta pensar que creación del derecho y actuación o ejecución del mismo son fenómenos que pueden concurrir en un mismo acto.

Sólo aquellos actos que son meramente ejecutivos, es decir, que no establecen mandatos, normas, no deben ser consideradas como actuación de poder jurídico. Tales actos han sido definidos precisamente como actos de ejecución final, en cuanto que no admiten por su mismo carácter una ulterior ejecución. Estos actos demuestran que la esfera de la actividad creadora del derecho no puede coincidir nunca exactamente con la esfera de la ejecución o de la aplicación. Pero esta actividad meramente ejecutiva (o material) no debe confundirse ciertamente con la función ejecutiva del Estado.

El hombre crea el derecho objetivo mediante actos de voluntad que, precisamente porque establecen normas, se definen como actos normativos. Pero la formación del derecho está regulada a su vez por el derecho mediante una especial categoría de normas jurídicas que se han definido como normas dinámico-instrumentales o normas sobre la producción jurídica.

Estas normas, cuando operan en el campo del derecho privado, no son, por sí mismas, verdaderas y propias normas jurídicas, en cuanto no contienen mandatos, imperativos, sino que constituyen el fundamento de la validez de mandatos futuros y, por consiguiente, son sólo indirectamente imperativos. No imponen directamente ningún deber, sino que atribuyen un poder y al mismo tiempo fijan cargas de naturaleza formal o sustantiva, a las que se someterá el sujeto si quiere ejercitar válidamente el poder.

Las normas que establecen cargas, aun participando con las demás normas jurídicas de su naturaleza de proposiciones prescriptivas, no tienen, al igual

que las normas que atribuyen poderes, los caracteres de la imperatividad y la obligatoriedad.

Piénsese en las prescripciones que establecen que el testamento *debe* hacerse según tales determinadas formas: ningún deber jurídico nace de estas prescripciones; nadie nos obliga a hacer testamento o a hacerlo respetando las formas; pero sólo basándonos en estas prescripciones, esto es, sometiéndonos a estas cargas, podremos crear imperativos jurídicos válidos. Se puede hablar, en relación con ellas, lo mismo que para las normas atributivas de poderes, de una imperatividad indirecta.

En cambio, en materia de derecho público, junto a la atribución del poder, no se fijan cargas, sino que se impone un deber de ejercitar el poder y de ejercitarlo válidamente. Junto a la figura de la autorización —en el sentido preciso de atribución de poder— tenemos, pues, la del deber, que implica la presencia de una norma jurídica verdadera y propia, es decir, provista de los caracteres de la obligatoriedad y de la imperatividad. La misma observancia de las prescripciones de forma se convierte aquí en deber jurídico.

Atribución de poderes y simultánea imposición de deberes: poderes ligados a un deber, o mejor, dada la complejidad de las tareas, a un *officium*; es lo que encontramos en el derecho público y en el derecho de familia.

En el derecho propiamente privado encontramos, en cambio, un poder desvinculado de un *officium*; un poder que podríamos llamar por eso *inoficioso*: la autonomía privada.

El contenido del derecho subjetivo es la facultad de comportarse según el derecho objetivo y su resultado es la *licitud*. El contenido del poder es la fuerza creadora de derecho objetivo y su resultado es la creación de normas válidas, es decir, la validez.

La licitud es un modo de ser un comportamiento humano, su calificación; la validez es un modo de ser las normas: normas válidas son las normas jurídicas de un determinado ordenamiento. Validez es un concepto relativo y expresa el vínculo de pertenencia de una norma a un complejo de normas u ordenamiento.

Para ser norma válida de un determinado ordenamiento, una norma debe estar creada según las reglas dinámico-instrumentales (o reglas sobre la producción jurídica) de ese ordenamiento.

Se ha dicho que el concepto de poder evoca a la mente no ya un comportamiento cualquiera, sino un comportamiento consciente y voluntario y se puede entender al poder como una fuerza que pone en situación de producir, mediante un acto propio voluntario y lícito, una modificación jurídica.

Podemos estar de acuerdo con la necesidad de que el poder sea ejercitado mediante la realización de un acto voluntario; pero, de un lado no basta la voluntariedad, porque hace falta además que se trate de un acto por el que se establezcan normas, esto es, un acto normativo, y de otro tampoco se requiere, como veremos, que se trate siempre de un acto lícito.

Se limita la figura del poder únicamente a los casos en que el sujeto aparece en situación de producir un efecto jurídico mediante una *declaración de voluntad* y esto porque, en un sistema dinámico como es el ordenamiento jurídico, las normas deben ser creadas mediante actos (o declaraciones) de voluntad.

Acto de voluntad o declaración de voluntad significan establecimiento de un mandato jurídico, de una norma. El acto de voluntad es *el acto que crea una voluntad objetiva*.¹¹

La doctrina civilista distingue, en el ámbito de los hechos jurídicos los meros hechos y los actos (esto es, los comportamientos humanos); y distingue después dentro de los actos los meros actos y los negocios. Ahora bien, en nuestra opinión, son *manifestación de poder* sólo los negocios y no los meros actos, precisamente porque sólo los negocios son actos normativos. En cambio, muchos autores piensan que en el campo del derecho privado corresponden al poder no sólo los negocios jurídicos, sino también los meros actos jurídicos.

Algunos piensan que el poder es también antecedente de los actos ilícitos, que son, precisamente, meros actos: por lo menos en la mayor parte de los casos; mientras que otros piensan que el poder debe restringirse al ámbito de lo lícito jurídico.

Creemos que no es difícil demostrar la falta de fundamento de una concepción tan amplia del poder que abarque incluso a los meros actos jurídicos. En efecto, es fácil probar la absoluta carencia de tradición y la inutilidad jurídica de un concepto de poder que terminaría por identificar el poder jurídico con el poder de hecho¹².

Para una definición exacta de la figura del poder jurídico es preciso, ante todo, delimitar el concepto de acto jurídico, porque, en nuestra opinión, es una concepción imprecisa del acto jurídico la que ha hecho posible el error.

¹¹ El mandato, en sí considerado, es también voluntad objetiva, como es voluntad objetiva la norma o el precepto; no voluntad en acto, sino algo querido, es decir, voluntad normativa.

¹² Los defensores del concepto lato de poder jurídico terminan por negar cualquier importancia a esta figura rebajándola al rango de mera posibilidad material.

Acto jurídico es todo comportamiento humano valorado por el derecho; por consiguiente, todo acto que, no agotándose en el fuero interno, tiene cualquier relevancia social. Mediante esta nota de la exterioridad, el acto humano se comunica (en sentido amplio) a los otros hombres, se convierte en social y, por consiguiente, en jurídico.

Comportamiento humano, en su más plena significación: no sólo porque físicamente pueda referirse al hombre, sino porque realizado por el hombre, ser dotado de conciencia y voluntad, por consiguiente comportamiento consciente y voluntario.

Todo acto que tenga las características indicadas, realizado por el hombre que vive en una sociedad jurídicamente organizada, es, pues, acto jurídico.

No existen actos, en el sentido indicado, que no interesen al derecho; no hay zonas en que el obrar humano no esté regulado por el derecho: una acción no prevista expresamente por el derecho no es una acción jurídicamente irrelevante, o lo que querría decir lo mismo, sujeta al solo dominio de la fuerza. En el seno de una sociedad organizada jurídicamente, la acción no expresamente prevista tiene también su juridicidad: está protegida y tutelada por el derecho y calificada por éste.

Generalmente se adopta un concepto más restringido de acto jurídico. Se piensa que hay comportamientos humanos, es decir actos exteriores voluntarios y conscientes, que no tienen relevancia jurídica y que, por tanto, no son actos jurídicos.

Esta opinión, aunque difundida, no parece sostenible. Todo comportamiento humano, entendido en el sentido que hemos aclarado, no puede no ser relevante para el derecho, no puede no ser acto jurídico (lícito o ilícito). De otro modo habría que admitir que hay comportamientos humanos que no son

lícitos ni ilícitos. Si un comportamiento no es ilícito, deberá ser necesariamente lícito, y como tal deberá ser protegido por el derecho objetivo; deberá, en fin, ser acto de ejercicio de un derecho subjetivo.

No existe ninguna esfera del obrar individual que no sea considerada por el derecho; donde termina el derecho comienza el deber y viceversa. Es decir, un cierto comportamiento o se tiene el derecho de adoptarlo, o se tiene el deber de no adoptarlo. No se puede pensar en un acto que no constituya violación de un deber (es decir, que no sea acto jurídico ilícito).

La admisión de actos humanos jurídicamente irrelevantes o indiferentes está estrechamente ligada con la admisión de lagunas en el derecho.

Sólo admitiendo la existencia de espacios vacíos de derecho se puede encontrar el modo de situar las acciones jurídicamente indiferentes. En efecto, en tales espacios las acciones indiferentes encontrarían su limbo, en el cual no decidiría sobre la posibilidad de obrar la norma jurídica, sino la fuerza.

La insostenibilidad lógica de la teoría de las lagunas, de la que nos hemos ocupado anteriormente, no es más que un aspecto de la inadmisibilidad del concepto de comportamientos humanos jurídicamente indiferentes.

En una sociedad jurídicamente organizada no hay espacios vacíos de derecho, precisamente porque si una acción humana no está prohibida, no puede al mismo tiempo no estar permitida, es decir, no puede no ser lícita y no estar protegida como tal por el derecho.

Pasear por la calle o arar la finca propia son tan poco actos jurídicamente indiferentes o irrelevantes, que son calificados jurídicamente como actos

lícitos, y, en cuanto tales, protegidos por la imposición de deberes negativos de no impedir su realización.

Por lo demás, el hombre común y corriente no encuentra en absoluto extraño que en esta hipótesis se hable de ejercicio de derechos. Si se intenta impedir a Pedro Pérez, desprovisto de conocimientos jurídicos, pasear por la calle, él opondría con toda seguridad que tenía *derecho* a hacerlo: a ejercitar un derecho suyo; y agregaría que no tenemos *derecho* a impedirlo, es decir, que tenemos el deber de dejarlo pasear.

La consecuencia es que la distinción doctrinaria entre actividades libres o de hecho y verdaderas facultades, o entre licitudes simples e irrelevantes y licitudes relevantes, está fundada sobre un error.

Las actividades libres, si son lícitas, no pueden dejar de ser manifestaciones de una facultad y, por consiguiente, ejercicio de derechos.

Se dan cuenta de ello, por lo demás, los que defienden la distinción, cuando terminan por reconocer que incluso las llamadas actividades de hecho o licitudes simples están protegidas por el derecho, es decir, son actividades jurídicas que constituyen el ejercicio de un derecho subjetivo.

En la concepción común, los actos jurídicos son aquellos actos que determinan un efecto jurídico, o una modificación jurídica, mientras que, para referirnos a los ejemplos antes citados, el comportamiento de quien pasea por la calle, o el de quien ara su finca, no determinan ningún efecto o modificación jurídica.

En sustancia, una objeción tiende a poner en discusión el concepto de acto jurídico y la legitimidad de considerar como tal los dos últimos actos referidos.

Se ha respondido ya a esta objeción cuando se ha hecho notar que no hay comportamientos humanos que se sustraigan a la calificación jurídica, porque las modificaciones o los efectos jurídicos no son otra cosa, precisamente, que calificaciones jurídicas de comportamientos concretos.

Es evidente que aquí no se habla de modificaciones jurídicas en el sentido de *modificaciones normativas* (constitución, modificación o extinción de una norma jurídica), sino en el de calificaciones jurídicas concretas realizadas por normas que continúan inmutadas; ahora bien, con seguridad sería inexacto pensar que comportamientos del tipo de los que hemos supuesto no dan lugar a calificaciones jurídicas.

El deber de no molestar, de no entorpecer a Pedro Pérez cuando anda por la calle, no pueden nacer, como deber concreto, si Pedro Pérez no camina; el deber concreto es el efecto jurídico del caminar de Pedro Pérez, así como es efecto jurídico del caminar el correspondiente derecho concreto de Pedro Pérez (la pretensión) de no sufrir entorpecimientos. De tal modo es esto verdad que la trasgresión de este deber es posible sólo en cuanto Pedro Pérez camine.

La aplicación concreta de la norma que impone dejar andar tiene por presupuesto el hecho (en la hipótesis, un acto) de que alguien ande; cuando esto ocurre la norma entra en acción calificando como lícito (y protegiendo por consiguiente) el comportamiento de quien camina, y como ilícito el comportamiento de quien eventualmente entorpezca. En esto consiste la mutación jurídica o el efecto jurídico.

Otro tanto podría decirse para el supuesto de arar la finca. Se ha dicho, acertadamente, que la actividad de goce es siempre actividad lícita y como tal jurídica.

Está claro, por consiguiente, que andar y arar, en cuanto actos jurídicos, producen mutaciones jurídicas o efectos jurídicos; del mismo modo que, por ejemplo, el requerimiento escrito de pago dirigido por el acreedor al deudor.

Los concretos deberes jurídicos que nacen para el deudor en mora son efectos jurídicos o modificaciones jurídicas, es decir, calificaciones concretas de comportamientos humanos, así como son efectos jurídicos los que derivan del comportamiento de quien anda por la calle o ara su finca. Y esto aunque el deber concreto y el derecho concreto que nacen de tales acciones puedan parecer menos evidentes que los que derivan del requerimiento de pago, porque no están previstos expresamente por la ley.

Pensar de otro modo significa admitir que existen acciones humanas jurídicamente indiferentes, no calificadas o valoradas por el derecho, esto es, caer en una auténtica incongruencia.

Normalmente la doctrina estima que son actos jurídicos solamente los típicos o formales previstos y descritos explícitamente por la ley. Nosotros pensamos que el carácter formal y la tipicidad no son una nota necesaria del acto jurídico, sino un carácter accidental del mismo.

Los actos jurídicos formales o típicos no agotan la categoría del acto jurídico, sino que son únicamente un grupo limitado dentro de ella. Esto se ve todavía mejor si se consideran los actos jurídicos ilícitos. Nadie niega que sean actos jurídicos. Pero nadie podrá afirmar que sean actos típicos o formales.

Su tipicidad no podría basarse sino en su ilicitud, es decir, en el hecho de ser lesivos de una norma jurídica y por consiguiente un derecho subjetivo; y entonces se comprende en seguida que no es una tipicidad mayor o más definida que la que se puede reconocer a cualquier acto lícito, que

precisamente por ser tal no viola ninguna norma jurídica ni ningún derecho subjetivo, pero constituye un acto de ejercicio de un derecho subjetivo.

Precisado en este sentido el concepto de acto jurídico, necesariamente tiene que parecer inaceptable la tesis que ve una manifestación de poder en todo acto jurídico. ¿Quién hablaría del poder (se entiende poder jurídico, no de hecho) de realizar un mero acto ilícito?, y para no salir del ámbito de lo lícito, ¿quién hablaría del poder de pasear por la calle o de arar la finca propia?

Hacer del poder un antecedente necesario de todo acto jurídico (esto es, incluso de los meros actos) se revela erróneo incluso a quien se coloque en el punto de vista de la doctrina tradicional. En efecto, si el poder es poder jurídico en cuanto determina una modificación jurídica, si el poder se ejercita mediante un comportamiento consciente y voluntario, no se ve por qué esta conciencia y voluntad no deban tener por objeto la modificación jurídica misma.

En los meros actos jurídicos, sean lícitos o ilícitos, la modificación jurídica, los efectos jurídicos, no están conformados por la voluntad del agente, sino por completo predeterminados por la ley, mientras que en los actos normativos, y por consiguiente, permaneciendo en el ámbito del derecho privado, en los negocios jurídicos, los efectos están previstos en el mismo negocio, que contiene su regulación, regulación creada precisamente, al menos en parte, por el agente y no establecida por la ley.

Ahora bien, parece lógico ensar que cuando el agente no hace más que desatar efectos jurídicos, es decir, se limita a hacer entrar en acción normas cuyo contenido no determina de ninguna manera, no ejercita un poder jurídico, sino un mero poder de hecho, es decir, da existencia al hecho al que la ley conecta concretos efectos jurídicos.

El mero acto, igual que el mero hecho, actúa en la producción de los efectos jurídicos como mero instrumento causal. Lo mismo que no tendría sentido hablar de poder para los meros hechos, lo que equivaldría a atribuir el poder incluso a cosas materiales y a animales (al río que cambia de cauce, a las porciones de terreno que se separan de un fundo ribereño para unirse a otro fundo, al enjambre de abejas que huye, etc.), así no tiene sentido atribuir un poder al agente en el mero acto, porque también aquí el efecto jurídico, la concreción de la norma, es del todo independiente de la voluntad del agente.

Se trata, ciertamente, de actos, y por consiguiente de comportamientos voluntarios, pero la voluntariedad no va más allá del acto, mientras que es ciega respecto al efecto jurídico, el cual le es conectado sin que deba existir entre éste y la voluntad del agente ningún punto de contacto, incluso contra la misma voluntad del agente.

El razonamiento tiene valor no sólo para los actos ilícitos y los actos lícitos no expresamente previstos y tutelados, sino también para la más restringida categoría de los actos jurídicos típicos o formales. Los meros actos, por consiguiente, no pueden, en nuestra opinión, ser expresión de poderes jurídicos en ningún caso.

En conclusión, creemos poder reafirmar que el concepto de poder jurídico debe entenderse en el sentido de poder normativo; que, en particular, en el derecho privado el poder representa el antecedente subjetivo del negocio jurídico y no del mero acto jurídico, sea éste formal (o típico) o no formal (atípico).

Para completar el examen de la doctrina, debemos volver de nuevo sobre la afirmación, compartida por la mayoría, de que el poder sea ciertamente el antecedente de los meros actos jurídicos, pero sólo de los lícitos.

Nosotros, que sostenemos que los meros actos no son manifestación de poder jurídico, tampoco aceptamos la afirmación de que el poder se manifieste siempre en actos normativos lícitos. En el derecho privado no es difícil encontrar casos en que el acto normativo (es decir, el negocio jurídico) es ilícito y no obstante válido, es decir, casos en que el poder sobrepasa en sus manifestaciones los límites de la licitud. Esto se verifica cuantas veces el derecho no niega la validez a un negocio jurídico que viole un derecho cualquiera, sino que se limita a imponer el deber de resarcir el daño.

Por consiguiente, rechazamos por una parte, por demasiado amplio, el concepto de poder como antecedente de toda acción jurídica lícita, y por otra parte rechazamos, por demasiado restringido, el concepto de un poder que no puede salir del campo de lo lícito, de un poder que no puede concretarse más que en actos de ejercicio de derechos subjetivos.

Así, pues, admitimos que puede haber actos ilícitos que sean manifestación de poder jurídico. Pero debe tratarse de actos ilícitos normativos, esto es, en el campo privado, de negocios ilícitos. Estamos, pues, muy lejos de quienes sostienen que todos los actos ilícitos, indiscriminadamente, son manifestación de poder.

También quienes hacen del poder el antecedente necesario de todo acto jurídico lícito, incluyendo los meros actos, han sentido la necesidad de negar que el cumplimiento de la obligación constituya un acto de ejercicio de poder.

Pero una vez definido el poder como fuerza activa de producir una modificación jurídica mediante un acto voluntario y lícito, no se ve cómo puede excluirse del número de los actos de ejercicio de poder, el cumplimiento, que es precisamente acto voluntario (aunque debido), lícito y productor de efectos jurídicos (el principal de los cuales es la extinción de la obligación).

El cumplimiento no es para nosotros manifestación de poder porque no es, al menos en la mayor parte de los casos, un acto normativo, es decir, negocio jurídico. Pero en las hipótesis en que el cumplimiento consiste en realizar un negocio jurídico, entonces se convierte sin duda en acto de manifestación de poder. Un acto de ejecución de un mandato jurídico o acto debido puede tener la naturaleza y la estructura de un acto normativo.

Por lo demás, la misma doctrina dominante no duda en reconocer carácter negocial al contrato definitivo, y con esto admite que la obligatoriedad de un acto puede conciliarse con su negocialidad, es decir, según nuestra tesis, con su carácter de acto de manifestación de poder.

CONCLUSIONES

Concluir un trabajo de tesis parecería ser la parte más sencilla de todo el documento; sin embargo, lograr resumir en unas cuantas cuartillas la teoría que sostiene el tesista, es realmente complicado, por lo que -para su mejor comprensión- lo dividimos en apartados.

1. La idea original del tema nació como consecuencia de darnos cuenta que no existe un tratado, una obra doctrinaria que reúna a todos los contratos atípicos de Derecho Privado conocidos hasta el momento, aunque no perfectamente estudiados. Más aún, no existen fascículos o folletos que traten en forma general alguno de los temas aquí analizados, de no ser la propaganda de algunas instituciones bancarias, que lejos de instruir al lector, le complican la posibilidad de comprender el contrato que pretende realizar.
2. Aunado a lo anterior, se antepone la vocación docente del tesista, por lo que el documento tiene un corte eminentemente pedagógico, donde lo trascendente es entender la naturaleza jurídica de la institución que se analiza y sus alcances.
3. Debemos sostener que llegar a la existencia de una o varias leyes que logren regular de manera amplia, concreta y específica cada una de las figuras contractuales que aquí se estudian resulta utópico; la vida cotidiana siempre rebasa y seguirá rebasando al legislador; es más ingenioso el hombre común, que el hombre de leyes; es más práctico el ciudadano que busca realizar actividades productivas, que el jurista que intenta encuadrarlas dentro de la norma o crear normas específicas para regularlas. Sin embargo, el legislador es un servidor público que vive de los impuestos y tiene la obligación de buscar soluciones a los problemas legislativos; de allí que, aún sabiendo que

es muy posible no lograr soluciones –legislativamente hablando– para algunos problemas, sigamos exigiendo su pronta solución. Lo contrario sería caer en el conformismo y dejar de creer en un futuro mejor.

4. Se puede afirmar que hay necesidad de especificar en una ley de carácter federal que regule las relaciones contractuales atípicas, entre los particulares una serie de conceptos tales como la equidad, la imprevisión, la necesidad o la precontratación; que proteja a los nacionales en casos de desmedida ambición de sus socios o cocontratantes extranjeros, al igual que a ejidatarios y comuneros de las grandes empresas nacionales. Ello se puede lograr, incluyendo en el Código Civil Federal, un capítulo dedicado exclusivamente a la contratación no regulada por otras leyes, ya que el Código de Comercio y la mayoría de las leyes especiales mercantiles le reconocen expresamente su carácter de supletorio.
5. Desde los romanos se le ha atribuido a los contratos innominados un gran interés, a grado tal que crearon la figura de los pactos para tratar de entender un poco mejor estas convenciones. Destaca la figura de las arras, para garantizar la celebración de contratos. En la Edad Media, la influencia de la iglesia fue determinante; de allí que se le haya otorgado importancia mínima a problemas no contemplados por la legislación, ya que el Clero no podía ejercer presión en esos casos. La Edad Moderna, se caracteriza por contratos que ahora son típicos –como los medieros y otras figuras similares– donde, sin embargo, el absolutismo llega a su máxima expresión e impide legislar en materia privada. La llegada de la Época Contemporánea –particularmente, en Francia, con Napoleón I– da un giro de ciento ochenta grados en materia de Derecho Privado, al legislar el Código que lleva su nombre; el cual contiene infinidad de disposiciones que a la fecha

siguen vigentes y fueron recogidas por nuestros legisladores en los Código Civiles de 1870, 1884 e inclusive en el de 1928, donde destaca el reconocimiento expreso a figuras contractuales no legisladas. En la actualidad, la libertad contractual se ha visto restringida, en ocasiones por tendencias socializantes y en otras por ideales de equidad; en ambos casos, se ha logrado, algo, muy poco, al establecer principios lógico-jurídicos para figuras contractuales atípicas. La economía transnacional nos ha impuesto una infinidad de convenciones que no imaginábamos siquiera; algunas nacidas del concepto anglosajón de la propiedad, otras del interés por fomentar la circulación económica y aumentar las fuentes de trabajo, tan necesarias en nuestros días. Por lo que concluimos esta parte diciendo, que si el jurista no se actualiza en mundología será irremediabilmente desplazado por los tecnócratas y economistas, quienes a todo le encuentran una solución práctica.

6. Al adentrarse en el estudio del tema fue necesario repasar las principales características de la Teoría de las Obligaciones en el Derecho Privado; de allí que analizamos las tendencias consensuales del Derecho Mercantil, el interés de los contratantes por agilizar y desburocratizar sus relaciones jurídicas, la internacionalización del Derecho Mercantil, el interés – tanto nacional como extranjero – de unificar el Derecho Privado, las obligaciones mercantiles propiamente dichas; sin que existan disposiciones legales que ex profeso las regulen; algunas de las formas más comunes del cumplimiento de las obligaciones; la posibilidad de establecer ganancias adicionales para una de las partes –mediante el financiamiento de sus obligaciones–; la regulación que al respecto contemplan las leyes comercial y civil federal y local, donde las tres disponen porcentajes diversos. Analizamos asimismo, la legislación protectora de los consumidores y dejamos en claro que ya es poco lo que tiene de protectora. Más

adelante especificamos conceptos como la solidaridad y la prescripción, de enorme importancia en las relaciones jurídicas innominadas. Para concluir, señalamos la necesidad de reformar nuestro Código Civil Federal, para que incluya reglas más específicas en materia contractual en general.

7. Analizamos a grandes rasgos el Contrato de Derecho Privado, mediante el establecimiento de su diferenciación en cuanto a su naturaleza civil o mercantil; la idea de la formalidad en la economía actual, que se contrapone con la idea de la legislación civil; las nuevas formas de contratación; la representación en materia mercantil; un somero análisis de los contratos de duración, para terminar señalando que ya la Organización de las Naciones Unidas ha tomado cartas en el asunto, mediante el UNIDROIT, que es el reflejo de la intención de unificar en definitiva el Derecho Privado, cuando menos del derecho privado internacional. Concluimos señalando la necesidad de aceptar disposiciones internacionales para la regulación de contratos con ese carácter y aún para contratos celebrados entre nacionales únicamente.
8. Sostuvimos y mantenemos que las normas generales del Derecho Civil son aplicables al Derecho Privado, en general; debemos aceptar las nuevas formas de perfeccionamiento del consentimiento que contempla la vida diaria. La importancia que hoy tienen los corredores públicos y privados, así como la necesidad de limitar los alcances de la pena convencional. La celebración de contratos, donde uno de los contratantes se mantiene en el anonimato y sin embargo manifiesta su consentimiento a través de un representante. Concluimos diciendo que es indispensable aceptar, legislativamente hablando, la realización de este tipo de convenciones jurídicas.

9. La libertad sin límites es libertinaje, al respecto no hay discusión; pero una libertad acotada a grado tal que impida la celebración de contratos es también inconveniente, ya que estanca la economía – que quierase o no, marca la pauta en las relaciones jurídicas de la actualidad– por lo que se hace necesario revisar a fondo la ley de protección del consumidor vigente; ya que lejos de proteger, estorba y limita la actividad económica productiva de diversos sectores.

10. Al descifrar la idea del contrato atípico, surge la necesidad de diferenciar entre lo atípico jurídico y lo atípico social, donde lo primero, implica inaceptabilidad del contrato por parte de la comunidad; así tenemos que el contrato de esclavitud será atípico jurídica y socialmente hablando, mientras que el *joint venture*, será atípico jurídico y típico socialmente. Señalamos que la sociedad, al imponer nuevas figuras contractuales, ha obligado al legislador a regularlas; aunque por desgracia, en México, primero han sido gravadas por disposiciones fiscales que legisladas en cuanto a su contenido, efectos y naturaleza. Especificamos cuáles deben ser las soluciones para casos de contratos atípicos y aún para contratos nominados, con deficiente regulación; baste señalar el contrato típico por excelencia en el Derecho Mercantil, la compraventa, sobre el cual, en ocasiones, hay que recurrir a normas supletorias para complementar su estudio.

11. Estudiamos los contratos atípicos que el tesista consideró más relevantes; no son todos los que están, ni están todos los que son, es decir, hay algunos contratos –como el arrendamiento financiero– que sí está regulado por la ley y sin embargo se incluye dada su deficientísima regulación; hay otros contratos atípicos, como el de opción, que únicamente se incluye en capítulos específicos y como modalidad de otro contrato, no como contrato en sí mismo.

12. Destaca que cada uno de los contratos que se incluyeron sí pueden reglamentarse de manera concreta y específica; ésta es la propuesta; que se reglamenten los contratos, en particular los que aquí se analizaron.
13. En materia de comercio electrónico, hay infinidad de novedades y las seguirá habiendo; se hace necesario, pues, la legislación de principios generales, ya que en criterio del tesista, una ley que contemple pormenorizadamente las figuras jurídicas vigentes ahora, será obsoleta sino en meses, sí en menos de tres años.
14. La novedad más reciente, el contrato de *outsourcing*, que a pesar de su nombre, parece tener origen ibérico, se incluyó para terminar de dar la idea de lo rezagados que estamos en materia contractual.
15. Dictar una serie de disposiciones generales –más amplias, más concretas, más apegadas a la realidad – es una alternativa viable; legislar para cada uno de los contratos que se incluyeron es una evidente necesidad; legislar en general, con la asesoría de especialistas en comercio electrónico e informática jurídica, es imperioso para darle seguridad jurídica a estas relaciones y reconocer de manera expresa la existencia real de los documentos virtuales – incluyendo las diversas formas de suscribirlos, ya no mediante la firma escrita, que ni siquiera está definida por la ley mexicana, la NIP (número de identificación personal), las barras de códigos, los *password*, la huella digital, la huella ocular y otras muchas.
16. La posibilidad jurídica de generar contratos atípicos requiere de una fundamentación teórica, la cual se encuentra, de acuerdo al tesista, en la teoría del negocio jurídico y la autonomía privada.

17. De acuerdo a esta teoría, el derecho subjetivo no puede existir sin una norma sobre la cual fundarse y, añadimos, no puede concebirse si no se le coloca en una relación. El derecho subjetivo es esencialmente pretensión de un sujeto hacia otro u otros sujetos; está, por lo tanto, por su naturaleza, destinado a vivir en una relación. Es un hecho social y no meramente individual, como es un hecho social el derecho objetivo, la norma.

18. Apenas es necesario advertir que esta toma de posición nuestra va dirigida contra el individualismo concebido como doctrina que pretende, en el campo de la ciencia jurídica, atribuir a los derechos subjetivos (se entiende, positivos) una primacía o una precedencia respecto a la norma, al derecho objetivo (igualmente positivo). En el plano jurídico, el individualismo no tiene ningún sentido. El momento individual de la vida humana cae fuera del derecho; para éste tiene únicamente importancia el momento social; o mejor, el derecho es el momento social (aunque no toda la socialidad se resuelve o agota en el derecho).

19. El individualismo se manifiesta como una doctrina insostenible no sólo en cuanto propugna una primacía del derecho subjetivo respecto del objetivo, sino también en cuanto pretende atribuir a la voluntad individual una originaria virtud creadora de relaciones jurídicas y, por lo tanto, de derechos subjetivos. El individuo como tal, es decir, fuera de un ordenamiento social no es concebible ni como titular de derechos subjetivos ni como creador de ellos. Si puede realizar negocios jurídicos, de los que derivan deberes y derechos, lo hace sólo en cuanto miembro de una sociedad jurídicamente organizada, y en cuando autorizado o habilitado por la organización jurídica.

20. Existen en los ordenamientos jurídicos positivos normas particulares que confieren precisamente a los sujetos privados el poder de concluir negocios jurídicos. En esas normas encuentra su fundamento la validez de estos negocios.
21. El negocio (y, por tanto, el contrato) sigue siendo fuente de deberes, de facultades, de derechos (y, por lo tanto, también de obligaciones), precisamente porque es fuente normativa; es decir, tiene un contenido de normas. Si los deberes y, por consiguiente, las facultades y los derechos derivan siempre del derecho objetivo, contrariamente a lo que piensa el subjetivismo individualista, y si del negocio derivan deberes y facultades, esto querrá decir que también el negocio crea derecho objetivo.
22. El poder, en el campo jurídico, es siempre poder normativo y no puede manifestarse más que a través de mandatos jurídicos, es decir, mediante la creación de normas.
23. Hoy, en el llamado Estado de derecho, el Estado y sus órganos están sometidos al derecho. El célebre principio de la igualdad de todos ante el derecho, que es presentado como una conquista de las modernas revoluciones, corresponde a una exigencia intrínseca de todo ordenamiento jurídico. La idea del derecho implica la de la igualdad y esta idea, este principio, domina tanto en el derecho privado como en el público, siempre que tal derecho esté totalmente integrado en la esfera jurídica.
24. En el momento en el que el derecho se crea, cuando está todavía en la esfera del sujeto creador, no hay mandatos jurídicos, no hay quien manda y quien debe obedecer; el mandato jurídico, la voluntad que ordena a las voluntades, nace precisamente en el instante en que la

voluntad subjetiva se separa del sujeto y se hace objetiva; pero en este momento, precisamente en virtud de esta su objetivación, no se puede ya hablar del poder de mando de un sujeto: quien manda es ahora únicamente el derecho. Todo el poder se agota en la creación de mandatos jurídicos válidos y la fuerza vinculante de tales mandatos no es ya reconducible al poder, sino que es precisamente la fuerza vinculante del derecho.

25. La única forma de subordinación que puede admitirse en el campo jurídico es la subordinación al derecho, así como la única forma de imperio es el imperio del derecho. Todos nosotros, como particulares y como órganos del Estado, estamos sometidos al derecho.
26. Hemos negado todo fundamento racional al subjetivismo individualista, que sin embargo ha tenido tanta influencia en las doctrinas civilistas; después hemos combatido el subjetivismo en sus más moderna encarnación de subjetivismo estatal, forma ésta, como la anterior, incompatible con la idea del negocio jurídico como fuente de derecho.
27. Este enfoque puede considerarse nuevo en nuestra doctrina. La doctrina dominante se entretiene todavía en la tradicional y rancia polémica entre los mantenedores del dogma de la voluntad y los del dogma de la declaración, adoptando una u otra solución, aunque sea moderada por las teorías intermedias de la confianza y de la responsabilidad.
28. Los mantenedores del dogma de la voluntad identifican la voluntad negocial con la voluntad subjetiva de los autores del negocio; reducen la primera a la segunda, negando más o menos explícitamente que el negocio jurídico pueda contener otra voluntad que no sea la interna o

psicológica de los sujetos. Hacen de la voluntad subjetiva, es decir, de la voluntad como acontecimiento psíquico, el elemento esencial del negocio jurídico y no ven en él ninguna voluntad normativa u objetiva. Cuando afirman que debe prevalecer la voluntad sobre la declaración, no piensan en absoluto en una voluntad objetiva, sino únicamente en la voluntad real de las partes.

29. A los mantenedores del dogma de la declaración hay que objetarles que el negocio jurídico no es únicamente declaración, es decir, palabras, y que no puede degradarse a mera forma externa. Tiene, en todo caso, un contenido, un significado propios, una realidad interna que está debajo o dentro de la declaración. Este contenido, esta realidad interna, se le llama voluntad negocial, queriendo dar a la expresión el mismo significado que se atribuye, en su campo propio, a las expresiones voluntad de la ley o voluntad del legislador.
30. Lo mismo que la voluntad del legislador no es la voluntad de un sujeto, ni siquiera la voluntad del sujeto Estado, sino la voluntad objetiva o normativa de la ley, así la voluntad negocial no es más que la voluntad normativa u objetiva del negocio. Sólo la concepción normativa del negocio jurídico puede explicar la existencia de una intención, de una voluntad interna, que no se identifique con la voluntad de las partes; de una *voluntad interna al negocio*, es decir, de una voluntad objetiva. El negocio jurídico es, como cualquier otra fuente normativa, un acto creador, porque las normas no son solamente reveladas o declaradas por medio del negocio, sino creadas con él.
31. En particular, este último punto de vista nos permite, si no eliminar, al menos superar parcialmente la antítesis existente entre el dogma de la voluntad y el de la declaración, saliendo del formalismo en el que

se debaten los partidarios del dogma de la declaración, sin caer en el subjetivismo de la corriente opuesta; nos permite además defender la teoría del negocio jurídico contra las tendencias disgregadoras que niegan su razón de ser. El negocio jurídico, como concepto, es decir como instrumento de trabajo del jurista, se salva únicamente con la plena aceptación de la concepción normativa.

32. No hay absolutamente nada en el plano lógico que contradiga la inclusión de las normas negociales entre las normas jurídicas. También las normas negociales tienen los caracteres de la abstracción. Hay también en los negocios normas que regulan la conducta humana, esto es que prevén o suponen acciones u omisiones. Verificados los presupuestos de hecho de tales normas, el comportamiento humano no puede sustraerse a la calificación que se deriva de la norma negocial, lo mismo que de las demás normas jurídicas.
33. Algunos ven en el negocio jurídico sólo el presupuesto o la condición necesaria para el paso de la abstracta disposición de la norma a una figura particular de concreta calificación jurídica, es decir, el presupuesto o la condición de los efectos jurídicos, y en la autonomía privada una autorización para crear hipótesis de hecho que caigan bajo el imperio de la única norma jurídica admisible, esto es, de la estatal. Y no se advierte que el negocio no es solamente hecho o comportamiento sino que es un hecho o comportamiento que tiene un contenido normativo propio, es decir, que es a su vez fuente de normas y, por lo tanto, mediatamente, de calificaciones jurídicas.
34. La opinión de que los preceptos negociales, por ser preceptos concretos, no son susceptibles de concreción ulterior, es decir, de sanción, es absolutamente infundada, porque también el precepto

negocial, en cuanto norma jurídica, tiene los caracteres de la hipoteticidad y de la abstracción.

35. El negocio es fuente normativa y, en consecuencia, la autonomía privada es un poder de *crear* normas jurídicas.
36. La Suprema Corte de Justicia de la Nación es el máximo tribunal judicial mexicano, pero ello no ha impedido que sus integrantes – como humanos que son – decidan erróneamente algunos asuntos que son llevados a esa última instancia; sin compartir todas las tesis que en el apéndice se incluyen, éstas aparecen precisamente para incitar al legislador a que corrija las barbaridades que con leyes incompletas ha resuelto o se ha visto obligado a determinar nuestro tribunal supremo.

APÉNDICE

JURISPRUDENCIA Y TESIS JUDICIALES

Por considerar de interés para complementar el presente documento hemos agregado los siguientes criterios emitidos por el máximo tribunal de la República, la Suprema Corte de Justicia de la Nación; inclusive, por ser poco conocidas, incluimos todas las tesis que sobre anatocismo fueron emitidas el 7 de octubre de 1998.

ACTOS DE COMERCIO, LA LEGISLACIÓN APLICABLE SUPLETORIAMENTE A LOS, ES EL CÓDIGO CIVIL FEDERAL. Las disposiciones del derecho común cuya aplicación supletoria a los actos de comercio permite el artículo 2º del Código de Comercio, son las del Código Civil Federal y no las del Sustantivo Civil Local, puesto que la materia mercantil es federal, en los términos del artículo 73, fracción X, de la Constitución Federal.

Segundo Tribunal Colegiado en materia civil del Tercer Circuito. Página 599. Amparo directo 254/86. Anacleto Guerra Tapia. 21 de septiembre de 1988. Unanimidad de votos. Ponente: Gilda Rincón Orta. Secretario: Enrique Gómez Mendoza.

AGENTES DE COMERCIO. CUÁNDO SON SUJETOS DE DERECHO DEL TRABAJO. La expedición de la Constitución de 1917, especialmente el artículo 123, inició trascendentales reformas a la legislación vigente fundamentalmente en la legislación civil, en los capítulos relativos al servicio doméstico, al servicio por jornal, al contrato de obras a destajo o precio alzado, al contrato de aprendizaje, que se reafirmaron y ampliaron con la expedición de las leyes del trabajo en las distintas entidades y se consolidaron con la expedición de la Ley Federal del Trabajo del 18 de agosto de 1931. La transformación de los efectos de los contratos regidos por la legislación ordinaria civil y mercantil fue confirmada por las resoluciones del Pleno y de la Sala del Trabajo de la Suprema Corte, lo mismo que por la opinión de los mejores tratadistas universales del nuevo Derecho del trabajo. La legislación y la doctrina extranjeras se encaminan con toda certeza hacia la tesis de que los agentes de comercio pueden ser sujetos de Derecho del trabajo. La categoría jurídica de los agentes de comercio no es incompatible con la idea de relación de trabajo. El Derecho del trabajo nació para el trabajador industrial y lentamente se fue extendiendo a otras actividades; el derecho contemporáneo se ha dado cuenta de que los agentes de comercio pueden ser sujetos de relaciones laborales y que cuando las labores de esas personas se desarrollen en relación de subordinación, tienen el carácter de trabajadores. Esto es, los auxiliares de los comerciantes pueden o no ser trabajadores, lo cual depende de las condiciones en que se presten los servicios; pueden existir, y los hay efectivamente, agentes de ventas autónomos o agentes de seguro independientes, pero cuando el agente de ventas o de seguros ejerce su profesión de manera exclusiva y constante a favor de uno o más patrones y está sujeto a una remuneración, a comisión, previamente determinada y está obligado a seguir las instrucciones que se le giren, la relación jurídica es de trabajo. Nuestro Código de Comercio reglamente tres tipos de prestaciones de servicios: la comisión, los factores y los dependientes. Conviene dejar establecido que no existe

oposición entre el carácter de mandatario y el de trabajador, así como también que no existe incompatibilidad entre la función mercantil y el Derecho del trabajo. El Derecho del trabajo crea una relación entre patrón y trabajador; el derecho mercantil entre patrón y los terceros; una persona puede ser sujeto de contrato de trabajo y estar destinada su actividad a la ejecución de actos de comercio en nombre y por cuenta de su patrón; los actos de comercio que ejecute el trabajador crean relaciones entre los terceros y el patrono del trabajador, el derecho del trabajo forma la relación entre el patrono y el trabajador en ausencia de los terceros. Los comisionistas son personas que ofrecen sus servicios al público y en este aspecto son trabajadores libres en posición semejante a la de los profesionistas liberales. Los comisionistas como profesionistas liberales, no son trabajadores pero como éstos pueden también llegar a serlo. Las ejecutorias pronunciadas por la Cuarta Sala han contemplado diversos casos de agentes de comercio: vendedores de máquinas de coser, agentes de seguros, agentes de publicaciones, agentes viajeros, etc., y pueden concluirse que de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte los agentes de comercio son trabajadores. El contrato de los agentes de comercio tiene modalidades especiales. Si consideramos su origen, constituye una actividad libre; está encargado de procurar o concluir negocios para una empresa, pero no tiene obligación de proporcionar un número determinado de ellos; su remuneración depende del volumen de negocios que proponga; no está sujeto a horarios de trabajo y puede trabajar para distintas empresas. Pero esta condición de actividad libre se ha vuelto ilusoria. La vida contemporánea ha ido ligando a los agentes de comercio como los profesionistas han perdido su libre actividad y su independencia económica, índices de que estamos ante una transformación de la institución que nos coloca frente al derecho del trabajo. Por otra parte, los agentes de comercio se han convertido en elementos indispensables para la venta de los productos de la empresa. El Derecho del trabajo es el derecho común para las prestaciones de servicios. Sus normas alcanzan a proteger a los agentes de comercio que no tienen agencia establecida, ni son empresarios, ni cuentan con capital alguno. En otras palabras, el agente de comercio es trabajador y se encuentra protegido por la Ley Federal del Trabajo si se da el elemento esencial de la relación de trabajo: subordinación (dirección y dependencia) a otra persona o a una empresa.

Competencia 148/62, entre la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje de la ciudad de México, Distrito Federal, y el Juez Noveno de lo Civil de la misma ciudad, para conocer del juicio entablado por Alfonso Arteaga Ugalde en contra de la negociación "América", Compañía General de Seguros, S.A., fallada el 21 de septiembre de 1965, por mayoría de 15 votos de los CC. Ministros: Huitrón, Tena Ramírez, Rivera Silva, Mercado Alarcón, Rivera Pérez Campos, Martínez Ulloa, Castro Estrada, Azuela, González Blanco (que sustituyó al Ministro González de la Vega), Padilla Ascencio, Salmorán de Tamayo, Yáñez Ruiz, Guerrero Martínez, Carvajal y Presidente por ministerio de la Ley Mendoza González, contra el del Ministro Rebolledo. Fue relator el Ministro Yáñez Ruiz. Informe 1965, Pleno, pág. 154.

AGENTE DE COMERCIO Y DE SEGUROS. RELACIÓN LABORAL. Por disposición del artículo 285 de la Ley Federal del Trabajo, los agentes de comercio y seguros son trabajadores de la empresa a la que prestan sus servicios, con las excepciones a que el propio artículo se refiere: que no ejecuten personalmente el trabajo o que únicamente intervengan en operaciones aisladas, de tal manera que, si se niega la relación laboral cuestionándose que el agente no es trabajador, la defensa sólo será válida si se demuestran la o las excepciones a que el propio artículo se refiere.

Cuarta Sala. Semanario judicial de la Federación. 7ª época. Vol. 139-144, parte quinta, pág. 69. Amparo directo 1399/80. La Latinoamericana, Seguros, S.A. 8 de septiembre de 1980. Unanimidad de 4 votos. Ponente: María Cristina Salmorán de Tamayo. Secretario: F. Javier Mijares Navarro. Precedentes:

Amparo directo 6862/79. Luis Platas Sagardi. 25 de agosto de 1980. Unanimidad de 4 votos. Ponente: María Cristina Salmorán de Tamayo. Secretario Marco Antonio Arroyo Montero.

Amparo directo 3510/74 Banco Capitalizador e Inmobiliario de Monterrey, S.A. 21 de Febrero de 1975. 5 votos. Ponente: María Cristina Salmorán de Tamayo. Secretario: Marco Antonio Arroyo Montero.

Relacionada:

Amparo directo 3225/73. Óscar Díaz Murrqueta Martínez. 20 de marzo de 1974. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Ramón Canedo Aldrete. Secretario: Julio Ibarrola. Informe 1980. Cuarta Sala, núm. 36 pág. 34.

APERTURA DE CRÉDITO ADICIONAL PARA EL PAGO DE INTERESES CAUSADOS, PACTADA EN EL MISMO INSTRUMENTO O EN OTRO. POR SÍ SOLA, NO CONSTITUYE SIMULACIÓN. De acuerdo con el artículo 2180 del Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, "Es simulado el acto en que las partes declaran o confiesan lo que en realidad no ha pasado o no se ha convenido entre ellas", y del artículo 2183 del mismo ordenamiento se infiere que, con el acto simulado, las partes tienen la intención de causar perjuicio a un tercero o de transgredir la ley. Estas consideraciones permiten comprender que en el contrato de apertura de crédito adicional que celebra una persona con un banco con objeto de disponer del crédito necesario para cubrir los intereses devengados con motivo de otro contrato bancario celebrado en el mismo instrumento o en uno distinto, no adolece de simulación, en primer lugar, porque no se ve que haya ningún tercero que pueda resultar perjudicado ni, obviamente, la dañada intención de los contratantes en este sentido y, en segundo lugar, porque no puede haber transgresión a la ley, porque estando configurada la apertura de crédito en los artículos 291 a 301 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, como un contrato mediante el cual el acreditante se obliga a poner una suma de dinero - entre otras posibles obligaciones - a disposición del acreditado, para que éste haga uso del crédito "en la forma y en los términos y condiciones convenidos", debe admitirse que no está vedada la convención que permita disponer de dicho crédito para el eventual pago de intereses; y si, por otra parte, coincide la realidad de los hechos con el pacto jurídico, del que aparece que el acreditado se obligó a efectuar pagos parciales con intereses, debe concluirse que en esos términos, la sola celebración del contrato de apertura de crédito adicional no adolece de simulación.

Tesis Jurisprudencial Núm. 56/1998 (Pleno)

Contradicción de tesis 31/98.- Entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado del Vigésimo Tercer Circuito y otros y el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito y otros.- 7 de octubre de 1998.- Unanimidad de once votos.- Ponente: Juventino V. Castro y Castro.- Secretario: Arturo Aquino Espinosa.

APERTURA DE CRÉDITO ADICIONAL PARA EL PAGO DE INTERESES CAUSADOS, PACTADA EN EL MISMO INSTRUMENTO O EN OTRO. NO ENCUBRE EL ESTABLECIMIENTO ILÍCITO DE INTERESES SOBRE INTERESES. Esta Suprema Corte, interpretando los artículos 2º y 291 a 301 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, en relación con la Ley del Banco de México que resulta aplicable por la remisión que hace el artículo 6º de la Ley de Instituciones de Crédito, ha establecido que en los contratos de apertura de crédito puede, válidamente, pactarse la capitalización de intereses. Por lo tanto, no cabe admitir la objeción de que los contratos de apertura de crédito adicional para disponer del crédito necesario para pagar los intereses causados con motivo de otro contrato bancario celebrado en el mismo instrumento o en uno distinto, encubra la capitalización de intereses o un pacto de pagar intereses sobre intereses, en virtud de que el pretendido engaño que invoca el acreditado parte, necesariamente, del supuesto de que estos actos son ilícitos, cuando lo cierto es que no lo son dentro

del contrato de apertura de crédito y que, por ello, no es dable aceptar la intención dolosa de la institución bancaria. Esta conclusión se pone de manifiesto con mayor claridad, si se tiene en cuenta que el contrato de apertura de crédito para solventar intereses, puede ser convenido con el mismo banco con el que se pactó la obligación primaria, pero en instrumento distinto, o bien, con otro banco, hipótesis en las que se evidencia que ni siquiera puede existir, materialmente, capitalización de intereses.

Tesis Jurisprudencial Núm. 57/1998 (Pleno)

Contradicción de tesis 31/98.- Entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado del Vigésimo Tercer Circuito y otros y el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito y otros.- 7 de octubre de 1998.- Unanimidad de once votos.- Ponente: Juventino V. Castro y Castro.- Secretario: Arturo Aquino Espinosa.

APERTURA DE CRÉDITO ADICIONAL PARA EL PAGO DE INTERESES CAUSADOS, PACTADA EN EL MISMO INSTRUMENTO O EN OTRO. SU APROVECHAMIENTO NO IMPLICA LA EXISTENCIA DE FALSEDAD IDEOLÓGICA O SUBJETIVA. En la tesis publicada en el Semanario Judicial de la Federación, Séptima Época, Cuarta Parte, Tomo 163-168, página 117, la anterior Tercera Sala de esta Suprema Corte ha establecido, con base en el artículo 8º, fracción VI, de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, que existe falsedad ideológica o subjetiva cuando en un título de crédito las partes hacen constar en él, algo que en realidad no sucedió. Este criterio, sin embargo, no es aplicable a los contratos de apertura de crédito adicional que las personas celebran con un banco para que éste ponga a su disposición el crédito necesario para cubrir los intereses causados derivados de otro contrato bancario celebrado en el mismo instrumento o en uno distinto; la inaplicación deriva no sólo del hecho de que la apertura de crédito es una figura jurídica distinta de un título de crédito, sino también y fundamentalmente, de que en aquel contrato las partes hicieron constar lo que sucedió en la realidad y que, en su oportunidad, tuvo plena y válida ejecución, sin que sea obstáculo para esta conclusión el hecho de que no se haya entregado materialmente al acreditado el dinero para pagar los intereses, sino que solamente se hayan efectuado asientos contables por el acreditante, ya que aquél recibió, de igual manera, el beneficio de ver pagados los intereses a su cargo, además de que siendo el contrato de naturaleza consensual, no requiere para su perfeccionamiento de la entrega del dinero, y de que el artículo 52 de la Ley de Instituciones de Crédito permite esta clase de asientos y les da, en su caso, efectos liberatorios.

Tesis Jurisprudencial Núm. 58/1998 (Pleno)

Contradicción de tesis 31/98.- Entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado del Vigésimo Tercer Circuito y otros y el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito y otros.- 7 de octubre de 1998.- Unanimidad de once votos.- Ponente: Juventino V. Castro y Castro.- Secretario: Arturo Aquino Espinosa.

APERTURA DE CRÉDITO. LA CERTIFICACIÓN DEL CONTADOR DEL ACREDITANTE, VINCULA AL CONTRATO, CONSTITUYE TÍTULO EJECUTIVO, SIN NECESIDAD DE QUE SU AUTOR LA RATIFIQUE ANTE LA PRESENCIA JUDICIAL. El artículo 108 de la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares al que corresponde el actual 52 de la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito otorga carácter ejecutivo a la certificación del contador del banco acreditante, vinculada al contrato de apertura de crédito. Para que dicha certificación tenga valor probatorio, no se requiere que quien la suscribió comparezca al juicio para ratificarla, pues el referido artículo claramente

establece que este documento, junto con el contrato "será título ejecutivo, 'sin necesidad de reconocimiento de firma ni de otro requisito alguno'".

Tercera Sala. Semanario Judicial de la Federación. 7ª época, vol. 217-228, parte cuarta, pág. 24.

Amparo directo 2313/87. Herstal, S. A. de C. V. 1º de junio de 1987. Unanimidad de 5 votos. Ponente: Jorge Olivera Toro. Secretaria: Hilda Martínez González.

Precedente: Amparo directo 3783//83. Hilda Rivera Galderrama. 7 de marzo de 1984. 5 votos en los resolutivos y mayoría de 3 en los considerativos. Ponente: Mariano Azuela Gúitrón. Secretario: Jaime Marroquín Zaleta.

APERTURA DE CRÉDITO. LAS AMORTIZACIONES REALIZADAS POR EL DEUDOR CONVALIDAN LA NULIDAD RELATIVA DE QUE PUDIERA ADOLESCER LA CLÁUSULA EN QUE SE PACTA UN CRÉDITO ADICIONAL PARA PAGO DE INTERESES. Si de conformidad con lo dispuesto en el artículo 291 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, el acreditado puede hacer uso del crédito en la forma, términos y condiciones convenidos y se obliga a restituir la suma de que dispuso y a pagar los intereses, prestaciones, gastos y comisiones estipulados; y si el artículo 78 del Código de Comercio, aplicable supletoriamente a los contratos de apertura de crédito, establece que en las convenciones mercantiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse, es inconcuso que en este tipo de actos mercantiles rige la voluntad de las partes contratantes. Luego, si al celebrar un contrato de apertura de crédito, las partes convienen en que se otorgue al acreditado un crédito adicional para el pago de intereses, dado que no existe disposición legal alguna que prohíba tal convención, la cláusula relativa no adolece de nulidad absoluta. En tal virtud, las amortizaciones realizadas por el acreditado en los términos pactados, en todo caso, convalidarían, si la hubiere, por otra razón, la nulidad relativa, pues de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2234 del Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, el cumplimiento voluntario se tiene por ratificación tácita y extingue la acción de nulidad.

Tesis Jurisprudencial Núm. 61/1998 (Pleno)

Contradicción de tesis 31/98.- Entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito y otros y el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito y otros.- 7 de octubre de 1998.- Mayoría de diez votos (Juan N. Silva Meza votó en contra).-Ponente: Juventino V. Castro y Castro.- Secretario: Arturo Aquino Espinosa.

APERTURA DE CRÉDITO. NO SON NULAS LAS CLÁUSULAS QUE ESTABLECEN LA OBLIGACIÓN DEL ACREDITADO, DE AVISAR CON ANTICIPACIÓN SI RECHAZA LA DISPOSICIÓN DEL CRÉDITO ADICIONAL PARA PAGO DE INTERESES. De conformidad con lo dispuesto por los artículos 78 del Código de Comercio y 291 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, si se celebra un contrato de apertura de crédito conviniéndose que el acreditado pueda disponer del crédito para pago de intereses generados por otra obligación y, a la vez, se obliga a restituir la suma dispuesta y a pagar los intereses, prestaciones, gastos y comisiones que se estipulen, de acuerdo con el principio de que en este tipo de actos mercantiles rige la voluntad contractual, no son nulas las cláusulas que contengan la obligación del acreditado de dar aviso al banco con anticipación respecto de que no va a disponer del referido crédito adicional, en virtud de que, en la hipótesis examinada, al momento de firmar el convenio dicho acreditado otorga su consentimiento para que el acreditante aplique su importe para el fin convenido. Además, el que el acreditado desconozca el monto de los réditos que se van a generar en el período mensual respectivo, ello no impide que pueda dar el aviso multicitado, ni trae como consecuencia la nulidad de la cláusula relativa, toda vez que, por un lado, tiene como antecedente el pago realizado por el mes

anterior, que obviamente constituye una referencia de aproximación a la cantidad que está obligado a liquidar el mes siguiente, y por otro, no es presupuesto de validez del pacto el que deba conocer con exactitud el monto de la obligación, ya que basta con que exista una previsión económica de su parte para que pueda ejercitar la opción de disponer del crédito adicional condicionado al aviso previo.

Tesis Jurisprudencial Núm. 55/1998 (Pleno)

Contradicción de tesis 31/98.- Entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito y otros y el Primer Tribunal Colegiado del Vigésimo Segundo Circuito y otros.- 7 de octubre de 1998.- Unanimidad de once votos.- Ponente: Juventino V. Castro y Castro.- Secretario: Arturo Aquino Espinosa.

APERTURA DE CRÉDITO PARA EL PAGO DE PASIVOS. EL CONTRATO RELATIVO PACTADO CON INSTITUCIONES DE BANCA MÚLTIPLE PARA TAL FIN, NO ESTÁ REGIDO POR EL REGLAMENTO SOBRE INSTITUCIONES NACIONALES Y ORGANIZACIONES AUXILIARES NACIONALES DE CRÉDITO, NI ES CONTRARIO A LA LEY DE INSTITUCIONES DE CRÉDITO. Cuando en la celebración de un contrato de apertura de crédito, las partes convienen a la vez un crédito adicional que permita al acreditado, de serle necesario, cubrir el importe de los intereses a su cargo, evidentemente se está en presencia de un crédito para el pago de pasivos, operación que se encontraba prohibida por el artículo 8º, inciso b), del Reglamento sobre las Instituciones Nacionales y Organizaciones Auxiliares Nacionales de Crédito; sin embargo, tal disposición no resulta aplicable a la hipótesis examinada, en virtud de que, por una parte, en el propio artículo se restringió su aplicación exclusivamente a las instituciones que actualmente se conocen como banca de desarrollo, y a las organizaciones nacionales auxiliares de crédito, por lo que tal precepto nunca fue aplicable a la banca comercial, conocida actualmente como banca múltiple. Asimismo, debe resaltarse que el artículo 46, fracción VI, de la Ley de Instituciones de Crédito, faculta a dichas instituciones para otorgar préstamos o créditos, y el artículo 106 de la propia ley que establece cuáles son las actividades prohibidas a tales instituciones, no contempla la prohibición de referencia.

Tesis Jurisprudencial Núm. 51/1998 (Pleno)

Contradicción de tesis 31/98.- Entre las sustentadas por el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito y otros y el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito y otros.- 7 de octubre de 1998.- Unanimidad de once votos.- Ponente: Juventino V. Castro y Castro.- Secretario: Arturo Aquino Espinosa.

APERTURA DE CRÉDITO Y PRÉSTAMO MERCANTIL. LEGISLACIÓN APLICABLE A ESOS CONTRATOS EN MATERIA DE INTERESES. Del análisis de la normatividad relativa a los contratos de préstamo mercantil y a los contratos de apertura de crédito, conforme al principio de jerarquía normativa, que exige la aplicación de la norma específica frente a la genérica, de acuerdo con la naturaleza del contrato de que se trate, se colige que, en materia de intereses, lo previsto en el artículo 362 del Código de Comercio, resulta aplicable para los primeros, pero no para los segundos, que tienen regulación específica en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, cuyo artículo 2º hace aplicable la Ley de Instituciones de Crédito y que, conforme al artículo 6º de ésta, también resulta aplicable la Ley del Banco de México, reglamentaria de los párrafos sexto y séptimo, del artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. En efecto, de lo previsto por los artículos 358, 361 y 362 del Código de Comercio, relativos a los contratos de préstamo mercantil, se desprende que el legislador, en el precepto citado en último término, no limitó la libertad contractual en materia de intereses, sino que en defecto de la voluntad de las partes, estableció la aplicación de una tasa de interés del seis

por ciento anual, para el caso de mora. Sin embargo, tratándose de los contratos de apertura de crédito, que encuentran regulación en los artículos 291 a 301 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, en relación con los artículos 46, fracción VI, y 48 de la Ley de Instituciones de Crédito, que establecen que respecto a los intereses, resultan aplicables las disposiciones generales que al efecto emita el Banco de México, en términos de lo dispuesto en el artículo 3°, fracción I, de la Ley que regula a dicha institución financiera, no debe pasar inadvertido que por mandato del precepto constitucional mencionado, compete al Banco Central regular la intermediación y los servicios financieros.

Tesis Jurisprudencial Núm. 53/1998 (Pleno)

Contradicción de tesis 31/98.- Entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado del Vigésimo Primer Circuito y el Primer Tribunal Colegiado del Vigésimo Segundo Circuito.- 7 de octubre de 1998.- Mayoría de diez votos (Juventino V. Castro y Castro votó en contra).- Ponente: Juventino V. Castro y Castro.- Secretario: Arturo Aquino Espinosa.

APERTURA DE CRÉDITO Y PRÉSTAMO MERCANTIL. LEGISLACIÓN APLICABLE A ESOS CONTRATOS EN MATERIA DE INTERESES.

Del análisis de la normatividad relativa a los contratos de préstamo mercantil y a los contratos de apertura de crédito, conforme al principio de jerarquía normativa, que exige la aplicación de la norma específica frente a la genérica, de acuerdo con la naturaleza del contrato de que se trate, se colige que, en materia de intereses, lo previsto en el artículo 362 del Código de Comercio, resulta aplicable para los primeros, pero no para los segundos, que tienen regulación específica en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, cuyo artículo 2° hace aplicable la Ley de Instituciones de Crédito y que, conforme al artículo 6° de ésta, también resulta aplicable la Ley del Banco de México, reglamentaria de los párrafos sexto y séptimo, del artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. En efecto, de lo previsto por los artículos 358, 361 y 362 del Código de Comercio, relativos a los contratos de préstamo mercantil, se desprende que el legislador, en el precepto citado en último término, no limitó la libertad contractual en materia de intereses, sino que en defecto de la voluntad de las partes, estableció la aplicación de una tasa de interés del seis por ciento anual, para el caso de mora. Sin embargo, tratándose de los contratos de apertura de crédito, que encuentran regulación en los artículos 291 a 301 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, en relación con los artículos 46, fracción VI, y 48 de la Ley de Instituciones de Crédito, que establecen que respecto a los intereses, resultan aplicables las disposiciones generales que al efecto emita el Banco de México, en términos de lo dispuesto en el artículo 3°, fracción I, de la Ley que regula a dicha institución financiera, no debe pasar inadvertido que por mandato del precepto constitucional mencionado, compete al Banco Central regular la intermediación y los servicios financieros.

Tesis Jurisprudencial Núm. 53/1998 (Pleno)

Contradicción de tesis 31/98.- Entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado del Vigésimo Primer Circuito y el Primer Tribunal Colegiado del Vigésimo Segundo Circuito.- 7 de octubre de 1998.- Mayoría de diez votos (Juventino V. Castro y Castro votó en contra).- Ponente: Juventino V. Castro y Castro.- Secretario: Arturo Aquino Espinosa.

ARRENDAMIENTO. LA FIJACIÓN DEL PRECIO EN DÓLARES CUMPLE CON EL REQUISITO DE SER CIERTO Y DETERMINADO.

Si en un contrato de arrendamiento se pacta el precio en dólares americanos debe considerarse que esa suma de dinero resulta cierta y determinada, ya que por un lado bien puede estimarse como verdadera y auténtica, y por otro es dable afirmar que se conoce e identifica, ya que en esa hipótesis la suma que como renta se conviene se designa en dólares, pero no de los del curso corriente en Canadá ni en Cuba, sino

precisamente de aquellos que tienen curso legal en Estados Unidos de América, los que aparte de todo, ostentan una paridad singular frente a sus demás congéneres usados en cada uno de los países que integran la "Comunidad Internacional" y concretamente, muestran una actitud de constante fluctuación ante el peso mexicano. Por consiguiente, de conformidad con lo establecido por los artículos 2398 y 2399 del Código Civil en relación con los artículos 8º y 9º de la Ley Monetaria sí es posible legalmente celebrar ese tipo de contratos.

Amparo directo 6519/85. Infratec, S. A. de C. V. 27 de octubre de 1986. 5 votos. Ponente: Victoria Adato Green de Ibarra. Secretario: Luis Pérez de la Fuente. Amparo directo 11910/84. Constructora y Perforadora Tláloc, S.A. 16 de febrero de 1987. 5 votos. Ponente: Jorge Olivera Toro. Secretaria: Ma. Lourdes Delgado Granados. Amparo directo 11911/84. Constructora y Perforadora Tláloc, S.A. 16 de febrero de 1987. 5 votos. Ponente: Jorge Olivera Toro. Secretaria: Ma. Lourdes Delgado Granados. Amparo directo 393/86. Grutec, S.A. de C.V. 13 de abril de 1987. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Jorge Olivera Toro. Secretario: Agustín Urdapilleta Trueba. Ausente: Ernesto Díaz Infante. Amparo directo 8003/85. Geohidrología Mexicana, S.A. 13 de abril de 1987. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Jorge Olivera Toro. Secretario: Agustín Urdapilleta Trueba. Ausente: Ernesto Díaz Infante.

ARRENDAMIENTO. PRÓRROGA DEL CONTRATO DE. El derecho concedido al arrendatario para pedir que se prorrogue el arrendamiento por el término de un año, debe ejercitarse cuando todavía está en vigor el contrato, porque lo que no existe no puede prorrogarse.

Quinta época.

Tomo LXVII, pág. 3757. Ramírez, Palémón.

Tomo LXXVII, pág. 94. Castiello, Rafael.

Tomo LXXX, pág. 1101. Espinoza Chávez, Alfonso.

Tomo LXXXI, pág. 4072. Vega, Josefina.

Tomo LXXXIX, pág. 2442. García Vda. de Martínez, Julieta.

Apéndice 1917-1975, pág. 260.

Apéndice 1917-1975, pág. 264.

Apéndice 1917-1975, pág. 263.

ARRENDAMIENTO. TÁCITA RECONDUCCIÓN DEL CONTRATO DE. Los artículos 2486 y 2487 del Código Civil del Distrito Federal, se refieren a los contratos de plazo fijo pues al establecer que si después de terminado el arrendamiento, continúa el arrendatario, sin oposición, en el goce y uso del predio, y éste fuere urbano, el arrendamiento continuará por tiempo indefinido, modifican el contrato en cuanto a su duración, transformándolo de plazo fijo, a indefinido. La segunda parte del artículo 2487 citado, confirma esta conclusión, al disponer que el arrendatario deberá pagar la renta que corresponda al tiempo que exceda al del contrato, con arreglo a la que pagaba, pues sólo en los contratos a plazo fijo, se puede saber qué tiempo ocupó el inquilino el local, excediéndose del pacto originariamente, ya que en los arrendamientos indefinidos, no hay tiempo que exceda al del contrato, motivo por el cual no puede operar en ellos la tácita reconducción.

Quinta época.

Tomo LXXII, pág. 5690. Administración de los Ferrocarriles Nacionales de México.

Tomo LXXXIV, pág. 2658. Cía. de Inmuebles Trinidad, S.A.

Tomo LXXXVI, pág. 685. Cía. de Inmuebles Trinidad, S.A.

Tomo LXXXIX, pág. 1157. Ruiz Rivera, Manuel.

Tomo LXXXIX, pág. 2442. García Vda. de Martínez Julieta.

Apéndice de Jurisprudencia de 1917 a 1965 del Semanario Judicial de la Federación, cuarta parte. Tercera Sala, pág. 289.

ARRENDAMIENTO EN DÓLARES. A ELECCIÓN DEL ARRENDATARIO, EL PAGO DE LA RENTA PUEDE HACERSE EN ESA MONEDA O EN SU EQUIVALENTE EN MONEDA NACIONAL. El arrendamiento, por ser un acto de tracto sucesivo, programa en plazos de cumplimiento de la obligación de pagar la renta, de suerte que si el arrendatario pretende extinguir el débito en forma normal,

tendría que entregar el numerario de la moneda extranjera que pactó pero como el cumplimiento es un fenómeno de decisión particular del obligado, lo anterior no es óbice para que dicho deudor pueda elegir la forma legal señalada en el artículo 8º de la Ley Monetaria y, en consecuencia, se incline por entregar el equivalente en moneda nacional al tipo de cambio que rija en el lugar y fecha en que se haga el pago.

Amparo directo 6519/85. Infratec, S.A. de C.V. 27 de octubre de 1986. 5 votos. Ponente: Victoria Adato Green de Ibarra. Secretario: Luis Pérez de la Fuente.

Amparo directo 11910/84. Constructora y Perforadora Tláloc, S.A. 16 de febrero de 1987. 5 votos. Ponente: Jorge Olivera Toro. Secretaria: Ma. Lourdes Delgado Granados.

Amparo directo 11911/84. Constructora y Perforadora Tláloc, S.A. 16 de febrero de 1987. 5 votos. Ponente: Jorge Olivera Toro. Secretaria: Ma. Lourdes Delgado Granados.

Amparo directo 393/86. Grutec S.A. de C.V. 13 de abril de 1987. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Jorge Olivera Toro. Secretario: Agustín Urdapilleta Trueba. Ausente: Ernesto Díaz Infante.

Amparo directo 8003/85. Geohidrología Mexicana S.A. 13 de abril de 1987. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Jorge Olivera Toro. Secretario: Agustín Urdapilleta Trueba. Ausente: Ernesto Díaz Infante.

ARRENDAMIENTO FINANCIERO. EL ARTÍCULO 33 DE LA LEY DE ORGANIZACIONES Y ACTIVIDADES AUXILIARES EL CRÉDITO, AL PREVER, ANTE EL INCUMPLIMIENTO DEL ARRENDATARIO, UNA MEDIDA CAUTELAR Y PROVISIONAL, NO ES INCONSTITUCIONAL AL NO CONSTITUIR UN ACTO PRIVATIVO DE NATURALEZA DEFINITIVA.

Con relación a la garantía de audiencia establecida en el artículo 14 constitucional y a efecto de establecer qué actos no requieren de la observancia de la audiencia previa y cuales sí, existen criterios jurisprudenciales que distinguen entre actos de molestia y actos privativos. Ahora bien, a los primeros se les ha conceptualizado como aquellos actos que solamente restringen el ejercicio de algún derecho, de manera temporal, por tratarse de medidas provisionales con la finalidad cautelar respecto de ciertos bienes jurídicos que de otra manera no sería posible proteger con oportunidad, hasta en tanto se decida si procede o no la privación definitiva; en tanto que a los segundos, se les ha definido como aquellos actos que tienen por objeto la disminución, menoscabo o supresión, de manera definitiva, de derechos de los gobernados. Dentro de este contexto diferenciador de unos y otros actos, resulta que la medida que autoriza a decretar el artículo 33 de la Ley de Organizaciones y Actividades Auxiliares de Crédito, consistente en que en los contratos de arrendamiento financiero, al ser exigible la obligación y, ante el incumplimiento del arrendatario de las obligaciones consignadas en el mismo, la arrendadora financiera podrá pedir judicialmente la posesión de los bienes objeto del arrendamiento, no es inconstitucional, habida cuenta de que las necesidades de crédito justifican la tramitación de juicios de carácter ejecutivo, mismos que por su propia naturaleza se inician con un procedimiento de ejecución. En este orden de ideas, y toda vez que las características inherentes a la referida providencia cautelar son las que justifican su existencia, resulta ser constitucional porque se trata de una mera medida provisional que no requiere de la observancia de la garantía de previa audiencia.

Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Novena época. Tomo III, mayo de 1996. Tesis P./J. 20/96, pág. 25.

Amparo en revisión 1038/94. Construcciones Pesadas Toro, S.A. 24 de octubre de 1995. Mayoría de diez votos. Ponente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Secretaria: Susana Alva Chimal.

Amparo en revisión 1074/94. Transportes de carga Rahe, S.A. de C.V. 24 de octubre de 1995. Mayoría de diez votos. Ponente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Secretaria: Susana Alva Chimal.

Amparo en revisión 1150/94. Sergio Quintanilla Cobian. 24 de octubre de 1995. Mayoría de diez votos. Ponente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Secretaria: Susana Alva Chimal.

Amparo en revisión 1961/94. José Luis Reyes Carvajal. 24 de octubre de 1995. Mayoría de diez votos. Ponente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Secretaria: Felisa Díaz Ordaz Vera.

Amparo en revisión 576/95. Tomás Iruegas Buentello y otra. 30 de octubre de 1995. Mayoría de nueve votos. Ponente: Juventino Castro y Castro. Secretario: Teódulo Ángeles Espino.

ARRENDAMIENTO FINANCIERO. ES UN CONTRATO DE NATURALEZA MERCANTIL. El arrendamiento financiero aunque es una operación compleja puesto que participa de las notas características de una operación de crédito, del arrendamiento y de la compraventa, o sea que se compone de elementos diversos, debe considerarse como un contrato mercantil, dado que es claro el propósito de lucro que persigue el arrendador quien obtiene rendimientos del capital que invierte en el financiamiento, lo que hace que tenga las características del acto mercantil a que alude el artículo 75, fracciones I, II, V, VII y XIII del Código de Comercio; por ende, es diferente del arrendamiento civil, liso y llano o tradicional y de la compraventa en abonos; así que, no obstante las semejanzas o identidades parciales no puede ser subsumido o absorbido por tales figuras clásicas o tradicionales.

Tercera Sala. Semanario Judicial de la Federación. 7ª época, vol. 217-228, parte cuarta, pág. 29.
Amparo directo 12098/84. Salomón Issa Murra y Combugas, S.A. 19 de febrero de 1987. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Jorge Olivera Toro. Secretario: Waldo Guerrero Lázarez.

ARRENDAMIENTO FINANCIERO. ES UNA OPERACIÓN COMPLEJA QUE PARTICIPA DE NOTAS DIVERSAS. El arrendamiento financiero es una operación compleja puesto que participa de las notas características de una operación de crédito, del arrendamiento y de la compraventa, pues requiere de una erogación del arrendador quien mediante el pago de prestaciones periódicas concede el uso temporal de los bienes que adquiere y, además se puede pactar la venta de esos bienes para cuando termine el arrendamiento. Esto quiere decir que, como la connotación de la palabra, se compone de elementos diversos, o sea que es producto de una combinación entre esos tipos de contratos con los que tiene aparente similitud y, por ello, se presta a confundirlo con tales figuras; pero es innegable que cuando se celebra con una compañía arrendadora, en el itercontractus, hay un financiamiento del arrendador, ya sea que directamente pague el monto del precio de los bienes al proveedor, o que se lo entregue al arrendatario, para que éste a su vez haga el pago correspondiente al proveedor.

Tercera Sala. Semanario Judicial de la Federación. 7ª época, vol. 217-228, parte cuarta, pág. 29.
Amparo directo 12098/84. Salomón Issa Murra y Combugas, S.A. 19 de febrero de 1987. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Jorge Olivera Toro. Secretario: Waldo Guerrero Lázarez.

ARRENDAMIENTO FINANCIERO. LA CARGA FINANCIERA SI ES SUSCEPTIBLE DE GENERAR INTERESES MORATORIOS. Del artículo 25 de la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares de Crédito se obtiene que en el arrendamiento financiero el capital o monto de la operación se integra por el valor de adquisición del bien a arrendar, las cargas financieras y los demás accesorios que convengan los contratantes; de tal manera que la carga financiera, identificada en la práctica comercial como intereses y calculada sobre el valor de adquisición del bien objeto del arrendamiento, sí es susceptible de generar intereses moratorios, sin que ello implique contravención al artículo 363 del Código de Comercio, el cual establece que los intereses vencidos y no pagados no generan intereses, en virtud a que tal concepto no constituye propiamente un interés adicional al monto de la operación sino una parte del mismo que se integra por los gastos que haga la arrendadora al constituirse como intermediaria acreditante y por la ganancia o premio que tiene derecho a percibir, dada su propia naturaleza de sociedad mercantil.

Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Semanario Judicial de la Federación. 8ª época, tomo XIV, noviembre, tesis 1.1ª C. 85 C., pág. 413.

ARRENDAMIENTO FINANCIERO. LA LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA SE FUNDA EN EL CONTRATO PRINCIPAL Y NO EN LOS PAGARÉS DERIVADOS O RELACIONADOS CON EL CONTRATO DE. Conforme al contenido de la exposición de motivos de la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito, se hace una equiparación de las operaciones de arrendamiento financiero con las operaciones de crédito, de tal forma que debe de obtenerse como conclusión que las disposiciones legales tienen similar interpretación y alcance. Así tenemos que, en relación como la denominada contrato de crédito refaccionario, existe el artículo 325 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, precepto similar al numeral 26 de la ley en primer término mencionada, que prevén la suscripción como garantía colateral del negocio financiero que les da origen, títulos que difieren de los pagarés ordinarios y que se encuentran vinculados indisolublemente al negocio causal, sin que con ello se derogue el principio general contenido en el artículo 167 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, ya que el título no deja de tener la incorporación del crédito, ni su literalidad, y sólo se encuentra relacionado con el negocio causal, de tal forma que una acción cuyo objeto sea obtener el pago del adeudo, en ambos tipos de operaciones, esto es, la de crédito refaccionario y la de arrendamiento financiero, sólo puede instaurarse con la aportación conjunta del contrato, de la certificación del contador de la institución y con la exhibición del pagaré que, como se ha dicho, solamente es una garantía colateral del crédito plasmado en esencia en el contrato principal.

Tercer Tribunal Colegiado de Circuito. Semanario Judicial de la Federación. Novena época, tomo I, abril de 1995. Tesis 1. 3º c2c, página 126.

ASOCIACIÓN EN PARTICIPACIÓN. La asociación en participación es un contrato celebrado entre dos o más individuos o entidades por tiempo determinado o indeterminado, para llevar a cabo uno o varios negocios a nombre propio del socio gerente, que hace suyos los aportes de los participantes, a quienes tiene obligación de rendir cuentas de su derecho de crédito, y entregarles lo que les corresponda; y los terceros que contratan con este socio, no tienen ninguna acción jurídica en contra de los participantes.

Tercera Sala. Apéndice 1985, parte IV, tesis 79, pág. 193.

Tomo XXXI, pág. 770. Machín, Francisco.

Tomo XLVIII, pág. 660. Tafoya, Amalia.

Tomo LII, pág. 521. González William, José.

Tomo LV, pág. 2705. López Loriginos.

Tomo LIX, pág. 591. Salineros del Sureste, A. en P.

Apéndice de Jurisprudencia de 1917 a 1975 del Semanario Judicial de la Federación, cuarta parte, Tercera Sala, pág. 300.

CAPITALIZACIÓN DE INTERESES. EL ARTÍCULO 363 DEL CÓDIGO DE COMERCIO LA PERMITE EN FORMA PREVIA O POSTERIOR A LA CAUSACIÓN DE LOS RÉDITOS, A CONDICIÓN DE QUE EXISTA ACUERDO EXPRESO. Tratándose del préstamo mercantil, el artículo 363 del Código de Comercio dispone que "Los intereses vencidos y no pagados no devengarán intereses. Los contratantes podrán, sin embargo, capitalizarlos"; en cambio, para el contrato civil de mutuo, el artículo 2397 del Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal ordena que "Las partes no pueden, bajo pena de nulidad, convenir de antemano que los intereses se capitalicen y que produzcan intereses". Ambas normas tienen en común que autorizan la capitalización de intereses por acuerdo expreso de las partes, pero se

diferencian en cuanto al momento en que se puede celebrar el pacto correspondiente; así, mientras que la disposición civil prohíbe que ese acuerdo de voluntades sea anterior al vencimiento y al no pago de los intereses que habrán de capitalizarse, el numeral del Código de Comercio no contiene ninguna exigencia de temporalidad para su realización, motivo por el cual el pacto de capitalización puede recaer sobre intereses ya vencidos que no han sido pagados (convenio posterior) o bien sobre los que tengan vencimiento futuro y no fueren pagados cuando sean exigibles (convenio anticipado), pues en ambas hipótesis el convenio se refiere a "intereses vencidos y no pagados" que es el único requisito que establece esta norma. En consecuencia, el precepto en estudio, en su interpretación gramatical, autoriza a capitalizar los intereses vencidos y no pagados, sin que dicho enunciado contenga visos de temporalidad. La perspectiva histórica reafirma esta consideración. El primer Código de Comercio que se expidió en nuestro país (1854) incluía una disposición dentro del capítulo "De los préstamos" que prohibía el convenio para la capitalización de intereses si éstos no se habían devengado y habían sido objeto de una previa liquidación. Al efecto, el artículo 302 prescribía: "No se debe rédito de réditos devengados en los préstamos mercantiles ni en ninguna otra especie de deuda comercial, mientras que hecha la liquidación de éstos no se incluyan en un nuevo contrato, como aumento de capital; o bien, de común acuerdo, o bien, por una declaración judicial, se fije el saldo de cuentas, incluyendo en él los réditos devengados hasta entonces; lo cual no podrá tener lugar sino cuando las obligaciones que procedan estén vencidas, y sean exigibles de contado". Años después, con la expedición del Código de Comercio de 1887, en una época en que ya habían sido promulgados sucesivamente los Códigos Civiles de 1870 y 1884, que autorizaron sin reservas la capitalización de intereses, juzgó conveniente el legislador mantener en este punto el mismo sistema del derecho civil y suprimió, en consecuencia, toda disposición encaminada a prohibir o reglamentar el convenio de capitalización de intereses, consagrando el más amplio criterio de libertad en relación con ésta. Además, existen argumentos lógico-jurídicos que conducen al mismo resultado, a saber, que no se pueden hacer interpretaciones que deroguen tácitamente la regla general de libertad contractual; que la distinción relativa a que la capitalización sólo puede ser posterior a que los réditos se encuentren vencidos y no pagados implica una prohibición o una restricción contrarias a la regla de interpretación conforme a la cual, donde la Ley no distingue no debe distinguir el intérprete; y que resulta lógico que el acuerdo de capitalización pueda ser convenido como una previsión contractual para el caso de una eventualidad posterior; o bien, como un acto posterior, circunstancia que no perjudica al deudor en razón de que de ese modo puede tener previo conocimiento de la extensión de la obligación que asume y, por tanto, ejecutar los actos necesarios para evitar que los intereses se capitalicen.

Tesis Jurisprudencial 60/1998 (Pleno)

Contradicción de tesis 31/98.- Entre las sustentadas por el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito y otros y el Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito y otros.- 7 de octubre de 1998.- Mayoría de nueve votos (Humberto Román Palacios y Juan N. Silva Meza votaron en contra).-Ponente: Juventino V. Castro y Castro.- Secretario: Arturo Aquino Espinosa.

CAPITALIZACIÓN DE INTERESES. EL ARTÍCULO 2397 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA COMÚN Y PARA TODA LA REPÚBLICA EN MATERIA FEDERAL, NO ES APLICABLE SUPLETORIAMENTE AL CONTRATO DE APERTURA DE CRÉDITO. Las declaraciones del Secretario de Hacienda y Crédito Público sobre la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, publicada en el Diario Oficial de la Federación el veintisiete de agosto de mil

novecientos treinta y dos, que hacen las veces de exposición de motivos de tal ordenamiento, son categóricas en cuanto al propósito de establecer contratos de crédito consensuales, distintos del préstamo y de otras convenciones tradicionales, para abrir un amplio campo de operaciones que la falta de prescripciones legislativas habían hecho imposible en México. A esa clara intención responde la figura jurídica denominada apertura de crédito, regulada por los artículos del 291 al 301 de la ley indicada, de los cuales el legislador dispuso todo lo que estimó pertinente acerca de ese contrato; así, en el artículo 291 se define el contrato; en el 292 se regula la hipótesis en que se establezca un límite máximo del crédito; en el 293 regula el supuesto de que no se fije importe máximo de disposición; en el 294 se reglamenta la hipótesis de que las partes podrán convenir en restringir el plazo o el monto del crédito concedido; en el 295 se establece que el acreditado podrá disponer a la vista, salvo convenio en contrario, de la suma objeto del contrato; en el 296 aborda la mecánica de las disposiciones y abonos en cuenta corriente; el 297 está destinado a establecer las reglas de pago por parte del acreditado cuando el crédito estribe en la aceptación de obligaciones a su nombre por parte del acreditante; el 298 tiene por objeto precisar que en la apertura se puede pactar el otorgamiento de garantías personales y reales y que se entenderá que es por el monto del crédito ejercido; el 299 impide al acreditante negociar, previamente a su vencimiento y sin consentimiento del acreditado, los documentos que éste hubiere dejado en garantía; el numeral 300 preceptúa las reglas a seguir para la disposición y el pago del crédito y, el 301 enlista las causas de extinción del crédito. La detallada configuración que se ha reseñado pone de manifiesto que el legislador no incurrió en olvido u omisión en cuanto a la potestad de las partes para pactar que los intereses vencidos y no pagados puedan, a su vez, generar nuevos intereses, o la capitalización de intereses en este tipo de contratos; por el contrario, la supresión realizada en la ley sobre esos puntos se debe interpretar en el sentido de que tales cuestiones se dejaron a la libre voluntad de las partes, con la única salvedad de que, cuando en tales convenciones funja como acreditante una institución de banca múltiple, deberá cumplir con las regulaciones que sobre el particular expida (como ya lo ha hecho para determinados créditos) el Banco de México. Esto último deriva de que los artículos 6º, párrafo primero y 48, párrafo primero, de la Ley de Instituciones de Crédito, someten a las instituciones de banca múltiple, específicamente en cuanto a las tasas de interés y demás características de las operaciones activas que celebren, a las disposiciones de la Ley del Banco de México y, esta otra, en sus artículos 24 y 26 respectivamente, faculta al Banco de México para expedir disposiciones generales con el propósito, entre otros, de proteger los intereses del público, y establece que las características de las operaciones activas, pasivas y de servicios que realicen las instituciones de crédito se ajustarán a las disposiciones del Banco Central. De todo lo expuesto se desprende que las normas legales especiales que regulan el contrato de apertura de crédito no adolecen de deficiencia alguna sobre el punto de que se trata, motivo por el cual el artículo 2397 del Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, no resulta aplicable supletoriamente a dichas disposiciones.

Tesis Jurisprudencial Núm. 48/1998 (Pleno)

Contradicción de tesis 31/98.- Entre las sustentadas por el Octavo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito y otros y el Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito y otros.- 7 de octubre de 1998.- Mayoría de ocho votos (Juventino V. Castro y Castro, Humberto Román Palacios y Juan N. Silva Meza votaron en contra).- Ponente: Juventino V. Castro y Castro.- Secretario: Arturo Aquino Espinosa.

CAPITALIZACIÓN DE INTERESES. EL ARTÍCULO 2397 DEL CÓDIGO CIVIL

PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA COMÚN Y PARA TODA LA REPÚBLICA EN MATERIA FEDERAL, NO ES APLICABLE SUPLETORIAMENTE AL CONTRATO DE APERTURA DE CRÉDITO. Las declaraciones del Secretario de Hacienda y Crédito Público sobre la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, publicada en el Diario Oficial de la Federación el veintisiete de agosto de mil novecientos treinta y dos, que hacen las veces de exposición de motivos de tal ordenamiento, son categóricas en cuanto al propósito de establecer contratos de crédito consensuales, distintos del préstamo y de otras convenciones tradicionales, para abrir un amplio campo de operaciones que la falta de prescripciones legislativas habían hecho imposible en México. A esa clara intención responde la figura jurídica denominada apertura de crédito, regulada por los artículos del 291 al 301 de la ley indicada, de los cuales el legislador dispuso todo lo que estimó pertinente acerca de ese contrato; así, en el artículo 291 se define el contrato; en el 292 se regula la hipótesis en que se establezca un límite máximo del crédito; en el 293 regula el supuesto de que no se fije importe máximo de disposición; en el 294 se reglamenta la hipótesis de que las partes podrán convenir en restringir el plazo o el monto del crédito concedido; en el 295 se establece que el acreditado podrá disponer a la vista, salvo convenio en contrario, de la suma objeto del contrato; en el 296 aborda la mecánica de las disposiciones y abonos en cuenta corriente; el 297 está destinado a establecer las reglas de pago por parte del acreditado cuando el crédito estribe en la aceptación de obligaciones a su nombre por parte del acreditante; el 298 tiene por objeto precisar que en la apertura se puede pactar el otorgamiento de garantías personales y reales y que se entenderá que es por el monto del crédito ejercido; el 299 impide al acreditante negociar, previamente a su vencimiento y sin consentimiento del acreditado, los documentos que éste hubiere dejado en garantía; el numeral 300 preceptúa las reglas a seguir para la disposición y el pago del crédito y, el 301 enlista las causas de extinción del crédito. La detallada configuración que se ha reseñado pone de manifiesto que el legislador no incurrió en olvido u omisión en cuanto a la potestad de las partes para pactar que los intereses vencidos y no pagados puedan, a su vez, generar nuevos intereses, o la capitalización de intereses en este tipo de contratos; por el contrario, la supresión realizada en la ley sobre esos puntos se debe interpretar en el sentido de que tales cuestiones se dejaron a la libre voluntad de las partes, con la única salvedad de que, cuando en tales convenciones funja como acreditante una institución de banca múltiple, deberá cumplir con las regulaciones que sobre el particular expida (como ya lo ha hecho para determinados créditos) el Banco de México. Esto último deriva de que los artículos 6º, párrafo primero y 48, párrafo primero, de la Ley de Instituciones de Crédito, someten a las instituciones de banca múltiple, específicamente en cuanto a las tasas de interés y demás características de las operaciones activas que celebren, a las disposiciones de la Ley del Banco de México y, esta otra, en sus artículos 24 y 26 respectivamente, faculta al Banco de México para expedir disposiciones generales con el propósito, entre otros, de proteger los intereses del público, y establece que las características de las operaciones activas, pasivas y de servicios que realicen las instituciones de crédito se ajustarán a las disposiciones del Banco Central. De todo lo expuesto se desprende que las normas legales especiales que regulan el contrato de apertura de crédito no adolecen de deficiencia alguna sobre el punto de que se trata, motivo por el cual el artículo 2397 del Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, no resulta aplicable supletoriamente a dichas disposiciones.

Tesis Jurisprudencial Núm. 49/1998 (Pléno)

Contradicción de tesis 31/98.- Entre las sustentadas por el Octavo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito y otros y el Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito y otros.- 7 de octubre de 1998.- Mayoría de ocho votos (Juventino V. Castro y Castro, Humberto Román Palacios y Juan N. Silva Meza votaron en contra).- Ponente: Juventino V. Castro y Castro.- Secretario: Arturo Aquino Espinosa.

CAPITALIZACIÓN DE INTERESES. CUANDO SE PACTA EN UN CONTRATO DE APERTURA DE CRÉDITO, EN TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 363 DEL CÓDIGO DE COMERCIO, PARA DETERMINAR SUS ALCANCES NO DEBE ACUDIRSE A LA SUPLETORIEDAD DEL ARTÍCULO 2397 DEL CÓDIGO CIVIL APLICABLE EN MATERIA FEDERAL, SINO A LAS REGLAS DE INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS. El contrato de apertura de crédito se encuentra plenamente regulado en cuanto a sus aspectos sustantivos en los artículos del 291 al 301 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, por lo que cuando las partes celebrantes de una convención de tal naturaleza pactan la capitalización de intereses invocando el artículo 363 del Código de Comercio, esto tiene su origen en la libre voluntad de aquéllas y no en la aplicación supletoria de este último precepto, lo que implica que, materialmente, lo previsto en tal numeral se sustraiga de tal ordenamiento, incorporándose al específico marco jurídico contractual. De ahí que, cuando los términos empleados para acordar tal pacto generen confusión, para conocer la verdadera intención de las partes, la interpretación conducente ya no podrá atender a los principios que rigen a la que es realizada cuando la aplicación de tal dispositivo tiene su origen en la voluntad del legislador, sino al tenor de las reglas que rigen la propia de los contratos, situación que impide acudir a la supletoriedad del artículo 2397 del Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, por lo que, para conocer el alcance del pacto en comento, deberá acudirse a las reglas sobre interpretación de los contratos que se establecen en los artículos 78 del Código de Comercio y del 1851 al 1859 del Código Civil indicado los que, respecto de esta última cuestión, si son supletorios, conforme a lo dispuesto en el artículo 2º, fracción IV, de la mencionada Ley General.

Tesis Jurisprudencial Núm. 50/1998 (Pleno)

Contradicción de tesis 31/98.- Entre las sustentadas por el Octavo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito y otros y el Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito y otros.- 7 de octubre de 1998.- Mayoría de ocho votos (Juventino V. Castro y Castro, Humberto Román Palacios y Juan N. Silva Meza votaron en contra).- Ponente: Juventino V. Castro y Castro.- Secretario: Arturo Aquino Espinosa.

CAPITALIZACIÓN DE INTERESES. NO LA CONSTITUYE EL CONTRATO DE APERTURA DE CRÉDITO PARA COBERTURA DE INTERESES (REFINANCIAMIENTO). La naturaleza y los fines del contrato de apertura de crédito para cobertura de intereses son diversos a los de la capitalización de intereses, y no deben confundirse. En efecto, la capitalización de intereses implica la acción de agregar al capital originario de un préstamo o crédito los intereses devengados, vencidos y no pagados, para computar sobre la suma resultante réditos ulteriores. Esa capitalización no se presenta en el convenio celebrado entre las partes en un contrato de apertura de crédito a fin de que el acreditado disponga de un crédito adicional para cubrir intereses devengados en otro crédito distinto. Entre la capitalización de intereses y el contrato de crédito para cobertura de intereses (refinanciamiento), existen substanciales diferencias. La capitalización a que se refiere el artículo 363 del Código de Comercio, supone la existencia de un contrato de préstamo mercantil, sobre la base de intereses vencidos y no pagados. En cambio, en el contrato de apertura de crédito para cobertura de intereses (refinanciamiento), llegado el momento de vencimiento de pago de intereses devengados por otro crédito, el deudor se ve en situación de pagar al acreedor las

sumas en cuestión, lo cual podrá hacer con recursos propios o con los recursos de que pueda disponer por virtud de dicho contrato. Por otra parte, mientras que los intereses, por regla general, siguen la suerte de la obligación principal, el refinanciamiento se logra a través de un contrato de apertura de crédito diverso al originalmente pactado, con el destino específico de pagar total o parcialmente los intereses vencidos. Además, en el contrato de apertura de crédito para cobertura de intereses (refinanciamiento) el acreditante asume la obligación de poner a disposición del acreditado una suma de dinero (obligación de hacer), a fin de que no incurra en el incumplimiento de pago de otro crédito, y el acreditado asume la obligación de pagar intereses sobre las sumas dispuestas (obligación de dar). Corroborando lo anterior, la circunstancia de que el referido contrato se puede celebrar en el mismo instrumento en que consta el diverso jurídico, o en otro, y con el primer acreditante o con uno diferente. La conclusión obtenida no se desvirtúa por el hecho de que en algunos casos se observe que en los contratos de apertura de crédito las partes convengan la capitalización de intereses e invoquen para ello el artículo 363 del Código de Comercio, toda vez que, aun cuando es innegable que en esta hipótesis sí existe pacto de capitalización de intereses, la misma deriva del convenio expreso de las partes en ese sentido, que se celebra con fundamento en el artículo 78 del Código de Comercio, y en razón de que en esa materia los contratantes gozan de plena libertad para acordar lo que les convenga, con la limitante, desde luego, de que no se contravengan disposiciones de orden público.

Tesis Jurisprudencial Núm. 59/1998 (Pleno)

Contradicción de tesis 31/98.- Entre las sustentadas por el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito y otros y el Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito y otros.- 7 de octubre de 1998.- Mayoría de nueve votos (Humberto Román Palacios y Juan N. Silva Meza votaron en contra).- Ponente: Juventino V. Castro y Castro.- Secretario: Arturo Aquino Espinosa.

CARTA OPCIÓN O AUTORIZACIÓN A INTERMEDIARIOS O COMISIONISTAS EN VENTA DE INMUEBLES PARA QUE BUSQUEN COMPRADOR. NO SON PODERES O MANDATOS PARA ACTOS DE DOMINIO. Las cartas opción y las autorizaciones privadas que los propietarios de inmuebles otorgan a intermediarios para que estos últimos ofrezcan públicamente la venta de un inmueble y busquen comprador, no constituyen mandato para actos de dominio, ni poder para que en nombre y representación del propietario concreten la venta en forma directa, porque la voluntad del titular del inmueble se refiere únicamente a conceder autorización al intermediario para que busque comprador, el cual deberá posteriormente celebrar y perfeccionar la compraventa en forma directa con el propietario, emitiéndose hasta esa época la voluntad respecto al acuerdo de las condiciones y modalidades de la enajenación.

Amparo directo 4622/74. Roberto López Morán y otro. 5 de marzo de 1975. 5 votos. Ponente: Enrique Martínez Ulloa.

Semanario Judicial de la Federación, séptima época, volumen 75, cuarta parte, marzo 1975. Tercera Sala, pág. 17.

CESIÓN DE CONTRATOS. No es lo mismo la cesión de un derecho que la cesión de un contrato. Así se puede ceder los elementos activos de un contrato como los créditos nacidos de él y se pueden transmitir también los elementos pasivos o una deuda, a condición de que se cumpla en uno y en otro casos con las formalidades marcadas respectivamente por los artículos 2033 y siguientes y 2051 del Código Civil, la cesión del contrato, empero, comprende la transmisión tanto de los elementos activos como los pasivos suponiendo que se trata de un contrato bilateral aún vigente. Desde luego aparece evidente que sería indiferente en una compraventa pagar el precio al vendedor o al cesionario de él, caso en el cual

habría dos operaciones, a saber: el contrato básico o de compraventa y el contrato de cesión de derecho del precio; aunque es verdad que permaneciendo inalterable la recíproca dependencia entre los derechos y las obligaciones del vendedor y del comprador, la cesión del precio tendrá que correr la misma suerte que corriera el contrato mismo, de modo que en caso de incumplimiento procederían la rescisión y la excepción del contrato no cumplido que se podría enderezar contra un cesionario del precio en el caso en que el obligado en el contrato básico no cumpliera con sus obligaciones. Esta regla se deriva del principio de que no se puede ceder ni transmitir más que el derecho en la forma y medida en que se tiene. Es clara, pues, la diferencia entre la cesión de una relación particular y la cesión del contrato integro, porque en este último caso el cesionario del contrato sufrirá las consecuencias de sus propios actos en el cumplimiento o incumplimiento el contrato básico, mientras que, en la cesión de un solo elemento activo, el cesionario sufre las consecuencias de la conducta del cedente respecto del contrato base. El cedido está obligado hacia el cesionario, en la cesión de la relación particular, en los términos de la misma manera que estaba obligado hacia el cedente. Si bien es cierto que el Código Civil mexicano no ha previsto la cesión del contrato, sin embargo los principios jurídicos nos hacen describir esa diferencia que hay entre las cesiones particulares y la cesión en el contrato básico. Nuestra legislación señala casos en que existe cesión de contrato, como sucede en la cesión de herencia (artículo 2047), dentro de la cual puede haber contratos en vías de ejecución; la transmisión del arrendamiento por enajenación de la finca arrendada, en la que el adquirente se substituye en todas las relaciones del contrato arrendaticio (artículo 2409); la misma cesión se realiza respecto de la aparcería cuando el dueño del predio lo enajenare, el comprador quedará de pleno derecho substituido en las obligaciones y derechos del enajenante (artículo 2742). De lo dicho se infiere que para que hay verdadera cesión de contrato se necesita de transmisión al cesionario de todos los derechos y obligaciones del contrato básico y que es indispensable al consentimiento manifestado por el cedente para que se realice la figura jurídica mencionada por al interdependencia o interpenetración de las relaciones jurídicas que existen entre los contratantes.

Tercera Sala. Semanario Judicial de la Federación. Sexta época, cuarta parte, vol. XXXIV, p. 45. A.D. 5487/58, Wulfrano Martínez. Unanimidad de 4 votos.

CÓDIGO DE COMERCIO. CONCURRENCIA FEDERAL Y LOCAL PARA EJERCITAR ACCIONES MERCANTILES. La materia mercantil, aun cuando está contenida en Leyes Federales, tratándose del procedimiento judicial para ejercitar acciones entre particulares, es concurrente, o sea que se puede convencionalmente en los términos del artículo 1051 del Código de Comercio, seguir el procedimiento indistintamente ante uno y otro fuero, según se haya acordado entre las partes, o en caso contrario a la elección del actor, debiendo acatarse únicamente lo dispuesto en el capítulo I, título primero, del libro quinto de dicho código. Este mismo sistema de dejar que el actor, en un juicio en donde se apliquen leyes federales que sólo afecten a intereses particulares, pueda elegir el fuero, aparece en el artículo 104 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de mil novecientos diecisiete, ratificando lo dispuesto por el Código de Comercio de expedición anterior a la propia Constitución.

Amparo en revisión 6052/74, Jorge Logan Castro y coagraviados, fallado el 7 de septiembre de 1976 por unanimidad de 15 votos de los señores Ministros: López Aparicio, Cuevas M., Castellanos Tena, Rivera Silva, Langle Martínez, Rocha Cordero, Palacios Vargas, Serrano Robles, Canedo Aldrete, Saracho Álvarez, del Río, Calleja García, Mondragón Guerra, Aguilar Álvarez y Presidente Rebolledo. Ponente: Alfonso López Aparicio. Secretario: Francisco M. Ramírez. Informe, 1976. Pleno, pág. 490.

COMISIÓN. NATURALEZA DE LOS CONTRATOS. Para fijar la verdadera naturaleza de un contrato celebrado por una empresa mercantil con uno de sus empleados, deben tenerse en cuenta sus términos y condiciones, ya que son éstas las que conducen a una exacta interpretación de la intención de los contratantes, sin que baste el hecho de emplearse en ellas el término "comisionista" para estimar que realmente se trate de un contrato de comisión mercantil, cuando del examen de dichas estipulaciones se llega indudablemente a la conclusión de que se trata de verdaderos contratos de trabajo.

Cuarta Sala. Semanario Judicial de la Federación. 7ª época. Vol. 109-114, parte quinta, pág. 15.

Amparo directo 6071/77. Farmacéuticos Rayere, S.A. 21 de junio de 1978. 5 votos. Ponente: María Cristina Salmorán de Tamayo.

COMISIÓN CONTRATO DE. PUEDE SER REVOCADO UNILATERALMENTE POR EL COMITENTE AUNQUE SE HUBIESE FIJADO UN TÉRMINO DE DURACIÓN DEL MISMO. El otorgamiento de la comisión, al igual que el del mandato, descansa preferentemente en la confianza que el comisionista o mandatario inspira al otorgante de que ejecutará con fidelidad el encargo, así, la desaparición de esta confianza en el ánimo del comitente o mandante, hará posible la insubsistencia de la comisión, aun cuando el interés de aquél siguiera reclamando su cumplimiento y aun cuando no concluyera su término de duración. Por otra parte, el hecho de que se hubiese fijado un término de duración del contrato, ciertamente que demuestra la voluntad de las partes de que el mismo rigiera durante ese tiempo, pero la cláusula que contiene tal manifestación de voluntad, técnicamente no podría considerarse como cláusula que marque la pauta para afirmar la irrevocabilidad del contrato sino que, por el contrario, si bien es cierto que se fijó un término de duración del contrato, también lo es que se pactó, además, que el comitente incurría en un incumplimiento del mismo (Cláusula decimosexta). Esta cláusula con independencia de que por su naturaleza la comisión es revocable, y solamente por excepciones terminantes de la ley es irrevocable, reafirma que el contrato motivo de éste conflicto res de carácter revocable sin que ello sea perjudicado con la circunstancia de que se hubiese señalado en el mismo, el término de diez años de duración. A mayor abundamiento esta Sala estima que aun cuando no se hubiere pactado la citada cláusula decimosexta en el contrato, si se interpreta en estricto sentido el contenido del artículo 307 del Código de Comercio, se llega al conocimiento de que la facultad que el mismo otorga al comitente, no es arbitraria sino que lo constriñe a responder por todas las gestiones que ya hubiese realizado el comisionista de manera que, si se revoca la comisión unilateralmente, como es el caso, eso no le podría causar un perjuicio irreversible al comisionista supuesto que contaría con acción para exigir al comitente una indemnización correspondiente a las gestiones que, con motivo del contrato, realizó, como lo serían los gastos efectuales para el desempeño de la comisión y las comisiones ya devengadas.

Tercera Sala. Informe 1979, parte II, pág. 14.

Amparo directo 4724/76. Casa Neira, S.A. 5 de noviembre de 1979. Unanimidad de 4 votos. Ponente: J. Ramón Palacios Vargas. Secretario: Pablo Ibarra Fernández.

COMISIÓN MERCANTIL. Demostrado que el demandante prestaba servicios a diversas empresas, limitándose su actividad en beneficio de la compañía demandada, a contadas operaciones, tanto que sólo verificó 2, 1 y 3; en enero, febrero y marzo de 1973, y mediando la retención de cantidades, aducidas por la

demandada para terminar el contrato de comisión, mismas que cubrió con cheque anexado a la demanda laboral, es notorio que las relaciones existentes entre las partes no estaban reguladas por la Ley Federal del Trabajo.

Directo 101/74. Triplay y Maderas de Durango, S. de R.L. de C.V. 19 de julio de 1974, unanimidad de votos. Ponente: Federico Taboada Andraca.

Informe 1974. Tribunal Colegiado del Cuarto Circuito, pág. 234.

COMISIÓN MERCANTIL. CONTRATO INEXISTENTE DE. Si es un contrato de comisión mercantil al actor se le designó comisionista, pero nunca actuó como tal, ya que sus facultades consistían únicamente en buscar clientes y obtener solicitudes de éstos para los productos de la propia empresa y una vez logradas, quien decidía en cuanto a la aceptación de la operación mercantil era la empresa, es obvio que el mencionado actor no estaba autorizado para concluir la citada operación, que en sí es el acto de comercio; por tanto, no puede considerársele comisionista puesto que en ningún momento dejó de estar subordinado directamente a la empresa.

Amparo directo 5369/73. Laboratorios Helios, S.A. 13 de junio de 1977. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Alfonso López Aparicio.

Semanario Judicial de la Federación, séptima época, vols. 97-102, quinta parte, enero-junio 1977. Cuarta Sala, pág. 13.

COMISIÓN MERCANTIL. ELEMENTOS QUE DEBEN ACREDITARSE PARA DEMOSTRAR LA EXISTENCIA DEL CONTRATO RESPECTIVO. De conformidad con el artículo 285 de la Ley Federal del Trabajo, es indispensable que se demuestre que quien se dijo trabajador hubiese realizado operaciones en forma transitoria y aislada o bien que no hubiere ejecutado las mismas en forma personal. Por lo tanto, el patrón que argumenta que existió una relación derivada de un contrato de Comisión Mercantil, debe acreditar los siguientes elementos: A) Que los actos realizados fueron transitorios y aislados, y que solo accidentalmente crearon dependencia entre el comisionista y el comitente. B) Que la duración del contrato estuvo limitada al tiempo que era necesario emplear para la ejecución de los actos. C) Que los actos verificados eran precisamente de comercio. D) En caso de haber sucedido, que los actos no se habían hecho o realizado en forma personal por quien se ostenta como trabajador, sino a través de personal contratado en forma independiente por éste.

Tercer Tribunal Colegiado del Sexto Circuito.

A.D. 33/89. Jesús Garcilaso Bravo. 19 de septiembre de 1989. Unanimidad de votos. Ponente: Jaime Manuel Marroquín Zaleta. José de Jesús Echegaray Cabrera. Octava época. Tomo VI. Julio-diciembre 1989.

Tribunales Colegiados de Circuito. Segunda parte 1. Pág. 142.

COMISIÓN Y MEDIACIÓN. SU DIFERENCIA. Son diferentes jurídicamente la comisión y la mediación, pues desde luego se advierte que en esta última no se ejercita ninguna representación y el contrato se realiza directamente entre las partes, en tanto que aquella se realiza en nombre del comitente, o por cuenta de él. La mediación se cumple cuando coinciden las voluntades de las partes interesadas, puestas en contacto por el mediador y el contrato queda concertado, pues con ello, la finalidad perseguida se ha conseguido y la misión del mediador termina con su celebración.

Sexta época. Cuarta parte. Vol. XLIII. Pág. 48. A.D. 6334/59. Cierre Relámpago, S.A. de C.V. 5 votos. Jurisprudencia 1917-1985. Apéndice al Semanario Judicial de la Federación. Pág. 548.

COMPRAVENTA. PLAZO PARA LA ENTREGA DE LA MERCANCÍA AL COMPRADOR. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 379 DEL CÓDIGO DE COMERCIO. Una interpretación racional del artículo 379 del Código de Comercio

conduce a determinar que el plazo de veinticuatro horas siguientes a la celebración del contrato que prevé para que el vendedor tenga a disposición del comprador las mercancías vendidas, cuando no se pacte un plazo para ello, debe tomarse en cuenta en caso de que la operación se realice en la misma plaza en donde se vaya a efectuar la entrega del objeto de la compraventa, o siendo una distinta, sea materialmente posible de acuerdo a la mayor o menor dificultad en las comunicaciones, tenerla a disposición del comprador dentro de dicho plazo. Esto es, la exigencia contenida en el artículo que se comenta, no es lógico llevarla al extremo de que la mercancía debe quedar a disposición del comprador dentro de las veinticuatro horas siguientes a la celebración de la operación contractual, independientemente del lugar de la entrega.

Octavo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito.

Amparo directo 120/94. Servicios y Equipo para la Construcción, S.A. de C.V. 11 de marzo de 1994. Unanimidad de votos. Ponente: Guillermo Antonio Muñoz Jiménez. Secretario: Alejandro Sánchez López. Semanario Judicial de la Federación. Octava época. Tomo XIII. Mayo de 1994. Página 415.

COMPRAVENTA CON RESERVA DE DOMINIO. CARÁCTER DE LA POSESIÓN DEL COMPRADOR EN CASO DE. Si bien es cierto que el artículo 2315 del Código Civil para el Distrito Federal equipara al comprador con reserva de dominio que recibe el bien enajenado con el arrendador, también lo es, que ello no es más que una comparación que permite al juzgador aplicar las reglas del arrendamiento a los casos en los cuales se rescindió la compraventa, pero no puede tener el alcance de desvirtuar la naturaleza del propietario condicional que tiene el adquirente mientras no satisface el precio o no se rescinde la venta y darle el carácter de arrendador que no tiene, por la sencilla razón de que entre vendedor y comprador no se estipuló un contrato de arrendamiento sino una venta, cuyos pagos se aplican al precio y no a una renta o alquiler.

Tercera Sala. Semanario Judicial de la Federación. 6ª época. Vol. XXXVIII, pág. 69.

Amparo directo 4558/78. Margarita González Rubio. 28 de septiembre de 1979. Unanimidad de 4 votos. Ponente: J. Ramón Palacios Vargas. Secretario: Carlos González Zárate.

COMPRAVENTA DE DISTRIBUCIÓN EXCLUSIVA, CONTRATO MERCANTIL DE, RESCISIÓN. El contrato de mercantil de distribución exclusiva, por su naturaleza específica, no puede ser considerado como una compraventa lisa y llana, pero esta circunstancia no trae como consecuencia la falta de aplicación de las disposiciones relativas del Código de Comercio; de manera que si no se ha pactado la entrega de las mercancías en cantidad y plazo determinados, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 375 y 376 del mismo ordenamiento el comprador no está obligado a recibir las fuera de ellos; pero si aceptare entregas parciales, quedará consumada la venta en lo que a éstas se refiere. Por otra parte, en la compraventas mercantiles, una vez perfeccionado el contrato, el contratante que cumpliera tendrá derecho a exigir del que no cumpliera la rescisión o cumplimiento del contrato y la indemnización, además, de los daños y perjuicios; en consecuencia, si el comprador acepta la entrega de las mercancías fuera del plazo y no se rehúsa recibir las, está obligado a pagar el precio de las mismas y, por lo tanto, el vendedor si está legitimado para exigir el cumplimiento del contrato, así como el pago del precio de la mercancía entregada.

A.D. 7569/80. Química Hoechst de México, S.A. 25 de septiembre de 1981. Mayoría de 3 votos. Disidentes: Gloria León Orantes y Jorge Olivera Toro.

3ª Sala. Séptima época. Volumen semestral 151-156. Cuarta parte, pág. 75.

COMPRAVENTA DE SUMINISTRO, VARIACIÓN DEL PRECIO EN LA. Como la función del contrato de suministro consiste en satisfacer las periódicas y continuas

necesidades del suministrado, sin que éste tenga que estipular tantos contratos como períodos de necesidad se presenten dándole seguridad en la percepción de las cosas, las cuales obtendrá en forma constante, y aun cuando los contratantes estén vinculados en una unidad formal, el objeto total de la prestación se fracciona en partes independientes y autónomas, y formando cada una materialmente una operación distinta, es de justicia considerar que el vendedor pueda variar el precio a partir de cualquiera de ellas antes de la entrega de la mercancía, dando aviso previo al comprador, como lo podría hacer en la compraventa de una prestación única antes de su perfeccionamiento, quedando el comprador en condiciones de aceptar la modificación o dejar de adquirir los objetos, conforme a su propia estimación o particular conveniencia, pero si los acepta y recibe, está expresando su conformidad con el nuevo precio.

Tercera Sala. Séptima época. Volumen semestral 151-156. Cuarta parte. Pág. 295. A.D. 1647/79. Distribuidora de Hielo, S.C. 17 de julio de 1987. Mayoría de 3 votos. Disidentes: Gloria León Dorantes y J. Alfonso Abitia Arzapalo.

COMPRAVENTA EN ABONOS. EFECTO DE LA RESCISIÓN. Las disposiciones legales que reglamentan la rescisión del contrato de compraventa en abonos, en cuanto a las restituciones recíprocas de las prestaciones que se hubieren hecho las partes, son de orden público, irrenunciables, por lo que las cláusulas contractuales que impongan al comprador obligaciones más onerosas que las expresadas por la ley, son nulas, y la sentencia respectiva al declarar la rescisión, debe ordenar que las restituciones se hagan en términos de la ley.

Quinta época.

Tomo C, pág. 1061. Luis Ramón. 5 votos.

Sexta época, cuarta parte:

Vol. VII, pág. 22 A.D. 169/57. José Gutiérrez Álvarez. Unanimidad de 4 votos.

Vol. XXI, pág. 63. A.D. 7401/57. Ignacio Navarro Padilla. Unanimidad de 4 votos.

Vol. XLV, pág. 14. A.D. 485/59. Cooperativa de Autotransportes Díaz Ordaz, S.C.L. 5 votos.

Vol. XC, pág. 44. A.D. 6843/60. Técnica Automotriz, S.A. 5 votos.

Apéndice de Jurisprudencia de 1917 a 1965 del Semanario Judicial de la Federación, cuarta parte. Tercera Sala, pág. 356.

COMPRAVENTA EN ABONOS, RESCISIÓN DEL CONTRATO DE. EFECTOS RESPECTO AL PAGO DE LA RENTA. Si el comprador le es entregada por el vendedor la posesión del inmueble motivo de la operación, como el uso no es una prestación que se pueda restituir, la ley tradujo esa restitución en el pago de una renta, pero no en atención a una simple apreciación subjetiva o presuncional de las partes contratantes, sino al valor efectivo de la prestación recibida; por eso la exigencia de que el monto de la renta que deba pagar el comprador sea fijado por peritos y no arbitrariamente por las partes. En tales circunstancias, no puede ser condenado el comprador al pago de la renta fijada de antemano por los contratantes, ya que el comprador tiene derecho irrenunciable a que su monto se fije por peritos.

Amparo directo 446/74. María del Carmen Garrido de Castellanos. 29 de enero de 1976. Unanimidad de 4 votos. Ponente: J. Ramón Palacios Vargas. Semanario Judicial de la Federación, séptima época, volumen 85, cuarta parte, enero 1976. Tercera Sala, pág. 15.

CONCESIONES EXCLUSIVAS PARA LA VENTA DE PRODUCTOS DE UNA EMPRESA, NATURALEZA DE LOS CONTRATOS DE. El contrato celebrado por una empresa con determinadas personas, concediéndoles la exclusividad para que vendan los productos de aquéllas en tal o cual región, no es un contrato de trabajo, si no existe la dirección técnica, la dependencia de los concesionarios con una empresa, por lo que hace a la distribución, al manejo, a la propaganda, a la

contratación de personal, sino que antes bien, se les reconoce autonomía en dichos manejos, por lo que el contrato de que se trata es de naturaleza sui generis, semejándose al contrato de agencias de que habla la fracción X del artículo 75 del Código de Comercio.

Amparo directo 5057/58. Luz Barát Pérez Jiménez y Coag. 4 de junio de 1959. Mayoría de 3 votos. Disidentes: Mariano Ramírez Vázquez y José Castro Estrada. Sexta época. Volumen XXIV. Página 122.

CONTRATO MERCANTIL, TERMINACIÓN. Si bien, por regla general, para dar por terminado un contrato de duración indefinida, es necesario el consentimiento mutuo de las partes, atento a esta circunstancia, cuando se trata de un contrato no expresamente reglamentado en el Código de Comercio, serán aplicables a los actos mercantiles las disposiciones del derecho civil acerca de las causas que invalidan o rescinden los contratos, conforme a las cuales son aplicables, en lo que fueren omisas las partes, las disposiciones de más analogía, y en el caso de un contrato de suministro de determinada mercancía, son las disposiciones que previenen en que concluirán a voluntad de cualquiera de las partes, previo aviso dado a la otra parte en forma indubitable, los contratos de arrendamiento que no se hayan celebrado por tiempo expresamente determinado.

Rivera Mier, Sucesores, S.A. Tomo XCCI, página 463. 1954.

CONTRATO O PÓLIZA EN QUE SE HAGAN CONSTAR CRÉDITOS OTORGADOS POR INSTITUCIONES BANCARIAS. NO SE REQUIERE DEMOSTRAR QUE EL CONTADOR QUE SUSCRIBIÓ EL CERTIFICADO CONTABLE LO ERA DE LA INSTITUCIÓN. Es infundado el argumento de que la actora debiera acreditar que el contador que suscribe el certificado contable referido es el de la institución, pues ese requisito no lo exige la ley. Al efecto, el último párrafo del artículo 52 de la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito dispone: "El contrato o póliza en que se hagan constar los créditos que otorguen las instituciones de crédito, junto con la certificación del contador a que se refiere este artículo, será título ejecutivo, sin necesidad de reconocimiento de firma ni de otro requisito". Del precepto se destaca, "... ni de otro requisito", esto aclara que la disposición exime la parte actora de acreditar que el contador que suscribe, desempeñe ese cargo en la institución, ya que la finalidad de la certificación no es otra que la fijación del saldo resultante a cargo del acreditado y hace fe al respecto, salvo prueba en contrario que corresponde a la demanda. Es oportuno señalar que con base en el precepto en cita, el título ejecutivo tiene valor probatorio sin necesidad de complementarlo con reconocimiento, cotejo, autenticación o acreditación; mediante él se prueba la existencia, en contra de la demanda, de una obligación patrimonial líquida y exigible en el momento en que se instauró el juicio; de lo que se concluye que es suficiente la certificación contable vinculada al contrato para que tenga carácter ejecutivo.

Amparo directo 2313/87. Herstal, S.A. de C.V. 1º de junio de 1987. 5 votos. Ponente: Jorge Olivera Toro. Secretaria: Hilda Martínez González.

CONTRATOS. Para determinar la naturaleza de todo contrato, debe atenderse primeramente a la voluntad expresa de las partes, y sólo cuando ésta no se revele de una manera clara, habrá que recurrir a las reglas de interpretación.

Pleno. Semanario Judicial de la Federación. 5ª época, vol. XVI, pág. 1207:

Tomo XIV, pág. 584. Acosta, Ignacio.

Tomo XVI, pág. 1207. Estrada, Roque.

Tomo XVII, pág. 1388. González, Eusebio.

Tomo XVII, pág. 9. Garza, José María de la.

Tomo XXIV, pág. 622. Díaz, Ramón.

CONTRATOS. INTERPRETACIÓN DE LOS. La naturaleza de los contratos depende, no de la designación que le hayan dado las partes, que puede ser errónea, sino de los hechos y actos consentidos por las mismas, en relación con las disposiciones legales aplicables atenta la regla de interpretación del Código Civil vigente: "si las palabras parecieren contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquéllas".

Segunda sala. Semanario Judicial de la Federación. 7º época. Vol. 103-108, parte tercera, pág. 67. Pág. 166. Sexta época, cuarta parte:

Vol. II, pág. 103. A.D. 4279/55. María Carmen Huerta Vda. de Ruiz. 5 votos.

Vol. XXIX, pág. 52. A.D. 2348/57. María Cristina Milchorena. 5 votos. Vol. XLII, pág. 23. A.D. 5484/59. María de la Cruz Consuelo Flores de Hoyos. 5 votos.

Apéndice de jurisprudencia de 1917 a 1965 del Semanario Judicial de la Federación, cuarta parte. Tercera sala, pág. 385.

CONTRATOS. PACTO COMISORIO TÁCITO. LEGISLACIÓN DEL DISTRITO FEDERAL. El pacto comisorio es la condición resolutive que siempre va implícita en los contratos bilaterales, para el caso de que uno de los contratantes no cumpla con su obligación, como lo establece o se desprende del artículo 1949 del Código Civil para el Distrito Federal y por esta razón la doctrina le denomina "tácito", en virtud de que la condición resolutive va implícita y se sobrentiende en los contratos sinalagmáticos o bilaterales, puesto que si una de las partes no cumple con su obligación, la otra no debe quedar obligada y puede pedir la resolución del contrato.

Amparo directo 27922/77. José Tame Shear. 12 de abril de 1977. 5 votos. Ponente: Raúl Lozano Ramírez. Secretario: Carlos Alfredo Soto Villaseñor.

Informe 1978. Tercera Sala. Núm. 34

CONTRATOS, CLÁUSULA PENAL EN LOS. EFICACIA. La cláusula penal que se pacta en un contrato, para hacerla efectiva en el caso de incumplimiento, constituye una parte accesorio del mismo contrato y es inescindible de éste, salvo las excepciones establecidas en los párrafos segundo y tercero del artículo 1841 del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales. Tan es así, que el precepto dispone que la nulidad del contrato importa la de la cláusula penal, pero la nulidad de ésta no acarrea la de aquel.

Amparo directo 5855/68. Clarence Steven Ragsdale. 16 de abril de 1969. 5 votos. Ponente: Ernesto Solís López.

Séptima época. Volumen 4. Cuarta parte, pág. 24.

Suprema Corte de Justicia de la Nación. Compilación precedente de la Tercera Sala 1969-1986. Pág. 315.

CONTRATOS COALIGADOS, RESCISIÓN DE LOS. La doctrina jurídica contemporánea ha definido con precisión la figura de los llamados contratos coaligados. Los negocios coaligados como actos jurídicos interdependientes tienen una conexión económica objetiva entre sí y una unidad que deriva de la voluntad de las partes. De los elementos objetivo y subjetivo que les atribuye la doctrina, es el segundo el que en nuestro derecho mercantil tiene más trascendencia, pues de acuerdo con el artículo 78 del Código de Comercio: "en las convenciones mercantiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse". Ahora bien, de los tres tipos de vinculación que reconoce la doctrina, la que es verdaderamente importante es la vinculación por dependencia unilateral o bilateral, cuando dos o más negocios, cada uno constituyendo una figura, son deseados como un todo. En la vinculación unilateral, un negocio predomina y los

demás le están subordinados; en la bilateral, los dos o más negocios son totalmente interdependientes, en el sentido de que la voluntad existe sobre todos ellos en un plano de igualdad. Una consecuencia que se desprende de la existencia de contratos vinculados, es que el cumplimiento de un contrato se refleja en los demás y el incumplimiento de uno también tiene que tener relevancia respecto de los demás contratos. La nulidad de uno de los actos jurídicos produce también la de los demás contratos vinculados. La situación en dependencia permite concluir que si se viola un contrato, la contraparte puede pedir la rescisión no únicamente del mismo sino también la de los demás que estén vinculados. Así ocurre en el caso en que en los contratos guardan una situación bilateral o de mutua dependencia o bien cuando la violación se efectúa en un contrato principal al que los demás contratos están subordinados por una relación lógica de dependencia que deriva de la voluntad de las partes.

Tercera Sala. Semanario Judicial de la Federación. Sexta época. Vol. II. Cuarta parte, pág. 75. A.D. 4341/56. Hidroeléctrica de Amacuzac, S.A. Mayoría de 4 votos.

CONTRATOS MERCANTILES CELEBRADOS POR CORRESPONDENCIA. SU PERFECCIONAMIENTO. Los contratos mercantiles celebrados por correspondencia sólo se perfeccionan a partir del momento en que se contesta aceptando la propuesta y las condiciones de la proposición inicial, o bien las modificaciones a la propuesta que sugiera la otra parte contratante. Por lo tanto, si las pruebas allegadas al juicio demuestran que la correspondencia cruzada entre los comerciantes no implica una absoluta aceptación de la propuesta y condiciones iniciales, ni tampoco de las modificaciones apuntadas sobre aquella propuesta, es obvio que el contrato debe considerarse como no perfeccionado, en atención a lo dispuesto por el artículo 80 del Código de Comercio.

Boletín. Año I. Marzo 1974, núm. 3. Tercera Sala, pág. 58.

Amparo directo 4405/68. Industrias Químicas Básicas de México, S.A. 4 de marzo de 1974. 5 votos. Ponente: Enrique Martínez Ulloa. Secretario: José Joaquín Herrera.

CORREDOR, RETRIBUCIÓN AL. Adhiriéndose a un antiguo proverbio jurídico que expresa que la molestia del corredor es frecuentemente en vano, se establece que el corredor podrá reclamar su premio, solamente cuando el negocio haya sido realmente realizado.

Amparo directo 6334/59. Cierre relámpago, S.A. de C.V., 12 de enero de 1961. 5 votos. Ponente: Mariano Ramírez Vázquez. Sexta época. Volumen XLIII, pág. 49.

CORREDURÍA PÚBLICA E INTERMEDIACIÓN SIMPLE. Son instituciones diferentes. En nuestro sistema, originariamente el corredor sólo tenía facultades de mediador, pero después le fueron otorgadas funciones de perito mercantil y fedatario, por tanto, existen corredores privados o simples mediadores, y corredores públicos, en la inteligencia de que "los primeros pueden, sin traba alguna, desempeñar las funciones de mediación; los últimos considerados como peritos mercantiles y depositarios de la fe pública en materia de comercio, sólo podrán ejercer sus funciones después de comprobar ante las autoridades competentes que reúnen los mismos requisitos de ciencia y moralidad". Es a estos últimos a los que se refiere el artículo 51 del Código de Comercio, cuando dice: "corredor es el agente auxiliar de comercio, con cuya intervención se proponen y ajustan los actos, contratos y convenios y se certifican los hechos mercantiles. Tienen fe pública cuando expresamente lo faculte este Código y otras leyes, y pueden actuar como peritos en asuntos de tráfico mercantil"; así el artículo 53 del mismo Código de Comercio, establece que los actos y contratos mercantiles celebrados sin

intervención de corredor se comprobarán conforme a su naturaleza, sin atribuir a los intermediarios función alguna de correduría.

Tercera Sala. Semanario Judicial de la Federación. 7ª época. Vol. 139-144, parte cuarta, pág. 32. Amparo directo 3803/78. Rafael Riebeling Ochoa y otros. 30 de julio de 1980. 5 votos. Ponente: Raúl Lozano Ramírez. Secretario: Pedro Reyes Colín.

Precedentes:

Amparo directo 9074/38. Manuel Camponella. 11 de octubre de 1939. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Agustín Aguirre Garza. Secretario: Mario G. Escalante. Amparo directo 6334/59. Cierres Relámpago, S.A. de C.V.

CORRETAJE O MEDIACIÓN EN NEGOCIOS MERCANTILES. (COMISIÓN MERCANTIL). De acuerdo con el artículo 273 del Código de Comercio, se reputa comisión mercantil, el mandato aplicado a actos concretos de comercio; pero atento a lo dispuesto por los artículos 283, 284 y 285 del mismo Código, cuando hay comisión mercantil, el comisionista es un mandatario con facultades para celebrar el contrato a nombre propio o en el de su comitente. Ahora bien, si una sociedad solo confirió a una persona la facultad de gestionar un préstamo hipotecario, pero no la de celebrarlo a nombre de aquella, sino que le atribuyó el carácter de agente auxiliar, con cuya intervención se celebraría el contrato mercantil entre las partes interesadas, no se está en presencia de un contrato mercantil sino de corretaje o mediación en negocios mercantiles (artículos 51 y 52, fracción I, parte final, del Código citado).

Sociedad en Nombre Colectivo, "Schomelz Hermanos", pág. 551, tomo XCII. Quinta época. 1947.

DEUDAS EN MONEDA EXTRANJERA. EL ARTÍCULO 8º DE LA LEY MONETARIA CONCILIA LA VOLUNTAD CONTRACTUAL Y EL ORDEN PÚBLICO. El primer párrafo del mencionado precepto consta de dos partes, la una que es prohibitiva o taxativa al ordenar que la moneda extranjera no tendrá curso legal en la República, y la otra que es permisiva al dar cabida que se contraigan obligaciones en moneda extranjera y señalar una forma de solventación. Esto significa que la voluntad contractual y el orden público, incitó en la Ley Monetaria 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 comercio previó el supuesto, y por tanto permitió, que la voluntad contractual, como elemento subjetivo generador de derechos y obligaciones, incidiera en dar vida a deudas en moneda extranjera, y ante esa previsión otorgó al obligado el derecho de inclinarse por cualquiera de las dos fórmulas de pago: acatando la reseñada en el clausulado del contrato; o adoptando la solución de la legislación monetaria. Como se aprecia, no hay contradicción entre las figuras de la voluntad contractual y el orden público de la ley; hay coexistencia compatible entre ambas que se traduce en la amplitud de la libertad del deudor para responder en cualquiera de esas dos formas a la obligación adquirida y en la restricción del acreedor para aceptar o al menos, discutir la forma de pago electa por su contraparte.

Tercera sala. Informe 1987, parte II, pág. 10.

Amparo directo 11910/84. Constructora y Perforadora Tláloc, S.A. 16 de febrero de 1987. 5 votos. Ponente: Jorge Olivera Toro. Secretaria: Ma. Lourdes Delgado Granados.

Amparo directo 11911/84. Constructora y Perforadora Tláloc, S.A. 16 de febrero de 1987. 5 votos. Ponente: Jorge Olivera Toro. Secretaria: Ma. Lourdes Delgado Granados.

Amparo directo 6519/85. Infratec, S.A. de C.V. 27 de octubre de 1986. 5 votos. Ponente: Victoria Adato Green de Ibarra. Secretario: Luis Pérez de la Fuente.

DINERO. COMPRENDE TODA UNIDAD MONETARIA EN CURSO LEGAL DENTRO DEL SISTEMA PECUNIARIO DE UNA NACIÓN. El concepto dinero utilizado por el legislador no debe entenderse en el sentido restringido de "moneda nacional" sino en la amplia significación que comprende toda unidad monetaria en curso legal dentro del sistema pecuniario de una nación, con calidades de metal, ley, peso, cuño, diámetro, etc., que le asignan a un valor definido, de suerte que si el dólar cumple con esas características, será una especie del género dinero.

Tercera sala. Semanario Judicial de la Federación. 7ª época. Vol. 217-228, parte cuarta, pág. 373.

Amparo directo 11910/84. Constructora y Perforadora Tláloc, S.A. 16 de febrero de 1987. 5 votos. Ponente: Jorge Olivera Toro. Secretaria: Ma. Lourdes Delgado Granados.

Amparo directo 11911/84. Constructora y Perforadora Tláloc, S.A. 16 de febrero de 1987. 5 votos. Ponente: Jorge Olivera Toro. Secretaria: Ma. Lourdes Delgado Granados.

Amparo directo 6519/85. Infratec, S.A. de C.V. 27 de octubre de 1986. 5 votos. Ponente: Victoria Adato Green de Ibarra. Secretario: Luis Pérez de la Fuente.

Amparo directo 393/86. Grutec, S.A. de C.V. 13 de abril de 1987. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Jorge Olivera Toro. Secretario: Agustín Urdapilleta Trueba. Ausente: Ernesto Díaz Infante.

Amparo directo 8003/85. Geohidrológica Mexicana, S.A. 13 de abril de 1987. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Jorge Olivera Toro. Secretario: Agustín Urdapilleta Trueba. Ausente: Ernesto Díaz Infante.

ESTADO DE CUENTA BANCARIA, NO LO CONSTITUYE LA SOLA ESPECIFICACIÓN DEL SALDO. La certificación del contador general de una institución bancaria en la que únicamente se precisa el saldo a cargo del acreditado, sin contener desglose de las operaciones que lo generaron, no hace fe, ni constituye título ejecutivo, en términos del artículo 68 de la Ley de Instituciones de Crédito, por no contener un estado de cuenta, el cual debe comprender una relación de los cargos y abonos correspondientes que dieron como resultado aquel saldo, pues en caso contrario el demandado queda en estado de indefensión frente a las reclamaciones del Banco acreedor, al no estar en posibilidad de preparar adecuadamente su defensa, ante el desconocimiento de los elementos que originaron aquel saldo, y la sentencia reclamada que estimó lo contrario, es violatoria de garantías.

Segundo Tribunal Colegiado del Quinto Circuito. Semanario Judicial de la Federación. 8ª época. Tomo XIII, junio, pág. 571.

Amparo directo 76/94. Francisco Rodolfo León Ibarri. 17 de marzo de 1994. Unanimidad de votos. Ponente: Alicia Rodríguez Cruz. Secretario: Arturo Ortega Garza.

Semanario Judicial de la Federación. Octava época. Tomo XIII, junio de 1994. Pág. 571.

ESTADOS DE CUENTA BANCARIOS. REQUISITOS PARA QUE CONSTITUYAN TÍTULOS EJECUTIVOS. Conforme a una recta interpretación del artículo 68 de la Ley de Instituciones de Crédito, debe concluirse que además de exhibirse el contrato o la póliza en los que, en su caso, se hagan constar los créditos que otorguen las instituciones bancarias, para que los estados de cuenta expedidos unilateralmente por los contadores facultados por dichas instituciones constituyan títulos ejecutivos y hagan fe, salvo prueba en contrario, en los juicios respectivos, éstos deben contener un desglose de los movimientos que originaron el saldo cuyo cobro se pretende, teniendo en cuenta que el propio precepto alude a los términos "saldo" y "estado de cuenta" como conceptos diversos, al establecer que dichos estados de cuenta servirán para determinar el saldo a cargo de los acreditados, y en observancia del principio de igualdad de las partes en el procedimiento que impide obstaculizar la defensa del demandado.

Contradicción de tesis 38/93. Entre las sustentadas por el Segundo Tribunal Colegiado del Duodécimo Circuito y el Primer Tribunal Colegiado del Décimo Primer Circuito. 16 de mayo de 1994. Cinco votos. Ponente: Irma Cué Sarquis. Secretario: Arturo García Torres.

Tesis de Jurisprudencia 15/94. Aprobada por la Tercera Sala de este alto Tribunal, en sesión de dieciséis de mayo de mil novecientos noventa y cuatro, por cinco votos de los señores Ministros Presidente Carlos Sempé Minvielle, Mariano Azuela Gúitrón, Sergio Hugo Chapital Gutiérrez, Irma Cué Sarquis y Luis Gutiérrez Vidal, designados los dos últimos por el H. Pleno de este alto Tribunal, para cubrir las vacantes existentes.

Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. N° 78 junio de 1994. Pág. 28.

FACTURA. Siendo la factura un documento privado, solamente hace prueba plena en contra de la parte que lo ha extendido, pero no en contra de terceros de quienes no procede.

Quinta época:

Tomo XVII, pág. 609. Cañedo, Alfonso.

Tomo XXVII, pág. 745. Liberman, Jene.

Tomo XXIX, pág. 878. Rosales, Alfonso R.

Tomo XXX, pág. 929. Roy Marray, James.

Tomo XXX, pág. 1933. Huasteca Petroleum Co.

Apéndice de Jurisprudencia de 1917 a 1965 del Semanario Judicial de la Federación, cuarta parte. Tercera Sala, pág. 597.

FACTURAS, ENDOSO DE. La factura es un documento mercantil para consignar la operación llevada a cabo por un comerciante transmitiendo la propiedad de un bien; empero, los "endosos" posteriores, de particular a particular, son simples cesiones de derechos que no participan de la naturaleza mercantil. La factura no se puede equiparar a un título de crédito, porque no está destinada a circular, ni es un documento en donde esté incorporado el derecho que consigna. Para declarar procedente la tercería excluyente de dominio, el actor debe probar plenamente ser titular del derecho de propiedad y la simple factura de un vehículo no es suficiente para ello, independientemente de que sea objetado su valor probatorio por la contraparte del oferente, ya que es al órgano judicial al que le corresponde decidir si el actor prueba los hechos constitutivos de su acción, estando obligado en el juicio el que afirma, a probar su aserto.

Amparo directo 415/77. Andrés Hernández Aguas. 29 de septiembre de 1978. Unanimidad de votos. Ponente: Mario Gómez Mercado. Secretario: José Luis González Marañón.

Informe 1978. Tribunal Colegiado del Sexto Circuito, núm. 15, pág. 348.

FACTURAS. VALOR PROBATORIO DE LAS. La jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia, reiteradamente ha limitado el valor probatorio de las facturas, dado su carácter de documentos privados, pero tal limitación ha obedecido, principalmente, a los casos en que con facturas se ha tratado de probar la posesión (sobre todo en juicio de amparo), por lo que es frecuente también que, desde otro punto de vista, se sustenta que, si se alega como medio de prueba una factura en la que aparece que una persona compró un bien, administrada de otras presunciones que hagan suponer la certeza del hecho asentado en la factura, debe estimarse como comprobada la propiedad del objeto de dicho documento. Una factura extendida a favor de uno de los litigantes, aunque es un documento formado por su orden, sólo puede perder su fuerza probatoria si se propone en su contra una objeción formal, esto es, que se tache el documento de alterado, de falta de firma, etc.

Tercera Sala. Semanario Judicial de la Federación. 5ª época. Tomo CXXV, pág. 546. Quinta época:

Tomo CXXV, pág. 546. A.D. 1397/54. Federico Soule. 5 votos.

Apéndice de Jurisprudencia de 1917 a 1965 del Semanario Judicial de la Federación, cuarta parte. Tercera Sala, pág. 601.

Pág. 2216. 5ª época. Tomo XXXII.

INTERESES. LAS TASAS VARIABLES EN LOS CONTRATOS DE APERTURA DE CRÉDITO SON DETERMINABLES, NO IMPRECISAS. El pacto de tasas

variables, en operaciones activas, se encuentra permitido, según se infiere de lo dispuesto en los artículos 291 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito y 78 del Código de Comercio, relacionados con las circulares que emite el Banco de México, por lo que la remisión a índices inequívocos no le resta precisión, pues si bien pudiera existir cierta dificultad sobre la forma de llegar a conocer exactamente el monto de las obligaciones de los deudores, la determinación de cuál es la tasa de interés aplicable a cada vencimiento es objeto de consentimiento recíproco de las partes desde el momento del nacimiento del contrato. El banco no puede, válidamente, escoger a su arbitrio la tasa conforme a la cual se determinarán los intereses, sino que debe esperar a que los datos que la realidad objetiva arroje, indiquen cuál será la tasa de interés que resultará aplicable para un período determinado, de conformidad con las reglas que, para estos efectos, los contratantes han establecido. El deudor puede llegar a conocer el monto líquido de su obligación de pago en el momento en que se genera, con recurrir a la mecánica del instrumento de que se trate o, simplemente, acudiendo al banco para obtener la información correspondiente. Sostener lo contrario llevaría a considerar que el establecimiento de fórmulas que, en ocasiones, resultan complicadas para cumplir con obligaciones de pago, provocaría que se estimaran contrarias a derecho, aún cuando con la realización de ciertas operaciones aritméticas y la reunión de determinados datos informativos, se podría cumplir con la obligación. El hecho de que la tasa pactada sea determinable y no determinada no la hace, de suyo, imprecisa, arbitraria o ilegal. El procedimiento podrá resultar complejo, pero esa complejidad no se traduce en imprecisión.

Tesis Jurisprudencial Núm. 54/1998 (Pleno)

Contradicción de tesis 31/98.- Entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado del Vigésimo Primer Circuito y el Primer Tribunal Colegiado del Vigésimo Segundo Circuito.- 7 de octubre de 1998.- Mayoría de diez votos (Juventino V. Castro y Castro votó en contra).- Ponente: Juventino V. Castro y Castro.- Secretario: Arturo Aquino Espinosa.

INTERESES MORATORIOS. ES APLICABLE ANALÓGICAMENTE EL ARTÍCULO 362 DEL CÓDIGO DE COMERCIO PARA EL CÁLCULO DE SU MONTO TRATÁNDOSE DE LA RECLAMACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS. En tratándose del pago de intereses moratorios sobre la cantidad que resulte del pago de daños y perjuicios, para el cálculo de tales intereses es aplicable el artículo 362 del Código de Comercio, que si bien se encuentra establecido en el capítulo de préstamo mercantil y regula expresamente los intereses a pagar en el caso de demora en el pago de una deuda de esa naturaleza; también lo es, que dicho precepto debe aplicarse en forma analógica cuando se reclame el pago de intereses moratorios a partir de la fecha de causación de los daños y perjuicios, conforme a la tasa legal, porque el precepto que nos ocupa es el que establece la tasa de interés legal aplicable a todos los supuestos en que proceda la condena al pago de intereses moratorios.

Novena época. Tomo III, mayo de 1996. Tesis 1.8°. C. 44 C, pág. 647. Octavo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Amparo directo 777/95. Texall, S.A. de C.V. 31 de enero de 1996. Unanimidad de votos. Ponente: María del Carmen Sánchez Hidalgo. Secretaria: María Concepción Alonso Flores.

OBLIGACIONES DE DAR. SI NO SE FIJA PLAZO SON EXIGIBLES TREINTA DÍAS DESPUÉS DE LA INTERPELACIÓN (ESTADO DE BAJA CALIFORNIA). Si no se fija plazo para el cumplimiento de una obligación de dar, la misma se hace exigible, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1955 del Código Civil de este Estado, después de treinta días siguientes a la interpelación judicial o extrajudicial que se haga, por lo que si en relación a un contrato de compraventa en que el comprador no cumplió con una obligación de dar se demuestra que se

practicaron diversas interpelaciones en forma notarial por la parte vendedora con anterioridad a los treinta días de presentada una demanda de rescisión, y no aparece que se hubiera cumplido la obligación, debe considerarse que se acreditó la acción deducida.

Tercera Sala. Semanario Judicial de la Federación. 7ª época. Vol. 217-228, parte cuarta, pág. 211. Amparo directo 1213/87. Francisco Araujo Alatríste. 1º de junio de 1987. Unanimidad de 5 votos. Ponente: Jorge Olivera Toro. Secretaria: Hilda Martínez González.

OBLIGACIONES EN MONEDA EXTRANJERA. LA SEGUNDA PARTE DEL PRIMER PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 8º DE LA LEY MONETARIA CONTIENE UNA DISPOSICIÓN PERMISIVA. El primer párrafo del artículo 8º de la Ley Monetaria contiene dos disposiciones, la una que es prohibitiva o taxativa al ordenar que la moneda extranjera no tendrá curso legal en la República, y la otra que es permisiva y supletiva al dar cabida a que se contraigan obligaciones en moneda extranjera y señalar una forma de solventación. En efecto, puede suceder, siempre en el mundo de la autonomía de la voluntad, que en la concertación de un acto jurídico, los contratantes hayan omitido manifestar expresamente como habrán de regularse determinadas peculiaridades del contrato que han celebrado como, cuando arrendador y arrendatario desatienden la hipótesis de que llegado el momento de cumplir la obligación, el segundo pueda pagar no sólo en moneda extranjera, según lo acordado, sino también en su equivalente en moneda nacional al tipo de cambio que rija en el lugar y fecha en que se haga el pago. A ello obedece que los ordenamientos jurídicos supletivos que, como su nombre lo indica, suplen los olvidos de los contratantes.

Tercera Sala. Semanario Judicial de la Federación. 7ª época. Vol. 205-216, parte cuarta, pág. 119.

Amparo directo 6519/85. Infratec, S.A. de C.V. 27 de octubre de 1986. 5 votos. Ponente: Victoria Adato Green de Ibarra. Secretario: Luis Pérez de la Fuente.

Amparo directo 11910/84. Constructora y Perforadora Tiáloc, S.A. 16 de febrero de 1987. 5 votos. Ponente: Jorge Olivera Toro. Secretaria: Ma. Lourdes Delgado Granados.

Amparo directo 11911/84. Constructora y Perforadora Tiáloc, S.A. 16 de febrero de 1987. 5 votos. Ponente: Jorge Olivera Toro. Secretaria: Ma. Lourdes Delgado Granados.

Amparo directo 393/86. Grutec, S.A. de C.V. 13 de abril de 1987. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Jorge Olivera Toro. Secretario: Agustín Urdapilleta. Ausente: Ernesto Díaz Infante.

Amparo directo 8003/85. Geohidrológica Mexicana, S.A. 13 de abril de 1987. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Jorge Olivera Toro. Secretario: Agustín Urdapilleta. Ausente: Ernesto Díaz Infante.

Informe rendido a la Suprema Corte de Justicia de la Nación 1987. Segunda Parte pág. 14.

OBLIGACIONES EN MONEDA EXTRANJERA. SU CUMPLIMIENTO TRATÁNDOSE DE ARRENDAMIENTO FINANCIERO. Tratándose del arrendamiento financiero, como esta operación supone necesariamente un financiamiento o erogación por parte del arrendador; cuando se demuestra que esa erogación para la adquisición de los bienes materia del arrendamiento o el pago del precio de los mismos se hizo en moneda nacional, es de estimarse que las obligaciones derivadas de ese pacto, originalmente fueron contraídas en tal moneda, no obstante que el contrato o los títulos de crédito respectivos se hayan firmado en dólares de los Estados Unidos de Norteamérica en cuyo caso, el arrendatario deudor, debe solventar dichas obligaciones en moneda nacional, al tipo de cambio que se haya tomado en cuenta o que haya estado vigente al celebrarse la operación correspondiente.

Tercera Sala. Semanario Judicial de la Federación. 7ª época. Vol. 217-228, parte cuarta, pág. 224.

Amparo directo 12098/84. Salomón Issa Murra y Combugas, S.A. 19 de febrero de 1987. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Jorge Olivera Toro. Secretario: Waldo Guerrero Lázcares.

Precedente:

Amparo directo 1149/82. Kenworth Mexicana S.A. de C.V. 22 de noviembre de 1982. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Gloria León Orantes. Secretario: Marco Antonio Rivera Corella.

OPERACIONES MERCANTILES. NO EXISTE PROHIBICIÓN LEGAL PARA CELEBRARLAS EN MONEDA EXTRANJERA. De una correcta interpretación de lo que ordena el artículo 635 del Código de Comercio, cabe concluir que este precepto no prohíbe que una operación mercantil se efectúe en moneda extranjera, sino que únicamente impone la modalidad de que los actos de comercio celebrados bajo condiciones en que se toma en cuenta al peso mexicano, éste sirva como base para lograr su realización definitiva.

Tercera Sala. Semanario Judicial de la Federación. 7ª. Época. Vol. 205-216, parte cuarta, pág. 123. Amparo directo 9247/84. "Inmobiliaria Villa de los Arcos", S.A. de C.V. y otro. 8 de octubre de 1986. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Victoria Adato Green de Ibarra. Secretario: Virgilio Adolfo Solorio Campos.

PACTO COMISORIO, TÁCITO Y EXPRESO, DEBE ENTENDERSE APLICABLE PARA AMBOS EL ARTÍCULO 1949 DEL CÓDIGO CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL, DADO QUE EL CONCEPTO Y EFECTOS DE UNO Y OTRO SON LOS MISMOS. Aunque el artículo 1949 del Código Civil del Distrito Federal, se refiere solo al pacto comisorio tácito, el supuesto que contempla dicho numeral, debe también entenderse aplicable al pacto comisorio expreso, si se toma en consideración que el concepto de uno y otro, son los mismos, con la salvedad de que mientras el invocado precepto que habla de las partes, sobrentiende la existencia del primero, en los contratos sinalagmáticos, el segundo, se encuentra previsto y regulado expresamente en el acuerdo de voluntades; sostener lo contrario, sería admitir que el cumplimiento de la obligación, queda al arbitrio de cada uno de los contratantes, lo que pugna con lo dispuesto por el artículo 1797 del ordenamiento legal invocado.

Sexto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Novena época. Tomo III, mayo de 1996. Tesis 1.6º. C. 54 C., pág. 669. Amparo directo 1906/96. Sucesión de José de Jesús Núñez y Núñez. 25 de abril de 1996. Unanimidad de votos. Ponente: Ana María Ulloa de Rebollo. Secretario: Cuauhtémoc González Álvarez.

PACTO COMISORIO EXPRESO. EFECTOS DEL, EN LOS CONTRATOS CIVILES. De conformidad a lo establecido en el artículo 1949 del Código Civil del Estado de Guerrero, que estuvo en vigor hasta el dos de marzo de mil novecientos noventa y tres, la facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe, por esta razón, a dicha facultad resolutoria la doctrina le denomina pacto comisorio tácito, en virtud de que va implícita y se sobrentiende en los contratos bilaterales. Sin embargo, también existe el pacto comisorio expreso, esto es, cuando los contratantes establecen dicha facultad en alguna de las cláusulas del acuerdo de voluntades, y el mismo es legítimo, porque, en términos de los artículos 1832 y 1839 de la mencionada ley civil, en materia de contratos la voluntad de las partes es ley suprema, ya que éstas pueden incluir las cláusulas que estimen convenientes, además que, en los contratos civiles, cada uno se obliga en la forma y términos que aparezcan que quiso obligarse. En ese orden de ideas, contrario a lo que acontece con el pacto comisorio tácito, a virtud de expresa cláusula resolutoria, el contrato se resuelve, o se da por terminado, automáticamente, por el solo hecho de que en la realidad se actualicen algunas de las causas convenidas como motivo de rescisión, sin la intervención de los tribunales para ese efecto; dicho de otra manera, por efecto del pacto comisorio expreso, las partes contratantes adquieren la facultad de rescindir por sí y ante sí el contrato, tan sólo por el hecho de que su contratante haya dejado de cumplir con las obligaciones que el propio contrato le impuso.

Segundo Tribunal Colegiado del Vigésimo Primer Circuito.

Amparo en revisión 324/93. Alfa Castillo Castañón, Rossana, Alejandra y Alfa Lidia Guillén Castillo. 20 de enero de 1994. Unanimidad de votos. Ponente: Martiniano Bautista Espinosa. Secretario: Javier Cardoso Chávez.

Semanario Judicial de la Federación. Octava época. Tomo XIII. Marzo de 1994. Pág. 413.

PAGO. PARA INCURRIR EN MORA NO ES INDISPENSABLE EL REQUERIMIENTO EN OBLIGACIONES DE DAR CUANDO SE HA FIJADO FECHA PARA CUMPLIRLA Y SE CONOCE EL DOMICILIO DEL ACREEDOR. El requerimiento previo sólo es indispensable cuando se fija tiempo para efectuar el pago, ya que el artículo 2080 del Código Civil previene: Si "no se ha fijado el tiempo en que debe hacerse el pago y se trata de obligaciones de dar, no podrá el acreedor exigirlo sino después de los treinta días siguientes a la interpelación que se haga, ya judicialmente, ya en lo extrajudicial, ante un notario o ante dos testigos". De manera que si se trata de una obligación de dar, para cuyo cumplimiento se ha fijado fecha, y si el deudor, además, conoce el domicilio de la persona a quien debe efectuar el pago, por haberse consignado en el documento relativo a la operación, no existe impedimento para que efectúe el pago en la fecha indicada y en el domicilio señalado o, en su defecto, para que promueva las diligencias de ofrecimiento de pago o de consignación.

Tercera Sala. Semanario Judicial de la Federación. 7ª época. Vol. 217/228, parte cuarta, pág. 381.

Amparo directo 8188/8 Compañía Distribuidora de Regalos, S.A. 2 de julio de 1987. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Ernesto Díaz Infante. Secretario: Tarcicio Obregón Lemus.

En el mismo sentido:

Amparo directo 2672/74. Aurora González de Treviño. 27 de junio de 1975. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Rafael Rojina Villegas.

PAGO DE RENTA EN DÓLARES. ES LÍCITO SI ASÍ LO ESTABLECIERON LAS PARTES. El axioma Pacta Sunt Servanda determina que la voluntad de los contratantes es la ley suprema en el acto jurídico que realizan, y si a ello se suma que en la interpretación de los contratos, según lo prescribe el numeral 1851 del Código Civil para el Distrito Federal, debe estarse al sentido literal de sus cláusulas cuando sus términos son claros y no dejan duda sobre la intención de las partes, lógicamente es dable inferir que la arrendataria cumplirá debidamente su obligación entregando la suma pactada en dinero extranjero.

Amparo directo 6519/85. Infratec, S.A. de C.V. 27 de octubre de 1986. 5 votos. Ponente: Victoria Adato Green de Ibarra. Secretario: Luis Pérez de la Fuente.

Amparo directo 11910/84. Constructora y Perforadora Tláloc, S.A. 16 de febrero de 1987. 5 votos. Ponente: Jorge Olivera Toro. Secretaria: Ma. Lourdes Delgado Granados.

Amparo directo 11911/84. Constructora y Perforadora Tláloc, S.A. 16 de febrero de 1987. 5 votos. Ponente: Jorge Olivera Toro. Secretaria: Ma. Lourdes Delgado Granados.

Amparo directo 393/86. Grutec, S.A. de C.V. 13 de abril de 1987. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Jorge Olivera Toro. Secretario: Agustín Urdapilleta. Ausente: Ernesto Díaz Infante.

Amparo directo 8003/85. Geohidrológica Mexicana, S.A. 13 de abril de 1987. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Jorge Olivera Toro. Secretario: Agustín Urdapilleta. Ausente: Ernesto Díaz Infante.

PENA CONVENCIONAL EN MATERIA MERCANTIL. APLICACIÓN SUPLETORIA DEL DERECHO CIVIL. Tratándose de la pena convencional, las disposiciones del derecho civil son supletorias del Código de Comercio. El artículo 88 de este código establece que en el contrato mercantil en que se fijare la pena de indemnización contra el que no lo cumpliera, la parte perjudicada podrá exigir el cumplimiento del contrato o la pena prescrita, pero utilizando una de las dos acciones quedará extinguida la otra. Ahora bien, dicho artículo ni algún otro del Código de Comercio reglamenta lo concerniente a la pena convencional, ni dice como debe procederse cuando se cumple en parte la obligación principal, por lo que se impone admitir que

a los actos mercantiles tienen que ser supletoriamente aplicables las disposiciones del derecho civil, de acuerdo con el artículo 81 del Código de Comercio.

Tercera Sala. Semanario Judicial de la Federación. 6ª época. Vol. XXVIII, parte cuarta, pág. 226 A.D. 6764/58. Juan Bringas Zamora. 5 votos.

Jurisprudencia 1917-1985. Apéndice al Semanario Judicial de la Federación. Pág. 538.

RATIFICACIÓN. Por ratificación debe entenderse la confirmación o aprobación de lo que hemos dicho o hecho, o de lo que otra persona ha hecho en nuestro nombre, y la ratificación puede hacerse o bien expresamente, con términos positivos, o bien tácitamente, con hechos. El reconocimiento que se haga de la existencia de un contrato, al absolver posiciones, no significa la aceptación del mismo contrato, ya que puede reconocerse la existencia de un contrato y a la vez invocar la nulidad del mismo.

Tercera Sala. Semanario Judicial de la Federación. 5ª época. Vol. XXXIII, pág. 370. A.D. N° 2522 de 1930, Sec. 3ª. Peraza A. Domingo. 23 de mayo de 1931. 5ª época. Tomo XXXII.

RATIFICACIÓN. La ratificación tiene por efecto el retrotraer las cosas a la época en que se verificó el acto que se ratifica.

Pleno. Semanario Judicial de la Federación. 5ª época. Tomo VIII, pág. 876ñ. A.R. Aspuru Bernardino de. 3 de mayo de 1921.

REPRESENTACIÓN INDIRECTA. La representación indirecta es aquella conforme a la cual el representante obra en nombre propio, salvo siempre el contrato que tenga celebrado con su representado.

Primera Sala. Semanario Judicial de la Federación. 5ª época. Vol. XXXIII, pág. 2588. A.R. N° 1591 de 1930, Sec. 3ª. Estrada Juan D. 25 de noviembre de 1931. 5ª época. Tomo XXXIII.

RESCISIÓN. CONSECUENCIA DE LA MISMA. Cuando se decreta la rescisión de un contrato, aunque las partes no lo pidan, o independientemente de lo que las partes pidan, el juzgador debe precisar, de acuerdo con la ley y las estipulaciones válidas de los contratantes, las consecuencias de la rescisión.

Tercera Sala. Semanario Judicial de la Federación. 7ª época. Vol. 217-228, cuarta parte, pág. 285. Amparo directo 1213/87. Francisco Araujo Alatríste. 1º de junio de 1987. 5 votos. Ponente: Jorge Olivera Toro. Secretaria: Hilda Martínez González.

Precedente:

Sexta época. Cuarta parte. Vol. XLV, pág. 88. Amparo directo 485/59. Cooperativa de Autotransportes "Díaz Ordaz", S.C.L. 5 votos.

RÉDITOS LEGALES. Las prevenciones del artículo 362 del Código de Comercio, no obstante que este precepto se encuentra en el Capítulo Primero, Título Quinto del Libro Segundo de dicho Código, que solamente se ocupa del préstamo mercantil, no es aplicable únicamente cuando se trata de él, no tiene como otros códigos, un capítulo o varios en que se contengan disposiciones generales que regulen las obligaciones, por lo que el precepto invocado debe reputarse como general, y es aplicable por lo mismo, no solamente al préstamo, sino a todos los contratos de carácter mercantil, por los que haya de pagarse interés por causa de mora.

Zardaín Hermanos. Pág. 158. Tomo XXXIII. 5ª época. 1931.

SOLIDARIDAD. NO SE PRESUME. RESULTA POR DISPOSICIÓN LEGAL O DEL ACUERDO EXPRESO DE LOS CONTRATANTES. La solidaridad, en términos del artículo 1987 del Código Civil para el Distrito Federal, surge cuando hay pluralidad de acreedores, deudores o de ambos, en una obligación, y cada creador puede exigir el cumplimiento del total de la obligación, y cada deudor debe cumplir en su

totalidad la prestación debida; solidaridad que no se presume, sino que debe ser expresamente pactada o resultar por disposición legal, según el numeral 1988 del Código en cita, la cual, cuando se origina en la ley, sólo es pasiva, es decir, surge pluralidad de deudores y un solo acreedor, como sucede en las hipótesis de gestoría, de daño común, de diversidad de comodatarios y de pluralidad de solicitantes de un servicio profesional, en términos de los artículos 1901, 1917, 2510 y 2611 del ordenamiento citado.

Quinto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito.

Amparo directo 2741/. Herlinda López García y otro. 7 de noviembre de 1991. Unanimidad de votos.

Ponente: José Luis Caballero Cárdenas. Secretario: Alejandro Javier Pizaña Nila.

Semanario Judicial de la Federación. Octava época. Tomo IX. Febrero de 1992. Página 270.

TRABAJO. CONTRATO DE SUS DIFERENCIAS CON LA COMISIÓN MERCANTIL. La comisión mercantil tiene una marcada diferencia con el contrato de trabajo, pues en tanto que aquella se manifiesta por un acto o una serie de actos, que sólo accidentalmente crean dependencia entre comisionistas y comitente, que duran sólo el tiempo necesario para la ejecución de esos actos, en el contrato de trabajo esa dependencia es permanente, su duración es indefinida o por tiempo determinado, pero independientemente del necesario para realizar el acto materia del contrato, siendo la característica esencial de este último contrato la dependencia económica que existe entre la empresa y el trabajador. De modo que si el comisionista sólo puede ocuparse de los asuntos de comitente, sin poder prácticamente ocuparse de otros, se encuentra en sujeción y dependencia que dan a su contrato las características de un contrato de trabajo.

Cuarta Sala. Semanario Judicial de la Federación. 5ª época. Tomo XLIII, pág. 1914.

Quinta época:

Tomo XVII, pág. 1191. Sánchez, Severino.

Tomo XXXII, pág. 600. Ceballos, Cayetano.

Tomo XXXIII, pág. 501. Cía. Mexicana Molinera de Nixtamal, S.A.

Tomo XLIII, pág. 1914. Veana, Jesús.

Tomo LI, pág. 3071. Monsalve, Ricardo.

Apéndice de Jurisprudencia de 1917 a 1965 del Semanario Judicial de la Federación. Quinta parte. Cuarta Sala. Pág. 191.

VIABILIDAD ECONÓMICA DE LOS PROYECTOS DE INVERSIÓN PARA EL OTORGAMIENTO DE FINANCIAMIENTOS. LA OMISIÓN POR PARTE DE LAS INSTITUCIONES DE CRÉDITO DE REALIZAR EL ESTUDIO RELATIVO, NO INVALIDA EL CONTRATO DE APERTURA DE CRÉDITO. El artículo 65 de la Ley de Instituciones de Crédito establece que éstas tienen la obligación de que, previo al otorgamiento de financiamientos, realicen el estudio de viabilidad económica de los proyectos de inversión respectivos, los plazos de recuperación de éstos, las relaciones que guarden entre sí los distintos conceptos de los estados financieros o la situación económica de los acreditados, y la calificación administrativa y moral de estos últimos, sin perjuicio de considerar las garantías que, en su caso, fueren necesarias. Asimismo, el citado precepto señala que los montos, plazos, regímenes de amortización y, en su caso, períodos de gracia de los financiamientos, deberán tener una relación adecuada con la naturaleza de los proyectos de inversión y con la situación presente y previsible de los acreditados. Además, el mencionado dispositivo prevé que la Comisión Nacional Bancaria vigilará que las instituciones de crédito observen debidamente lo dispuesto en el citado artículo. Estos requisitos tienen como finalidad buscar la seguridad de las operaciones, previendo la viabilidad del crédito que se otorgue, a efecto de que se obtenga su recuperación en los términos y condiciones que fije la política bancaria y con apego a las sanas prácticas que propicien la seguridad de sus operaciones. Ahora bien, a la Comisión

Nacional Bancaria corresponde la vigilancia del cumplimiento de la mencionada obligación, entidad a la que los artículos 108, 109 y 110 de la citada ley le conceden facultades sancionadoras de carácter administrativo e, incluso el artículo 112 del cuerpo legal en cita, considera como delictivas algunas de las conductas irregulares en el otorgamiento de los financiamientos; sin embargo, el incumplimiento de la obligación de mérito de ninguna manera incide en los elementos fundamentales del contrato de apertura de crédito, como son el objeto y el consentimiento, traducidos, el primero, en que se ponga a disposición del acreditado una suma de dinero, o se obligue el acreditante a contraer por cuenta del acreditado una obligación, la cual debe restituir a este último en los términos y condiciones pactados y, el segundo, en el acuerdo coincidente de voluntades sobre este objeto, por lo que carece de trascendencia para la validez del acto jurídico la omisión del indicado estudio. Además, en cualquier caso esa situación perjudicaría a la institución de crédito y no así al deudor, ya que la primera es quien sufriría el perjuicio por no recuperar el dinero prestado sin prever la situación económica, solvencia y capacidad de pago del segundo, en cambio, éste de todos modos recibió el beneficio del crédito. Por tanto, no existe razón jurídica alguna para que la omisión de la realización del estudio de viabilidad económica del proyecto respectivo dé lugar a declarar la nulidad del contrato de apertura de crédito.

Tesis Jurisprudencial Núm. 52/1998 (Pleno)

Contradicción de tesis 31/98.- Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Séptimo y Octavo en Materia Civil del Primer Circuito y el Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Séptimo Circuito y otros.- 7 de octubre de 1998.- Mayoría de ocho votos (Juventino V. Castro y Castro, Juan Díaz Romero y Juan N. Silva Meza votaron en contra).- Ponente: Juventino V. Castro y Castro.- Secretario: Arturo Aquino Espinosa.

BIBLIOGRAFÍA

• Doctrina

ACOSTA ROMERO, Miguel y MARTINEZ ARROYO, Laura A.- *Teoría General del Acto Jurídico y Obligaciones*.- Porrúa.- México, 2002.

ADAME GODDARD, Jorge.- *El Contrato de Compraventa Internacional*.- McGraw Hill.- México, 1994.

ADAME GODDARD, Jorge.- *Naturaleza, Persona y Derechos Humanos*, en Cuadernos Constitucionales México Centroamérica, No. 21.- UNAM 1996.

ALCOCER ALCOCER, Agustín.- *Exégesis del Negocio Jurídico*.- Tesis de Maestría en Derecho, Especialidad en Derecho Civil.- Universidad Lasallista Benavente.- México, 1996.

ALCOCER ALCOCER, Agustín.- *La Contratación Privada Atípica en el Derecho Mexicano*.- Ed. Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política, FUNDAP.- México, 2003.

ALCOCER ALCOCER, Agustín.- *La Contratación Privada Atípica en el Derecho Mexicano*.- Tesis de Maestría en Derecho Privado.- Universidad Autónoma de Querétaro.- México, 1998.

ALTERNI, Atilio Aníbal, AMEAL, Óscar José y LÓPEZ CABAÑA, Roberto M.- *Curso de Obligaciones*.- Dos tomos.- 4ª. ed., Abeledo-Perrot.- Buenos Aires, 1992.

ALTMARK, Daniel Ricardo.- *Informática y Derecho, La etapa contractual de los contratos informáticos*.- De Palma.- Buenos Aires, 1991.

ARANA MORÁN, José.- *Apuntes tomados en la clase de Derecho Romano*, en el ciclo escolar de 1979-1980, en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Querétaro.

ARCE GARGOLLO, Javier.- *Contratos Mercantiles Atípicos*.- 4ª. ed.- Porrúa.- México, 1997.

ARCE GARGOLLO, Javier.- *El Contrato de Franquicia*.- 4ª. ed.- Themis.- México, 1997.

- ARRIOLA, Juan Federico.- *La Libertad, la Autoridad y el Poder en el Pensamiento Filosófico de José Ortega y Gasset*.- UNAM.- México, 2003.
- ARROYO MARTÍNEZ, Ignacio.- *Código de Comercio y Legislación Mercantil*.- 12ª. ed.- Tecnos.- Madrid, 1996.
- ASCARELLI, Tullio.- *Iniciación al Derecho Mercantil*.- Bosch.- Barcelona, 1964.
- ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan.- *Las Piezas del Derecho, Teoría de los Enunciados Jurídicos*.- Ariel.- Barcelona, España, 1996.
- ATIENZA, Manuel.- *El Sentido del Derecho*.- Ariel.- Barcelona, España, 2001.
- AZUA REYES, Sergio T.- *Teoría General de las Obligaciones*.- Porrúa.- México, 1993.
- BAILOSTOSKY DE CHAZÁN, Sara.- *Panorama de Derecho Romano*.- UNAM.- México, 1996.
- BAÑUELOS SÁNCHEZ, Froylán.- *Interpretación de los Contratos y Testamentos*.- 7ª. ed.- Cárdenas.- México, 1996.
- BARRERA GRAF, Jorge.- *Instituciones de Derecho Mercantil*.- Porrúa.- México, 1989.
- BARROS BAURIE, Enrique.- *Contratos*.- Jurídica de Chile.- Chile, 1991.
- BAUCHE GARCIADIEGO, Mario.- *La Empresa*.- 2ª. ed.- Porrúa.- México, 1983.
- BAUCHE GARCIADIEGO, Mario.- *Operaciones Bancarias*.- 4ª. ed.- Porrúa.- México, 1981.
- BETTI, Emilio.- *Teoría del Negocio Jurídico*.- Trad. A. Martín Pérez.- 2º ed.- Ed. Comares.- Granada, España, 2000.
- BOFFI BOGGERO, Luis María.- *Tratado de las Obligaciones*.- Seis Tomos.- Astrea.- Buenos Aires, 1984.
- BORJA SORIANO, Manuel.- *Teoría General de las Obligaciones*.- 13ª. ed.- Porrúa.- México, 1997.
- BROSETA PONT, Manuel.- *Manual de Derecho Mercantil*.- 9º ed.- Tecnos.- Madrid, 1991.

- CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo.- *Contratos de Licencia y de Transferencia de Tecnología en el Derecho Privado*.- 2ª. ed.- Heliasta.- Argentina, 1994.
- CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio.- *Las Obligaciones de Actividad*.- Bosch.- Barcelona, 1993.
- CARBALLO YAÑEZ, Eric y LARA TREVIÑO, Enrique.- *Formulario Teórico Práctico de Contratos Mercantiles*.- Porrúa.- 3ª. ed.- México, 2003
- CASTAN TOBEÑAS, José.- *Derecho Civil Español, Común y Foral*.- 10ª. ed.- Reus.- Madrid, 1977.
- CASTRILLÓN Y LUNA, Víctor M.- *Contratos Mercantiles*.- Porrúa.- México, 2002.
- CERVANTES AHUMADA, Raúl.- *Derecho Mercantil*.- Herrero.- México, 1975.
- CERVANTES MARTINEZ, José Daniel.- *Justicia Cibernética como Alternativa ante un Nuevo Milenio*.- Cárdenas Editor.- México, 2001.
- CHIRINO CASTILLO, Joel.- *Derecho Civil III, Contratos Civiles*.- 2ª. ed.- Mc Graw-Hill.- México, 1996.
- COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo.- *Reglamento de la Prestación del Servicio Turístico del Sistema de Tiempo Compartido*.- Porrúa.- México, 1990.
- CORREA, Carlos M., *Contratos Informáticos*.- De Palma.- Buenos Aires, 1987.
- DE BUEN LOZANO, Néstor.- *La Decadencia del Contrato*.- 2ª. ed.- Porrúa.- México, 1986.
- DE BUEN, Demófilo.- *Ensayo sobre el Concepto del Contrato*.- En Boletín del Instituto de Legislación Comparada y Derecho Internacional, número 1, Panamá, 1944.
- DE BUEN, Néstor.- *La Decadencia del Contrato*.- Textos Universitarios.- UNAM, México, 1965.
- DE CASTRO Y CASTRO, Federico.- *El Negocio Jurídico*.- Civitas.- Madrid, España, 1997.
- DÍAZ BRAVO, Arturo.- *Contratos Mercantiles*.- 6ª. ed.- Harla.- México, 1997.

- DICCIONARIO DEL TRATADO DE LIBRE COMERCIO.- Secretaría de Comercio y Fomento Industrial.- México, 1994.
- DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO.- Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.- Porrúa.- 2° ed.- México, 1988.
- ENGELS, Federico.- *El Origen de la Familia, La Propiedad Privada y el Estado*.- FCE.- México, 1984.
- ENNECCERUS, Ludwig.- *Tratado de Derecho Civil*.- Tomo II, Volumen 2.- s/n ed.- Bosch, Casa Editorial.- Barcelona, 1955.
- FERNANDEZ-GALIANO, Antonio y DE CASTRO CID, Benito.- *Lecciones de Teoría del Derecho y Derecho Natural*.- Ed. Universitas.- 3ª. ed. - Madrid, España, 2001.
- FERRI, Luigi.- *La Autonomía Privada*.- Trad. Luis Sancho Mendizábal.- Ed. Comares.- Granada, España, 2001.
- FLORIS MARGADANT, Guillermo.- *El Derecho Privado Romano*.- 5ª. ed.- Esfinge.- México, 1979.
- FORTUNATO GARRIDO, Roque y ZAZO, Jorge Alberto.- *Contratos Civiles y Comerciales*.- Universidad.- Argentina, 1995.
- FRAGA, Gabino.- *Derecho Administrativo*.- 32ª. ed.- Porrúa.- México, 1993.
- GALINDO GARFIAS, Ignacio.- *Teoría de las Obligaciones*.- Porrúa.- México, 2000.
- GARCÍA LÓPEZ, Agustín.- *Apuntes de Contratos*.- Documento mimeografiado.- UNAM.- México, s/f.
- GARRIDO DEL TORAL, Andrés.- *Derecho Administrativo Estructural*.- Ed. Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política, FUNDAp.- México, 2002.
- GARRIGUES, Joaquín.- *Curso de Derecho Mercantil*.- Porrúa.- México, 1979.
- GAUDEMONT, Eugene.- *Teoría General de las Obligaciones*.- 2ª. ed.- Porrúa.- México, 1984.
- GHERSI, Carlos Alberto.- *Contratos Civiles y Comerciales*.- 3ª. ed.- Astrea.- Buenos Aires, 1994.

GIORGI, Jorge.- *Teoría de las Obligaciones*.- Nueve tomos.- 2ª. ed.- Reus.- Madrid, 1988.

GRAF ZU DOHNA, Alexander.- *La Ilícitud*.- Trad. Faustino Ballvé.- Editorial Jurídica Mexicana.- México, 1959.

GUITÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto.- *Derecho de las Obligaciones*.- Dos tomos.- 12ª. ed. Porrúa.- México, 1998.

ILLESCAS ORTIZ, Rafael.- *Derecho de la Contratación Electrónica*.- Civitas.- Madrid, España, 2001.

JIMÉNEZ GÓMEZ, Juan Ricardo.- *Lineamientos Básicos para la Investigación Jurídica*, en Boletín del Centro de Investigaciones Jurídicas "Dr. Héctor Fix Zamudio", No. 4, Año 3.- Universidad Autónoma de Querétaro.- México, 1994.

KELSEN, Hans.- *El Contrato y El Tratado*.- Colofón.- México, 1994.

LACHIRA SAENZ, Cesar Augusto.- *Métodos y Técnicas de Investigación Jurídica*.- Universidad Autónoma de Querétaro.- México, 2003.

LEAL PÉREZ, Hildebrando.- *Cursos de Contratos Civiles y Mercantiles*.- Librería del Profesional.- Bogotá, Colombia, 1989.

LITE DEL RÍO, José Manuel.- *Derecho de las Obligaciones*.- Tres tomos.- Tecnos.- Madrid, 1990.

LOZANO NORIEGA, Francisco.- *Cuarto Curso de Derecho Civil, Contratos*.- 5ª. ed.- Asociación Nacional del Notariado Mexicano.- México, 1992.

MALDONADO, Tomás.- *Lo real y lo irreal*.- Gedisa.- Barcelona, 1992.

MANTILLA MOLINA, Roberto.- *Derecho Mercantil*.- 28ª. ed.- Porrúa.- México, 1992.

MARTÍNEZ ALFARO, Joaquín.- *Teoría de las Obligaciones*.- 8ª. ed.- Porrúa.- México, 2001.

MARTÍNEZ GARNELO, Jesús.- *La Figura del Contrato en los Trasplantes de Órganos Humanos*.- Porrúa.- México, 2002.

MEERYMAN, John Henry.- *La Tradición Jurídica Romano Canónica*.- 2ª. ed.- FCE.- México, 1997.

- MESSINEO, Francesco.- *Manual de Derecho Civil y Comercial*.- Trad. Santiago Sentis Melendo.- Ed. Ejea.- Buenos Aires, 1986.
- MORESO, José Juan, et. al.- *Conocimiento Jurídico y Determinación Normativa*.- Ed. Fontamara.- México, 2002.
- MUÑOZ, Luis.- *Doctrina General del Contrato*.- Cárdenas.- México, 1992.
- NIETO, Santiago.- *Interpretación y Argumentación Jurídicas en Materia Electoral*.- UNAM.- México, 2003.
- NUÑEZ TOMÁS, María José.- *Derecho de las Obligaciones y Contratos*.- Bosch.- España, 1994.
- OCHOA GONZÁLEZ, Guillermo.- *Contratos Nominados Civiles*.- Señal Editora.- Medellín, 1988.
- OSSORIO, Ángel.- *El Contrato de Opción*.- 2ª. ed.- UTEHA.- México, 1963.
- OVALLE PIEDRA, Julieta.- *La Responsabilidad Civil por Productos en México, Canadá y Estados Unidos*.- UNAM.- México, 2001.
- PALACIOS ALCOCER, Mariano.- *El Régimen de Garantías Sociales en el Constitucionalismo Mexicano*.- UNAM.- México, 1995.
- PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo.- *Contratos Civiles*.- 8ª. ed.- Porrúa.- México, 2001.
- PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo.- *Representación, Poder y Mandato*.- 8º ed.- Porrúa.- México, 1994.
- POTHIER, Robert Josephth.- *Tratado de las Obligaciones*.- Haliasta.- Brasil, 1993.
- QUINTANILLA GARCÍA, Miguel Ángel.- *Derecho de las Obligaciones*.- 4º ed.- Cárdenas Editor.- México, 2000.
- QUINTANILLA GARCÍA, Miguel Ángel.- *El Negocio Jurídico*.- Cárdenas Editor.- México, 2002.
- RANGEL CHARLES, Juan A. Y SANROMAN ARANDA, Roberto.- *Derecho de los Negocios*.- Thomson.- México, 1995.
- REYES MORA, Oswaldo G.- *Contrato Mercantil de Asociación en Participación*.- Pac.- México, 1991.

REZZONICO, Juan Carlos.- *Contratos con Cláusulas Predispuestas*.- Astrea.- Buenos Aires, 1987.

RIBEIRO TORAL, Gerardo.- *Teoría de la Argumentación Jurídica*.- Plaza y Valdés.- México, 2003.

ROBB, LUIS A.- *Diccionario de Términos Legales*, (Español-Inglés Inglés-Español).- Limusa.- México, 1982.

ROCCO, Alfredo.- *Principios de Derecho Mercantil*.- Ed. Nacional.- Revista de Derecho Privado.- México, 1966.

RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ, Joaquín.- *Curso de Derecho Mercantil*.- 14^a. ed.- Porrúa.- México, 1977.

RUIZ DE CHÁVEZ SALAZAR, Salvador y RUIZ DE CHÁVEZ OCHOA, Salvador.- *Importancia Jurídica de las Clasificaciones de los Contratos Civiles*.- 2^a.ed.- Porrúa.- México, 1997.

SALERNO, Marcelo Urbano.- *Obligaciones, Régimen Jurídico*.- Ed. Universidad.- Buenos Aires, 1995.

SÁNCHEZ MEDAL URQUIZA, José Ramón.- *La Resolución de los Contratos por Incumplimiento*.- 4^a. ed.- Porrúa.- México, 1989.

SÁNCHEZ MEDAL, Ramón.- *De los Contratos Civiles*.- 17^a. ed.- Porrúa.- México, 1998.

SEPÚLVEDA SANDOVAL, Carlos.- *De los Derechos Personales, de Crédito u Obligaciones*.- Porrúa.- México, 1996.

SEPÚLVEDA SANDOVAL, Carlos.- *La Empresa y sus Actividades*.- Concepto Jurídico.- Mc Graw-Hill.- México, 1997.

SERRA ROJAS, Andrés.- *Derecho Administrativo*.- 15^a. ed.- Porrúa.- México, 1992.

SPOTA, Alberto G.- *Contratos*.- Ocho tomos.- 2^a. ed.- De Palma.- Buenos Aires, 1984.

TAMAYO Y SALMORAN, Rolando.- *Elementos para una Teoría General del Derecho*.- Themis.- 2^a. ed.- México, 2003.

TAMAYO Y SALMORAN, Rolando.- *Razonamiento y Argumentación Jurídica*.- UNAM.- México, 2003.

- TENA, Felipe.- *Derecho Mercantil Mexicano*.- 14ª. ed.- Porrúa.- México, 1994.
- TREVIÑO GARCÍA, Ricardo.- *Contratos Civiles y sus Generalidades*.- 5ª. ed.- Mc Graw-Hill.- México, 1995.
- TREVIÑO GARCÍA, Ricardo.- *Epítome de los Contratos*.- Mc Graw-Hill.- México, 1994.
- URÍA, Rodrigo.- *Derecho Mercantil*.- 21ª. ed.- Marcial Pons.- Madrid, 1994.
- ZAMORA Y VALENCIA, Miguel Ángel.- *Contratos Civiles*.- 2ª. ed.- Porrúa.- México, 1985.
- ZÚÑIGA GARCÍA, Luis Francisco.- *Guía Práctica y Formulario para la Realización de Contratos*.- Atenas de Anáhuac.- México, 1997.

- **Legislación**

(En orden alfabético)

- Código Civil del Estado de Guanajuato
- Código Civil del Estado de Jalisco
- Código Civil del Estado de Querétaro
- Código Civil del Estado de Quintana Roo
- Código Civil Español
- Código Civil Italiano
- Código Civil Federal
- Código de Comercio
- Código de Comercio Español
- Código de Comercio Francés
- Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal
- Código de Procedimientos Civiles del Estado de Querétaro
- Código Fiscal de la Federación

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
Ley de Adquisiciones y Obras Públicas
Ley de Fomento y Protección a la Propiedad Industrial
Ley de Instituciones de Crédito y Organismos Auxiliares
Ley de Inversión Extranjera
Ley de Navegación
Ley de Navegación y Comercio Marítimo
Ley de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito
Ley de Protección a la Propiedad Industrial
Ley de Quiebras y suspensión de Pagos
Ley del Impuesto al Activo
Ley del Impuesto al Valor Agregado
Ley del Impuesto Sobre la Renta
Ley del Mercado de Valores
Ley del Notariado del Estado de Querétaro
Ley del Notariado para el Distrito Federal
Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica
Ley Federal de Competencia Económica
Ley Federal de Correduría Pública
Ley Federal de Derechos de Autor
Ley Federal de Instituciones de Fianzas
Ley Federal de Protección al Consumidor
Ley Federal de Turismo
Ley Federal del Trabajo
Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros
Ley General de Sociedades Cooperativas
Ley General de Sociedades Mercantiles
Ley General de Títulos y Operaciones Crédito
Ley Orgánica de la Administración Pública Federal
Ley sobre el Contrato de Seguro

Ley Sobre el Control y Registro de Transferencia de la Tecnología y el Uso y Explotación de Patentes y Marcas

Reglamento de la Ley de Fomento y Protección a la Propiedad Industrial

Reglamento de la Ley Federal de Correduría Pública

Reglamento de la Ley Federal de Turismo